

سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (1)

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

محمد قري باشا

(الترقي سنة ١٢٠٦ هـ)

وشرحه لمحمد زيد البياضي

مع مائتي قوانين الأحوال الشخصية العربية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د. محمد أحمد سراج

أ.د. علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

استاذ الدراسات الإسلامية بجامعة أمريكا

المجلد الأول

دار السكاهم

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

كَافَّةُ حُقُوقِ الطَّبْعِ وَالنَّشْرِ وَالتَّرْجُمَةِ مَحْفُوظَةٌ

لِلنَّاشِرِ

دَارُ السَّلَامِ لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّرْجُمَةِ

لصاحبها

عبد القادر محمود الكبار

الطبعة الأولى

١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موزا لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران

عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (+ ٢٠٢) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع

مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطي بجوار جمعية الشبان المسلمين

هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (+ ٢٠٣)

بريداً : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

دَارُ السَّلَامِ

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت

على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة

أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ،

٢٠٠١م هي عتر الجائزة تتويجا لعقد

ثالث مضي في صناعة النشر



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تصدير

يعزم مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية على إصدار سلسلة دراسات متخصصة في تقنين الفقه الإسلامي مما سنته الدول الإسلامية والعربية وألزمت بتطبيقه ، مثل : مجلة الأحكام العدلية ، وقانون نامة ، وغيرها ، أو مما صاغه النابهنون من علماء الأمة ؛ لتيسير الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وقواعده على غير المتخصصين فيه ، وذلك كمرشد الحيران ، والأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية وغيرها .

والهدف من نشر أعمال هذه السلسلة هو : تأكيد الجانب الحضاري والاجتماعي للفقه الإسلامي ، مع إلقاء الضوء على هذه الأعمال الكبيرة البالغة التأثير في كثير من التشريعات والقوانين العربية المعاصرة ، مما قد يساعد على فهم أكثر دقة لتاريخ الفقه الإسلامي ، وعلى استلهام مبادئه وقواعده في إجراء العدالة في مجتمعاتنا المعاصرة .

ونطمح أن نصل من نشر نصوص هذه التقنينات مشروحة وموثقة إلى مشروعنا الخاص في تقنين أحكام الفقه الإسلامي في فروعته المختلفة وإدراكاً منا لأهمية إصدار مثل هذا العمل في تقريب قيام الوحدة التشريعية للبلاد العربية والإسلامية التي تعتقد أنها ليست ممكنة التحقيق فحسب ؛ بل هي واجبة كذلك لدفع عجلة التنمية والتقدم في هذه البلاد .

ويجب أن نشكر مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ترحيبها بتبني هذه السلسلة ، والله ولي التوفيق .

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (١)

١ - هذه مقدمة للتعريف بكتاب « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » وبمؤلفه قدري باشا . وهو أحد الكتب الثلاثة التي ألفها قدري باشا متبعا منهاجًا خاصًا هو : منهج التقنين وترتيب الأحكام الشرعية في مواد متتابعة سهلة المآخذ قريبة التداول على غير المتخصصين في الفقه الإسلامي والعارفين بلغته ومصادره .

وهذه الكتب الثلاثة التي حازت شهرة واسعة في العصر الحديث هي : مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، والكتاب الذي تقدم له ، وكتاب قانون العدل والإنصاف للقضاء في مشكلات الأوقاف .

وإنما ذاعت شهرة هذه الكتب حتى ما يغيب اسم واحد منها عن ذاكرة محامٍ ولا قاضٍ ولا طالب حقوقٍ ولا رجلٍ من رجال الشرع الإسلامي ، وبتعبير محمد حسين هيكل : لجدّة أسلوبها وترتيبها واعتمادها منهج التقنين لأرجح الأقوال في المذهب الحنفي ، مما يسر على المشتغلين بالعمل القانوني الرجوع لما رجحه علماء هذا المذهب .

٢ - وعلى الرغم من ذبوع شهرة هذه الكتب وعموم فائدتها وكثرة الإشارة إليها في المذكرات الإيضاحية للقوانين العربية ، فإن مؤلفها لم ينله شيء من هذه الشهرة لدى هؤلاء المشتغلين بالعمل القانوني الذي بذل وسعه لمعاونتهم أو لدى غيرهم . وليست لدي القدرة على موافقة محمد حسين هيكل في تعليل ذلك بأن شهرة المؤلفات هي التي جنت على المؤلف حتى ليكاد يُغْفَى خَبْرُهُ ، وإنما هي الظروف العامة التي أقصت الفقه الإسلامي عن بؤرة الاهتمام بعد إقصائه عن التطبيق واستبدال القوانين الغربية الأصل به ، وهو ما أدى إلى عدم الاكتراث بأصحاب المحاولات الضخمة في تطوير صياغة أحكام الفقه الإسلامي بالإفادة مما حققته النظم القانونية العالمية في الترتيب والتنظيم . ولهذا سوف نبدأ في هذه المقدمة بالتعريف بالمؤلف وحياته العلمية والوظيفية والظروف العامة التي حددت مجرى عمله ومقصودة من هذا العمل لتتبع ذلك بحدوث عن الكتاب الذي تقدم له .

(١) ينظر : تراجم مصرية وغربية (ص ١٠١) .

٣ - قدرى باشا :

تتخصص المراجع المعتمد عليها لتحرير حياة المؤلف في مقالين ؛ أولهما : نشر بالمقتطف في العدد الصادر أول أبريل ١٩١٦م الموافق ٢٨ من جمادى الأولى سنة ١٣٣٤هـ ، وصاحب هذا المقال هو توفيق أفندي إسكاروس الذي يصرح في صدر مقاله بأنه استخلص ترجمته لقدرى باشا من نجله محمود بك ومن بعض أصدقائه .

أما المقال الآخر : فهو لأديب مصر الكبير محمد حسين هيكل المنشور في تراجم مصرية وغربية ، وقد أمدنا به الأستاذ الكريم طارق البشري ، فلزم الشكر والتنويه .

٤ - ولد محمد قدرى باشا عام (١٨٢١م) بمدينة ملوي في صعيد مصر ، لأب تركي جاء مصر واستوطنها والتزم بعض القرى المحيطة بهذه المدينة ، ثم عين حاكماً عليها ، أما أمه فمصرية الأصل حسنية النسب . ولا بد أن يكون الطفل قد بدأ تعليمه كغيره من الناس آنذاك بحفظ شيء من القرآن الكريم ودراسة العلوم الدينية والعربية والحساب ، ليدخله أبوه بعد ذلك مدرسة أهلية صغيرة ، حتى إذا أتم الدراسة بها جاء إلى القاهرة ليلتحق بمدرسة الألسن المشهورة التي كان مقرها في أبي زعبل ، وكان منهج دراسة اللغة العربية بها مشابهاً لنظيره في الأزهر أيام رئاسة رفاة الطهطاوي لهذه المدرسة ، ومع ذلك فكثيراً ما كان يتردد هذا الطالب على الجامع الأزهر ليحضر دروس الناغبين من أساتذته حتى بعد تعيينه مترجماً مساعداً بهذه المدرسة ، مما يدل على شغفه بدراسة العلوم الشرعية واللغوية والتبحر فيها على النحو الذي ظهر أثره فيما ألفه بعد ذلك من مؤلفات تنم عن خبرة عميقة بالفقه الإسلامي .

٥ - وقد عين محمد قدرى عقب تخريجه بمدرسة الألسن مترجماً بوزارة المالية ، ثم سافر إلى الشام مترجماً لوالها شريف باشا المعين من قبل الحكومة المصرية التي بسطت سلطتها عليه بعد طرد العثمانيين منه ، ثم سافر إلى الآستانة مع شريف باشا ليعود إلى مصر أيام الخديوي إسماعيل ، حيث عمل مريئاً لولي العهد توفيق وإخوته ، ولم يطل به المقام في ذلك فعين مستشاراً بالمحاكم المختلطة ، ثم اختير ناظرًا للحقانية ، ثم وزيراً للمعارف فترة قصيرة يعود بعدها وزيراً للحقانية مرة أخرى .

وقد صدرت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أثناء توليه هذه الوزارة ، وكان مكلفاً بالاشتراك في وضع القانون المدني وقانون تحقيق الجنائيات . وقد اشترك قبل ذلك بتكليف رسمي من السلطان عبد العزيز مع مصطفى أفندي رسمي في تنقيح الدستور

العثماني ، وأتما ذلك بهمة واضحة تدل على معرفتهما بتطور القانون الدستوري في الغرب ، كما يدل طلب السلطان من الخديوي إسماعيل تكليف قدري باشا بالاشتراك في هذا التنقيح على مدى الشهرة التي نعم بها في إحاطته بالعلم القانوني مما رشحه بعد ذلك لتولي وزارة الحفانية ثلاث مرات . ويلزم التنويه بمحاولتي العثور على ملف خدمة هذا الوزير النابه لدى وزارة العدل المصرية فلم أوفق إلى ذلك . ولعلنا نستطيع بذل محاولة أخرى في القريب العاجل .

٦ - ولم يشغله تقلد هذه المناصب وتوليه هذه المسئوليات عن التأليف والترجمة في عدد من المجالات اللغوية والأدبية والتاريخية والقانونية والفقهية .
وفيما يلي قائمة بمؤلفاته الأدبية التاريخية :

١ - لمحة تاريخية لمصر . طبعت بالقاهرة بمطبعة أنسي وموريس بالموسكي سنة ١٨٦٩ في ١٥ صحيفة .

Notions géographiques accompagnées de quelques notices historiques sur les principales villes de l'Egypte, publiées et traduites en arabe a l'usage de la jeunesse Egyptienne. L'imprimerie p. Cumbo 1869.

٢ - معلومات جغرافية مصحوبة ببعض نبد تاريخية لأهم مدن مصر . جمعت وترجمت بالعربية لفائدة الشبيبة المصرية . طبعت بالقاهرة سنة ١٨٦٩م بمطبعة كومبو في ٢٣١ صحيفة .

وقد أهدى هذا الكتاب إلى ولي العهد ثم أعيد طبعه في فيينا بالمطبعة الملوكية سنة ١٨٧٠م حينما كان هناك مع ولي العهد يداوي عينيه ووصف نفسه بأنه بدائرة ولي العهد في ٢٥٨ صحيفة وخريطة .

Abrege de la grammaire française traduite en arabe a l'usage de la jeunesse Egyptienne.

٣ - مختصر الأجرومية الفرنسية . ترجمت إلى العربية لفائدة الشبيبة المصرية . وقد تكررت طبعاتها وأهديت إحداها إلى شريف باشا بوصف كونه ناظرًا للمعارف المعروفة آنئذ بديوان المدارس المصرية .

Nouveau guide de conversation française turque et arabe ou la langue française mise a la portee des Orientaux.

٤ - الدر المنتخب من لغات الفرنسيين والعثمانيين والعرب . ألفه أيضًا حينما كان بدائرة ولي العهد . طبع بالإسكندرية سنة ١٨٧٠م وأعيد طبعه بالمطبعة الأهلية حينما كان بالمعية السنية.

٥ - آجرومية في اللغة العربية بقواعدها . ولم تطبع بعد .

Guide de conversation française arabe contenant une methode d'enseignement simple pratique pour l'étude de ces deux langues a l'usage des indigenes et des Europeens.

٦ - الدر النفيس في لغتي العرب والفرنسيين . تكررت طبعاته أيضًا وهو كتاب ضخم يقع في ٧٠٠ صحيفة ونيف .

٧ - اللآلي السنية في ثلاثة أجزاء : أحدها للمفردات ، والآخران للجمل والأمثال . طبعت سنة ١٢٨٠هـ .

٨ - مفردات في علم النباتات . لما كان أستاذًا للغة الفرنسية في القصر العيني ، مطبوع في كتاب لغوي .

٩ - المترادفات باللغة الفرنسية والعربية . طبع عدة طبعات

Vocabulaire Franqais, Arabe Biographie de S.A. le Khedive Mohammed Tewfik Pacha.

١٠ - ترجمة سيرة محمد توفيق باشا خديوي مصر . يظهر أنه وضعها بناءً على طلب سموه ، وأودعت في كنيخانة المعية السنية ، وأرسلت صورة منها لباريس لتطبع في كتاب التاريخ العام .

١١ - رسالة في علم الصرف . مخطوطة في عشر ورقات كتبت سنة ١٣٠٠هـ اشترت وحفظت بدار الكتب .

١٢ - قطر أنداء الدير في النصائح والمواعظ والحكم . جمعه من كتب الأدب ، وطبع بمطبعة المدارس على مثال مجموعة المرحوم عبد الله باشا فكري المسماة : الدرر الغوال في المواعظ والأمثال .

١٣ - ديوان أشعار . جمعه نجله محمود بك . لم يطبع بعد على حدة لكن كانت أشعاره وقصائده تنشر في الوقائع المصرية بعضها طويلة في ١٥٠ بيتًا.

٧ - أما مؤلفاته القانونية ففيما يلي قائمة بها :

١ - قانون الحدود والجنايات . وهو ترجمة للقانون الجنائي الفرنسي، وقد طبعت هذه الترجمة عام ١٢٨٣ هـ .

٢ - واشتغل بوضع مؤلف عنوانه : أجاسن الاحتياطات لما يتعلق بتقليل الجنايات . وسماه بالفرنساوية Le bon regirne pour diminuer le crime. وهو تحت نظر وزارة الحقانية اليوم قدمه ولده بواسطة سعادة كحيل باشا ، كما اشتغل بتعريب قوانين المحاكم المختلطة حوالي سنة ١٨٧٤م مع اللجنة الرسمية المكلفة بذلك في نظارة الحقانية المنشأة حديثاً استعداداً لاختيار ما يلائم وضعه للمحاكم الأهلية لتطبيقها على العرف والعادة .

٣ - قام بتنقيح القوانين المصرية الأهلية .

Modification des codes des tribunaux indigenes.

٤ - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان . ملائماً لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية . ولا يمكن لغير متضلع في أحكام الشريعة الغراء وواقف على دقائق المذهب الحنفي أن يلم بدقائقه ؛ إذ لخصه من عدة كتب في الفقه مستشهداً بأراء الأئمة والمجتهدين .

أما النسخة الأصلية المخطوطة ؛ فمحافظة بدار الكتب السلطانية واشترت من الورثة بمبلغ خمسين جنيهاً وخاير علي باشا مبارك فضيلة مفتي الديار المصرية الشيخ محمد العباسي المهدي الحنفي في نوفمبر سنة ١٨٨٩م (٩ ربيع أول سنة ١٣٠٧هـ) في ذلك فأصلح وغير تطبيقاً لما عليه العمل ، وانضم إليه فضيلة الشيخ حسونة النواوي وكان وكتبت مدرس الشريعة الإسلامية بمدرستي دار العلوم والحقوق . وصدر قرار نظارة المعارف في أواخر سنة ١٨٩٠م وطبع على نفقتها بالمطبعة الأميرية وتكررت طبعاته ؛ لأنه تقرر تدريسه بمدرسة الحقوق وحفظت حقوق الطبع لها . وقد ترجمه إلى اللغة الفرنسية بواسطة سعادة عبد العزيز كحيل باشا المستشار بمحكمة الاستئناف الأهلية أيام كان وكيلاً لمحكمة الإسكندرية الأهلية على نفقة النظارة بقرار وزاري ، وزيد على الترجمة من مخطوط في المقاصة وبعض مواد أخرى سلمه نجل المؤلف للوزارة .

٥ - قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف . طبع ببولاق سنة ١٨٩٤م ترجمة أيضاً كحيل باشا سنة ١٨٩٦م بناء على طلب نظارة المعارف العمومية وتصديق ناظر الحقانية .

٦ - كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية . طبع ببولاق سنة ١٢٩٨ هـ .
ثم طبعه أمين أفندي هندية بترخيص نظارة المعارف وتعددت طبعاته بها . وقد شرحه
حديثاً الأستاذ محمد بك زيد الأياني مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق
السلطانية وقال في المقدمة : وهو ذلك الكتاب الذي وإن جمع من فقه أبي حنيفة ما
يختص بذات الإنسان من الأحكام في مواد سهلة الفهم قريبة التناول على من ليس له
سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء وحل رموز المتون ومعرفة اصطلاحات الشراح
والمعلقين ، بيد أن مؤلفه رحمته الله لم يتعمد به الإيجاز عما لم يسلم منه كل مختصر ، بل
جاءت بعض مواد كتابه غامضة العبارة مبهمة الإشارة ، والأخرى مطلقة الأحكام
الواجبة التقييد .

لذلك رأيت من الواجب عليّ ألا أبقى إيجاز هذا الكتاب على ما حوى من غزارة
الفائدة عقبة تحول دون استفادة الطالبين وطلسمًا تشخص عنده أبصار المحصلين ، فلم
أزل أنقب أثناء تدريسي له في كتب القوم فأفتح مغلقة ، وأقيد مطلقه ، وأكمل ناقصه ،
وأتمم وسائله ، وأشرح مسائله إلخ .

وفي فهرس مكتبة محكمة الاستئناف تنسب إليه ترجمة الأحوال الشخصية
والموارث إلى الفرنسية . طبع بالإسكندرية سنة ١٨٧٨ م على أنه هو واضعه أصلاً
وترجمته .

Droit musulman. Statut personnel et de successions d'après le rite
Hanafite. Traduction Alexandrie 1878.

وفي دار الكتب السلطانية نسخة مخطوطة أحوالها وحيدة ولم تطبع بعد ، اشترت
من الورثة والتركة عقب وفاة المترجم وهي :

٧ - تطبيق ما وجد في القانون المدني موافقاً لمذهب أبي حنيفة . وهي بقلم عادي
في ١١٤ ورقة في قالب الربع ، مسطرتها واسعة وخطها واضح جلي . جاء في الفاتحة
بعد البسملة : « هذا بيان المسائل الشرعية التي وجدت في القانون المدني مناسبة
أو موافقة لمذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان » « من بند ١ من القانون إلى بند
٢٢٣٨ ، وفي كل بند يذكر موافقته أو عدم موافقته للمذهب ، وموافقته بالمطابقة
أو حيث لا مانع شرعاً ، ثم يشير معيّنًا المواد في القانون الأهلي سواء كان مدنيًا أو في
الجنایات . وفي اعتقاد كل منصف أنه عمل شاق لا يعرف قدره إلا عالم متبحر قدير ،

ولم يذكر في أي سنة وضعت ، ولا كاتب النسخة .

٨ - وإذ تدل مؤلفاته اللغوية والأدبية العديدة على مبلغ تمكنه في اللغتين العربية والفرنسية ، فإن مؤلفاته القانونية والتشريعية تدل على سمات مشروعه الحضاري الذي كان يؤمن به ، وعلى قسما من منهجه العملي الذي تجدد في إطار ظروف سياسية واجتماعية معينة، هي ظروف الاستقواء والهيمنة الغربية . إنه ليس أحادي الثقافة ؛ فهو دارس متعمق للفقه الإسلامي في رحاب الجامع الأزهر ، وهو ملم بما تحقق للعلم القانوني الغربي من تقدم ، يكشف عن هذا كل من ترجمته لقانون العقوبات الفرنسي ، وقوانين المحاكم المختلطة ، واشتراكه في تنقيح الدستور العثماني طبقاً لما سلفت الإشارة إليه . ولم تكن القوانين التي أصدرتها السلطات السياسية والمتعاقبة متفقة مع مفاهيم إدارة العدالة في الدولة الحديثة ، كما لم يكن أداء النظام القضائي في مستوى هذه المفاهيم ، ولذا انحاز قدري باشا ، بين من انحاز من النخبة المؤثرة ، إلى استلهاهم القوانين الغربية ، وترجمة القوانين الفرنسية والإفادة منها فيما سعى إليه من إصلاح قضائي وتشريعي ، وتراه لهذا بين الطليعة التي حققت التغيير التشريعي بما ترتب عليه من إقصاء الفقه الإسلامي عن التطبيق وإحلال قوانين غربية الأصل محله .

لقد بدا الإصلاح التشريعي أمراً واجباً ، ولم يكن بالوسع إقناع القوى السياسية المؤثرة بإمضاء هذا الإصلاح بمنهج مرشد الحيران الذي يقوم على تغيير الترتيب وإضفاء شيء من التبويب والتنظيم ، فلم يبق سوى إمضاء التغيير بمنطق الثورة على الأوضاع التشريعية والقضائية السائدة وإحلال غيرها محلها ، وهو ما تحقق بصدور مجموعات القوانين الأهلية التي صدرت في عهده .

٩ - أما كتاب « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان » فيشتمل كما جاء في مقدمته على « الأحكام المختصة بذات الإنسان من حين نشأته إلى حين منيته ، وتقسيم ميراثه بين ورثته » . ويتجه هذا الكتاب إلى المشتغلين بالعمل القانوني، فقد ذكر قدري باشا في المقدمة إلى أنه نظم لآلئ هذا الكتاب ليستضاء بأنواره البهية في المحاكم المصرية .

١٠ - ويدل مصطلح الأحوال الشخصية طبقاً لما تضمنه هذا الكتاب على : أحكام النكاح ومقدماته وموانعه ، والولاية ، والوكالة ، والكفاءة فيه ، والمهر وقضاياه ، وأنواع النكاح وما يترتب عليه من آثار في النفقة وسائر الحقوق الأخرى ، والطلاق ، والتفريق ،

والعدة ، والنسب ، والرضاعة ، والحضانة ، والوصاية ، والحجر ، والهبة ، والوصية ، والمفقود ، والمواريث .

١١ - وتلزم الإشارة إلى أن مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح تبلور داخل النظم القانونية الغربية التي فرقت فيما يشتمل عليه القانون المدني بين الأحكام المتعلقة بذات الإنسان وشخصه ، وبين الأحكام المتعلقة بأمواله ، وقد نشأ هذا التفريق داخل النظام القانوني الإيطالي، ثم انتقل منه إلى غيره من القوانين الأوربية .

وقد سعت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في يونيو ١٩٣٤م إلى تقديم تعريف لمصطلح الأحوال الشخصية ، فجاء في هذا الحكم أن « المقصود بالأحوال الشخصية : هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ؛ ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلق ، أو ابناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها ؛ لصغر السن ، أو عتته ، أو جنونه ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية : فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية . غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية » .

١٢ - ولا يختلف مفهوم مصطلح الأحوال الشخصية طبقاً لهذا التعريف عما سار عليه قدرى باشا في إدراجه موضوع الهبة وبعض الموضوعات المالية الأخرى ؛ كالوصية والنفقة بجميع أنواعها . غير أن القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨م قد أخرج الهبة من موضوعات الأحوال الشخصية ونظم أحكامها في المواد (٤٨٦ ، ٥٠٤) باعتبارها من المسائل المالية .

١٣ - وإذا اتضح مجال الأحوال الشخصية في تحديد قدرى باشا على هذا النحو ، وأنه لا يخرج عما استقر عليه الأمر في القانون المصري إلا في موضوع الهبة ، فإن الذي يتبادر إلى الذهن هو التساؤل عن حقيقة مسئوليته عن صوغ هذا المصطلح وتحديدته على النحو الذي تبنته محكمة النقض المصرية فيما بعد . وليس المقصد من البحث عن إجابة لهذا التساؤل إزجاء وقت الفراغ ، وإنما المقصد هو تعيين مسيرة هذا المصطلح ، وإذكاء

الوعي بأصول نشأته في التفكير القانوني الحديث .

١٤ - والأولية التي لا جدال في تحققها لقدري باشا في هذا الكتاب ؛ أنه أول تقنين منهجي منظم لموضوعات الأحوال الشخصية ، مما يشر صدور قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية بعد ذلك ، وهو أمر له أثره دون شك في تيسير التقاضي بين المتنازعين في أكثر المجالات حساسية وتأثيرًا ، وهو مجال الأسرة . وقد جاء هذا التقنين في (٦٤٧ مادة) موزعة على جزئين ، يضم أولهما : خمسة كتب في موضوعات النكاح ، وما يجب لكل من الزوجين على صاحبه ، و فرق النكاح ، والأولاد ، والوصي والحجر والهبية والوصية ، أما الجزء الثاني : فيضم أحكام الموارث . ويشتمل كل جزء منهما على عدد من الأبواب والفصول والمواد المتتابعة الأرقام ، بما ييسر استدعاء المادة باستخدام رقمها الخاص بها .

وإذا كان قدري باشا قد استفاد في هذا التقنين من مناهج التقنين الغربية وأشكال الصياغة في النظم القانونية الغربية ، فلا شك في حفاظه على مضمون هذه المواد واستمدادها من المصادر المعروفة في الفقه الحنفي ؛ كالهداية وفتح القدير والفتاوى الهندية ورد المختار وغيرها .

١٥ - وقد طبع هذا الكتاب الذي تقدم له أول ما طبع عام ١٢٩٨ هـ ، ثم تعددت طبعاته تحت إشراف وزارة المعارف ، وتقرر تدريسه في مدرسة الحقوق الخديوية ، وعهد بذلك إلى الشيخ محمد زيد الإيباني (١٢٧٨ هـ = ١٨٦٢ م - ١٣٥٤ هـ = ١٩٣٦ م) فقام بشرحه شرحًا وافيًا ، ذلك أنه رأى أن هذا الكتاب « وإن جمع من فقه أبي حنيفة ما يختص بذات الإنسان من الأحكام في مواد سهلة الفهم قريبة التناول على من ليس له سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء وحل رموز المتون ومعرفة اصطلاح الشراح والمعلقين ، بيد أن مؤلفه رحمته لم يبعد به الإيجاز عما لم يسلم منه كل مختصر ، بل جاءت بعض مواد كتابه غامضة العبارة مبهمة الإشارة ، والأخرى مطلقة الأحكام الواجبة التقييد ، لذلك رأيت من الواجب عليّ ألا أبقى إيجاز هذا الكتاب على ما حوى من غزارة الفائدة عقبه تحول دون استفادة المطالعين وطلُسْمًا تشخص عنده أبصار المحصلين ، فلم أزل أنقب أثناء تدريسي له في كتب القوم فأفتح مغلقه ، وأقيد مطلقه ، وأكمل ناقصة ، وأتمم وسائله ، وأشرح مسائله ، بل لم أقصر في حكاية خلاف فقهاء المذهب وغيرهم من المذاهب الأخرى في كثير من المسائل ، مبيّنًا في كل مسألة حكمة الحكم ودليل كل مجتهد فيها ، فكان من عملي هذا شرح يألفه كل طالب ، ولا يأنف

عن مراجعته من هو في الحقيقة راغب . ولم أنهج في ذلك طريقة قدماء الشراح من ارتباطهم بعبارة الأصل ، وتخلل كلامهم فيها ؛ بل بينت مسائل كل باب على مقتضى ترتيبها الطبيعي ، ذاكرة كل مسألة مستقلة بنفسها ، غير مرتبطة بلفظ من ألفاظ المادة الأصلية منحا للخلط والتشويش .

١٦ - وقد آثرنا إثبات هذا الشرح مع توثيق ما جاء فيه توثيقاً علمياً سليماً يحدد مراجع هذا الشرح ببيان اسم مصدره ورقم جزئه وصفحته ، مما يسر الاستزادة لمن أراد ، أو المراجعة والتدقيق لمن رغب في شيء من ذلك ، حتى تتم الفائدة من هذا العمل الذي ما يزال مرجعاً أساسياً للمشتغلين بالعمل القانوني من طلاب ومحامين وقضاة ، ونرجو أن نكون قد أضفنا بذلك لبنة ضئيلة إلى ما قدمه قدرتي باشا في تيسير التطبيق القانوني السليم لأحكام الشرع الإسلامي في مجال الأسرة .

وكان منهج الشارح : أنه كان يضع شرحه في متن الكتاب ، ويجعل مواد قدرتي باشا في الحاشية . فقمنا بإثبات هذه المواد في المتن في مواضعها المناسبة لها ضمن الشرح . وقد وضعنا توثيقاتنا الفقهية للمادة وشرحها في نهاية شرك كل مادة على حدة . كما أثبتنا المواد القانونية المقابلة لمواد قدرتي باشا من القوانين (المصرية ، الأردنية ، المغربية ، السورية - القطري) الخاصة بالأحوال الشخصية . وأثبتنا في نهاية الكتاب ملحق بنصوص هذه القوانين كاملة .

١٧ - مات قدرتي باشا يوم الأربعاء في (٢١ من نوفمبر ١٨٨٦ م = ١٧ من ربيع الأول ١٣٠٦ هـ) عن خمس وستين سنة عامرة بالنشاط والحيوية في الترجمة والتأليف في مجالات متعددة ، وكانت الكتب التي تركها في الفقه الإسلامي هي التي خلدت ذكره وما تزال سبب مجده ، وأهمها : هذه الكتب التي وضعها في آخر حياته بمنهج التقنين ، وهي : مرشد الحيران في المعاملات ، والعدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف ، والكتاب الذي تقدم .

ويقرر محمد حسين هيكل أن هذه الكتب الثلاثة « لن تزال عنوان مجد لا يقل عظمة عن قانون نابليون . وإذا نسي الناس من حياة قدرتي باشا كل شيء ، فلن ينسوا هذه الكتب الثلاثة . وهي كافية لتقييم مجد رجال لا مجد رجل واحد » .

١٨ - وينبغي أن نؤكد في النهاية أن جهده في التقنين لأحكام الفقه الإسلامي في المعاملات والأحوال الشخصية والأوقاف ليس دليلاً على براعته في الصياغة لأحكام

الفقه الإسلامي ، وإنما هو قبل ذلك وبعده : تأكيد على أهمية تقنين هذه الأحكام وعرضها بأسلوب معاصر ، يتسم بالتجريد والعموم في تناول القواعد والمبادئ والأسس ، ولا يستطرد إلى الجزئيات والتحليلات اللغوية ، على نحو قد يعقد التناول ويعمي على القواعد والأسس . وهو ما يلزم أن يستمر في النهوض به علماء الفقه والقانون . ولعلنا لانسى بعملنا في نشر تقنيات قدرتي باشا إلى إحياء مجد رجل سعى إلى الإصلاح جهده قدر ما نود أن نحفز الجهود إلى استكمال مشروعه في تقنين أحكام الفقه الإسلامي بأسلوب علمي يضيف إلى ما بدأه هذا الرجل .

والله ولي التوفيق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[مقدمة قدري باشا]

الحمد لله الذي جعل الحمدَ فاتحةَ الكتاب ، ووفق من شاء بعنايته وإرشاده للهداية والصواب ، القاضي بين عباده بمحيط علمه ، العادل في قضائه وحكمه ، القائل في محكم كتابه - وقوله الفضل - : ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (١) ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، كنز الحقائق ، وبحر العلوم الرائق ، ودُرُّهَا المختار ، المنتقى من سلالة الأطهار ، عليه السلام وعلى آله السادة الأبرار ، وأصحابه الكرام الأخيار ، الذين سَيَّدُوا قواعد الدين على ما أسسه ، فغدا بهم عالي المنار .

(وبعد) فهذه جوهرة في الفقه فريدة ، ودُرَّة نفيسة نضيدة ، ملتقطة بقدر التيسير وفتح القدير من بحر مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان عليه سحائب الرحمة والرضوان ، ومشملة على الأحكام المختصة بذات الإنسان من حين نشأته إلى حين منيته وتقسيم ميراثه بين ورثته . وقد نُظِّمَتْ لِأَيْقَانِهَا ، لِئَسْتَنْزَاءِ بَأْنَوَارِهَا الْبَهِيَّةِ فِي الْحَاكِمِ الْمِصْرِيَّةِ .

وبالله التوفيق والعناية ، والوقاية والكفاية ؛ فهو الأول بلا بداية ، والآخر بلا نهاية .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[مقدمة الشارح]

نحمدك اللهم أن شرحت صدورنا للإسلام ، وشرعت لنا من الدين ما وصيت به رسلك الكرام ، ووفقتنا لفهم شريعة خير الأنام، تلك الشريعة التي جاءت خاتمة للشرائع ، وجامعة للمصالح والمنافع ، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد خاتم النبيين ، القائل : « من يُرد الله به خيراً ، يُفقهه في الدين » (١) ، وعلى آله وأصحابه ينابيع الحكيم ، وهداة الأمم .

(أما بعد) فلما كان تدريس الشريعة الإسلامية في مدرسة الحقوق الحديوية قد عُهد إليّ من عُهد غير قريب ، وكان من الكتب المقرر تدريسها بها كتاب : « الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية » لسعادة المرحوم محمد قدري باشا ، وهو ذلك الكتاب الذي وإن جتمع من فقه أبي حنيفة ما يختص بذات الإنسان من الأحكام ، في مواد سهلة الفهم ، قريبة التناول على من ليس له سابقة عهد بمزاولة فهم عبارات الفقهاء ، وحل رموز التون ومعرفة اصطلاحات الشراح والمعلقين ؛ بيد أن مؤلفه رحمه الله لم يتعد به الإيجاز عما لم يسلم منه كل مُحْتَضِر ، بل جاءت بعض مواد كتابه غامضة العبارة ، مبهمّة الإشارة ، والأخرى مطلقة الأحكام الواجبة التقييد .

لذلك رأيت من الواجب عليّ ألا أبقى إيجاز هذا الكتاب على ما حوى من غزارة الفائدة عَقَبَتِ تحول دون استفادة المطالعين ، وطلّسنا تشخص عنده أبطار المحصلين . فلم أزل أنقب أثناء تدريسي له في كتب القوم فأفتح مغلقه ، وأقيد مطلقه ، وأكجيل ناقصه ، وأتمم وسائله ، وأشرح مسائله . بل لم أقصر في حكاية خلاف فقهاء المذهب وغيرهم من المذاهب الأخرى في كثير من المسائل ، مبيّناً في كل مسألة جِكمَةَ الحُكْم ، ودليل كل مجتهد فيها . فكان من عملي هذا شرح يألفه كل طالب ، ولا يأنف عن مراجعته من هو في الحقيقة راغب .

(١) صحيح البخاري (كتاب : العلم باب : من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين / ٦٩) ، وصحيح مسلم (كتاب : الزكاة / باب : النهي عن المساقاة / ١٧١٩) ، وسنن الترمذي (كتاب : العلم عن رسول الله / باب : إذا أراد الله بعد خيراً فقهه في الدين / ٢٥٦٩) ، وسنن ابن ماجه (المقدمة / باب : فضل العلماء والحث على طلب العلم / ٢١٦) .

هذا ولم أُنهَج في ذلك طريقة قدماء الشراح من ارتباطهم بعبارة الأصل ، وتخلُّ كلامهم فيها أو تعقيبه لها ، بل بينتُ مسائل كل باب على مقتضى ترتيبها الطبيعي ، ذاكراً كل مسألة مستقلة بنفسها غير مرتبطة بلفظ من ألفاظ المادة الأصلية ، مُتَعاً للخلط والتشويش ، غير أنني قد ذيلتُ كل موضوع بنفس المادة التي تمَّ شرحها ، إيداناً بارتباط الشرح بها ، ولتكون بمثابة تلخيص لما أُبسطُهُ من القول (١) .

ومذَّ تمَّ لي جمعُ تلك الفرائد على مقتضى الإرادة ، شرعتُ في نظيها بسلكِ التأليف ، تحقيقاً للإفادة والاستفادة . فقلت مستعيناً بالله شاكرًا له ما أولاه :

(١) قمنا نحن بوضع كل مادة من المواد المشروحة في أول شرحها لا في الهامش ، كما سبق أن قلنا .

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الأول : في النكاح

الباب الأول في مقدمات النكاح

(مادة ١)

تَجَوُّزُ خِطْبَةِ الْمَرْأَةِ الْخَالِيَةِ عَنِ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ ^(١) .

•••

- ١ - قال تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ ^(٢) . أشار ﷺ إلى نعمة الزواج الجليلة ، وأنه داعية التوادد والتراحم ، ومَجْلَبَةِ الألفة والوَفاق ، لا داعية الخلاف والشقاق . كما أشار إلى أن المرأة ليست كالممتاع تُقصد مجرد قضاء الشهوة ، وتطلب لغرض قضاء اللذة ، وإنما جُعِلت لِتَسْكُنَ إليها الرجلُ ، ويستأنس بها ، ويجد منها مُشْلِيًا لكرابه ، ومفْرَجًا لهوموه ، ومُعِينًا على تدبير منزله ومسكنه ، فيقوم لها بما تطلبه المعاشرة وتفرضه المؤازرة وتُحْتَمُه الصداقة والمودة . ثم مع ذلك يستمتع بها ، ويقضي منها وَطْرَه ^(٣) .
- ٢ - على أن الاستمتاع بالزوجة لا ينبغي أن يُقصد منه مجرد قضاء تلك الشهوة

(١) هذه المسألة متفق عليها :

قول الخفية : جاء في البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١٦٤/٤) : « الخالية عن نكاح وعدة تحلُّ خِطْبَتُهَا تصريحًا وتعريضًا » . وانظر : الفتاوى الهندية (٢١٤/٦) ، ورد المختار شرح الدر المختار (٥٣٣/٣) .
قول الشافعية : جاء في حاشيتي قلوبى وعميرة على شرح المحلى على المنهاج (٢١٤/٣) : « تحمل خِطْبَةُ خَيْلَةٍ عن نكاح وعدة تعريضًا وتصريحًا » . وانظر : منهاج الطالبين (٤١٩/٢) ، وتحفة المحتاج (٢٠٩/٧) ،
ومغني المحتاج (٢١٩/٤) ، ونهاية المحتاج (٢٠١/٦) .
قول المالكية : جاء في الجوهرة المضية بشرح المقدمة العزية للآبي ص ٢٩١ : « (الركن الرابع) من أركان النكاح (المحل) ، وهو المرأة الخالية من الموانع التي تقتضي تحريمها) على من أراد نكاحها ، بأن تكون خالية من الموانع بسبب : نسب ، أو صِهْرٍ ، أو رضاع ، أو إلعانٍ ، أو عدةٍ » . وجاء في أنواء البروق في أنواع الفروق (١٠٥/٣) : « من شرط عقد النكاح أن تكون خالية عن زوج » .

(٢) الروم : ٢١ .

(٣) الوَطْرُ : كل حاجة يكون لك فيها همة وعناية ، فإذا بلغها البالغ قيل : قضى وَطْرَه وأزبه . ولا يبنى منه فعل . والجمع : أوطار ، مثل سبب وأسباب . انظر : العين ، والصحاح ، ولسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمصباح المنير مادة (وطر) .

البهيمية ، فإن ذلك من مقاصد العجاوات ^(١) ، بل يقصد منه ما قصده الشارع وهو : الولد والنسل ، قال تعالى : ﴿ فَأَلْقِنَ بَشِيرُوهُنَّ وَاتَّقُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ ^(٢) . وقال عليه الصلاة والسلام : « تناكحوا تناسلوا » ^(٣) . وذلك أن الله ﷻ خلق هذا العالم وقَدَّر بقاءه إلى أجلٍ مسمى ، ولكن بقاءه ^(٤) إلى ذلك الأجل الذي سَمَّاه وقَدَّره يتوقف على بقاء النوع الإنساني المتوقف على التناسل . وذلك التناسل لا يتم ولا يفي بالغرض المقصود منه إلا بعقد الزواج الشرعي ، وذلك أمرٌ بديهي الثبوت لا يحتاج إلى البرهان .

٣ - نعم ربما يقول قائل : لو لم يكن هناك عقد زواج ، لحصل الازدواج بين الذكور والإناث بمقتضى الجِلَّةِ الخَلْقِيَّةِ ؛ إذ كلُّ منهما تدعوه شهوته إلى ذلك ، فيحصل التناسل بدون عقد الزواج .

٤ - ولكن بالتأمل نعلم صواب ما قلناه ، وهو أن التناسل متوقف على عقد الزواج ، إذ لو تُرِكَتِ النَّاسُ عبيدَ شهواتهم تسوقهم إلى ما تشاء لكان الغرض قضاءها للرجال وللنساء ، فضلاً عن جلب المنافع لهن أيضاً ، فيَعْمَلْنَ كل ما في وُسْعهن للحصول على الفائدة التي يَصِيدْنَهَا ، فيَمْتَنِعْنَ الحَبْلَ ، لِيُرْعَبْنَ الرجال فيهن . بخلاف ما إذا حصل الازدواج بعقد ، وصار كل منهما مرتبطاً بقوانين هذا العقد ، قاصراً على صاحبه لا يعتاده إلى غيره ، فلا يكون الغرض حينئذ مجرد قضاء الشهوة ، بل التَّشَلُّ الذي يُبْقِي للإنسان ذِكْرًا في هذه الحياة الدنيا ، وأي عاقل لا يرغب ذلك؟! فلذا ترى المتزوج يتكدر إذا لم يولد له .

٥ - ولهذا لما قُلَّ النسل في بعض الأمم المتمدينة ، بحثوا عن السبب ، فوجدوه ناشئاً من ازدواج الذكور والإناث بلا عقد .

٦ - وبما أنه قد ثبت لك أن التناسل لا يتم إلا بالزواج الشرعي ، فما نحن نبين لك ما هو الزواج فنقول :

(١) العجاوات : جمع عجماء ، وهي : البهيمة والحيوان ، سميت بذلك ؛ لأنها لا تتكلم . انظر : لسان العرب ، ومختار الصحاح مادة (عجم) .

(٢) البقرة : ١٨٧ .

(٣) تفسير الثعالبي (٣٩١/١) ، والشفا للقاضي عياض (٨٧/١) .

(٤) في الأصل : [بقاءه] .

٧ - الزواج ^(١) - شرعاً - : « هو عقد يُفيد جُلَّ استمتاع الرجل بامرأة لم يمتنع من العقد عليها مانع شرعي ». فإذا لم يُفدِ العقدُ جُلَّ الاستمتاع ، فلا يكون عقداً شرعياً . فالعقد على المحارم كالأخت ، وعلى معتدة الغير مثلاً لا يوصف بذلك ، فلا يُفيد جُلَّ الاستمتاع .

٨ - وحينئذ فإذا أراد الرجل أن يتزوج فلا يباح له أن يخطبَ أيَّ امرأة كانت ، بل لا بد من النظر إلى من يريد يخطبها ، فإن كانت متصفة بما يمنع العقد عليها امتنع ؛ لأن الخطبة مُقدِّمةٌ للعقد ، فإذا كان العقد غير جائز ، تكون الخطبة عبثاً ، ويلزم العاقل صون أفعاله عن العبث . وإن لم يكن هناك مانع من العقد ، أقدم على الخطبة ؛ لأنها - والحالة هذه - تكون وسيلة إلى ما هو جائز ، فتفيد فائدتها ، وحينئذ تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة ^(٢) .

(مادة ٢)

تَحْرُمُ خِطْبَةُ الْمُعْتَدَةِ تَضْرِيحًا ، سِوَاءَ كَانَتْ مُعْتَدَةً لِطَّلَاقِ رَجُلٍ ، أَوْ بَائِنٍ ، أَوْ وَفَاةٍ . وَيَصِحُّ إِظْهَارُ الرُّغْبَةِ تَعْرِيفًا لِمُعْتَدَةِ الْوَفَاةِ دُونَ غَيْرِهَا مِنَ الْمُعْتَدَاتِ ، وَلَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ^(٣) .

• • •

(١) الزواج ، لفة - : اقتران شيئين أحدهما بالآخر . انظر : اللسان مادة (زوج) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : مادة (٢٧) : « يحرم العقد على زوجة آخر أو معتدته .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : مادة (٣٨) : لا يجوز التزوج بزوجة آخر أو بمعتدته .

(٣) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٠٤) : « لا يجوز للأجنبي خطبة المعتدة تضرّيحاً ، سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها . أما المطلقة طلاقاً رجعيّاً ، فلأنها زوجة المطلق ، لقيام بملك النكاح من كل وجه فلا يجوز يخطبها كما لا يجوز قبل الطلاق . وأما المطلقة ثلاثاً أو بائناً والمتوفى عنها زوجها ، فلأن النكاح حال قيام العدة قائم من كل وجه لقيام بعض آثاره ، فلا يجوز التصريح بالخطبة في العدة أصلاً . وأما التعريض : فلا يجوز أيضاً في عدة الطلاق ، ولا بأس به في عدة الوفاة » . وانظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٤/١٦٤) ، والفتاوى الهندية (١/٥٣٤) ، ورد المختار شرح الدر المختار ٣/٥٣٤ ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (١/٥٨) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قلوبوي وعميرة : « (لا تصريح لمعتدة) فيحرم رجعيةً كانت أو بائناً ، أو في عدة وفاة إجماعاً ، (ولا تعريض لرجعية) فيحرم أيضاً ، لأنها في معنى المنكوحه . (ويحل تعريض في عدة وفاة) ، (وكذا البائن) بطلاق أو فسخ (في الأظهر) لانقطاع سلطة الزوج عنها ، والثاني يحرم ، إذ =

٩ - فإن كانت المرأة متزوجة ؛ فلا تجوز خطبتها ، لعدم الفائدة .

١٠ - وكذا إذا كانت معتدة ، وهي : الموجودة في الزمن الذي يَقْبُ الفرقة بينها وبين زوجها بأي سبب كان . فمتى كانت المرأة موجودة في هذا الزمن المقدر شرعاً ، يقال لها : معتدة .

١١ - فإن كانت الفرقة بسبب الطلاق ، يقال لها : معتدة لطلاق . سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ، وسواء كان البائن بائنًا بينونة صغرى أو كبرى.

١٢ - وإن كانت معتدة لموت الزوج ، يقال لها : معتدة لوفاة .

١٣ - فالرجعي : كأن يقول الرجل لزوجته المدخول بها : أنت طالق ، أو مطلقة ، أو طلقتك . والبائن بينونة صغرى : كأن يقول لها : أنت علي حرام ، أو أنت بائن . والبائن بينونة كبرى : هو : ما كان بالثلاث بأي لفظ كان .

١٤ - وحكم الطلاق الرجعي : أنه لا يُزِيل المِلْك ولا الحِلَّ ، فيجوز للزوج مراجعتها مستقلاً ما دامت في العدة ، بدون عقد ومهر جديدَيْن ، رَضِيَتْ أو لم تَرْضَ.

١٥ - وحكم الطلاق البائن بينونة صغرى : زوال المِلْك لا الحِلَّ ، فلا يجوز للزوج أن يعيدها إليه إلا بعقد ومهر جديدين سواء كانت في العدة أو بعد انقضائها ، بشرط رضاها بذلك ، ولكن لا يشترط أن تتزوج بغيره قبل عَوْدِها إليه .

= لصاحب العدة أن ينكحها ، فأشبهت الرجعية . فإن لم تحل له كالمطلقة ثلاثاً والمفارقة لبانٍ أو رضاع ، فكالمعتدة عن وفاة ، وقيل : فيها الخلاف . وانظر : نهاية المحتاج (٢٠١/٦ ، ٢٠٢) .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشني على مختصر خليل (١٦٩/٣) : « المعتدة من وفاة أو طلاق رجعي أو بائن ، مسلمة كانت أو كناية ، حرة أو أمة ؛ يحرم التصريح لها في العدة بالحِطْبَةِ ، والتعريض لها جائز ، وهذا إذا كانت معتدة من غير المطلق . وأما إن كانت معتدة من مطلقها ؛ فإنه لا يحرم عليه أن يصرح لها بالحِطْبَةِ في العدة منه » . وانظر : التاج والإكليل (٣٤/٥) ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٩٦ ، ٩٥/٢) ، ومنح الجليل (٢٦١/٣) .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (١٨/٥) : « ويحرم التصريح - وهو ما لا يحتمل غير النكاح - بخطبة معتدة بائن) ... والتعريض بخلافه (إلا لزوج تحل له) كالمختلعة ... والموطوعة بشبهة ؛ فينبغي أن يكون كالأجنبي ، والمستترأة كأَم الولد إذا مات سيدها أو أعتقها يبغي أن تكون في حق الأجنبي كالتوفى عنها ... (ويحرم) أيضاً (تعريض - وهو ما يُفهم منه النكاح مع احتمال غيره -) أي : غير النكاح (بخطبة) مطلقة (رجعية) ... (ويجوز) التعريض (في عدة الوفاة والبائن بطلاق ثلاث و) البائن (بغير) الطلاق (الثلاث) كالمختلعة والمطلقة على عوض . وانظر : الفروع (١٥٩/٥) ، والإنصاف (٣٤/٨) ، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (٢٣ ، ٢٢/٥) .

١٦ - وحكم الطلاق البائن بينونة كبرى : زوال المِلْك والحِلِّ ، فلا يجوز للزوج أن يردها إلى عِصْمَتِهِ إلا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولاً حقيقياً ، وتحصل الفُرقة بينهما وتتقضي عدتها ، وسيأتي كل ذلك مفصلاً في مَحَلِّهِ .

١٧ - فالعدة لطلاق مُطلقاً : تحرم خِطْبَتِهَا تصريحاً وتعريضاً . فالنصريح : كأن يقول رجل مخاطباً لها : أريد أن أتزوجك . والتعريض مثل أن يقول لها : أريد التزوج بامرأة ذِيْنَةٌ . وهو يقصدها .

١٨ - والعدة لوفاة : تحرم خِطْبَتِهَا تصريحاً لا تعريضاً ، وإذا لم تَجْزِ الخِطْبَةُ التي هي طلب التزوّج ، فلا يجوز العقد - الذي هو التزوج - فعلاً من باب أولى .

١٩ - وكما لا تجوز خِطْبَةُ العتدة ، لا تجوز خِطْبَةُ مخطوبة الغير ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يَخْطُبُ أحدكم على خِطْبَةِ أخيه » (١) ؛ لأن هذا يعد خيانة ، وهي منهي عنها شرعاً .

٢٠ - والزمن الذي يلزم المرأة انتظارُهُ بعد حصول الفُرقة بينها وبين زوجها فلا يجوز تزوجها إلا بعد انقضائه ، يختلف باختلاف سبب الفُرقة وحال الزوجة ، وبيانه :

٢١ - أن الزوجة إما أن تكون مدخولاً بها ، أو لا . وعلى كلِّ فإما أن يكون سبب الفُرقة وفاة الزوج ، أو غيرها . وإن كانت الفُرقة بعد الدخول ؛ فإما أن تكون المرأة حاملاً ، أو غير حامل .

٢٢ - فإن لم تكن المرأة مدخولاً بها وحصلت الفُرقة بينها وبين زوجها بغير وفاته ، فلا عدة عليها . وإن كانت بالوفاة ، كان الزمن المقدر شرعاً : أربعة أشهر وعشرة أيام .

٢٣ - وإن كانت مدخولاً بها ، فإن كانت حاملاً : تُنْقَضُ (٢) عدتها بوضع الحمل ، قَصْرَ زمنه أو طال ، سواء كان سبب الفُرقة موت الزوج أو غيره .

٢٤ - وإن لم تكن حاملاً : فإن كانت الفُرقة بالوفاة ، تُنْقَضُ عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام أيضاً .

٢٥ - وإن كانت الفُرقة بغير الوفاة : فإما أن تكون من ذوات الحيض ، أو لا . فإن كانت من ذوات الحيض ؛ تُنْقَضُ عدتها بثلاث جِيزٍ كواكمل . وإن لم تكن من ذوات

(١) سنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه / ٣١٨٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه / ١٧٨٢) .

(٢) كذا في الأصل .

الحيض لصِغَرٍ أو كِبَرٍ أو غيرهما ، تُنْقَضُ عدتها بثلاثة أشهر . وستأتي أدلة ذلك وجِكمته في باب العدة .

٢٦ - والسبب في تحريم خِطبة المعتدة : أن العلاقات والروابط التي بينها وبين زوجها لم تَزُلْ بالكلية ، فهو أولى بها من غيره ، إن أراد فله مراجعتها إن كان الطلاق رجعيًا ، أو العقد عليها إذا كان بائنًا بينونةً صغرى . والطلاق إنما كان لذنب اقترفته أو حصل منه من غير تفكير في العاقبة ، وبعد التبصُّر أراد أن يُضِلِّحَ خطأه ، فَرِغَبَ في امرأته ومال إلى عودتها إليه .

٢٧ - فإذا أُجيزت لغيره خِطبتها وهي في العدة ، يكون تعديًا على حقوقه ، ولا بد أن يظن زوجها الظنون ، وتأخذ الغيرة والحَيَّة ، فيحصل بين الزوج والحاطب من جهة ، وبين الزوج والمعتدة من جهة أخرى ما لا تُحَمَّدُ عُقْبَاهُ . ولما كان الشخص لا يتأثر لغيره مثل تأثره لنفسه مهما كانت قوة الاتصال بينهما ، مُنِعَتْ خِطبة المعتدة لطلاق مطلقًا ، أي سواء كانت تصريحًا أو تعريضًا ، لوجود الزوج الذي يتأثر لنفسه . ومُنِعَتْ خِطبة المعتدة لوفاة تصريحًا لا تعريضًا ؛ إذ الأقارب ^(١) لا يتأثرون مثل تأثره مهما بلغت الدرجة ^(٢) .

(١) يقصد أقارب الزوج المتوفى .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة ٢ : الخطبة والوعد بالزواج وقرأة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجًا .

المادة ٣ : لكل من الحاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة

المادة ٤ : ١ - إذا دفع الحاطب المهر نقدًا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الحاطب ؛ فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز .

٢ - إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته .

٣ - تجري على الهدايا أحكام الهبة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة ٣ : لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقرأة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية .

المادة ٤ : لكل من الحاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة .

(مادة ٢)

يَجُوزُ لِلخَاطِبِ أَنْ يُبَصِّرَ المَخْطُوبَةَ وَيَنْظُرَ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفِّيْهَا (١).

• • •

٢٨ - ولما كان الغرض من عقد الزواج التناسل وتعاون الزوجين على مصالحهما داخل البيت وخارجه ، وذلك لا يكون إلا بدوام العشرة بينهما ما عاشا ، ووجود الألفة والمحبة بينهما ما دامت العشرة ، أباح الشارع للخاطب أن يبصر المخطوبة ، وينظر إلى وجهها وكفيها ، لأنه إذا تزوجها ولم يرها قبله ، فعند رؤيته لها ربما لا تحسن في عينه ، فإما أن يُمسيكها على كُرهٍ منه وحيثئذ تفوت مصالح الزواج ، وإما أن يفارقها وحيثئذ تتضرر بذلك ، إذ الناس يذهبون في سبب الفراق مذاهب شتى ، وكلٌ منها يكون منقراً عنها ، فيمتنعون عن تزوجها . ويتضرر هو أيضاً بغُرمه المهر ، بخلاف ما إذا رآها قبل التزوج ، فإن حسنت في عينه أقدم على التزوج ، وإلا امتنع .

٢٩ - وهذا يُجسِّس به كل إنسان رأى آخر أول نظرة ، فإن إحدى المنزلتين تقع في قلبه . وليس هناك ضرر فيما لو امتنع ، لأن مسألة الخيطة لم تشتهر مثل الزواج ، وسبب

(١) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في أحكام القرآن للحصاص (٤٦١/٣) : « فهذا كله يدل على جواز النظر إلى وجهها وكفيها بشهوة ، إذا أراد أن يتزوجها » . وانظر : بدائع الصنائع (١٢٢/٥) ، والجمهرة النيرة (٢٨٤/٢) ، والبحر الرائق (٢١٨/٨ ، ٢١٩) ، ومجمع الأنهر (٥٤١/٢) .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٦٣/٨) : « وإذا أراد أن يتزوج المرأة ، فليس له أن ينظر إليها حاسرة ، وينظر إلى وجهها وكفيها وهي متغضبة بإذنها وبغير إذنها » . وانظر : أسنى المطالب (١٠٨/٣) ، والغرر البهية شرح البهجة الوردية (٩٤/٤) ، وتحفة المحتاج (١٩٠/٧ ، ١٩١) .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٢١/٥) : « وَنَظَرَ وَجْهَهَا وَكَفْيَهَا فَقَطْ بَعْلَمَ) سمع ابن القاسم : لمريد تزويج امرأةٍ نظرَ إليها بإذنها . ابن رشد : إلى وجهها . المازري : ويديها . وكره مالك أن يفتلها » . وانظر : مواهب الجليل (٤٠٤/٣ ، ٤٠٥) ، وشرح الحرشي على مختصر خليل (١٦٥/٣ ، ١٦٦) ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٥/٢) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧٤/٧) : « ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ... فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه ، كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تُظهِره المرأة في منزلها ففيه روايتان ، إحداهما : لا يباح النظر إليه ، والثانية : له النظر إلى ذلك » . وانظر : الفروع (١٥٢/٥) ، والإنصاف (١٧/٨ ، ١٩) ، ودقائق أولي النهى لشرح منتهى الإرادات (٦٢٤/٢) .

الامتناع هنا واحد ، فلا يُشَاء الظنُّ بها ، ولا يَلْحَقُهَا ضرر ؛ لأنها إذا لم تَحْسُن في عينه قد تحسن في عين الآخر كما هو معلوم .

٣٠ - وكما يجوز للخاطب نظرُ المخطوبة ، يجوز للمخطوبة نظرُ الخاطب أيضًا ، لما ذُكِر ؛ بل هي أولى منه بالحُكْم ؛ لأنها إذا لم تَحْسُن في عينه ، يمكن طلاقها ، وإذا لم يَحْسُن هو في عينها ، فلا يمكنها مفارقتُه .

٣١ - وإلى هذا كله يشير الحديث الشريف ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة ابن شعبة ^(١) حين خطب امرأة : « أنظرتَ إليها ؟ » قال : لا . فقال عليه الصلاة والسلام : « انظر إليها ، فإنه أحرى أن يُؤَدَمَ ^(٢) بينكما » ^(٣) .

٣٢ - ولا تجوز الخلوة بالمخطوبة إلا إذا كان معها مخزّمٌ لها كأبيها أو أخيها أو عمها .

٣٣ - وإنما حُصِّصَ النظرُ بهذين العضوين ؛ لاشتغال الوجه على المحاسن ، ولدلالة اليدين على خصوبة البدن ، فلا حاجة للنظر إلى غيرها .

٣٤ - ولِعِظَمِ هذه الحِكْمَةِ اتَّفَقَتْ كُلُّ المذاهب على هذا الحُكْم ، حتى إن بعضهم يجيز النظر إلى القدمين أيضًا ^(٤) وترديد النظر وتكراره إلى المخطوبة .

٣٥ - وإنما لم يُجِبِ الشريعة معاشرتها قبل الزواج لمعرفة أخلاقها ؛ لأن هذا يمكن معرفته من غيره ممن يجوز له معاشرتها ويشق الخاطبُ به ، بخلاف محبتها والميل إليها ؛ فإنه لا يمكن قيام غيره مقامه .

٣٦ - ومن هنا تَعَلَّمُ فسادُ ما يرمي به بعضُهم الشريعةَ الإسلاميةَ من عدم تجوزها

(١) هو : المغيرة بن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن معتب . الأمير أبو عيسى ، ويقال : أبو عبد الله ، وقيل : أبو محمد . من كبار الصحابة أولي الشجاعة والمكيدة . شهد بيعة الرضوان . كان رجلاً طويلاً مهيباً ، ذهبت عينه يوم اليرموك ، وقيل : يوم القادسية . روى مغيرة بن الريان ، عن الزهري ، قالت عائشة : كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ ، فقام المغيرة بن شعبة ينظر إليها ، فذهبت عينه . انظر : سير أعلام النبلاء للذهبي (٢١١/٣) ، طبقات ابن سعد (٤٩/٥) .

(٢) يؤدم : تكون بينكما المحبة والاتفاق . يقال : أدم الله بينهما ، يأدم أذناً - بالسكون - ، أي : أَلَفَ ووَفَّقَ . وكذلك : آدم يؤدم إيدائنا . انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر مادة (آدم) .

(٣) سنن الترمذي (كتاب : النكاح / باب : إباحة النظر قبل التزويج / ٣١٨٣) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها / ١٨٥٥) .

(٤) هم الخنابلة كما أوضحنا .

ذلك للخطاب مع جوازه في الشرائع الأخرى كما هو الجاري . ولو راجع هذا الشريعة الغراء ، كما يفرضه عليه الانتماء إليها - ، لعلم بطلان ما يقول بالنصوص الواضحة .

٣٧ - ولو اتبع الناس أمر شريعتهم ، لتجروا مما يحل بهم .

فالعيب كل العيب إنما هو على من يدعي أنه مئتّم إلى الشريعة الإسلامية ، ولا يدري ما فيها أو يذريه ولا يعمل به ، اللهم ألهمنا الصواب (١) .

(مادة ٤)

الْوَعْدُ بِالنِّكَاحِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَمَجْرُودُ قِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ بِدُونِ إِجْرَائِهِ عَقْدٌ شَرْعِيٌّ بِإِجْبَابِ وَقَبُولِ ، لَا يَكُونُ كُلُّ مِنْهُمَا نِكَاحًا . وَلِلْخَاطِبِ الْعُدُولُ عَمَّنْ حَاطَبَهَا ، وَلِلْمَخْطُوبَةِ أَيْضًا رَدُّ الْحَاطِبِ الْمَوْعُودِ بِتَرْوِيجِهَا مِنْهُ ، وَلَوْ بَعْدَ قَبُولِهَا ، أَوْ قَبُولِ لَيْتِهَا إِنْ كَانَتْ قَاصِرَةً ، هَدِيَّةَ الْحَاطِبِ وَدَفْعِهِ الْمَهْرَ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ (٢) .

• • •

٣٨ - ومتى حصلت الخطبة وأغقبت العقد الشرعي - وهو الإيجاب والقبول - مستوفيا شرائطه ؛ فليس لكل منهما الرجوع عنه . أما إذا وُعد بترويجها له في المستقبل -

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢) : الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا .

المادة (٣) : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة

المادة (٤) : ١- إذا دفع الخاطب المهر نقدًا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب ؛ فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز .

٢ - إذا عدلت المرأة فعلها إعادة مثل المهر أو قيمته .

٣ - تجرى على الهدايا أحكام الهبة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٣) : لا ينقذ الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية .

المادة (٤) : لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة .

(٢) هذه المسألة متفق عليها ، وذلك مفهوم من كون الخطبة ليست هي عقد الزواج المبيح للوطء وغيره من أمور الزوجية ، بل الخطبة هي التماس إتمام هذا العقد كما نص على ذلك عامة الفقهاء ، فقد عرفها صاحب نهاية المحتاج (٢٠١/٦) بقوله : « التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة » . وانظر : البيجيري على الخطيب (٤٠٧/٣) ، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٩٠/١٩) .

ولو مع قراءة الفاتحة - ولم يحصل العقد ، فهذا الوعد لا يكون زواجاً شرعياً .
 ٣٩ - وحيثذ فللخاطب الرجوع عن المخطوبة ، ولها أيضاً العدولُ عَنَّ حَظَّهَا ولو
 بعد دفع الزوج المهرَ كُلَّهُ أو بعضَهُ ، أو بعد إرسال هدية لها وقبولها منه إن كانت
 مكلفة ، أو قبول وليها إن كانت قاصرة . ويستردُّ ما دفعه من المهر إن كان موجوداً .
 فإن هلك أو استهلِكَ ؛ رجع بقيمته إن كان قِيَمِيًّا ، وبمثله إن كان يَثَلِيًّا .
 وأما الهدايا : فله استردادها إن كانت موجودة ، وإن هَلَكَتْ أو اسْتَهْلِكَتْ ؛ فلا
 رجوع له ببعوضها . وستأتي مسألة الرجوع موضحةً في مادة (١١٠) .
 ٤٠ - ومع هذا فالأحسن لكل منهما أن يُتَمَّم ما حَصَلَ الوعدُ به وهو عقد الزواج ،
 إذا لم يكن هناك مانع قوي ؛ لأن الوفاء بالوعد يُمَدِّح عليه . ويرتب على عَدَمِهِ عَدَمُ
 وَتَوْقِ النَّاسِ بَعْضُهُمْ بَعْضٍ ، وفي ذلك من الإخلال بالمصالح وقَوَاتِ العَرَضِ ما لا
 يخفى على اللَّيِّبِ (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري :

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٥) : يتعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثالث : عقد الزواج انعقاد الزواج

المادة (١٤) : يتعقد الزواج بإيجاب وقبول الحاضرين أو وكيليهما في مجلس العقد .

قول الحنفية : جاء في الاختيار لتعليل المختار (١٥٢/٢) : لو زوجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز ،

وكذلك لو زوجت غيرها بالولاية أو الوكالة ، وكذا إذا وكلت غيرها في تزويجها ، أو زوجها غيرها جازت .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : الفصل الأول أركان عقد الزواج وشروطه :

المادة (١٤) ركنا عقد الزواج هما :

أ - الزوجان بشروطهما .

ب - الإيجاب والقبول .

المادة (١٥) - يشترط لصحة عقد الزواج ما يلي :

أ - استيفاء الإيجاب والقبول لشروط صحتهما . ب - أهلية العاقدين وخلوهما من الموانع الشرعية .

ج - الولي بشروطه طبقاً لأحكام هذا القانون . د - الإشهاد وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون .

هـ - عدم نفي المهر .

الباب الثاني في شروط النكاح وأركانها وأحكامها

(مادة ٥)

يَتَعَقَّدُ النِّكَاحُ بِإِجَابٍ مِنْ إِحْدِ الْعَاقِدَيْنِ ، وَقَبُولٍ مِنَ الْآخَرِ ^(١) . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَوْجِبُ هُوَ الزَّوْجُ أَوْ وَلِيِّهُ أَوْ وَكِيلُهُ ، وَالْقَابِلُ هُوَ الزَّوْجَةُ أَوْ وَلِيِّهَا أَوْ وَكِيلُهَا إِنْ كَانَتْ مُكَلَّفَةً أَوْ بِالْعَكْسِ ^(٢) .

٤١ - اعلم أن الزواج له تعريف ، وسبب ، وصفة ، وركن ، وشروط ، وحكم .

(١) هذه المسألة متفق عليها :

قول الحنفية : جاء في الجوهره النيرة (٢/٢) : « النكاح يتعقد بالإيجاب والقبول ؛ لأنه عقد ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول » . وانظر : المبسوط (٢٤/١٣) ، وتبيين الحقائق (٩٦/٢) ، وفتح القدير (١٨٩/٣) .
قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٢٦/٤) : « اعتبار أصل الإيجاب والقبول فبالاتفاق كسائر العقود » .
قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٥٢/١) : « النكاح فيه إيجاب وقبول من جانبيين » .
قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٥/٨) : « النكاح لا يتعقد إلا بإيجاب وقبول » . وانظر : الفروع لابن مفلح (١٦٨/٥) ، وكشف القناع (٤٠/٥) .

(٢) قول الحنفية : جاء في درر الأحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٨/١) : « رجل تزوج امرأة بالعربية أو بلفظ لا يعرف معناه أو زوجت نفسها به ، إن علما أن هذا لفظ يتعقد به النكاح ، يكون نكاحا عند الكل . وإن لم يعلم معناه ، فإن لم يعلم أن هذا لفظ يتعقد به النكاح ؛ فهذه جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع والإبراء عن الحقوق والبيع والتملك ، فالطلاق والعتاق والتدبير واقع في الحكم » . وانظر : البحر الرائق (٩١/٣) ، والفتاوى الهندية (٢٦٧/١) ، ورد المختار (١٥/٣) .

قول الشافعية : جاء في الغرر البهية شرح البهجة الوردية (١٠٣/٤ ، ١٠٤) : « وصحة النكاح تحصل أيضا بما كان بمعنى هذه الألفاظ من العممية ... بقوله مترجما بأي لسان كان ، وإن أحسن المترجم العربية اعتبارا بالمعنى . ومحلها إذا فهم كل من العاقدين كلام الآخر ، فإن لم يفهمه وأخبره ثقة بمعناه ؛ ففي الصحة وجهان ، رجح منهما البلقيني المنع » . وجاء في فتاوى الرملي (١٥٦/٣ ، ١٥٧) : « (سئل) هل يصح النكاح إذا لم يفهم كل من العاقدين كلام الآخر ثم أخبره ثقة بمعناه أو لا ؟ . (فأجاب) : بأنه لا يصح » . انظر : نهاية المحتاج (٢١٢/٦) .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٣٩/٥) : « وإن كان كل منهما - أي العاقدين - لا يحسن لسان الآخر ؛ ترجم بينهما ثقة يعرف اللسانين » .

- ٤٢ - أما تعريفه ، وسببه : فتقدما أول الكتاب .
- ٤٣ - وأما صفته : فهي : الفرضية ، والوجوب ، والشئئية ، والحزمية ، والكرهية . وهذه هي الأحكام التي تَغْتَرِيه باختلاف الأحوال كما ستعرفه .
- ٤٤ - فيكون فرضاً : إن تحقَّق الرجل أنه لو لم يتزوج لزنى ؛ لأن الزنى حرام قطعاً ، ولا يُتَوَصَّلُ إلى تزوجه في هذه الحالة إلا بالزواج ، والقاعدة : أن ما لا يُتَوَصَّلُ إلى ترك الحرام إلا به ، يكون فرضاً .
- ٤٥ - ويكون واجباً : - والوجوب أقل من الفرض ^(١) - : عند شدة الاشتياق إلى التزوج ، بحيث يخاف الوقوع في الزنى لو لم يتزوج من غير تحقُّق .
- ٤٦ - ويكون سنةً : حال الاعتدال ؛ أي لا يكون في شدة الاشتياق إلى التزوج ولا في غاية الفتور عنه .
- ٤٧ - ويكون حراماً : إذا تيقن عدم القيام بأمر الزوجية ؛ لأن الزواج إنما شرِعَ لمصلحة ، وبالجزء تنعدم هذه المصالح ، فضلاً عن أنه يَأْتُم ويرتكب المحرمات .
- ٤٨ - ويكون مكروهاً : إذا خاف الجزور .
- ٤٩ - وكل هذه الأقسام مفروضة فيمن يَمْلِكُ المهر والنفقة . فإن كان لا يملكهما وخشي الزنى ؛ فعليه أن يَتَكَسَّبَ حتى يحصل عليهما ؛ إذ الإنسان مأمور بالسعي لِيَتَكَسَّبَ ما يلزمه .
- ٥٠ - فإن اشتد الخوف ، ولم يكن عنده الآن ما يجعله مهزأ ، يستدين ويسعى لقضاء ذلك الدَّيْن . ومتى غلِم المؤمنون أنه يستدين لتحسين النفس ، وليس عنده ما هو محتاج إليه ، ولم يقصُر في طلبه ، فلا ييخلون بإعطائه ما يكفيه ، واللَّهُ ﷻ يُعِينُهُ على قضاة لقوله عليه الصلاة والسلام : « ثلاثة حق على الله تعالى عَزُّهُمْ : المكاتب الذي
-
- (١) الفرض مرادف للواجب عند جمهور الأصوليين والفقهاء ما عدا الأحناف ؛ فإنهم يفرقون بين المصطلحين على النحو التالي : الفرض : هو المطلوب طلباً جازماً بدليل قطعي . مثل : قراءة القرآن في الصلاة الثابتة بقوله تعالى : ﴿ قَارِئُوا مَا نَزَّلَ مِنَّا ﴾ [الزلزل / ٢٠] . وجاحد الفرض كافر . والواجب : هو المطلوب طلباً جازماً بدليل ظني . مثل : قراءة فاتحة في الصلاة الثابتة بحديث الصحيحين : « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » . وجاحد الواجب فاسق .
- أما الجمهور فيترَفَضون الفرض والواجب بتعريف واحد ، وهو : المطلوب طلباً جازماً سواء ثبت بدليل قطعي أو ظني . والخلاف بينهما خلاف لفظي . انظر : شرح المحلى على جمع الجوامع (١ / ٨٨) .

يريد الأداء ، والمتزوج الذي يريد العفاف ، والمجاهد في سبيل الله ^(١) .

٥١ - فلو فُرِضَ بعد كل ما تقدم قلنا : إنه لم يجد مَنْ يُعْطِيهِ ؛ فعليه بالصوم ، فإنه قاطع للشهوة ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « معاشِرُ الشبابِ ، مَنْ استطاع منكم الباءةَ فليتزوج ، ومن لم يستطعْ فعليه بالصوم ، فإنه له وجاءٌ » ^(٢) .

٥٢ - ومع ذلك فمن ذا الذي لا يَجِدُ المهر والنبي عليه الصلاة والسلام يقول : « التَّمَسُّنُ ولو خاتماً من حديد » ^(٣) . فالغرض من هذا الحديث التنبيه على أن المهر ليس مقصوداً في عقد الزواج ، بل الغرضُ شيءٌ أسمى وأعظمُ منه . فلا تمتنعوا عن الزواج بحجة أن لا شيء معكم للمهر ، لأن الزواج يصح ولو كان المهر قليلاً .

٥٣ - بقي ما لو تعارضت الفرضية والحرمة ، بأن فرضنا أن هناك رجلاً تحقق أنه لو لم يتزوج لزنى ، وتحقيقاً أيضاً أنه لو تزوج أساء العشرة . وقد تكلم ^(٤) بعض الكتب هنا بما لا ينبغي أن يُذكر ، فالأحسن ارتكابُ أخفِّ الأمرين بقدر الإمكان بأن نقول له : تزوج - ولا نأمره بالزنى أبداً - وعاشِرٌ من يذكرك بحقوق الزوجية ، حتى تكونَ دائماً

(١) مسند أحمد (٢٥١/٢ ، ٤٣٧) .

(٢) الوجاء : نوع من الخِصاء ، وهو : دَقُّ خُصْيَيْ الفحل دَقًّا شديداً وضرب عروقهما بحديدة والطنن فيها من غير إخراج البيضتين حتى تذهب شهوة الجماع . ويتنزل في قطعه منزلة الخُصْي . وقد وُجِيَ وجاءٌ فهو موجوء . ويقال : كبش موجوء ، إذا فُعل به ذلك . أراد : أن الصوم يقطع النكاح ويذهب بالشهوة كالوجاء . انظر : النهاية ، والمغرب مادة (وجأ) .

وانظر : صحيح البخاري (كتاب : الصوم / باب : الصوم لمن خاف على نفسه العربة / ١٧٧٢) ، وصحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : استحباب النكاح لمن طاقته نفسه إليه ووجد مؤنه / ٢٤٨٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في فضل التزويج والحث عليه / ١٠٠١) ، وسنن النسائي (كتاب : الصيام / باب : ذكر الاختلاف على محمد بن أبي يعقوب في حديث إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق / ٢٢٠٧) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : التحريض على النكاح / ١٧٥٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : ما جاء في فضل النكاح / ١٨٣٥) .

(٣) صحيح البخاري (كتاب : النكاح / باب : عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح / ٤٧٢٧) ، وصحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به / ١٤٢٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : منه / ١١١٤) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : ذكر أمر رسول الله وأزواجه وما أباح الله / ٣٢٠٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في التزويج على العمل يعمل / ٢١١١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : صداق النساء / ١٨٨٩) .

(٤) كذا في الأصل .

على ذِكْرِ منها ، واشكُنْ بين جيران صالحين لتتعلم منهم ، ويمنعوا التعديَ بقدر ما يمكنهم . وهذا موافق لمذهب الإمام مالك ^(١) ، وكل هذا لم يتعرض له الكتاب .

أركان الزواج

٥٤ - وأما أركان الزواج : فثانان .

٥٥ - أحدهما : الإيجاب .

٥٦ - وثانيهما : القبول .

٥٧ - فالإيجاب : هو ما صَدَرَ أولاً من كلام أحد العاقدَيْنِ .

والقبول : هو ما صَدَرَ ثانياً من كلام العاقد الآخر .

٥٨ - والعاقدان : إما أن يكونا الزوجين ، إن كان كل منهما عاقلاً بالغاً . أو وكيلهما ، إن كان كلٌّ من الزوجين متصفاً بالبلوغ والعقل أيضاً ؛ لأن الشخص ليس له أن يُؤكَّلَ غيره في شيء إلا إذا كان هو يملكه . أو وليَّهما ، إن كان كل منهما ليس أهلاً للعقد . أو أحد الزوجين مع ولي الآخر ، أو وكيله ، أو ولي أحدهما مع وكيل الآخر ، بلا فرق في كل هذه الصور بين ما إذا كان الموجب واحداً منهما والقابل هو الآخر .

٥٩ - فإذا جرى العقد بين الزوجين ، وكان الموجب هو الرجل يقول مخاطباً لمن يريد تزويجها : تزوجتك . فتقول : قَبِلْتُ . وإذا كانت هي الموجبة تقول له : تزوجتك ، أو زوجتك نفسي . فيقول لها : رَضِيْتُ ، أو قَبِلْتُ ، أو أجزتُ .

٦٠ - وإذا جرى بين الوكيلين وكان الموجب وكيل الزوجة يقول مخاطباً لوكيل الزوج : زوجتُ موكلتي فلانة لموكلتك فلانٍ . فيقول : قبلتُ زواجها لموكلي . وإذا كان الموجب وكيل الزوج يقول : زوجتُ موكلتك فلانة لموكلي فلانٍ . فيقول الآخر : قبلتُ ، أو رَضِيْتُ مثلاً .

٦١ - وإذا جرى بين الوليَّين يقول ولي الزوجة مخاطباً لولي الزوج : زوجتُ بنتي فلانة من ابنك فلانٍ . فيقول : قبلتُ هذا الزواج .

(١) جاء في البحر الرائق (٨٤/٣) : « فإن تعارض خوف الوقوع في الزنى لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج ؛ قُدِّم الثاني ، فلا افراض ؛ بل مكروه كما أفاده في فتح القدير . ولعله : لأن الجور معصية متعلقة بالعباد ، والمنع من الزنى من حقوق الله تعالى ، وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى تعالى » . وانظر : رد المحتار (٦/٣) .

٦٢ - وقس على هذه الأمثلة ما إذا جرى العقد بين أحد الزوجين ووكيل الآخر ، أو ولي أحدهما ونفس الآخر ، أو ولي أحدهما ووكيل الآخر .

٦٣ - والإيجاب في الزواج : يصح بلفظ التزويج والنكاح بالاتفاق ؛ لأن كلاً منهما صريح فيه . والقبول لا يُشترطُ فيه لفظ مخصوص ، بل الشرط رضا الآخر بهذا الإيجاب ، فإذا قال رجل لآخر : زوجتُ ابنتي فلانة لابنك فلان . وقال الآخر : قبلتُ ، أو رضيتُ ، أو أجزتُ ، أو أطعتُ ، أو ما صنعتُهُ في محلِّه ؛ صحَّ .

٦٤ - ولكن انعقاده بغير هذين اللفظين فيه خلاف ؛ فمذهب أبي حنيفة : أنه ينعقد بكل لفظ وُضِعَ لتمليك العين في الحال ، كالهبة والصدقة ، والبيع ، لا الوصية والإجارة والإعارة .

٦٥ - وقال الشافعي ^(١) وأحمد ^(٢) رضی الله تعالى عنهما : لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والنكاح . واستدلاً بأدلة :

(١) هو : الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم ابن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب الإمام عالم العصر ، ناصر الحديث ، فقيه الملة ، نسيب رسول الله ﷺ وابن عمه ، اتفق مولد الإمام بغزة سنة خمسين ومائة ، أخذ العلم ببلده ، عن مسلم بن خالد الزنجي ، وداود بن عبد الرحمن العطار ، وعمه محمد بن علي بن شافع وغيرهم ، وحدث عنه : الحميدي ، وأحمد بن حنبل ، وأبو يعقوب بن يوسف البوهطي ، وغيرهم . نشأ ﷺ في مكة وتعلم القرآن على سفيان بن عيينة ، ثم خرج إلى المدينة فقرأ على الإمام مالك الموطأ وحفظه ، ثم دخل بغداد وأقام بها سنتين وصنف بها كتبه القديمة ، ثم عاد إلى مكة سنة تسع وتسعين ومائة ، ثم عاد إلى بغداد فأقام بها شهراً لم يصنف فيها شيئاً ، ثم خرج إلى مصر وصنف بها كتبه الجديدة ، أقام بها إلى أن مات ودفن هنالك . من تصانيفه الكثيرة : المسند في الحديث ، أحكام القرآن ، اختلاف الحديث ، إثبات النبوة والرد على البراهمة ، توفي ﷺ بمصر سنة أربع ومائتين . انظر : طبقات الفقهاء الشافعيين (١٢/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٧٧/٨) ، معجم المؤلفين (١١٦/٣) .

(٢) هو : أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد ، أبو عبد الله ، الروزي ، ثم البغدادي ، صاحب المذهب ، الصابر على المحنة ، الناصر للسننة ، ولد سنة أربع وستين ومائة ببغداد ، سمع من ابن بشير ، وغندر ، وابن علية ، وغيرهم ، وحدث عنه : البخاري حديثاً ، ومسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، وطائفة ، كان ﷺ إماماً في الحديث والفقه ، وهو صاحب المذهب الحنبلي ، قدمت أمه ببغداد فولدته بها فتشأ وطلب العلم بها ، ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ، ومكة والمدينة ، واليمن والشام ، من تصانيفه : المسند ، والزهد ، والرسالة السننية في الصلاة ، توفي سنة إحدى وأربعين ومائتين . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٣٤/٩) ، معجم المؤلفين (٢٦١/١) .

٦٦ - الأول : أن التملك ليس حقيقة في الزواج ولا مجازاً عنه ؛ لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم ، ولذا يراعى فيه مصالح الزوجين . ولا ضَمٌّ ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلاً ، ولذا لا يراعى فيه إلا مصالح المالك .

٦٧ - والثاني : أن الإشهاد فيه شرط ، والكناية يُختلج فيها إلى النية ، ولا اطلاع للشهود على النيات .

٦٨ - والثالث : أن التملك مُفِيدٌ للزواج ، حتى لو ملك الرجل زوجته بأن كانت أمتَهُ ، فسد الزواج .

٦٩ - وكذا الهبة من ألفاظ الطلاق ، ولذا وقع الطلاق بقول الرجل لامرأته : وهبْكِ لأهلك . فلا يكون موجباً لصدده . واستدلّت الحنفية بقوله تعالى : ﴿ وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسًا لِلنَّبِيِّ ﴾ الآية^(١) ، وبقوله عليه الصلاة والسلام : « مَلَكَتْكُمْ بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ »^(٢) . وكلٌّ من هذين وارد في عقد الزواج .

٧٠ - وليس لقائل أن يقول : الانعقاد بلفظ الهبة خاصٌّ به عليه الصلاة والسلام ، بدليل قوله تعالى : ﴿ خَالِصَةً لِّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٣) ، لأننا نقول له : الاختصاص والخُلُوص : في سقوط المهر ، بدليل أنها مقابلة بمن أعطى مهرها في قوله تعالى : ﴿ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ الَّتِي ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً ﴾^(٤) ، وبدليل قوله تعالى : ﴿ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ﴾^(٥) . والخرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج ، وبنفي المهر تحصل المِئَةُ التي سبقت الكلام لأجلها لا بإقامة لفظ دون لفظ .

٧١ - والجواب عن الدليل الأول للشافعية : أننا لا نسلم أن التملك ليس مجازاً في الزواج ؛ لأن التملك سبب لميلك المتعة بواسطة ملك الرقبة في محلِّ يقبلها . والسببية طريق من طرق المجاز .

(١) الأحزاب : ٥٠ .

(٢) صحيح البخاري (كتاب : فضائل القرآن / باب : القراءة عن ظهر قلب / ٥٠٣٠) ، وسنن النسائي

(كتاب : النكاح / باب : التزويج على سور من القرآن / ٣٣٣٩) .

(٣) الأحزاب : ٥٠ . (٤) الأحزاب :

(٥) الأحزاب : ٥٠ .

٧٢ - والجواب عن الثاني : أن محل اشتراط التعيين إذا كان هناك لَبَسٌ ، بخلاف ما نحن فيه فلا لَبَسٌ يعتبره ؛ إذ كلامنا فيما إذا قامت القرائن والأدلة على أن هذا يراد به الزواج ، فحينئذ ينتفي الاحتمال فلا لَبَسٌ ؛ فيصح الزواج .

٧٣ - والجواب عن الثالث : أن التمليك لا يُفْسِدُ الزواج من حيث إنه مُخَرِّمٌ عليه أمته حتى يصح الاستدلال ، وإنما يُفْسِدُهُ من حيث إنه أبطل مالكية المرأة ؛ إذ المرأة يثبت لها بالزواج ما يترتب عليه من القسَمِ وتقدير النفقة والشككنى وغير ذلك ، وبالتمليك بطل ذلك وصارت مملوكة محضة .

٧٤ - وقولهم : إن الهبة من ألفاظ الطلاق ، فلا يصح أن يكون اللفظ موجبا لصدقه ؛ يرده أن الطلاق يقع بلفظ التزويج الذي قالوا بانعقاد الزواج به ، فإن الرجل إذا قال لزوجته : تزوجي . ناويا الطلاق ، وقع . فما كان جوابا لهم فهو جوابنا .

٧٥ - ولا بد أن يكون لفظ الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، ك : زوجتُ ، أو وهبتُ ، أو ملكتُ مثلا . أو أحدهما للماضي والآخر للمستقبل ؛ لأن الزواج عقد ، وليس له لفظ يختص به بحسب الوضع ، فاشتغيل فيه لفظ يُنبئُ عن الثبوت - وهو الماضي - دفعا للحاجة .

٧٦ - والإنشاء يُعرَفُ بالشرع لا باللغة ، فكان ما يُنبئُ عن الثبوت أولى من غيره ؛ لأن غرضهما الثبوت دون الوعد . وهذا المعنى موجود أيضا فيما إذا كان أحدهما ماضيا والآخر للمستقبل ، مثل أن يقول رجل لآخر : زوّج بنتك فلانة لابني . فيقول الآخر : زوجتُ . فالأول إيجاب ، والثاني قبول .

وقال بعضهم : زوج توكيل وإنابة . وقول الآخر : امتثال لأمره فينعقد به الزواج ؛ لأن الواحد قد يتولى طرفي الزواج كما ستعرف إن شاء الله تعالى في شرح مادة (١٣٧) .

٧٧ - وكذلك إذا كان الإيجاب مضارعا مبدوعا بهمزة أو نون أو تاء إذا لم يتو الاستقبال ، فإذا قال رجل لامرأة : تزوّجيني نفسك ؟ . أو قالت امرأة لرجل : تزوّجيني نفسك ؟ . ناويا كل منهما الحال ، فقال الآخر : زوّجتُ ؛ انعقد الزواج باعتبار استعماله في غرضٍ تحقيقي واستفادَةِ الرضا منه ؛ لأننا لما علمنا أن الملاحظة من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد لزوم حكمه جانب الرضا ، عدّينا حكمه إلى كل لفظ يفيد ذلك ، ولو كان مُصَرِّحا فيه بالاستفهام ، حتى لو قال رجل لآخر : هل أعطيتني بنتك لابني ،

فقال : أعطيتُ . إن كان المجلس للوعدِّ ؛ فَوَعْدٌ ، وإن كان للعقدِ ؛ فزَواجٌ (١) .

(مادة ٦)

يُشْتَرَطُ لِعَقْدِ النِّكَاحِ : اتِّحَادُ مَجْلِسِ الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَ الْعَاقِدَانِ حَاضِرَيْنِ ، وَإِنْ طَالَ مِنْ غَيْرِ اشْتِغَالٍ بِمَا يَدُلُّ عَلَى الإِغْرَاضِ (٢) وَسَمَاعُ كُلِّ مِنْهُمَا كَلَامَ الآخَرِ وَإِنْ لَمْ يَفْهَمَا مَعْنَاهُ مَعَ عِلْمِهِمَا أَنَّهُ مَقْصُودٌ بِهِ عَقْدُ النِّكَاحِ ، وَعَدَمُ مَخَالَفَةِ الْقَبُولِ لِلِإِيجَابِ .

• • •

٧٨ - وأما شروط الزواج : فنتنقسم إلى قسمين : شروط انعقادٍ ، وشروط صحةٍ .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١١) : ١ - يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعًا لكلام الآخر وفاهمًا أن المقصود به الزواج ، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب .

٢ - ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٦) يشترط لصحة الإيجاب والقبول ما يلي :
أ - صدورهما عن رضا تام بألفاظ تفيد معنى الزواج لفة أو عرفًا ، وفي حالة العجز عن النطق فبالكتابة ، فإن تعذرت فبإشارته المفهومة .

ب - موافقة القبول للإيجاب صراحة أو ضمنا .

ج - أن يكونا في مجلس واحد .

د - أن يكونا منجزين وغير مؤقتين .

هـ - بقاء الإيجاب صحيحًا لحين صدور القبول .

قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٤/٣) : هـ ومن شرائط الإيجاب والقبول ، ألا يخالف الإيجاب القبول ، ك : قبلتُ النكاح لا المهزء .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٣٢/٢) عن شروط عقد النكاح : هـ وأما الذي يرجع إلى مكان العقد ، فهو اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين ، وهو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، حتى لو اختلف المجلس لا ينقذ النكاح ، بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما ، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ، أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس لا ينقذ ؛ لأن انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر ، فكان القياس وجودهما في مكان واحد هـ . وانظر : الجوهرة النيرة (١٩/٢) ، والفتاوى الهندية (٢٦٨/١) ، والبحر الرائق (٨٩/٣) ، ورد المختار (١٤/٣) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦١/٧) : هـ إذا تراخى القبول عن الإيجاب ؛ صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره هـ .

٧٩ - فشرط الانعقاد ثلاثة :

الأول : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول : بأن يكون المجلس الذي صدر فيه الإيجاب هو بعينه الذي صدر فيه القبول ؛ ومحل اشتراط هذا : إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس واحد . فإن كان أحدهما في بلد وكتب إلى الآخر في بلد آخر جوازا موجبا الزواج ، فقبيل المكتوب إليه بالشروط الآتية في مادة (٩) ؛ انعقد الزواج .

فإذا لم يُطَلِّ المجلس ، بأن صدر القبول عقب الإيجاب من غير تراخ فيها ^(١) . وإذا تأخر القبول عن الإيجاب ، فإن كان الاشتغال مدة الفصل بينهما متعلقا بشيء من عقد الزواج ؛ صح ، وإن كان أجنبيًا عنه ؛ فلا يصح ؛ لأنه في هذه الحالة يكون القابل قد أعرض عن الإيجاب فيبطله ، فلا يتعلق به القبول . بخلاف الحالة الأولى ، فإن الإيجاب لم يزل موجودًا ؛ إذ الفاصل متعلق به ، فكأنه من تمامه ، فيتعلق به القبول فيصح .

الثاني : سماع كل من العاقدين كلام الآخر : فإن فهم كل منهما ما يقوله الآخر ؛ فيها . وإن لم يفهم ؛ فإن كان يعلم أنه يريد عقد الزواج بهذه العبارة ؛ صح أيضًا ، وإن لم يعلم ؛ فلا يصح .

فإذا لقن رجل امرأة معنى : زوّجْتُكَ نفسي . بالفارسية مثلاً . وهي لا تفهمها وقالت اللفظ الذي لقنه لها فقبل ؛ فإن كانت عالمة بأن الغرض مما تقول عقد الزواج ؛ صح ، وإلا فلا .

الثالث : عدم مخالفة القبول للإيجاب : سواء كانت تلك المخالفة في كل الإيجاب أو في بعضه . فإذا قال رجل لآخر : زوجتُ ابنتي فلانة لابنك فلان بمائة جنيه . فقبل زواجها لابنه المعين بالمهر المسمى ؛ صح العقد لعدم المخالفة .

وأما إذا قبِلَ زواج غير المسماة بأقل من المهر لغير ابنه المعين ؛ فلا يصح ؛ لمخالفة القبول لكل أجزاء الإيجاب . فإذا قبل زواجها لابنه بمهر أقل من المسمى ؛ فلا يصح أيضًا للمخالفة في بعض الإيجاب . ومثل هذا ما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتُكِ بمائة جنيه . فقالت : قبلتُ بمائة وخمسين . أو أوجبت الزوجة بمائة وخمسين ، وقبل الزوج بمائة للمخالفة في المهر إلا إذا قبل الآخر بعد ذلك . فإن الثاني يعتبر موجبا ، والأول قابلا ؛ لرضاه بالزيادة أو النقص الذي حصلت فيه المخالفة .

(١) في الأصل : [فيها] .

٨٠ - ومحل تأثير المخالفة على العقد : إذا كانت لشرًّا بالنسبة للموجب كما عُلِمَ من الأمثلة المتقدمة ؛ إذ يريد من يدفع المهر النقص ، ويريد من يأخذه الزيادة . فإن كانت لخير ، كما إذا قبلت الزوجة في المثال المذكور بشمانين جنيهاً ، أو قبل الزوج في المثال المذكور بمائتين ؛ فلا تؤثر هذه المخالفة ، إذ يريد من يأخذ المهر النقص فيه ، ومن يدفعه الزيادة ، وهذا فيه منفعة للآخر . وهذه الشروط في الحقيقة للإيجاب والقبول كما هو ظاهر (١) .

(مادة ٧)

لَا يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ إِلَّا بِحُضُورِ شَاهِدَيْنِ حُرِّينِ ، أَوْ حُرٍّ وَحُرَّتَيْنِ ، عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ مُسْلِمَيْنِ لِنِكَاحِ مُسْلِمَةٍ ، سَامِعِينَ قَوْلَ الْعَاقِدَيْنِ مَعًا ، فَاهْمِينَ أَنَّهُ عَقْدُ نِكَاحٍ (١) ،

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢) : يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين ، عاقلين بالغين ، سامعين الإيجاب والقبول ، فاهمين المقصود بهما .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : شروط انعقاد الزواج صحيحاً : المادة (١٦) :
يشترط في صحة عقد الزواج : حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين ، بالغين ، سامعين الإيجاب والقبول ، فاهمين المقصود بهما ، وتجاوز شهادة أصول الحاطب والمخطوبة وفروعهما على العقد .
جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : يشترط في صحة عقد الزواج : حضور شاهدين عدلين ، سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه و من الولي .
الزوجة مطالبة بالحضور لدى العدلين عند إبرام عقد الزواج للتعبير عن رضاها وموافقتها وتوقيعها على ملخص عقد الزواج .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٠) أ - يشترط لانعقاد الزواج حضور شاهدين .
ب - يشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً ، بالغاً ، مسلماً من أهل الثقة ، سامعاً الإيجاب والقبول ، فاهماً أن المقصود به الزواج .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٢١/٣ ، ٢٢) : « وشروط حضور شاهدين حرين أو حر وحرتين ، مكلفين سامعين قولهما معا على الأصح فاهمين أنه نكاح على المذهب . » وانظر : المبسوط (٣١/٥) ، والعناية شرح الهداية (١٩٧/٣) ، والجوهر النيرة (٢/٢) ، وفتح القدير (١٩٧/٣) ،
قول الشافعية : جاء في حاشيتي قلوبوي وعميرة (٢٢٠/٣) : « ولا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين ... وشروطهما : حرية ، وذكورة ، وعدالة » .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢١٦/٢) : « وتندب إسهاد عدلين » . وانظر : مواهب الجليل (٤٠٩/٣) .

وَلَوْ كَانَا أَغْمِيَيْنِ ^(١) ، أَوْ فَاسِقَيْنِ ^(٢) أَوْ ابْنَيْ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ ابْنَيْ أُخْدِهِمَا ^(٣) . وَالْأَصَمُّ لَا يَضْلَعُ شَاهِدًا فِي النِّكَاحِ ^(٤) ، وَلَا النَّائِمُ ^(٥) . وَلَا الشُّكْرَانُ الَّذِي لَا يَعِي مَا يَسْمَعُ

= قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (١٠٢/٨ ، ١٠٣) : « الشهادة . فلا يتعقد إلا بشاهدين ... عدلين ، ذكرين ، بالغين ، عاقلين ... ورجل وامرأتين ، ومراهقين عاقلين » .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٢٢/٣ ، ٢٣) وهو يعدد من تقبل شهادته : « أو أعميين » . قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٢٠/٣) عن شروط الشهود : « وسمع وبصر ... وفي الأعمى وجه أنه يصح بحضرته » .

قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (١٠٢/٨) : « ... عدلين ذكربن بالغين عاقلين ، وإن كانا ضريرين ، هذا المذهب بلا ريب ، وعليه الأصحاب » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٢١/٣ ، ٢٢) وهو يعدد من تقبل شهادته : « ولو فاسقين أو محدودين في قذف » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٣٥/٤) : « وعدالة ولو ظاهرة ، فلا يتعقد بفاسقين ، لأنه لا يثبت بهما » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٣٥/٢) : « وصحته بشهادة رجلين عدلين غير الولي ، فلا يصح بلا شهادة ، ولا بشهادة فاسقين » .

قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (١٠٢/٨) : « يتعقد بحضور فاسقَيْنِ » .

(٣) قول الحنفية : جاء في الدر المختار ٢٤/٣ هو يعدد من تقبل شهادته : « أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما » . قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (١٢٣/٣) : « ويصح بابني أحدهما ، أي : بحضور ابني أحد الزوجين » .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٨/٧) : « وفي انعقاده - أي : النكاح - بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان :

أحدهما : يتعقد . اختاره أبو عبد الله ابن بطه ، لعموم قوله : « إلا بولي وشاهدي عدل » . ولأنه يتعقد بهما نكاح غير هذا الزواج ، فانهقد بهما نكاحه ، كسائر العدول .

والثاني : لا يتعقد بشهادتهما ، لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده » .

(٤) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٦٨/١) : « وتكلموا في الأصميين اللذين لا يسمعان ، والصحيح أنه لا يتعقد » . وانظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٩/١) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٢٠/٣) عن شروط الشهود : « وسمع وبصر » . وانظر : أسنى المطالب شرح روض الطالب ١٢٣/٣ .

(٥) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٦٨/١) عن شروط الشهادة : « ومنها سماع الشاهدين كلامهما معا ، فلا يتعقد بشهادة نائمين إذا لم يسمعا كلام العاقدين » .

وَلَا يَذْكُرُهُ ، فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحَ صَحِيحًا بِحُضُورِهِمْ ^(١) .

وأما شروط الصحة فاثنتان :

الأول : أن تكون المرأة مَحَلًّا لعقد الزواج : أي غير مُحَرَّمَةٍ على من يريد تزويجها . وهذا آتٍ في مادة (٢٠) .

الثاني : حضور شاهدين : بخلاف سائر العقود ، فإنها تصح بغير الإشهاد ، ولكن الأحسنُ الإشهادُ على كل عقد ، خوفاً من إنكار أحد العاقدين .

وَحُصِّصَ عَقْدُ الزَّوْجِ بِالإِشْهَادِ لِحَصَّتِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهَدَاءٍ » ^(٢) . ولأن المعقود عليه فيه خطيرٌ لِمَا فِيهِ مِنْ إِثْبَاتِ مِلْكِ الْمَنْفَعَةِ لِلزَّوْجِ عَلَى الزَّوْجَةِ ، فَيُعْظَمُ جِزْءُ الْآدَمِيِّ .

٨١ - ويشترط في الشاهدين : الحرية ، والعقل ، والبلوغ ؛ لأن كلاً من العبد ، والصبي ، والمجنون ليس من أهل الولاية . والشهادة من الولاية ، لأن فيها نفوذ قول الإنسان على الغير رَضِيٍّ أو لم يَرْضَ . وكلُّ منهم لا ولاية له على نفسه ، فعلى غيره من باب أولى .

٨٢ - ويشترط أيضاً : إسلام الشاهدين ، في حالة ما إذا كان كل من الزوجين مسلماً . فإذا كانا غير مسلمين أو كانت الزوجة غير مسلمة والزوج مسلماً ، فلا يُشْتَرَطُ إسلام الشاهدين .

٨٣ - ولا يشترط وصف الذكورة عند الحنفية ، فيصح بحضور رجل وامرأتين خلافاً للشافعي رحمهما الله ^(٣) .

٨٤ - ويشترط في الشاهدين : سماعُ كُلِّ قَوْلِ الْعَاقِدِينَ مَعًا ، فإن سمعا متفرقين بأن حضر أحدهما العقد ثم غاب وأعيد بحضور الآخر ، أو سمع أحدهما فقط العقد فأعيد

(١) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٢٠١/٣) وهو يعدد من لا تقبل شهادتهم : « وعلى اعتباره الأولى : أن ينفي شهادة السكران حال سكرهم وعربدتهم ، وإن كانوا بحيث يذكرونها بعد الشحو » . وانظر : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٩٩/٢) . وجاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٩/١) : « وينعقد بحضور السكران إذا فهموا ، وإن لم يذكروا بعد الشحو » .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا ببينة / ١١٠٣) .

(٣) جاء في معني المحتاج (٢٣٥/٤) : « فلا ينعقد بالنساء ، ولا برجل وامرأتين ؛ لأنه لا يثبت بقولهن » .

فسمعه الآخر دون الأول ، أو سمع أحدهما الإيجاب والآخر القبول ثم أعيد فسمع كلُّ واحدٍ ما لم يسمعه أولاً ؛ فلا يصح ؛ لأنه في هذه الصور وُجد عقدان لم يحضر كلُّ واحدٍ منهما شاهدان .

٨٥ - ويشترط أيضاً : أن يفهم الشاهد أن الغرض من هذا الكلام عقدُ الزواج .
وحينئذ لا يصح الزواج بحضور الأصم ولا النائم ؛ لعدم سماع كلِّ منهما ، ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره بعد إفاقته ، فإن وعاه حال سكره وتذكره بعد إفاقته ؛ صح بحضوره .

٨٦ - ومتى وجدت هذه الشروط في الشاهدين ، صح العقد ، ولو كانا أعميين ، أو فاسقين ، أو ابني الزوجين ، أو ابني أحدهما .

وقال بعضهم : لا تجوز شهادة الأعمى ؛ لأنه لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والإشارة إليهما ، فلا يكون كلامه شهادة ، فلا يصح الزواج بحضوره .
ولكن المعول عليه صحة العقد بحضوره ؛ لأن الغرض التمييز ولو بالاسم ، وهو حاصل . فيمكن أن يعرف أن فلانة بنت فلان تزوجت فلان ابن فلان ، ولا يلزم معرفة شخصهما ، بل المعرفة بالاسم غير شرط إذا انتفت الجهالة .

فإذا قال رجل لآخر : زوجتُك بنتي . ولم يُسمَّها وله بنتان ؛ فلا يصح للجهالة .
بخلاف ما إذا كان له بنت واحدة ؛ فإنه يصح . وكذا إذا قال رجل لآخر : زوجتُ بنتي لابنك . وليس له إلا بنت واحدة وللآخر ابنان ؛ فلا يصح ، إلا إذا عين أحدهما باسمه ، فإن كان له ابن واحد ؛ صح . وقس على هذا جميع الأمثلة .

٨٧ - وقال الشافعي : تشترط العدالة ، فلا يعقد بحضور فاسقين ؛ لأن الشهادة من باب الكرامة ، والفاسق من أهل الإهانة ، ولأن الشهادة في العدل معقولة المعنى ، وهو صون العقد عن الجحود ، والعقد لا يثبت بشهادتهما ، فلا يصح بشهادتهما أيضاً . وهو حسن .

والحنفية يقولون : إن الفاسق من أهل الولاية ، فيكون من أهل الشهادة ، وإنما رُدَّتْ شهادته عند الأداء للتهمة ، ولا تهمة هنا للتيقن .

٨٨ - والزواج له حكمان : حكم الصحة ، وحكم الإظهار . والكلام إنما هو في الأول لا الثاني ؛ إذ الثاني إنما يكون عند التجاحد ، وهذا لا يُقبل فيه إلا شهادة من تُقبل شهادته في سائر الأحكام بخلاف الأول ، فإنه لا يشترط فيه ذلك . بدليل اتفاقهم على

صحة العقد بحضور ابني الزوجين أو ابني أحدهما ، مع أنه لا يثبت بشهادتهما عند التجاحد ؛ لأن فيه شهادة الفرع لأصله ، وهي غير مقبولة . وبدليل صحته بحضور عدوهما ، ولا تقبل شهادتهما عليهما عند التجاحد .

٨٩ - فإذا كان لرجل من امرأة ابنان وحصلت الفرقة بينهما وأراد تزوجها ثانيًا ، فعقد عليها بحضور ذَيْتِكَ الابنين ، صح العقد اتفاقًا . مع أنه لو أنكر أحدهما العقد وأدّعه الآخر وشهدا له ؛ فلا يثبت بشهادتهما ؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة .

٩٠ - وإذا كان لرجل ابنان من امرأة وتزوج غيرها بحضور ابنه من غيرها ؛ صح العقد اتفاقًا ، مع أن المرأة لو أنكرت هذا العقد وأدّعه الرجل وشهد له ابنه ، فلا تقبل شهادتهما له . ولكن لو كانت هي المدعية وهو المنكّر وشهد ابنه عليه تُقبل ، لأن شهادة الفرع على أصله مقبولة لانتفاء التهمة .

٩١ - ومثل الأول ما إذا كان أحد الشاهدين ابناً للزوج والآخر ابناً للزوجة ، بأن كان رجلٌ متزوجًا بامرأة وله منها ابن وامرأةٌ متزوجةٌ برجل ولها منه ابن ، وحصلت الفرقة بينهما وبين زوجها ، فعقد عليها الرجل الأول بحضور ابنه من غيرها وابنها من غيره ، صح العقد . ولكن إذا أنكر هذا العقد أحدهما وأدّعه الآخر ؛ فلا يثبت بشهادة هذين الابنين ؛ لأنه وإن كان في كلٍّ منهما شهادة الفرع على أصله ، إلا أن نصاب الشهادة وهو اثنان لم يَتِمَّ ؛ لأن واحدًا منهما شاهد لأصله ، فلا تقبل شهادته .

والكلام الآن إنما هو في صحة العقد لا في إثباته ؛ فيصح بحضور الفاسقين وإن لم يثبت بشهادتهما عند التجاحد ، كما صح بحضور من ذُكِرَ وإن لم يثبت بشهادتهم . ولو قيل : إن العقد لا يصح إلا إذا ثبت عند التجاحد بشهادة شهود العقد . لكان حسنًا .

(مادة ٨)

إِذَا زَوَّجَ الْأَبُ بِنْتَهُ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ بِأَمْرٍهَا وَرِضَاهَا وَكَانَتْ حَاضِرَةً بِنَفْسِهَا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ ؛ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَحْضَرِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ زَجَلٍ أَوْ امْرَأَتَيْنِ ^(١) . وَكَذَلِكَ إِذَا أَمَرَ الْأَبُ غَيْرَهُ أَنْ يُزَوِّجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ ، فَزَوَّجَهَا بِمَحْضَرِ زَجَلٍ أَوْ امْرَأَتَيْنِ وَالْأَبُ حَاضِرٌ بِالْمَجْلِسِ ؛ صَحَّ النِّكَاحُ ^(٢) .

• • •

٩٢ - فقد علمت مما تقدم أنه لا بد لصحة الزواج من حضور شاهدين ، فما يظهر في بعض الصور من صحته بحضور شاهد واحد مخالف للحقيقة ؛ إذ بإمعان النظر يتبين وجود شاهدين . فإذا كان لرجل بنت بالغة عاقلة ، وزوّجها بأمرها ورضاهها بمحضر شاهد واحد سواء كان رجلاً أو امرأتين ، وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد ؛ صحّ الزواج . فيتوّهم بادی بادی أنه ليس هناك إلا شاهد واحد ، ولكن بالتأمل نجد أن هناك شاهدين ، لأن البنت متى كانت متصفاً بالبلوغ والعقل ، فالحق في زواجها لنفسها لا لأبيها ، فالأب في هذه الحالة وكيل ، فتجعل البنت مباشرة للعقد ؛ لأن المجلس مُتَّحِدٌ ، فيبقى الأب الذي هو الوكيل سفيراً ومُتَّبِعاً ؛ فيكون شاهداً مع الرجل ، فوجد شاهدان في هذه المسألة . فإن كانت غائبة عن مجلس العقد ؛ فلا يصح ؛ لأن المجلس مختلف ، فلا يمكن أن تُجْعَلَ مباشرة ، فلا ينتقل كلامه إليها ، فيبقى الرجل وحده شاهداً ، وبه لا ينعقد الزواج .

٩٣ - والأصل في جنس هذه المسائل : أنه متى أمكن مباشرة الموكل حقيقة ، يُجْعَلَ مباشرة حكماً ، وإلا فلا .

٩٤ - ولذا لو كان لرجل بنت صغيرة ووكل رجلاً في زواجها ، فزوجها لرجل بحضور شاهد واحد ، فإن كان الأب حاضراً في هذا المجلس ؛ صحّ الزواج ، وإن لم

(١) جاء في الجوهرة البيرة (٣/٢) : « إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ، إن كانت حاضرة ؛ جاز ، وإن كانت غائبة ؛ لا يجوز ، لأنها إذا كانت حاضرة تُجْعَلَ كأنها هي التي باشرت العقد ، وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين » . وانظر : فتح القدير (٢٠٦/٣) ، ورد المختار (٢٥/٣) .

(٢) جاء في فتح القدير (٢٠٦/٣) : « ومن أمر رجلاً أن يزوج ابنته الصغيرة ، فزوجها والأب حاضر بحضور رجل واحد ؛ جاز النكاح » .

يكن حاضراً ؛ فلا يصح ؛ لأن الوكيل في الزواج كما عرّفت سفيرٌ ومعبرٌ يتَّقل عبارة الموكل ، فإذا كان الموكل حاضراً كان مباشرًا ؛ لأن العبارة تنتقل إليه وهو في المجلس ، وليس المباشر سوى هذا . بخلاف ما إذا كان غائبًا ؛ لأن المباشر مأخوذ في مفهومه الحضور .

٩٥ - ولو زوجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضرة رجل وامرأة ، جاز إن كانت البنت حاضرة ؛ لأن البنت تُجعل مباشرة للعقد ، وتعتبر الأم مع المرأة شاهدًا والرجل شاهدًا ، فقد وجد شاهدان . وإن كانت البنت غائبة ؛ فلا يصح لما ذُكر .

٩٦ - وإن كانت البنت صغيرة في هذه المسألة ؛ لم يجز مطلقًا ، أي سواء كانت حاضرة أو غائبة ؛ لأن الانتقال إليها غير ممكن ؛ لأنها لا تصلح لمباشرة العقد . ومثلها الأب إذا زوّج ابنته الصغيرة بحضرة رجل واحد ، فإنه لا يجوز مطلقًا .

٩٧ - ومن هذا الجنس ما لو وكّل رجلاً في أن يزوجه امرأة ، فعقد الوكيل بحضرة رجل واحد أو امرأتين ، فإن كان الموكل حاضراً ؛ جاز العقد ، وإلا فلا .

ومثله : ما إذا وكّلت امرأة رجلاً في زواجها ، فعقد عليها بحضرة رجل أو امرأتين ؛ صح العقد إن كانت حاضرة . وقس على هذا ما أشبهته ^(١) .

(مادة ٩)

لَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْكِتَابَةِ إِذَا كَانَ الْغَائِقَانِ حَاضِرَيْنِ ^(٢) ، وَيَنْعَقِدُ بِكِتَابَةِ الْغَائِبِ لِمَنْ يُرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ أَنْ تَقْرَأَ أَوْ تَقْرَأَ الْكِتَابَ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ وَتُسَمِّعَهُمَا عِبَارَتَهُ أَوْ تَقُولَ لَهُمَا : فَلَأَنْ بَعَثَ إِلَيَّ يَخْطِيبِي . وَتَشْهَدُهُمَا فِي الْمَجْلِسِ أَنَّهَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ ^(٣) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧) : يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائبًا عن المجلس .

(٢) جاء في رد المختار (١٢/٣) عن الأئمة التي لا تنعقد : « ولا بكتابة حاضر ، فلو كتب : تزوجتك . فكبت : قبلت ؛ لم ينعقد ، بل غائب ؛ أي أن التعبير بالكتابة ينعقد به النكاح للغائب لا للحاضر . وانظر : درر الحكام (٣٢٧/١) ، والبحر الرائق (٩٠/٣) ، والفتاوى الهندية (٢٧/١) ، ومجمع الأنهر (٣١٧/١) .

(٣) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في رد المختار (١٢/٣) : « ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب . وصورته : أن يكتب إليها بخطبها ، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم ، وقالت : زوجت نفسي منه ، أو =

٩٨ - وقد عرفت من شرح مادة (٦) أن من شروط انعقاد الزواج : اتحاد مجلس الإيجاب والقبول إذا كان العاقدان حاضرين ، أي في مجلس واحد .

فإن كان أحدهما غائباً عن الآخر سواء كان في بلد آخر أو في البلد الذي هو فيه ولكن في محل آخر ؛ صح عقد الزواج بالكتابة ، وإن اختلف مجلس الإيجاب والقبول . فإذا كتب رجل لامرأة يخطبها فعندما بلغها الكتاب أحضرت الشهود ، وقرأته عليهم ، وقالت : زوجت نفسي منه . أو أمرت غيرها بقرائه وبعدها قالت : زوجت نفسي منه . أو بعدما أحضرت الشهود قالت لهم : فلان بعث إليّ يتزوجني ، فاشهدوا أنني زوجت نفسي منه ؛ صح الزواج ، وإن كان مجلس الإيجاب والقبول مختلفاً ؛ لأنهما ليسا في مجلس واحد .

فإذا لم تقل بحضرتهم سوى : زوجت نفسي من فلان . فلا ينعقد ؛ لأن سماع الشطرين شرط لصحة الزواج ، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها ، قد سمعا الشطرين . بخلاف ما إذا لم يوجد واحد منهما . ولذا قال بعض المحققين : إن هذا الشرط الذي هو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، لا استثناء منه أصلاً ، حتى في مسألة الزواج بالكتابة ؛ لأن سماع الشهود الكتاب سواء كان منها أو من غيرها أو التعبير عنه منها إيجاب ، فكان الكاتب أوجب في هذا المجلس ، وقولها : زوجت نفسي منه . في هذا المجلس قبول ، وحينئذ فمجلسهما متحد ، فلا استثناء . وهو حسن (١) .

= تقول : إن فلاناً كتب إليّ يخطبني فاشهدوا أنني زوجت نفسي منه . أما لو لم تقل بحضرتهم سوى : زوجت نفسي من فلان ؛ لا ينعقد ، لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح . وانظر : المبسوط (١٥/٥ ، ١٦) ، وفتح القدير (١٩٨/٣) .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٣٠/٤) : « ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور ، لأنها كتابة » . وانظر : تحفة المحتاج (٢٢٣/٧) .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٣٩/٥) : « ولا يصح النكاح من القادر على النطق بإشارة ولا كتابة ، للاستثناء عنها » . وانظر : مطالب أولي النهى (٤٩/٥) . وجاء في الإنصاف (٤٩/٨) : « وأما الكتابة في حق القادر على النطق ، فلا ينعقد بها النكاح مطلقاً على الصحيح من المذهب . وقيل : ينعقد . ذكرهما في الحرر وغيره . وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير . وقال في الرعاية الكبرى : الأظهر المنع مع حضوره ، والصحة مع غيبته » .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة ١٠ : يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا بإشارته المعلومة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة ١٥ : يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة .

(مادة ١٠)

يَنْعَقِدُ نِكَاحَ الْأَخْرَسِ بِإِشَارَتِهِ ، إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً مُؤَدِّيةً إِلَى فَهْمٍ مَقْصُودِهِ ^(١) .

• • •

٩٩ - وبما أن اللفظ أدل على مقصود كل شخص من غيره ، والمعقود عليه في الزواج أمر خطير ، فلا يعدل عن اللفظ إلى غيره إلا لضرورة . فإذا كان أحد المتعاقدين أخرس ، فلا يشترط اللفظ ؛ لأنه غير ممكن منه ، وحينئذ يصح زواجه بإشارته إذا كانت معلومة مؤدية إلى فهم مقصوده .

(مادة ١١)

يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ صَحِيحًا بَدُونِ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ ، وَمَعَ نَفْيِهِ أَضْلًا ^(٢) ، وَإِلَّا فَالْعَقْدُ يَجِبُ مَهْرٌ

(١) هذه المسألة متفق عليها :

قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٢/١) : « ويجوز نكاح الأخرس ... إذا كان يكتب أم يومن إيماء يُتْرَفُ به » .
قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٢١/٧) : « وينعقد نكاح الأخرس بإشارته التي لا يختص بفهمها الفطن » . وانظر : مغني المحتاج (٢٣٠/٤) ، ونهاية المحتاج (٣٥٦/٤) ، وحاشية البيجيرمي على الخطيب (٣٩٦/٣) .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٢٦٧/٣) : « ويشترط اللفظ من القادر عليه ، وتقوم مقامه إشارة الأخرس » .
قول الحنابلة : جاء في الفروع (١٦٩/٥) : « وينعقد نكاح أخرس بإشارة مفهومة » . وانظر : الإنصاف (٤٩/٨) .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٦٢/٥) : « وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز » . وجاء في تبين الحقائق (٢/١٣٦) : « صح النكاح بلا ذكر المهر ، وكذا مع نفيه » . وانظر : أحكام القرآن للجصاص (٥١٢/١) ، والعيانة (٣/٢٦٧ ، ٣١٦) ، وفتح القدير (٣١٦/٣) ، ودرر الحكام (٣٤١/١) ، ومجمع الأنهر (٣٣٤/١ ، ٣٤٥) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قلوبوي وعميرة (٢٧٦/٣) : « يسن تسميته ، أي : الصداق - في العقد ، لأنه يَنْعَقِدُ لم يخل نكاح منه ، ويجوز إخلاؤه منه إجماعاً » . وانظر : حاشية البيجيرمي على الخطيب (٣٤٦/٣) .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٤٠/٢) : « وندب ذكر الصداق ، أي : تسميته عند العقد ، لما فيه من اطمئنان النفس » . وانظر : المنتقى شرح الموطأ (٢٦٤/٣) . وجاء في الفواكه الدواني (٤/٢) : « (و) لا نكاح إلا بـ (صداق) شعبي ولو حكماً ، والمُضِرُّ إِمَّا هو الدخول على إسقاط الصداق ، فإنه يقتضي فسخ العقد قبل الدخول ، وإن ثبت بعده بصداق المثل » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٢٧/٨) : « ويستحب ألا يعرى النكاح عن تسميته الصحيح من المذهب : أن تسمية الصداق في العقد مستحبة . وعليه جماهير الأصحاب . وقال في التبصرة : يكره ترك

التسمية فيه » . وانظر : مطالب أولي النهى (١٧٤/٥) .

المِثْلُ لِلْمَرْأَةِ .

١٠٠ - فإذا وجد عقد الزواج مستوفياً شرائطه المتقدمة ؛ صح ولا يحتاج إلى الخطبة ولا إلى تسمية المهر ؛ لأن الخطبة سنة ، فلا تتوقف صحة الزواج عليها .

ولا يتعين فيها لفظ مخصوص ، ولكن الأحسن الخطبة بما ورد ، ومنه : « الحمد لله ، نَحْمَدُهُ ، ونستعين به ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهدهُ اللهُ فلا مضلُّ له ، ومن يُضِلِّهُ فلا هاديَ له ، وأشهد أن لا إله إلا اللهُ وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله » ، ﴿ يَأْتِيهَا النَّاسُ أَنْتَقُوا رَبِّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجَدَّوْا وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَأَنْتَقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ (١) ، ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْتَقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ. وَلَا تَمُؤْنُوا إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾ (٢) ، ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْتَقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿۝﴾ يُصَلِّحْ لَكُمْ أَعْمَلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾ (٤) .

١٠١ - وكما أن الخطبة ليست بشرط ، فكذا تسمية المهر ليست بشرط في صحة العقد ؛ فيصح بدون تسمية المهر اتفاقاً ، ومع نفيه أصلاً عند الحنفية (٥) ، كما إذا قال لها : تزوجتك بدون مهر . وقبِلت ؛ فإن العقد يصح ، ولكن يجب للزوجة مهر المثل الآتي بيانه في مادة (٧٧) .

١٠٢ - وقال الإمام مالك (٦) رضى الله تعالى عنه : لا يصح الزواج مع نفي المهر .

(١) في الأصل : [يهدي] .

(٢) آل عمران : ١٠٢ .

(٣) النساء : ٢ .

(٤) الأحزاب : ٧٠ .

(٥) وكذا الشافعية والحنابلة .

(٦) هو : أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث ، شيخ الإسلام حجة الأمة ، إمام دار الهجرة ولد ﷺ على الأصح في سنة ثلاث وتسعين ، سمع من : نافع ، وسعيد المقبري ، والزهري ، وغيرهم ، وروى عنه : محمد بن عتبة ، وابن جريج ، والأوزاعي ، وخلق كثير ، طلب العلم وهو ابن بضع عشرة سنة ، وتأهل للفتيا ، وجلس للإفادة وله إحدى وعشرون سنة ، وقصد طلبة العلم من جميع الأفاق ، وروى عن النبي ﷺ أنه قال : « ليضرين الناس أكباد الإبل في طلب العلم فلا يجدون عالماً أعلم من عالم المدينة » قال عنه الإمام الشافعي : إذا ذكر العلماء فمالك النجم ، وكان ﷺ لا يركب في المدينة مع ضعفه وكبر سنه ، ويقول : لا أركب في مدينة فيها جسد الرسول ﷺ ، من تصانيفه: الموطأ ، رسالة إلى الرشيد ، وما نقل بعده ، المدونة ، والواضحة ، توفي سنة تسع وسبعين ومائة . انظر : شجرة النور الزكية (٥٣) ، سير أعلام النبلاء (٣٨٢/٧) ، معجم المؤلفين (٩/٣) .

- ١٠٣ - وقال بعض الشافعية: إن تزوجها بلا مهر في الحال ولا في المستقبل، لا يصح^(١).
- ١٠٤ - وَوَجْهٌ قَوْلُهُمَا : أن الزواج عقدٌ معاوضة كالبيع ، والمهر كالثمن . والبيع بشرط أن لا تَمَنَّ لا يصح ، فكذا الزواج بشرط أن لا مهر .
- وكان مقتضى هذا أن يَفْشُد بترك التسمية أيضًا ، إلا أنه تُرِكَ بحديث ابن مسعود^(٢) في المفوضة .
- ١٠٥ - وقالت الحنفية : إن الزواج عقدٌ انضمام وازدواج ، فليس المال جزءًا في مفهومه ، فيتم بدونه ، خصوصًا وأن المقصود منه التوالد والتناسل والازدواج دون المال ، فلا يشترط فيه ذكره ، بخلاف البيع . بل المهر حكم من أحكامه ، والحكم لا يُشْتَرَطُ ذكره في العقد كملك المشتري المبيع في عقد البيع . فإن ذَكَرَ الحكم في العقد فيها ، ويجب على الزوج أدائه ، وإن لم يُذَكَّر ، فالواجب مهر المثل ؛ لأن العادة أن المرأة لا تزوج إلا بمهر مثلها ، فرجعنا إليه عند تعذر إيجاب المسمى .
- ١٠٦ - والأحسن أن يتزوج امرأةً صالحةً معروفةً النسبِ والحَسَبِ والديانةِ ، فإن العرق نزاع . ولا يتزوج امرأةً لحسبها وعزها ومالها وجمالها ، بل لدينها . فإن تزوجها لذلك فلا يزداد به إلا ذلًا وفقيرًا ودناءةً .
- ١٠٧ - والأحسن أيضًا أن يتزوج مَنْ هي فوقه في الخلق والأدب والورع والجمال ، ودونه في العزِّ والحِزْفةِ والحَسَبِ والمالِ والسُنِّ ، فإن ذلك أبعُدُّ من احتقارها له وافتتانها بغيره .
- ١٠٨ - ويختار أيسرَ الناسِ خِطْبَةً ومُؤَنَّةً .
- ١٠٩ - وتزوّج البكرَ أحسنُّ ، للحديث : « عليكم بالأبكار ، فإنهن أعذب أفواهًا ، وأنقى أرحامًا ، وأرضى باليسير »^(٣) .

(١) انظر : تبين الحقائق (١٣٦/٢) . وجاء في معنى المحتاج (٣٨٠/٤) : « قضية إطلاقه نفي المهر أنها لو قالت : زوجني بلا مهر في الحال ، ولا عند الدخول ولا غيره . يكون تفويضًا صحيحًا ، وهو أحد وجهين . قال الأذرعى : إنه الذي يقتضيه إيراد جمهور العراقيين كما قاله بعض الأئمة ، فهو المذهب » .

(٢) هو : عبد الله بن مسعود بن غافل الإمام الحبر ، فقيه الأمة ، أبو عبد الرحمن الهذلي المكي ، كان من السابقين الأولين ، ومن النجباء العالين شهد بدرًا ، وهاجر الهجرتين وكان يوم اليرموك على النفل ، ومناقبه غزيرة ، روى علمًا كثيرًا ، توفي سنة ٣٢هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٩٠/٣) .

(٣) سنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : تزويج الأبكار / ١٨٦١) .

(مادة ١٣)

لَا يَتَعَقَّدُ النِّكَاحُ الْمُعْلَقُ بِشَرْطٍ غَيْرِ كَاتِبٍ أَوْ حَادِثَةٍ غَيْرِ مُحَقَّقَةِ الْحُصُولِ ، وَلَا يَنْطَلِقُ النِّكَاحُ الْمَقْرُونُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، بَلْ يَنْطَلِقُ الشَّرْطُ دُونَهُ ، كَمَا إِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ فِي الْعَقْدِ عَدَمَ الْمَهْرِ فَشَرْطُهُ فَاسِدٌ وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ (١) .

١١٠ - وعقد الزواج إما أن يكون : مُنْجِزًا ، أو مُعْلَقًا على شرط ، أو مقرونًا بشرط ، أو مضافًا إلى زمنٍ مستقبل .

١١١ - فالمنجز : هو ما صَدَرَ بصيغة مطلقة غير مقيدة بشيء ما . كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك . فقالت : قبلتُ . وهذا لا كلام في صحته بعد استيفائه الشروط المتقدمة .

١١٢ - والمعلق على شرط : هو ما عُلقَ فيه مضمون جملة على مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات التعليق . كأن حضر ابني من سفره ، فقد زوجتك له . فقد علق فيه مضمون جملة الجزاء وهو التزويج على مضمون جملة الشرط ، وهو حضور ابنه من السفر . وهذا فيه تفصيل ، وبيانه : أن مضمون فعل الشرط إما أن يكون كائنًا أي محققًا وقت التكلم ، أو مستقبلًا محققًا ، أو معدومًا يُتَوَقَّعُ وجودُهُ .

(١) قول الحنفية : جاء المبسوط (٦٢/٥) : « وعقد النكاح بغير تسمية المهر جائز ، ولها مهر مثلها من نساءها لا وكس ولا شطط إن دخل بها أو مات عنها » . وانظر : بدائع الصنائع (٢٩٥/٢) ، وتبيين الحقائق (١٤٠/٢) ، ومجمع الأنهر (٣٤٧/١) ، والعناية (٣٢٤/٢) ، ورد المختار على الدر المختار (١٠٨/٣) .
قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٩٢/٧) : « لو لم يذكر ، أي : الصداق - في عقد النكاح ، وجب مهر المثل » . وانظر : الأم (١٧٢/٥) ، (١٦٣/٧) ، ونهاية المحتاج (٣٤٢/٦) .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على خليل (٢٦٢/٣) : « يكون النكاح فاسدًا إذا دخل على إسقاط الصداق بالكلية ، فيفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده بصداق المثل » . وجاء في الفواكه الدواني (١١/٢) ، (١٢) : « (ولا يجوز أي يحرم) نكاح بغير صداق (بأن دخل على إسقاطه ، ويكون فاسدًا لما مر من أن الصداق ركن أو شرط في النكاح . وحكم هذا النكاح بعد الوقوع : الفسخ قبل البناء ، والثبوت بعده بصداق المثل ، ككل نكاح فاسد لصداقه » . وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٠٢/٢) .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (١٥٦/٥) : « تفويض البضع : وهو الذي ينصرف الإطلاق إليه ، وهو أن يزوج الأب ابنته المجبرة بغير صداق ، أو تأذن المرأة لوليها أن يزوجه بغير صداق ، سواء سكت عن الصداق أو شرط نفيه ، فيصح العقد ، ويجب لها مهر المثل » . وانظر : مطالب أولي النهى (١٨٠/٥) .

١١٣ - فإن كان محققاً وقت التكلم ، كأن خطب رجل بنتاً لابنه فقال أبوها : إني زوجتها من فلان . فكذب ، فقال أبوها : إن لم أكن زوجتها لفلان ، فقد زوجتها لابنك . فقبل أبو الولد ، ثم علم كذبه ؛ ففي هذا المثال مضمون فعل الشرط وهو عدم تزويج البنت لفلان الذي ادعاه أبوها محقق في الماضي ، وحكم هذا الصحة . ومثل هذا ما إذا قال رجل لآخر : إن كان ابنك حَضَرَ من سفره الآن ، زوجته ابنتي . فقبل أبو الابن ، وكان الابن وقت التكلم بهذه العبارة حَضَرَ من سفره ، فإن الزواج ينعقد صحيحاً ، لأن مدلول فعل الشرط فيه محقق .

١١٤ - وإن كان مستقبلاً محققاً ، كما إذا قال رجل لامرأة : إن جاء الغد ، فقد تزوجتك . فإن مجيء الغد وهو اليوم التالي ليومك الذي أنت فيه محقق ، وحكم هذا عدم الصحة .

١١٥ - وإن كان معدوماً يُتَوَقَّع وجوده ؛ كما إذا قال : إن رضي أبي ، تزوجتك . وقبِلت . فإن رضا الأب وقت هذا التكلم معدوم ، ويجوز رضاه وعدمه . وحكم هذا أن العقد لا يصح . وصاحب الدرر يقول : إن العقد صحيح ، والتعليق لاغ . وقال بعضهم : إن وُجد الشرط في المجلس ، صح العقد .

١١٦ - والمقرون بالشرط : هو ما صدر فيه الإيجاب غير مقيد بشيء أولاً ، ثم أُغْقِبَ بشرط زائد عليه . كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك بشرط ألا أدفع لك مهراً . فقبلت . ففي هذا المثال صدر الإيجاب وهو قوله : تزوجتك . منجزاً في أول الأمر ، ولكن أتى بعده الشرط وهو عدم المهر . وهذا فيه تفصيل ؛ لأن الشرط إما أن يكون من مقتضيات العقد ، كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك بشرط أن أنفق عليك . وإما ألا يكون من مقتضياته ، كما إذا شرط في العقد عدم المهر . ففي الأول يصح العقد والشرط ، وفي الثاني يصح العقد ويلغو الشرط ويجب مهر المثل . وستأتي هذه المسألة مفصلةً إن شاء الله تعالى في الباب الرابع في شروط المهر .

١١٧ - والمضاف إلى زمن مستقبل : هو ما لم يقصد حصوله الآن ، بل قصد حصوله بعد زمن معين . كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك غداً ، أو بعد شهر . فإن غرضه أن التزوج لا يحصل في هذا الوقت ، وإنما يحصل في الغد أو بعد شهر من تاريخه . وهذا لا ينعقد ، ولو جاء الزمن المضاف إليه ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣) : لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا =

(مادة ١٣)

لَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ عَلَى الصَّحِيحِ كَيْبَاحِ التَّمْتَعَةِ (١) .

(مادة ١٤)

نِكَاحُ التَّمْتَعَةِ هُوَ : أَنْ يَفْقِدَ الرَّجُلُ عَقْدًا عَلَى امْرَأَةٍ بِلَفْظِ التَّمْتَعَةِ . وَهُوَ بَاطِلٌ لَا يَنْعَقِدُ أَصْلًا وَإِنْ حَصَرَهُ الشُّهُودُ (٢) ،

= الملحق على شرط غير متحقق .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٨) : لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا الملحق على شرط غير متحقق .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٦٥) أ - إذا اقرن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد .
ب - إذا اقرن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرماً شرعاً بطل الشرط وصح العقد .
ج - إذا اقرن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٣/١) : « والنكاح المؤقت باطل . ولا فرق بين طول المدة وقصرها على الأصح ، ولا بين المدة المعلومة والمجهولة . قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني : وكثير من مشايخنا قالوا : إذا سئنا ما يُعلم يقيناً أنهما لا يعيشان إليه كألف سنة ، ينعقد ويطل الشرط ، كما لو تزوجها إلى قيام الساعة أو خروج الدجال أو نزول عيسى عليه السلام . وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه . وجاء في فتح القدير (٢٤٨/٣ ، ٢٤٩) : « والنكاح المؤقت باطل) مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين إلى عشرة أيام . وقال زفر رضي الله عنه : هو صحيح لازم ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . وانظر : بدائع الصنائع (٢٧٣/٢) ، وتبيين الحقائق (١١٥/٢) ، والعناية (٢٤٨/٣ ، ٢٤٩) ، والجوهرة النيرة (١٨/٢) ، ودرر الحكام (٣٣٤/١) ، والبحر الرائق (١١٥/٣) .

(٢) الشافعية والمالكية والحنابلة لا يفرقون بين النكاح المؤقت ونكاح التمتع كما فعل الحنفية ، فالكل عند الجمهور متعة ذكر لفظ التمتع أو لم يذكرها طالما نص في العقد على مدته .

قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١٨/٢) : « وصورة نكاح التمتع أن يقول لامرأة : خذي هذه العشرة ، لأتمتع بك ، أو : متعني بنفسك أياماً . وهو باطل بالإجماع . وانظر : المبسوط (١٥٢/٥) ، وبدائع الصنائع (٢٧٢/٢) ، وتبيين الحقائق (١١٥/٢) ، والعناية (٢٤٦/٣ ، ٢٤٧) ، وفتح القدير (٢٤٦/٣ ، ٢٤٧) ، ودرر الحكام (٣٣٣/١ ، ٣٣٤) ، والبحر الرائق (١١٥/٣) ، والفتاوى الهندية (٢٨٢/١ ، ٢٨٣) .

قول الشافعية : جاء في الأم (٨٥/٥ ، ٨٦) : « وجماع نكاح التمتع المنهي عنه : كل نكاح كان إلى أجل من الأجل قُرب أو بُد . وذلك أن يقول الرجل للمرأة : نكحتك يوماً أو عشراً أو شهراً ، أو : نكحتك حتى أخرج من هذا البلد ، أو : نكحتك حتى أصيبك فتحلين لزوج فارقك ثلاثاً . أو ما أشبه هذا مما لا يكون فيه =

..... وَلَا يَتَوَارَثُ بِهِ الزُّوجَانِ (١) .

١١٨ - و زواج المتعة غير منعقد . وصورته : أن يقول أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال . أو يقول : خُذِي مِنِّي هَذِهِ الْعَشْرَةَ ، لِأَسْتَمْتِعَ بِكَ أَيَّامًا ، أَوْ مَتَعِينِي نَفْسِكَ أَيَّامًا ، أَوْ عَشْرَةَ أَيَّامٍ ، أَوْ لَمْ يَقُلْ أَيَّامًا .

وهذا العقد باطل وإن حَصَرَ الشَّهَدُ ، وَيَتَرْتَبُ عَلَى بَطْلَانِهِ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا فَلَا يَرِثُهُ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ التَّوَارِثَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ .

١١٩ - وَقَالَ بَعْضُهُمْ ؛ إِنَّهُ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَشْرُوعًا ، فَيَبْقَى إِلَى أَنْ يَظْهَرَ نَاسِخٌ

= النكاح مطلقًا لازمًا على الأبد أو يحدث لها فرقة . وانظر : أسنى المطالب (١٢١/٣) ، وحاشيتي قلوبوي وعميرة (٢١٨/٣ ، ٢١٩) ، وتحفة المحتاج (٢٢٤/٧) ، ومغني المحتاج (٢٣١/٤ ، ٢٣٢) ، ونهاية المحتاج (٢١٤/٦) .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١١/٢) : (ولا يجوز بمعنى يحرم نكاح المتعة وهو النكاح إلى أجل) لما روي أنه ﷺ نهى عام الفتح عنه . وحكى المازري الإجماع على حرمة إلى يوم القيامة كما في الروايات . وانظر : أحكام القرآن لابن العربي (٣١٥/٣) ، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٥٣/٢) ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٣٩/٢) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٣٦/٧) : معنى نكاح المتعة : أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول : زوَّجْتُكَ ابنتي شهرًا ، أو سنةً ، أو إلى انقضاء الموسم ، أو قدوم الحاج ، وشبهه ، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة . فهذا نكاح باطل . نص عليه أحمد فقال : نكاح المتعة حرام . وانظر : الإنصاف (١٦٣/٨) ، ومطالب أولي النهى (٦٦٨/٣) ، وكشف القناع (٩٦/٥) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الحنافية (٣٢٦/١) : نكاح المتعة باطل لا يفيد الحُلْ ، ولا يقع عليها طلاق ، ولا إبلاء ، ولاظهار ، ولا يرث أحدهما من صاحبه . وانظر : الفتاوى الهندية (٢٨٢/١ ، ٢٨٣) ، وشرح معاني الآثار (٢٤/٣) ، وأحكام القرآن للحصاص (٢٠٩/٢) .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٨٥/٥) : قال ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك وغيره : إن كل نكاح نص الله ورسوله ﷺ على تحريمه لا يُخْتَلَفُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَفْسَخُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ ، وَإِنْ طَلَّقَ فِيهِ قَبْلَ الْفَسْخِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ وَلَا يَتَوَارَثَانِ .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٩٧/٥) : (ولا يثبت به) أي بنكاح المتعة (إحصان ولا إباحة للزوج الأول) يعني لمن طلقها ثلاثًا ؛ لأنه فاسد ، فلا يترتب عليه أثره (ولا يتوارثان) . وانظر : مطالب أولي النهى (١٢٨/٥ ، ١٢٩) .

له^(١) . ويستدلون على قولهم بقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(٢) ، وبقول عطاء^(٣) : سمعتُ جابرًا^(٤) : يقول : تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وأبي بكر^(٥) ونصفتُ من خلافة عمر^(٦) ، ثم نهى

(١) ينسب الأحناف هذا القول إلى الإمام مالك . انظر : المبسوط (١٥٢/٥) ، وتبيين الحقائق (١١٥/٢) ، والعناية (٢٤٧/٣) ، وفتح القدير (٢٤٧/٣) . (٢) النساء : ٢٤ .

(٣) هو : عطاء بن أبي رباح ، سيد التابعين علماً وعملاً وإتقاناً في زمانه بمكة . روى عن : عائشة ، وأبي هريرة ، والكيار . وعاش تسعين سنة أو يزيد . وكان حجة إماماً كبير الشأن ، أخذ عنه أبو حنيفة وقال : ما رأيت مثله . وقال ابن جريج ، عن عطاء : إن الرجل ليحدثني بالحديث فأنصت له كأنني ما سمعته وقد سمعته قبل أن يولد . قال يحيى القطان : مرسلات مجاهد أحب إلينا من مرسلات عطاء بكثير . كان عطاء يأخذ من كل ضرب . وقال أحمد : ليس في المرسل أضعف من مرسل الحسن وعطاء ، كانا يأخذان عن كل أحد . وروى محمد بن عبد الرحيم ، عن علي بن المديني ، قال : كان عطاء بأخرة قد تركه ابن جريج ، وقيس بن سعد . قلت : لم يعن الترك الاصطلاحى ، بل عنى أنهما بطلا الكتابة عنه ، وإلا فعطاء ثبت رضى . انظر : ميزان الاعتدال للذهبي (٧٠/٣) .

(٤) هو : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة ، الإمام الكبير ، المجتهد ، الحافظ ، صاحب رسول الله ﷺ ، روى عن النبي ﷺ علماً كثيراً ، وعن عمر ، وعلي ، وطائفة ، وحدث عنه : ابن المسيب ، وعطاء بن أبي رباح ، وغيرهما ، شهد مع أبيه بيعة العقبة الثانية ، قال عن نفسه : غزوت مع رسول الله ﷺ ست عشرة غزوة لم أقدر على أن أغزو حتى قتل أبي بأحد ، وكان يخلفني على إخواني ، كان مفتي المدينة في زمانه ، وعاش بعد ابن عمر أعواماً وقرود عاش أربعة وتسعين عاماً وتوفي سنة ثمان وسبعين من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٣٠٧/١) ، الإصابة (٢٢٢/١) ، سير أعلام النبلاء (٣٣٦/٤) .

(٥) هو : عبد الله بن أبي حنيفة عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة ، القرشي التميمي ﷺ صاحب رسول الله ﷺ ، وأول من آمن به من الرجال ، روى عن : رسول الله ﷺ ، وروى عنه : عمر ، وعثمان ، وعلي ، وعبد الرحمن بن عوف ، وغيرهم من الصحابة ، فضائله ﷺ لا تعد ولا تحصى ، فمنها : ما قاله الرسول ﷺ عنه : « ما دعوت أحداً إلى الإسلام إلا كانت له كبرة وتردد إلا أبا بكر ما عتم حين ذكرت له » وقال عنه أيضاً رسول الله ﷺ : « ما لأحد عندنا يد إلا وقد كافأناه ما خلا أبا بكر ، فإن له عندنا يدًا يكافئه بها الله يوم القيامة ، وما نعني مال قط ما نعني مال أبي بكر ، ولو كنت متخذاً خليلاً لاتخذت أبا بكر خليلاً ، وقد تولى الخلافة من بعد رسول الله ﷺ ومكث فيها ستين ومائة يوم توفي ﷺ مساء ليلة الثلاثاء لثمان بقين من جمادى الآخرة في السنة الثالثة عشر من الهجرة . انظر : أسد الغابة (٣/٣٠٩) ، سير أعلام النبلاء (٤٦٧/٢) .

(٦) هو : عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى ، بن رباح بن عبد الله بن قرط القرشي أبو حفص ، الفاروق ، ولد بعد عام الفيل بثلاث عشر سنة ، روى عن : النبي ﷺ ، وروى عنه : علي ، وابن مسعود ، وغيرهم ، كان إليه السفارة في الجاهلية ، وكان عند المبعث شديد على المسلمين ثم أسلم فكان إسلامه فتحاً على المسلمين ، فهاجر إلى المدينة قبل رسول الله ﷺ ، وشهد المشاهد كلها ، قال عنه رسول الله ﷺ : « إن =

النَّاسَ عَنْهُ ^(١) . وإلى هذا القول ذهب الشيعة ^(٢) ، وخالفوا سيدنا عليًّا ^(٣) كرم الله وجهه وأكثر الصحابة .

والحجة على هؤلاء : ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « كُنْتُ أُذِنْتُ لَكُمْ فِي الْإِسْتِمَاعِ مِنَ النِّسَاءِ ، وَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ » ^(٤) .
وروي عن ابن عباس ^(٥) أنه أمسك عن الفتوى بها ، فقال له سيدنا علي : إنك تائه ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن متعة النساء ^(٦) .

= الله وضع الحق على لسان عمر وقلبه ، تولى الخلافة من بعد أبي بكر الصديق ومكث فيها عشر سنين ، فتح في خلافته فتوحات كثيرة ، واتسعت رقعة بلاد المسلمين ، استشهد على يد أبي لؤلؤة الجوسي سنة ثلاث وعشرين هجريًا ، ودفن بجانب رسول الله وأبي بكر الصديق . انظر: أسد الغابة (١٤٥/٤) ، الإصابة (٤ / ٢٧٩) ، سير أعلام النبلاء (٥٠٩/٢) .

(١) مسند أحمد (٣٥٦/٣ ، ٣٦٣) .

(٢) جاء في شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لجمع بن الحسن الهذلي الإمامي (٢٤٩/٢) : « وأما الأجل فهو شرط في عقد المتعة ، ولو لم يذكره انعقد دائما » .

(٣) هو : علي بن أبي طالب بن عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم أمير المؤمنين أبو الحسن القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ، ولد قبل البعثة بعشر سنين على الصحيح ، روى الكثير عن النبي ﷺ ، عرض عليه القرآن وأقرأه ، وروى عنه : أبو بكر ، وعمر ، والحسن ، والحسين ، وطائفة من الصحابة ، والتابعين ، كان ﷺ من السابقين الأولين ، شهد بدرًا ، وما بعدها من المشاهد ، قال له رسول الله ﷺ : « أنت مني كهارون من موسى ، غير أنك لست بنبي » تولى الخلافة من بعد سيدنا عثمان إلى أن قتل على يد ابن ملجم لعنه الله سنة أربعين من الهجرة . انظر: الإصابة (٢٦٩/٤) ، سير أعلام النبلاء (٦١٥/٢) .

(٤) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : نكاح المتعة وبيان أنه أبيع ثم نسخ ثم أبيع ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة / ١٤٠٦) .

(٥) هو : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب ، حبر الأمة ، وفقه العصر ، وإمام التفسير ، وابن عم رسول الله ﷺ . كان مولده بشعب بني هاشم قبل الهجرة بثلاث سنين . حدث عن النبي ﷺ ، وعن عمر بن الخطاب ، وطائفة من الصحابة ، حدث عنه: ابنه علي ، وعكرمة ، وعروة بن الزبير ، وغيرهم كثير ، انتقل ابن عباس مع أبويه إلى دار الهجرة سنة الفتح وقد أسلم قبل ذلك ، وتوفي النبي ﷺ وهو ابن عشر سنين ، وكان ﷺ أبيضًا طويلًا مشربًا بصفرة ، جسيمًا ، صحيح الوجه ، دعا له النبي ﷺ بالحكمة فقال له : « اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل » قال عنه مجاهد : « ما رأيت أحدًا قط مثل ابن عباس لقد مات يوم مات وإنه لحبر هذه الأمة » ، مسنده ألف وستمئة وستون حديث ، وله من ذلك في الصحيحين خمسة وسبعون ، وتفرد البخاري له بمائة وعشرين حديثًا ، وتفرد مسلم بتسعة أحاديث . توفي ﷺ سنة ثمان أو سبع وستين . انظر : أسد الغابة (٢٩٠/٣) ، سير أعلام النبلاء (٤٣٩/٤) .

(٦) سنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : تحريم المتعة / ٣٢٦٥) .

١٢٠ - وقال بعضهم : ثلاثة أشياء نُسيخت مرتين : المتعة ، ولحوم الحُمُر الأهلية ، والتوجُّه إلى بيت المقدس .

١٢١ - ولا دليل لهم في الآية المتقدمة ، لأن الاستمتاع معناه التزوج ، والمهر يسمى أجرَةً بدليل قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (١) . أي : مهرهن .

١٢٢ - والجواب عن حديث جابر : أن الذين كانوا يفعلون ذلك لم يبلغهم النسخ ، ثم بلغهم فتركوه ، وهو ظاهر من كلامه غير خفي .

١٢٣ - ومثل زواج المتعة : الزواج المؤقت بوقت ، كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك شهراً أو سنةً . سواء قُصر الوقت أو طال .

وقال زفر : هو صحيح لازم ، لأن التوقيت شرط مخالف لمقتضى عقد الزواج ، والزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فيصح العقد ويبطل الشرط .

وغيره يقول : إن الزواج المؤقت في معنى زواج المتعة ؛ لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد الزواج ، وهو موجود فيما نحن فيه ، لأنها لا تحصل في مدة قليلة ، والعبارة للمعاني دون الألفاظ .

ألا ترى أنه لو قال شخص لآخر : جعلتُك وكيلاً بعد موتي . يكون وصياً ، ولو قال : جعلتُك وصياً في حياتي ، يكون وكيلاً . والكفالة بشرط براءة الأصيل خوالة ، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة ، وما ذاك إلا لاعتبار المعنى دون اللفظ . وإذا اعتُبر المعنى ، صار متعةً ، ولا فرق بين ما إذا طال مدة التأقيت أو قُصرت .

١٢٤ - وروى الحسن (٢) عن

(١) النساء : ٢٥ .

(٢) هو : الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي ، صاحب الإمام أبي حنيفة . قال يحيى بن آدم : ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد . ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى عنه . وكان محباً للسنة واتباعها ، حتى لقد كان يكسو ممالئكه كما كان يكسو نفسه اتباعاً لقول رسول الله ﷺ : « ألبسوهما مما تلبسون » . وكان يختلف إلى زُفر وأبي يوسف في الفقه . قال علي بن صالح : كنا عند أبي يوسف ، فأقبل الحسن بن زياد ، فقال أبو يوسف : بادره فاسأله ، وإلا لم تقوِّوا عليه . فأقبل الحسن بن زياد فقال : السلام عليكم يا أبا يوسف ، ما تقول . متصلاً بالسلام . قال : فلقد رأيتُ أبا يوسف يلوي وجهه إلى هذا الجانب مرة وإلى هذا الجانب مرة من كثرة إدخال الحسن عليه ورجوعه من جواب إلى جواب . قال محمد بن سقاعة : سمعت الحسن بن زياد يقول : كتبتُ عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث كلها يحتاج إليها الفقهاء . قال الشَّعْثَانِي : كان عالماً =

..... أبي حنيفة ^(١) : إن المدة التي عُيِّنَتْ في العقد ، إن كان الزوجان لا يعيشان إليها في الغالب كمائة سنة مثلاً ؛ صح العقد ، لأنه في معنى المؤبد . وهو حسن .
 ١٢٥ - وجه الأول : أن التأقيت معين لجهة المتعة ، فإن قوله : تزوجتكَ للنكاح . ومقتضاه التأييد ؛ لأنه لم يوضع شرطاً إلا لذلك ، ولكنه يحتمل المتعة . فإذا قال : إلى عشرة أيام . عُيِّنَ التوقيث جهةً كونه متعةً معني ، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء .

١٢٦ - ويرد على هذا : اشتراط الطلاق بعد شهر مثلاً وقت العقد ، فإن العقد صحيح والشرط باطل ، ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه .

١٢٧ - وأجيب . بأن الفرق بينهما ظاهر ؛ لأن الطلاق قاطع للنكاح ، فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً ، ولهذا لو مضى الشهر لم يُطَلَّ النكاح ، فكان النكاح صحيحاً ، والشرط باطلاً .

١٢٨ - وأما صورة النزاع : فالشرط إنما هو في النكاح ، لا في قاطعه . ولهذا لو صح التوقيت ، لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الإجارة .

١٢٩ - والفرق بين زواج المتعة والزواج المؤقت : أن المؤقت يكون بلفظ التزويج ، وفي المتعة بلفظ : أتمتع أو أستمتع . وقال صاحب الفتح : الذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة ، وفي المؤقت الشهود وتعيينها ^(٢) .

= روايات أبي حنيفة ، حسن الخلق . وقال شمس الأئمة الشرحيبي : الحسن بن زياد المقدم في السؤال والتفريع . توفي سنة (٢٠٤ هـ) . انظر لترجمته : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٥٦/٢ ، ٥٧) ، وتاريخ بغداد (٣١٤/٧ - ٣١٧) ، وطبقات الفقهاء للشيرازي (ص ١٤٦) ، والكمال (٣٥٩/٦) وغيرها .
 (١) هو النعمان بن ثابت الكوفي ، التميمي بالنولاء ، أبو حنيفة ، الفقيه المجتهد ، مؤسس المذهب الحنفي ، وكان من أصل أفغاني من أبناء فارس ، وولد سنة (٨٠ هـ) ، نقل إلى الكوفة ونشأ بها ، وتفقه على حماد ابن سليمان ، ومن آثاره : الفقه الأكبر في الكلام ، والمتعلم في العقائد ، والرد على القدرية ، وغيرهم ، وتوفي ببغداد سنة (١٥٠ هـ) ، ودفن بمقابر الخيزران . انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٤٩/١) ، معجم المؤلفين (٣٢/٤) .
 (٢) فتح القدير (٢٤٦/٣) .

(مادة ١٥)

نِكَاحُ الشَّغَارِ وَهُوَ : أَنْ يُجْعَلَ بَضْعُ كُلِّ مِنَ الْمَرَاتَيْنِ مَهْرًا لِلْأُخْرَى . يَنْقَعِدُ صَحِيحًا ، وَيَجِبُ بِالْعَقْدِ مَهْرُ الْبَيْتِ لِكُلِّ مِنْهُمَا .

١٣٠ - وزواج الشغار صحيح ؛ وهو : أن يزوج رجل مؤلّيته على أن يزوجه الآخر مؤلّيته ، ليكون بضع^(١) كل من المرأتين مهراً للأخرى ، سواء كانت المؤلّية بنتاً أو أختاً أو غيرها .

١٣١ - وصورته : أن يقول رجل لآخر : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، ليكون بضع كل منهما مهراً للأخرى . فإن قيل الثاني على هذا الشرط ؛ كان هذا زواج الشغار . وهو صحيح ، ولكن يجب لكل من البنتين مهر مثلها على زوجها ؛ لأنها ستميًا ما لا تصلح تسميته مهراً ؛ إذ المسمى ليس بمال ، فوجب مهر المثل .

١٣٢ - وقال الشافعي رحمته الله والإمام أحمد : يفسد الزواج بهذا الشرط ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا شغار في الإسلام »^(٢) . والنهي يقتضي فساد المنهبي عنه .

١٣٣ - واستدلّت الحنفية بأن الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا شرط فيه ، فلا يُقْبِده ، بل يُفْسِدُ الشرط . ألا ترى أنه لا يُقْسَدُ بتسمية ما ليس بمال ولا بترك التسمية بالكلية ؟^(٣) ، والنهي الوارد فيه إنما كان من أجل إخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عاداتهم في الجاهلية . ونحن لا نُخْلِيهِ من المهر ، بل نُوجِبُ مهر المثل ؛ فكان صحيحاً .

١٣٤ - فإن لم يقولوا في العقد : إن بضع كل واحدة مهراً للأخرى ، ولا معناه . بل قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك . ولم يَرِدْ عليه ، فقبل ، جاز الزواج اتفاقاً ، ولا يكون شغاراً^(٤) . ولو زاد قوله : على أن يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك . فلم يقبل

(١) البضع : فرج المرأة ، والنكاح ، والجماع . انظر : لسان العرب ، وطلبه الطلبة ، والمغرب مادة (بضع) .

(٢) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : تحريم نكاح الشغار وطلانه / ١٤١٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في النهي عن نكاح الشغار / ١١٢٣) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : الشغار / ٣٣٣٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : النهي عن الشغار / ١٨٨٥) .

(٣) هذه المسألة مختلف فيها كما سبق أن أشرنا .

(٤) بل هذا شغار عند المالكية والحنابلة .

الآخر ، بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقاً ؛ كان الزواج الثاني صحيحاً اتفاقاً ، والأول على الخلاف .

١٣٥ - وأصل الشُّغُور : الخُلُوءُ . يقال : بلدة شاغرة ، إذا خلت عن السلطان . والمراد هنا : الخلو عن المهر ؛ لأنهما بهذا الشرط كأنهما أخليا البُضْعَ عنه ^(١) .

(مادة ١٦)

لَا يَبْتَدَأُ فِي النِّكَاحِ خِيَارُ زَوْجِيَّةٍ ، وَلَا خِيَارُ شَرْطٍ ، وَلَا خِيَارُ غَيْبٍ ، سَوَاءً جُعِلَ الْخِيَارُ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلزَّوْجِيَّةِ . فَإِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ فِي الْعَقْدِ شِفَاهًا أَوْ بِالْكِتَابَةِ بِهِ جَمَالَ الْمَرْأَةِ أَوْ بَكَارَتِهَا أَوْ سَلَامَتِهَا مِنَ الْغَيْبِ ، أَوْ اشْتَرَطَتِ الْمَرْأَةُ سَلَامَتَهُ مِنَ الْأَمْرَاضِ وَالْعَاهَاتِ ؛ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، حَتَّى إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، بِخِلَافِ مَا اشْتَرَطَ ؛ فَلَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ فِي فُسْحِ النِّكَاحِ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْخِيَارُ بِشَرْطِهِ لِلْمَرْأَةِ إِذَا وَجَدَتْ زَوْجَهَا عَيْنًا أَوْ نَحْوَهُ ^(٢) .

(١) اختلف في المعنى اللغوي لكلمة « الشغار » : هل هو من الخلو أو الرفع ، على النحو التالي : الأول : الشغار : الخلو . من قولهم : شَغَرَ البلدُ ، من باب قعد - أي : خلا عن الأنيس . سمي به لخلوه عن الصداق .

الثاني : الشغار : الرفع . من قولهم : شَغَرَ الكلبُ ، من باب صَنَعَ ، أي : رفع رجله ليبول ، وخلا مكان رجله عنها . فكان كل واحد من الرجلين يقول للآخر : لا ترفع رجل بنتي حتى أرفع رجل بنتك . والأصح الأول . انظر : المصباح المنير ، وطلبة الطلبة مادة (شغر) ، والمعنى لابن قدامة (١٣٤/٧) ، وحاشيتي قليوبي وعميرة (٢١٩/٣) . (٢) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٣٣٨/٣) : « وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته ليكون أحد المقدمين عوضاً عن الآخر ، فالعقدان جائزان ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها) ... سمي ما لا يصلح صداقاً ؛ فيصح العقد ، ويجب مهر المثل ، كما إذا سمي الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق » . وانظر : المبسوط (١٠٥/٥) ، وبدائع الصنائع (٢٧٨/٢) ، وتبيين الحقائق (١٤٥/٢) ، والنهاية (٣٣٨/٣) ، والجمهرة النيرة (١٦/٢) ، والفتاوى الهندية (٣٠٣/١) .

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة (٢١٩/٣ ، ٢٢٠) : « (ولا) يصح (نكاح الشغار) للنهي عنه في حديث الصحيحين (وهو زوجتكها) أي بنتي (على أن تزوجني بنتك وتُضَع كل واحدة) منهما (صداق الأخرى . فيقبل) ذلك كأن يقول : تزوجتُ بنتك ، وزوجتُك بنتي . على ما ذكرت . والمعنى في البطلان : التشريك في البُضْع ؛ حيث يجبل مورد النكاح وصداق الأخرى . وقيل : التعليق . وقيل : الخلو عن المهر . (فإن لم يجعل البُضْعَ صداقاً) بأن سكت عن ذلك ، (فالأصح الصحة) في النكاحين ؛ لانتهاء =

١٣٦ - وبعض العقود يثبت فيه خيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب مثل البيع ، فإذا اشترى شخص من آخر شيئاً وُصِفَ له ولم يكن رآه قبل الشراء ؛ فعند رؤيته له يُخَيَّر بين إمضاء عقد البيع وفسخه . وإذا اشترى شيئاً وجعل لنفسه الخيارَ مدة ثلاثة أيام ؛ صَحَّ العقد والشرط ، وهو في المدة التي عَيَّنَهَا مُخَيَّر بين إمضاء البيع وفسخه . وإذا اشترى شيئاً ووجد به عيباً ، لم يكن عالماً به قبل الشراء ولم تحصل البراءة منه ؛ فله زُدَّ على البائع وأخذ ما دفعه من الثمن .

١٣٧ - وكلٌّ من خيار الرؤية والعيب يثبت ، وإن لم يُشْتَرَط في العقد ؛ لأن السبب في ثبوتهما : الرؤية والعيب ، فمتى وُجِدَ السبب وُجِدَ المسبب ، بخلاف خيار الشرط ، فإنه لا يثبت إلا باشرطه في العقد ؛ إذ لا يَتَأَتَّى وجود المسبب الذي هو الخيار إلا إذا وجد السبب وهو الشرط .

= الشريك المذكور . ولكل واحدة مهر المثل . والثاني : بطلانها لوجود التعليق . (ولو سُئِنَا مَالاً مع جعل البضع صدقاً) كأن قيل : ويُبْذَع كل واحدة ، وألف صدق الأخرى (بطل) نكاح كل منهما (في الأصح) ، لوجود الشريك المذكور . والثاني : يصح ؛ لأنه لم يَحُلْ عن المهر . وانظر : الأم (٨٢/٥) ، ٨٣ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ،) ، والغرر البهية (١٨٧/٤) ، ومغني المحتاج (٢٣٢/٤) .

قول المالكية : جاء في حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٥٢/٢) : (ولا يجوز نكاح الشغار) ... وهو ثلاثة أقسام : صريح الشغار ، ووجه الشغار ، ومركب منهما ... [الأول] (وهو البضع بالضع) أي الفرج بالفرج ... والشغار : أن يزوج الرجل ابنته لرجل على أن يزوجه الآخر ابنته ، وليس بينهما صدق ... والثاني : أن يسمي لكل واحدة صدقاً مثل أن يقول : زوجني ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتي بخمسين . والثالث : أن يسمي لواحدة دون أخرى ، مثل أن يقول : زوجني ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتي بغير شيء . وحكم الأول أنه يُفَسَخ بطلاق على المشهور قبل الدخول وبعده ، وإن ولدت الأولاد ، وللمدخول بها صدق المثل ، ولا شيء لغير المدخول بها . وحكم الثاني : أن يُفَسَخ قبل البناء لا بعده على المشهور ، ولكل واحدة منهما الأكثر من مهر المثل والمسمى على المشهور . وحكم الثالث : أنهما يُفَسَخَان قبل البناء ، ويثبت نكاح المسمى لها بعد البناء . واختلف هل لها صدق المثل أو الأكثر تأويلان على المدونة . ويفسخ نكاح التي لم يسم لها ، وليس لها إلا صدق المثل . وانظر : المنتقى شرح الموطأ (٣٠٩/٣) ، والتاج والإكليل (١٩٣/٥ ، ١٩٤) ، ومواهب الجليل (٤٤٧/٣) ، وشرح ميارة (١٧٣/١) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٣٤/٧ ، ١٣٥) : (وإذا زوجه وُلِّيَتْ على أن يزوجه الآخر وُلِّيَتْ ، فلا نكاح بينهما ، وإن سما مع ذلك صدقاً أيضاً) هذا النكاح يسمى الشغار ... ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد ... لأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر ، فلم يصح ، كما لو قال : بغني ثوبك على أن أبيعك ثوبي ، فلا فرق بين أن يقول : على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى . أو لم يقل ذلك . وانظر : الفروع (٢١٥/٥) ، والإنصاف (١٥٩/٨ ، ١٦٠) .

١٣٨ - وبعض العقود لا تثبت فيه هذه الخيارات ، ومنها عقد الزواج ؛ فإذا تزوج رجل امرأة ولم يَزِ أحدهما صاحبه قبل التزويج ؛ فليس لواحد منهما فسخ العقد مدعياً أن له خيار الرؤية ؛ لأن الشارع أباح لكل منهما نظراً لصاحبه قبل العقد كما عرقت في شرح مادة (٣) . فإذا لم يَحْضُلْ ؛ كان التقصير من جهة كل منهما ، فلا يثبت له الخيار . ولأنه يترتب على الفسخ ضرر لكل منهما .

١٣٩ - وإذا تزوج بها واشترط أحدهما الخيار لنفسه في مدة ثلاثة أيام ؛ صح العقد وبطل الشرط ؛ فليس للمشروط له الخيار أن يفسخ العقد في المدة ؛ لأن فائدة هذا الشرط أن الإنسان يختار ما هو الصالح له من الأمرين ويُبَيِّنْهِ ، فكان عليه أن يبحث قبل إقدامه على العقد ؛ لأن الفسخ هنا يترتب عليه ضرر بخلاف البيع .

١٤٠ - وإذا تزوجها واشترط الزوج في العقد شِفَاهَاً أو بالكتابة جمالاً المرأة أو بكراتها أو سلامتها من العيوب ، أو اشترطت المرأة سلامتها من الأمراض والعاهات ؛ فالعقد صحيح والشرط فاسد ، حتى إذا وجد أحدهما صاحبه على خلاف ما اشترط ، فليس له الخيار في فسخ الزواج .

١٤١ - وإنما يثبت الخيار للمرأة ، إذا وجدت زوجها مَجْبُوباً أو حَصِيماً أو عَيْنِيّاً .
فالمَجْبُوبُ : هو مقطوع الأعضاء المعلومة . والحَصِيْمُ : منزوع الحُضْبَتَيْنِ ، لا العضو المعلوم . والعَيْنِيْنِ : هو مَنْ لا يمكنه أن يَصِلَ إلى النساء عَجْزاً ، أو لا يريدهن .

فمتى وجدت المرأة زوجها متصفاً بإحدى هذه الصفات ، ثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، فإن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت رفعت الأمر للقاضي ليفرق بينهما كما سيأتي بيانه في مادة (٢٩٨) .

١٤٢ - وقال محمد (١) : لا يخير الزوج بعيب في الزوجة أصلاً ، وتخير هي إذا وجدت زوجها معيباً بواحد من ثلاث ، وهي : الجُنُونُ ، والجُدَامُ ، والبَرَصُ ؛ إذ لا تُطَبِّقُ المقام معه ، فيتعذر عليها الوصول إلى حقها المعنى فيه ، فكان كالجَبِّ والعُقَّةِ .

(١) هو : أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء الحنفي ، فقيه مجتهد محدث ، أصله من حرستا بفرطة دمشق ، وولد سنة (١٣٥هـ) ، وفي رواية (١٣٢هـ) ، بواسط ، ونشأ بالكوفة فطلب الحديث وجالس أبا حنيفة سنين ، تفقه على أبي يوسف وقدم بغداد ونزلها ، وسمع منه الحديث ، وأخذ عنه الرواية فولاه الرشيد القضاء بها ثم عزله ، من تصانيفه : الجامع الكبير والصغير ، وكلاهما في فروع الفقه الحنفي ، وكتاب الحججة على أهل المدينة ، وكتاب الآثار ، توفي سنة (١٨٩هـ) . انظر : الجواهر المضئبة (٣ / ١٢٢) ، معجم المؤلفين (٢٢٩ / ٣) .

بخلاف ما إذا كان بها عيب ؛ لأن الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ، ويمكنه أن يستمتع بغيرها . وهذا حسن .

١٤٣ - وغيره يقول : إن المستحق بالعقد هو الوطاء ، وهذه العيوب لا تُفَوِّتُهُ ، بل توجب فيه خُلُلاً ، فلا يثبت الرد .

١٤٤ - والجُدَامُ : هو داء يُشَقُّ الجلد ويقطع اللحم ، فيساقط منه . والفعل : جُدِمَ على ما لم يُسَمَّ فاعله ، بمعنى : أصابه الجُدَامُ . وهو مجذوم ، ويقال : أجذم . والبَرَصُ : هو بياض شديد مُتَبَعٌ . وَجُنُّ الرَّجُلِ ، على ما لم يُسَمَّ فاعله ، فهو مجنون ، وأجنه الله تعالى فهو مجنون . ولا يقال : مُجَنَّ ، ولا جِنَّهُ اللهُ تعالى ، وإنما يقال : أجنه الله تعالى فهو مجنون .

١٤٥ - وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه : يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا اتصف صاحبه بالجنون أو الجُدَامُ أو البَرَصُ ، سواء كانت هذه العيوب موجودة قبل العقد أو وجدت بعده ، وهذا الخيار ثابت لكل منهما ، وإن كان هو معيبتا بالعيب الذي قام بصاحبه ؛ لأن الإنسان يَعاْفُ من غيره ما لا يَعاْفُه من نفسه ، ولأن هذه الأشياء تُعاْفُ طَبْعًا . وأُيِّدَ بالشرع فقال عليه الصلاة والسلام : « فِرٌّ مِنَ الْمَجْذُومِ فِرَّارٌ مِنَ الْأَسَدِ » (١) . وقيس عليه غيره بجامع الثَّفَرَةِ فِي كُلِّ .

١٤٦ - ويثبت الخيار لوليها : بكلٍّ من العيوب المتقدمة ، إن قارن العيب العقد ، وإن رضيت هي ؛ لأنه يُعَيَّرُ بذلك . بخلاف ما إذا وجدت بعد العقد ؛ فإنه لا يعير به .

١٤٧ - ويثبت الخيار للزوج : إذا وجد بزوجه زَنًّا أو قَرْوَنًا ، وهما عبارة عن وجود لحم أو عظم في المحل المعلوم .

١٤٨ - ويثبت الخيار للزوجة : إذا وجدت زوجها مجبورًا أو عنيبتا قبل وطءٍ .

١٤٩ - فالعيوب ثلاثة أقسام : قسم مُشْتَرَكٌ ، وهو : الجنون ، والجُدَامُ ، والبَرَصُ . وقسم خاصٌّ بالنساء ، وهو : الرَّثْقُ وَالْقَرْوَنُ . وقسم خاصٌّ بالرجال ، وهو : الجَبُّ والعَتَّةُ . ولا خيار لهما بغير ذلك ، كخُثُوَّةٍ ، واستحاضة ، وقروح سَيَّالَةٍ .

وكل هذا عند عدم الشرط ؛ فلو شُرِّطَ في أحدهما وَصَفٌ لا يمنع صحة الزواج ، سواء كان هذا الشرط كمالًا كالجمال والبَكَارَةُ والحرية ، أو نقصًا كضدها ، أو لا كمالًا ولا نقصًا كالبياض والشُّعْرَةُ ، فإن وُجِدَ المشروط فيها ، وإن لم يوجد فالعقد صحيح .

١٥٠ - ويثبت الخيار لمن شَرَطَ من الزوجين إن ظهر الموصوف أقل مما شَرَطَ ، فإن ظهر مثله أو فوَّقه فلا خيار .

١٥١ - وكذا لا يثبت الخيار لكل من الزوجين إن ظنَّ أن صاحبه متصف بوصف ، فإن خلاَّفَهُ ، كأن ظنَّته عدلاً كُفُأً ، فظهر فشقَّه ، أو دناءة نسبه ، أو حرفته ، أو ظنها مسلمة أو حرة فتبين أنها كُتَابِيَّةٌ أو رقيقَة ؛ لأنَّ كلاً منهما مقصّر بترك البحث أو الشرط .

١٥٢ - وقال الإمام مالك رحمته الله تعالى : يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا كان صاحبه معيِّناً بشرط ألا يسبق له علم بالعيب قبل العقد ، ولم يَرَوْضَ بالعيب حال اطلاعه عليه . والظاهر أن هذا ليس خاصّاً بمذهب الإمام مالك ، بل يقول به كلُّ من يثبت الخيار بالعيوب . فإن علم بالعيب قبل العقد ؛ فلا خيار له . وكذا إن رضي بالعيب حال اطلاعه عليه ، سواء كان رضاه صريحاً ، أو ضِعْمُناً بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب ؛ فلا خيار له .

وهذا الخيار ثابت لكل منهما ، ولو كان هو معيِّناً بنفس العيب الذي عند صاحبه ، لأنَّ الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه .

١٥٣ - وبعضهم ، وهو اللخمي ، يقول : إن كان معيِّناً بغير عيب صاحبه ؛ فله الخيار ، وإن تماثلا في العيب ؛ ثبت الخيار له لا لها ؛ لأنه يَدُلُّ الصداق لسالمة فوجدها ممن يكون صداقها أقل . وظاهر كلامهم ترجيح الأول .

وقسم العيوب إلى ثلاثة أقسام : قسم مشترك بين الرجال والنساء ، وهو أربعة : الجنون وإن وقع مرة في الشهر ، والجُدَامُ ، والبرَصُ ، والعَدْيَةُ ^(١) .

وقسم يختص بالرجال ، وهو أربعة : الخِصَاءُ ، والجَبُّ والعُتَّةُ ، والاعتراض . وقسم يختص بالنساء ، وهو خمسة : الرَّثَقُ ، والقَرْنُ ، والعفل ^(٢) ، والإفشاء ^(٣) ، والبَحْرُ ^(٤) .

١٥٤ - ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة ، إن كانت موجودة وقت العقد ولم يعلم بها كما تقدم . فإن حدثت بعد العقد ؛ فإما أن تكون بالزوجة ،

(١) العديطة : حدوث الغائط عند الجماع . انظر : شرح ميارة (١٩٩/١) .

(٢) العفل : لحم ينبت في قُبُلِ المرأة ، وهو القَرْنُ . ولا يكون في الأبكار ، ولا يصيب المرأة إلا بعد ما تلد . وقيل : هو ورم يكون بين مسلكي المرأة ، فيضيق فرجها حتى يمتنع الإيلاج . انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية مادة (عفل) .

(٣) الإفشاء : جماع الزوج زوجته فيصير مسلكي البول والغائط عندها واحداً ، وذلك بزوال الغشاء الحاجز بينهما . انظر : المغرب مادة (فضي) .

(٤) البخر : إتان القم . والنعت منه : أبخر ، من حد غليم . انظر : طلبة الطلبة مادة (بخر / كتاب البيع) .

أو بالزوج ، فإن كانت بالزوج : فلها رُدُّه بِيَرَصٍ ومَجْدَامٍ وجنون ، لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها ، وليست العصمة بيدها حتى تفارقه . وإن كانت بالزوجة : فليس له رُدُّها ؛ لأن العصمة بيده ، فإما أن يُطَلَّقَ ، أو يرضى .

١٥٥ - ولا يثبت الخيار لكل من الزوجين في غير هذه العيوب ، كالعمى ، والعمور والعرج ، مما يُعَدُّ في العرف عيباً .

وكل هذا عند عدم الشرط ، فإن وُجِدَ ؛ اتبع وله الرد أو لها بكل عيب اشترطت البراءة منه . وإذا وُصِفَها وِلَيْهَا عند الخطبة بقوله : هي سليمة العينين ، طويلة الشعر ، لا عيب بها . فوجدت بخلافة ؛ فله الرد ؛ لأن وُصِفَ لها مُنْزَلُ منزلة الشرط ، وكذا وصف غيره كأمرها بحضوره وهو ساكت .

١٥٦ - ولا يثبت الخيار لكل منهما بخُلْفِ الظن ، فإذا ظن أحدهما صاحبه متصفاً بوصف مخصوص وتبين خُلُوهُ منه ، فليس له رُدُّه ، لأن التقصير حاصل من جهته بترك البحث أو الشرط .

١٥٧ - وقال الإمام أحمد بن حنبل : يثبت الخيار لكل من الزوجين بالعيب في صاحبه . وقسم العيوب إلى ثلاثة أقسام أيضاً :

فاختص بالرجل : الجُبِّ ، والحِصَاء ، والشلل ، والغنَّة ؛ ففي الأولين لها طلب الفسخ ، ومتى ثبت ذلك يجاب للحال ، لأنه لا فائدة في التأجيل ، وفي الآخرين يؤجل سنة هلاية ، فإن حصل المقصود فيها ^(١) ، وإلا يَفْسَخُ القاضي بالطلب .

واختص بالأنثى : انسداد المحل بأي شيء كان ، أو بَخَرِه ، أو تَقَرُّحِه بقروح سَيَّالَةٍ ، أو كانت مفضية ، أو مستحاضة في الأصح .

والمشترك بينهما : الجنون ولو أحياناً ، والمَجْدَامُ ، والبَرَصُ ، وبَخَرِ الفم ، والباسور ^(٢) ، والناسور ^(٣) ، واستطلاق البول والغائط ^(٤) . فيفسخ بكل عيب تقدم ، سواء كان مختصاً أو مشتركاً .

(١) في الأصل : [فيها] .

(٢) الباسور - بالسين والصاد - واحد البواسير ، وهي كالدمايل في المقعدة . انظر : المغرب مادة (بسر) .

(٣) الناسور ، بالسين والصاد - : علة تحدث في البدن من المقعدة وغيرها بمادة خبيثة ضيقة الفم ، يعسر بُزُؤها . وتقول الأطباء كل قرحة تزم في البدن فهي : ناسور . انظر : المصباح المنير مادة (نسر ، نصر) .

(٤) استطلاق البول والغائط : عدم القدرة على إمساكهما . انظر : الإنصاف في مسائل الخلاف للمرادوي

١٥٨ - ولا يثبت الخيار بغير ما ذكر من العيوب ، كالعرج ، والقور ، والعمى ، والحرس ، والطرش ، والقرع ، إذا لم تكن له رائحة ؛ لأن ذلك كله لا يمنع الاستمتاع ، ولا يُخشى تعديه ، بخلاف العيوب المتقدمة .

١٥٩ - ومحل ثبوت الخيار لكل من الزوجين بالعيوب المتقدمة ، إذا لم يعلم به وقت العقد ، ولم يزل بعده ، ولم يرض به حال اطلاعه عليه . فإن علم به وقت العقد ، أو زال العيب بعده ؛ فلا خيار . وكذا لو رضي به حال اطلاعه عليه ، سواء كان رضاه صريحاً كقول من له الخيار : أسقطت الفسخ . أو دلالة كالوطء بعد العلم إن كان الخيار له ، وتمكينها منه إن كان الخيار لها ؛ لأن كلاً منهما يدل على الرغبة في صاحبه . وما ذهب إليه غير الحنفية في باب الرد بالعيوب هو الأوجه (١) .

(مادة ١٧)

مَنْ انْعَقَدَ النِّكَاحَ صَاحِبًا ، ثَبَّتَ الزَّوْجِيَّةَ ، وَلَزِمَ الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ أَحْكَامَهُ مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ ، وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْمَرْأَةِ .

فَيَجِبُ عَلَيْهِ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ : مَهْرٌ مِثْلُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا ، وَتَلَزَمُهُ نَفَقَتُهَا بِأَنْوَاعِهَا مَا لَمْ تَكُنْ نَائِزَةً أَوْ صَغِيرَةً لَا تُطِيقُ الْوَطْءَ وَلَا يَسْتَأْنِسُ بِهَا فِي بَيْتِهِ ، وَيَجِلُّ اسْتِمْتَاعُ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْآخَرِ ، وَيَثْبُتُ لَهُ وَإِلَيْهِ التَّأْدِيبُ عَلَيْهَا .

وَيَجِبُ عَلَيْهَا : طَاعَتُهُ فِيمَا كَانَ مُبَاحًا شَرْعًا ، وَتَسْقِيطُ بِلَازِمَةِ بَيْتِهِ ، وَلَا تَخْرُجُ بِغَيْرِ حَقِّ شَرْعِيٍّ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلَا تَمْتَنِعُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا بِإِلَّا عَذْرِ شَرْعِيٍّ بَعْدَ إِيفَائِهَا مُعْجَلٍ مَهْرًا . وَتَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمَصَاهِرَةِ ، وَيَثْبُتُ الْإِزْتُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ (٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة ٤٩ : الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالْمَهْرِ وَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَوَجُوبِ الْمَتَابَعَةِ وَتَوَارِثِ الزَّوْجَيْنِ ، وَمِنْ حَقُوقِ الْأُسْرَةِ كَسَبِ الْأَوْلَادِ وَحُرْمَةِ الْمَصَاهِرَةِ .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل السابع : أحكام الزواج

لزوم المهر والنفقة والميراث

المادة ٣٥ : إذا وقع العقد صحيحاً ؛ لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ، ويثبت بينهما حق التوارث .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفناوى الهندية (٢٧٣/١) : « ولا يثبت في النكاح خيار الرؤية والعيوب والشرط ، =

١٦٠ - وأما أحكامه : فهي المترتبة عليه عند حصوله ؛ إذ حكم كل عقد هو ما يترتب عليه. فتمت انعقد الزواج مستوفياً كل الشروط المتقدمة ، ترتبت عليه الأحكام التي تناسبه ، وحينئذ تثبت الزوجية بين الرجل والمرأة ، ويلزم كلاً منهما أحكامه ، سواء زفت إليه الزوجة أو لم تزف ، فيترتب عليه المهر بالعقد ، ولو كان مجرداً عن الزفاف . فإن سمياً وقت العقد ، وكانت التسمية صحيحة ؛ فهو الواجب . وإن لم يسمياً ، أو سمياً ما لا تصلح تسميته مهراً ؛ فالواجب عليه مهر المثل .

١٦١ - وتلزمه نفقتها بأنواعها الثلاثة ، وهي : الكسوة ، والسكنى ، والأكل على حسب حال الزوجين ، إلا إذا كانت ناشئة ، أي : خارجة عن طاعته بغير حق ، أو كانت صغيرة بحيث تكون غير صالحة للوطء ، ولا للاستئناس بها في بيته فلا تلزمه النفقة .

= سواء مجبل الخيار للزوج أو المرأة أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر ، حتى أنه إذا فعل ذلك ؛ فالنكاح جائز والشرط باطل ، إلا إذا كان العيب هو الجُبِّ والحِصَاء والغُثَّة ؛ فإن المرأة بالخيار ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . فإذا شرط أحدهما لصاحبه السلامة عن العمى والشلل والزُّمَانَة ، أو شَرَطَ صفة الجمال ، أو شَرَطَ الزوج عليها صفة البكارة ، فَوَجَدَ بخلاف ذلك ؛ لا يثبت له الخيار . رجل تزوج امرأة على أنه مدني فإذا هو قروي ، بجوز النكاح إن كان كفتاً ولا خيار لها . وتزوج امرأة على أن أباه بالخيار ؛ صح النكاح ولا خيار . وانظر : المبسوط (٩٤/٥ ، ٩٥) ، وبدائع الصنائع (٣٢٧/٢) ، وفتح القدير (٢٥٠/٣) .
قول الشافعية : جاء في المجموع (٥٧٩/١١) : « الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في النكاح على الأصح : أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ، ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط . وجاء في أسنى المطالب شرح روض الطالب (١٧٧/٣) : « خيار عيب النكاح) يثبت (على الفور) كخيار عيب البيع ، ولا ينافيه ضرب المدة في الغُثَّة ، لأنها حينئذ تتحقق . وانظر : تحفة المحتاج (٣٤٩/٧ ، ٣٥٠) .
قول المالكية : جاء في أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٩٣/٢ ، ٩٤) : « يثبت الخيار من أحد الزوجين بظهور عيب قبل العقد ، أو بعده قبل الدخول . فإن طرأ بعد العقد لها الخيار دونه ، وإن دخل ولم يعلم فله ردها . وانظر : الفروق (١٢٠/١) .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦٢/٧) : « ولا يثبت في النكاح خيار ، وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط . ولا نعلم أحداً خالف في هذا ، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه ، فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد تَزَوُّ وفكر ومسألة كَلِّ واحدٍ من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله . وجاء فيه أيضاً (١٤٣/٧) : « وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول أو الاستمئاع من الزوج ، أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الحرقي لقوله : فإن علمت أنه عتين ، فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد ، فلها ذلك . ولنا : أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي ، كخيار القصاص . انظر : الإنصاف (٢٠٠/٨) .

١٦٢ - ويترتب عليه أيضًا : حل استمتاع كل منهما بالآخر بعد أن لم يكن جائزًا قبل العقد ، وتثبت له ولاية التأديب عليها .

١٦٣ - وتجب عليها : طاعته فيما هو مباح شرعًا . فإن أمرها بما ليس كذلك كشرب الخمر أو ترك الصلاة أو الصوم مثلاً ؛ فلا تجب عليها الطاعة ، بل الواجب مخالفته فيما ذكر .

١٦٤ - وتنفيد بملزمة بيته ، فلا تخرج بغير حق شرعي إلا بإذنه ، ولها الخروج بحق شرعي ولو أوى ، كالخروج لزيارة أبيها في كل أسبوع مرة ، وباقي المحارم في كل سنة مرة .

١٦٥ - ولا تمنعه من الاستمتاع بها بلا عذر شرعي ، فمعه يجب عليها المنع ، كما إذا كانت حائضًا أو نفساء ، وكذا إذا لم يوفها معجل مهرها ، فلها منعه من ذلك ؛ لأنه إذا لم يتم بحقوقها ، فلها منه من حقوقه .

١٦٦ - ويترتب عليه أيضًا : ثبوت حرمة المصاهرة ، وهي : حرمة الزوجة على أصول الزوج وفروعه ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وحرمة أصول الزوجة على الزوج ، دخل أو لم يدخل ، وحرمة فروعها عليه إن دخل بها .

١٦٧ - ويترتب عليه أيضًا : ثبوت الإرث من الجانين ، فإذا مات الرجل بعد العقد على المرأة ، أو ماتت هي ولو قبل الدخول ، ورث الحي منهما المتوفي (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٤٨) : ١ - كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد .

٢ - زواج المسلمة بغير المسلم باطل .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الزواج الفاسد : المادة (٣٤) : يكون الزواج فاسدًا في الحالات التالية :

إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد .

إذا كان عقد الزواج بلا شهود .

إذا عقد الزواج بالإكراه .

إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعًا .

إذا عقد الزواج على أحد المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب أو الرضاع .

زواج المتعة ، أو الزواج المؤقت .

(مادة ١٨)

كُلُّ عَقْدٍ نِكَاحٍ لَمْ تَحْضُرْهُ الشُّهُودُ ، أَوْ فَقَدَ شَرْطًا آخَرَ مِنْ شُرُوطِ الصَّحْخَةِ ، فَهُوَ قَائِدٌ ، لَا تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ النِّكَاحِ ، وَيَجِبُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ إِنْ لَمْ يَفْتَرِقَا ، وَلَا تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ إِذَا وَقَعَ التَّفْرِيقُ أَوْ الْمُتَارَكَةُ قَبْلَ الوَطْءِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلَا يَتَوَارَتْ فِيهِ الزَّوْجَانِ .

وَإِذَا لَمْ يَسْمَ الزَّوْجُ مَهْرًا لِلْمَرْأَةِ وَقَتَ الْعَقْدِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ مَهْرٌ مِثْلِهَا إِلَّا بَعْدَ إِيْتَانِهَا فِي الْقَبْلِ ، أَوْ قَضَى بِنِكَاحِهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا ^(١) .

* * *

(١) قول الخفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٥/٢) : « وأما النكاح الفاسد ، فلا حكم له قبل الدخول ، وأما بعد الدخول ، فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ، ومنها وجوب العدة ، وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر . والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله أعني محل حكمه ، وهو الملك ؛ لأن الملك يثبت في المنافع ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء ، والحر بجميع أجزائه ليس محلاً للملك ؛ لأن الحرية خلوص ، والملك ينافي الخلوص ؛ ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق ، والحرية تنافي الرق إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة النكاح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبات النسب ، ووجوب العدة وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ، ولا عقوبة توجب المهر ، فجعل منعقداً في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع ، وهو ما قبل الدخول ، فلا يجعل منعقداً قبله ، ثم الدليل على وجوب مهر المثل بعد الدخول ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن موالها ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها مهر مثلها » جعل ﷺ لها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد ، وعلقه بالدخول ، فدل أن وجوبه متعلق به ، ثم اختلف في تقدير هذا المهر ، وهو المسمى بالعقر ، قال أصحابنا الثلاثة : لا يجب الأقل من مهر مثلها ومن المسمى .

وقال زفر : يجب مهر المثل بالغا ما بلغ . وكذا هذا الخلاف في الإجارة الفاسدة . وجه قوله زفر : أن المنافع تنقوم بالمقد الصحيح والفاسد جميعاً كالأعيان ، فيلزم إظهار أثر التقوم ، وذلك بإيجاب مهر المثل بالغا ما بلغ ؛ لأنه قيمة منافع البضع ، وإنما العدول إلى المسمى عند صحة التسمية ، ولم تصح ؛ لهذا المعنى أوجبنا كمال القيمة في العقد الفاسد كذا ههنا . ولنا : أن العاقدين ما قوما المنافع بأكثر من المسمى ، فلا تنقوم بأكثر من المسمى ، فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد ، فلم تكن لها قيمة إلا أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى لا يبلغ به المسمى ؛ لأنها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها ، واختلف أيضاً في وقت وجوب العدة أنها من أي وقت تعتبر قال أصحابنا الثلاثة : إنها تجب من حين يفرق بينهما .

وقال زفر : من آخر وطء وطلها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطلها قبل التفريق ، فقد انقضت عدتها عنده . وجه قوله : أن العدة تجب بالوطء ؛ لأنها تجب لاستبراء الرحم ، وذلك حكم =

الوطء ألا ترى أنها لا تجب قبل الوطء ؟ وإذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كأحكام سائر العلى : ولنا أن النكاح الفاسد بعد الوطء منقطع في حق الفراش لما بينا ، والفراش لا يزول قبل التفريق بدليل أنه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ، ولا يجب عليه بتكرار الوطء إلا مهر واحد . ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ، ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر ، فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق في النكاح الصحيح ، فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة ؛ لأنه ليس بنكاح حقيقة إلا أنه ألحق بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة النكاح إلى ذلك ، فيبقى في حق غير المستوفى على أصل العدم ، ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة ؛ ولأن الموجب للعدة في الحقيقة هو الوطء ؛ لأنها تجب لتعرف براءة الرحم ، ولم يوجد حقيقة إلا أنا أقمنا التمكين من الوطء في النكاح الصحيح مقامه في حق حكم يحتاط فيه لوجود دليل التمكين ، وهو الملك المطلق ، ولم يوجد ههنا بخلاف الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح أنها توجب العدة إذا كان متمكناً من الوطء حقيقة ، وإن كان ممنوعاً عنه شرعاً بسبب الحيض أو الإحرام أو الصوم أو نحو ذلك ؛ لأن هناك دليل الإطلاق شرعاً موجود وهو الملك المطلق إلا أنه منع منه لغيره ، فكان التمكين ثابتاً ، ودليله موجود ، فيقام مقام المدلول في موضع الاحتياط ، وههنا بخلافه ، ولا يوجب المهر أيضاً ؛ لأنه لما لم يجب بها العدة ، فالمهر أولى ؛ لأن العدة يحتاط في وجوبها ، ولا يحتاط في وجوب المهر .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٤٤٧/٣ - ٤٥٢) : « هل يفترق فسخ النكاح الفاسد إلى حكم حاكم ، أو يكفي في ذلك تراضي الزوجين ، أو الزوج والولي ، والظاهر أنه لا يفترق إلى حكم حاكم ، قال في النكاح الأول من المدونة في النكاح الذي عقده الأجنبي مع وجود الولي وأراد الولي فسخه قال ابن القاسم : وإذا أراد الولي أن يفرق بينهما فعند الإمام إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه انتهى ، وقال اللخمي : النكاح خمسة : صحيح لا خيار فيه ، وصحيح فيه خيار ولا خلاف فيه ، وصحيح فيه خيار مختلف فيه ، وفاسد مجمع عليه ، وفاسد مختلف فيه ، والفراق في الأول بطلاق . والذي فيه الخيار ثلاثة أقسام : الأول : ما كان الخيار فيه قبل تمام العقد كما لو زوج رجل بغير أمره ، أو زوجت امرأة بغير أمرها وعلم المتعدى عليه بالقرب كان له الخيار بين الإجازة والرد ، والرد فسخ بغير طلاق ؛ لأنه لم ينقذ نكاح . الثاني : ما كان الخيار فيه بعد انعقاده لحق تقدم العقد كما إذا اطلع أحد الزوجين على عيب متقدم على العقد يوجب الرد فرد قال ابن القاسم : ذلك طلاق ، وقال الأبهري : إذا وجد الرجل المرأة مجنونة ، أو مجذومة أن الرد بغير طلاق ، وعلى هذا إذا كان العيب به وأرادت هي الفراق كان فسخاً بغير طلاق فإذا قال ، أو قالت : رددت بالعيب وقعت الفرقة ، ولو قال : رددت بالعيب هي طالق لم يقع ؛ لأنه يقول : رددت في غير عصمة ، ولو قال : أنا راد بالعيب هي طالق ؛ لوقوع الطلاق ، ومن هذا الأصل اختلف فيمن وكل من يزوجه بألف فزوجه بألفين فلم يرض وردد النكاح . قال ابن القاسم : تكون فرقتهما طلاقاً وذكر عن غيره أنه قال : يفسخ بغير طلاق ، وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فرد نكاحه ، فقال مالك وابن القاسم : يكون طلاقاً ، وعلى قول الأبهري يكون فسخاً الثالث : ما كان الخيار فيه لحق حدث بعد العقد كما إذا حدث بالزوج عيب بعد العقد يوجب الرد فذلك طلاق وكذا إذا قامت المرأة بالفراق لعدم النفقة ، أو لأنه أضر بها ، أو عنت الأمة فذلك =

= كله طلاق ؛ لأنه أمر حدث بعد العقد وصحته ، ويصح أن تكون الفرقة في النكاح الصحيح ، وإن كان بأمر طارئ؛ فسحاً كملك أحد الزوجين الآخر والرضاع ، ونكاح الأم على البنت وما أشبه ذلك ، واختلف في ارتداد أحد الزوجين هل هو فسح ، أو طلاق ، وأرى أن ارتداده فسح وارتدادها طلاق ؛ لأنه إذا ارتد كان كافراً والكافر لا طلاق عليه وإذا ارتدت وقع الطلاق ؛ لأنه مسلم ، واختلف في اللعان أيضاً كذلك ويحتاج إلى هذا على القول بأنه إذا كذب نفسه بعد اللعان له أن يتزوجها فراجع إليه على نكاح مبتدأ على القول بأنه فسح ، وعلى القول بأنه طلاق تراجع على طلقتين .. انتهى وما ذكره في المرتد من أن ارتداده هل هو فسح ، أو طلاق المشهور أنه طلاق كما سيأتي ، ثم قال إثر كلامه المتقدم : فصل وإن كان الخيار مختلفاً فيه كالتي تزوج بغير إذن وليها وكان الولي بالخيار في إجازته وردده فإنه طلاق ، وإن كان النكاح مجعماً على فساد ؛ كانت الفرقة فسحاً سواء طلق بنفسه ، أو طلق عليه وإن كان مختلفاً في فساده كان فيه قولان : قال مالك : مرة يكون فسحاً ، وقال : مرة طلاقاً وسواء كان الفساد من قبل العقد ، أو الصداق ، أو منهما جميعاً .. انتهى من النكاح الأول مختصراً ، ونقله الشيخ أبو الحسن ، وقال في النكاح الثاني : باب الحكم في الصداق إذا طلق قبل البناء ، أو كان النكاح فاسداً ، ولا صداق لها في النكاح الفاسد إذا فسح قبل البناء إذا كان الفساد في الصداق ، وكذا إن كان الفساد في العقد وكان مجعماً على فساد ، وكذا إن كان مختلفاً فيه وفسح بحكم ، أو تفاسخه وإن طلق قبل النظر فيه فمن لم يراع الخلاف ولا قول من رأى جوازه ؛ لم يجعل لها صداقاً ولا ميراثاً إن مات ويلزم من راعى الخلاف وجعل فيه الميراث وألزم الطلاق أن يجعل لها نصف تلك التسمية .

وقال أشهب في كتاب محمد فيمن كان فساده من قبل صدائه فمات قبل البناء : لها الصداق والميراث ولم يجعل لها شيء إن طلق قبل البناء .. انتهى . ففي كلامه الأول أن المجمع عليه يكون فسحاً ، وسواء وقعت الفرقة في الزوج باختياره ، أو فرق عليه جبراً ، وفي كلامه الثاني أن تفاسخهما يكفي في ذلك وهو الذي تقدم في كلام المدونة أنه لا يحتاج إلى الإمام إلا أن لا يرضى الزوج بالفراق فإذا كان النكاح مجعماً عليه وتراضياً على فسحه انفسخ وسواء فسخاه بلفظ الفسخ ، أو بلفظ الطلاق وهو فسح بغير طلاق كما تقدم في كلام اللخمي ومن وقت المفاسخة تكون العدة كما يأتي في كلام التوضيح وابن عبد السلام ، ولا بد من إشهادهما على الفسخ لتشهد لهما البيعة على ذلك إن رفقاً إلى الحاكم بعد مضي زمن الاستبراء فإن امتنع ، أو الزوج من الفسخ ؛ رفعاه إلى الحاكم ، وفسخه حيثن الحاكم ، وإن كان مختلفاً فيه ففسخه الزوج بطلاق ؛ فلا شك في لزومه كما تقدم في كلام اللخمي وإن طلق فيه ظاناً أنه صحيح كفاه ذلك ، ولا تكون فيه رجعة كما سيأتي في باب الرجعة فإن أراد أن يجعله فسحاً بغير طلاق بأن قال فسخته بغير طلاق ، أو تركنا هذا النكاح وما أشبه ذلك لزمه الفسخ وكان طلاقاً على ظاهر ما قاله في باب الخلع والصلح من إرخاء الستور من المدونة إلا أن يقلداً من يقول بأنه فسح بغير طلاق ، فله ذلك كما قال ابن عبد السلام : إنهما إذا قلداً من يرى صحة هذا النكاح ؛ فإنهما يقران عليه وتقدم كلامه منقولاً من باب الخلع ونص كلام المدونة المشار إليه : وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنوناً ، أو جذاماً ، أو مرضاً ؛ كان له ما أخذ وتم الخلع ؛ لأن له أن يقيم ولو تركها أيضاً بغير الخلع لما غرت ؛ كان فسحاً بغير طلاق .. انتهى بلفظه . وكلام التوضيح وابن عبد السلام هو في باب العدة . =

قال ابن الحاجب : ويجب على الحرة عدة المطلقة من كل نكاح فاسد بعد الدخول من حين فرق بينهما . قال في التوضيح : قوله من كل نكاح أي سواء كان مجعاً على فساد ، أو لا وهذا هو المشهور وهو مذهب المدونة اللخمي ، وقيل : يكفي في المنق على فساد حقيقة وقوله بعد الدخول ظاهره ؛ لأنه إذا لم يجب على المطلقة قبل البناء في النكاح الصحيح شيء ؛ فأحرى الفاسد ، وقال : من حين فرق بينهما ؛ لأنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساد لما كانت الفرقة فيه لا تحتاج إلى حكم حاكم كانت في كل وقت كالأجنبية فتكون العدة من آخر وطء . وقوله : ثلاث حيض بدل من قوله : عدة المطلقة ، أو عطف بيان .. انتهى .

ونحوه في ابن عبد السلام إلا أنه قال في قوله من حين فرق بينهما : إنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساد لما كان قد لا يحتاج إلى التفرة بينهما فيه إلى حكم حاكم .. إلخ ما تقدم ، فقوله : قد يحتاج : يعني - والله أعلم - إذا لم يوافق الزوج على الفسخ ، وقوله : هو وصاحب التوضيح : المجمع على فساد لا مفهوم له ؛ لأن الطلاق بالمختلف فيه لازم ، فإذا فسخه بطلاق فكأنه طلق ولا شك في لزومه الطلاق بذلك وتصير باناً لا رجعة له عليها إلا بنكاح جديد برضاها ، وإنما يرجع إلى الحاكم إذا كان مقلداً لمن يرى فسح النكاح وامتنع من فسحه ، وقد ذكروا في البيع الفاسد أن المجمع عليه لا يحتاج إلى حكم حاكم ، واختلف في المختلف فيه ، فقيل : يكفي تراضيهما بالفسخ وقيل : إنما يكفي تراضيهما مع الإشهاد وقيل : لا بد من الحاكم . حمل الأقوال الثلاثة ابن عرفة في الصرف الفاسد .

وقال ابن بشير : الخلاف بذلك مبني على أصل وهو من فعل فعلا لو رفع إلى الحاكم لم يزد عليه هل يكون فعلة بمنزلة الحاكم ، قولان .. انتهى . وسأيت لذلك مزيد بيان عند قول المصنف في فصل علة طعام الربا وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ، وفي مسألة النكاح المختلف فيه لا يتأني لفوات محل الحكم بالترام الزوج الفسخ في ذلك . والترحيم بعقده ووطئه : هو كقول ابن الحاجب في موانع الزوجية : وكل نكاح اختلف فيه اعتبر عقده ووطؤه ما لم يكن بنص ، أو سنة ففي عقده قولان . قال في التوضيح : معنى كلامه : أن كل نكاح اختلف العلماء في صحته وفساده والمذهب قائل بالفساد ، فإنه يعتبر عقده فيما يعتبر فيه العقد ووطؤه فيما يعتبر فيه الوطء فيحرم بالعقد على أهماتها وتحرم بالوطء على آباءه وأبنائه وتحرم عليه البنت بالدخول بالأثم فيه وقوله : ما لم يكن بنص ، أو سنة يعني أنه اعتبر العقد والوطء إلا أن يكون الفساد بنص كتاب الله ، أو سنته فحذف من الأول ما أثبت نظيره في الثاني ومن الثاني ما أثبت نظيره في الأول ففي عقده قولان ، ويعتبر ووطؤه بالاتفاق . وقال في المقدمات : والمشهور أن الحرمة تقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه ونفى غيره الخلاف ورأى أن المذهب كله على التحريم ، فإن قلت : كيف يكون فيه نص كتاب الله ، أو سنته وبخلاف فيه ؟ قيل : النص على ثلاث اصطلاحات : الأول : ما احتمل معنى قطعياً ، ولا يحتمل غيره قطعاً ، والثاني : ما احتمل معنى قطعياً ، وإن احتمل غيره ، والثالث : ما احتمل معنى كيف كان ولا يتأني الخلاف على الاصطلاح الأول ، فإن قلت : فما مثال ذلك ؟ قيل : أما ما فيه نص سنة : فنكاح المحرم ، وإنكاح المرأة نفسها ، وأما ما فيه نص كتاب : فنكاح الخامسة ، فإن قوله تعالى ﴿ فَانكِحُوا مَا كَتَبَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى زَوَّجْتُمْ وَرَبِّحْ ﴾ نص في عدم الزيادة ، وقد أجاز بعض الظاهرية الزيادة اهـ . في ابن فرحون نحو ذلك وأوسع منه فراجعه والله أعلم . فقوله : فحذف من الأول إلخ هو من النوع المسمى بالاحتباك من أنواع البديع وهو أن يحذف من أحد شقي =

= الكلام نظير ما أثبت في الثاني ومن الثاني نظير ما أثبت في الأول ومنه قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبَ الَّذِينَ كَفَرُوا كِتَابَ الْإِيمَانِ بِالَّذِينَ يَدْعُونَ أَنبِيَاءَهُمْ بِالطَّغْيَانِ وَلَا يَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَارًا ﴾ . قوله تعالى : ﴿ لَا يَرْجُونَ فِيهَا عِصْيَانًا وَلَا نَهْيًا ﴾ . على أن المراد بالزمهيرير البرد أي لا يرون فيها شمسا ولا قمرا ولا حرًا ولا زمهيرًا ومنه قوله تعالى : ﴿ وَأَنْجِلْ يَدَكَ فِي جَيْبِكَ تَخَرُّجَ بَيْضَاتٍ مِنْ غَيْرِ سَوِّءٍ ﴾ . التقدير تدخل غير بيضاء وأخرجها تخرج بيضاء ، وذكر أنه لم يقف عليه في شيء من كتب البديع إلا أنه خطر له في الآية المذكورة أعني قوله : ﴿ لَا يَرْجُونَ فِيهَا عِصْيَانًا وَلَا نَهْيًا ﴾ . وهذا النوع لطيف وإنه لا يعرف في أنواع البديع ما يدخل تحته ، ثم ذكر ذلك لصاحبه برهان الدين البقاعي فأفاده أن بعض شيوخه أفاد أن هذا النوع يسمى الاحتيك ، ثم وقف عليه في شرح بدعيه ابن جابر لصاحبه أحمد بن يوسف الأندلسي قال ومن ألقفه قوله تعالى : ﴿ حَلَلُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا ﴾ . أي صالحا بسئ أو آخر سيئا بصالح ، ومأخذه من الحلبك الذي معناه الشد والإحكام وتحسين آثار الصنعة ، وبيانه : أن مواضع الحذف أشبهت الفرج بين الخيوط فلما أدركها الناقد البصير فوضع المحذوف مواضعه كان حاكبا له مانقا من خلل بطرقه فسد بتقديره ما يحصل به الحلل وقد ذكره الحلوي في بدعيته . « وفي الإرث » : قال ابن الحاجب في تمييز ما يفسخ بطلاق وما يفسخ بطلاق يقع به التحريم والطلاق والموارثة ما لم يكن الفسخ لحق الورثة قال في التوضيح : قوله : يقع به التحريم : أي تحريم المصاهرة من كونها تحرم على آباءه وأبنائه وتحرم عليه أمهاتها وبناتها كما تقدم في قوله : والطلاق : أي إذا أوقعه الزوج قبل الفراق وتوارثان قبل الفسخ إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة في نكاح المريض فلا يرث فيه ؛ لأنه لأجل الإرث فسخناه .. ١ هـ .

وقال ابن فرحون : وكذلك الموارثة إن مات أحدهما قبل الفسخ إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة كنكاح المريض فلا موارثة فيه ١ هـ .

وقال في النكاح الأول من المدونة قال ابن القاسم : وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده فالفسخ فيه بطلاق ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ كالمراة تزوج نفسها ، أو تنكح بغير ولي والأمة تزوج بغير إذن السيد ؛ لأن هذا قاله خلق كثير إن أجازته الولي جاز ولو قضى به قاض لم أنقضه وكذلك نكاح المحرم والشغار للاختلاف فيهما .. ١ هـ . وقال الجرجاني في المسألة الحادية عشرة : وكل نكاح اختلف في تحريمه وإن غلبا على فسحه قبل الدخول وبعده ؛ ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده ، وهو الذي قاله ابن القاسم لرواية بلغت .. ١ هـ . فظهر أن كلام الشارح في شروحه الثلاثة غير ظاهر وكذلك ما ذكره بعض الفرضيين أن المشهور في النكاح المختلف فيه إذا مات قبل الدخول لا ميراث فيه مخالف لما تقدم . « لا إن اتفق على فساده فلا طلاق كخامسة » : صرح هنا بأن نكاح الخامسة من المتفق على فساده وكذلك ابن الحاجب وصرح به في أوائل النكاح الأول من المدونة وقال في التوضيح : لما تكلم على ما يحرم بالمصاهرة وأن الفاسد إن كان مختلفا فيه يحرم عقده أن نكاح الخامسة من ذلك قال : فإن بعض الظاهرية أجاز الزيادة وكذلك ذكر في التوضيح في تمييز ما يفسخ قبل الدخول وما يفسخ أبدا أن نكاح الخامسة مختلف فيه وتقدم كلامه وهو مخالف للمدونة فإنه جعله من المتفق عليه وأنه لا ينشر الحرمة والله أعلم .

= « وما فسخ بعده فالسمى » : يريد إذا كان المسمى صحيحا ، وأما إن كان صدقا فاسدا فإنما فيه صدق المثل .

١٦٨ - ومتى انعقد الزواج غير صحيح ، بأن فقد شرطاً من الشروط التي عرفتها مما تقدم ، فلا تثبت الزوجية ، ولا تترتب عليه الأحكام . فيلزمهما أن يفترقا ؛ لأن كلاً من المتعاقدين يجب عليه عدم الإمضاء في العقد الفاسد ، فإذا لم يفترقا ؛ وجب على القاضي التفريق بينهما ؛ لأنه نصب ناظرًا للمصالح الدينية والدينية .

١٦٩ - ولا تثبت به حرمة المصاهرة ، فلا تحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه ، ولا تحرم عليه أصولها وفروعها . ولكن محل عدم حرمة المصاهرة : إن تركها أو فرق القاضي بينهما قبل الوطاء ، أو ما يقوم مقامه ، وهو : اللمس ، والنظر بشهوة . فإن حصل ما ذكر بعد واحد من هذه الأشياء ، ثبتت حرمة المصاهرة المتقدمة كما ستعرفه في مادة (٢٤) .

١٧٠ - ولا يتوارث به الزوجان ، فإذا مات أحدهما ولو بعد الدخول ، فلا يرثه الآخر ، لأن التوارث إنما يكون بعد العقد الصحيح لا الفاسد . ولا يلزم الزوج المهر المسمى في العقد ، ولا مهر المثل إن لم تكن هناك تسمية إن حصل التفريق قبل الوطاء ، أو فض البكارة إن كانت بكراً . فإن كان بعد واحد منهما ، لزمه مهر المثل ، لأن الوطاء في دار الإسلام لا يخلو عن عُقْر - بالضم - وهو : المهر . أو عُقْر - بالفتح - وهو : الحد . وقد انتهى الثاني ، لوجود الشبهة وهو العقد ، فيجب الأول .

= (فإن قلت :) لا يحتاج إلى هذا ؛ لأن المشهور في النكاح الفاسد لصداقه أنه إنما يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل وكلام المؤلف فيما يفسخ بعد الدخول ؛ (قلت) : بل يحتاج إليه ؛ لأن النكاح قد يكون فاسدًا لعقده وصداقه مما ويكون مما يفسخ بعده فيكون فيه إذا فسخ بعد الدخول صداق المثل . قال اللخمي : في النكاح الأول إذا دخل كان له صداق المثل إن كان فساده من قبل صداقه ، أو من قبل عقده وصداقه ، واختلف إذا كان الفساد في العقد وحده هل يكون لها المسمى ، أو صداق المثل ؟ .

الباب الثالث

في موانع النكاح الشرعية

وبيان المحللات والمحرمات من النساء

(مادة ١٩)

يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعَ بِنَوَاتٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي عَقُودٍ مُتَّفَرِّقَةٍ .

١٧١ - لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله تعالى عن محلية الزواج بالنسبة إلى بعض بني آدم ، سواء كان هذا الإخراج دائماً أو مؤقتاً بوقت مخصوص ، أفرد الفقهاء له باباً على حدته ، وبينوا فيه أسباب التحريم . فمتى وجد سبب منها حرم الزواج ، ومتى انتفى السبب حل .

١٧٢ - ولكن لا يجوز للرجل أن يجمع في عصمته من المحللات ما شاء من العدد ، بل يقتصر على أربع نسوة في عصمته ، سواء كان تزوجهن في عقود متفرقة ، كما إذا تزوج كل شهر مثلاً واحدة ، أو في عقد واحد ، بأن وكل أربع نسوة رجلاً في أن يزوجهن لفلان ، فقال هذا الوكيل للرجل : زوجتك موكلاتي فلانة وفلانة ... إلخ . فقبل الرجل ؛ صح هذا العقد بالنسبة إلى الجميع إذا لم يكن متزوجاً بغيرهن . فقد حصل في هذا المثال تزوج أربع في عقد واحد ، ويمكنك الإتيان بعدة أمثلة .

١٧٣ - والدليل على أن الرجل لا يجوز له إلا تزوج أربع : قوله تعالى : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ﴾ ^(١) . والنص على العدد يمنع الزيادة عليه .

١٧٤ - وقال القاسم بن إبراهيم ^(٢) : يجوز التزوج بالتسع ؛ لأن الله تعالى أباح

(١) النساء : ٣ .

(٢) هو : الحافظ الامام ، أبو بكر القاسم بن إبراهيم بن أحمد بن عيسى ، القنطري السامري . روى عن : الكديمي ، وخلف بن عمرو العكبري ، ومقدام بن داود وأنس بن سلم ، وأبي يعلى الموصلي ، ومحمد بن عثمان بن أبي شيبة ، وأحمد بن محمد بن هارون الخلال ، وخلق . والغالب على حديثه المناكير والموضوعات . روى عنه : ابن بطة ، وأبو الحسن بن رزقويه ، وأبو سهل محمود بن عمرو العكبري ، وآخرون . حدث في سنة ست وأربعين وثلاثمائة ، والكلام المذكور فيه هو عبارة ابن النجار ، فلعل الضعف في تلك الروايات من غيره . وينفي الذهبي علمه أن أحداً رماه بالضعف . انظر : سير أعلام النبلاء (١٦٧/١٢) .

نكاح ثنتين بقوله : ﴿ مَثْنَى ﴾ ثم عطف عليه : ﴿ وَتَلْتَكِ وَرَبِّعٌ ﴾ بالواو وهي للجمع ، فيكون المجموع تسعاً . ومثله عن النخعي وابن أبي ليلى . وقال بعض الشيعة والخوارج : يجوز ثماني عشرة امرأة ، لأن قوله : ﴿ مَثْنَى ﴾ يفيد التكرار ، لكونه معدولاً به عن : « اثنين اثنين » مكرراً ، وكذلك : ﴿ وَتَلْتَكِ وَرَبِّعٌ ﴾ ، وأقل التكرار مرتان ، فيكون ثماني عشرة . وبعض الناس يقول : إن للرجل أن يتزوج ما شاء من العدد ، لأن ﴿ مَثْنَى وَتَلْتَكِ وَرَبِّعٌ ﴾ يفيد التكرار من غير حصر .

وهؤلاء خرقوا الإجماع ؛ لأن الأمة أجمعت على أنه لا يجوز أكثر من أربع ، ولا حجة لهم فيما ذكر ؛ لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي القسمة أحاداً ، كما تقول : ركب القوم دوابهم . والواو بمعنى « أو » . وحجة الإجماع ما صح أن النبي عليه الصلاة والسلام فرق بين غَيْلان الثقفي^(١) وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتحتة عشر نسوة^(٢) ، وغيره ممن أسلم وهو متزوج أكثر من أربع ، ولم ينقل عن أحد في زمن النبي عليه الصلاة والسلام ولا بعده إلى زمننا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة بالزواج .

١٧٥ - ولو كان المعنى كما زعموا ، لما كان لِدُكْرٍ ثلاث ورباع معنى ، لأن ﴿ مَثْنَى ﴾ يفيد التكرار لا إلى نهاية وحصر ، وكلام الله ﷻ منزه عن التكرار وعدم المعنى .

١٧٦ - وهذا إذا كان الرجل حراً ، فلو كان رقيقاً ، فلا يجوز له إلا تزوج اثنتين وهو قول سيدنا عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف^(٣) ؛ لأن الرق منصف للنعمة ، فيتنصف العدد المباح للحر بالنسبة للزواج .

(١) هو : غيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عوف بن ثقيف بن منبه بن بكر ابن هوازن ، أسلم بعد الفتح وكان تحتة عشر نسوة فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعا وهو أحد وجوه ثقيف ومقدميهم وهو ممن وفد على كسرى وخبره معه عجيب ، وكان شاعراً محسناً توفي آخر خلافة عمر ابن الخطاب . انظر : أسد الغابة (٣٤٣/٤ ، ٣٤٤) .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة / ١٣٨١٩) .

(٣) هو : عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي ، أبو محمد ، أحد العشرة ، وأحد الستة أهل الشورى ، أحد السابقين البدرين ، القرشي الزهري ، وهو أحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام ، له عدة أحاديث . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٣/٣) ، تهذيب الكمال (٣٩٠٥/١١) .

١٧٧ - ومع هذا فالأحسن لمن خاف عدم العدل بين الزوجات ألا يتزوج إلا واحدة ، لقله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْلَمُوا فَوَاحِدَةٌ ﴾ (١) (٢) .

(مادة ٢٠)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ النَّكَاحِ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مُحَلًّا لَهُ غَيْرَ مُحْرَمَةٍ عَلَى مَنْ يُرِيدُ التَّزْوِجَ بِهَا .

• • •

١٧٨ - فتى كان هذا العدد بالنسبة للحر والعبد محلاً للعقد ؛ صح الزواج . وإن كان غير محل له ، بأن كانت المرأة محرمة على من يريد التزوج بها لأي سبب ؛ كان العقد فاسداً (٣) .

(١) النساء : ٣ .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (١٦٠/٥ ، ١٦١) : « لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة بالنكاح إلا على قول الروافض ، فإنهم يجوزون الجمع بين تسع نسوة لظاهر قوله تعالى : ﴿ مَتَى وَكُنْتُمْ وَرَيْعٌ ﴾ والواو للجمع ، فإذا جمعت بين هذه الأعداد كان تسقاً ، ولأن رسول الله ﷺ جمع بين تسع نسوة وهو قدوة الأمة ﷺ ، فما يجوز له يجوز لأمته ، وحجتنا في ذلك قوله تعالى : ﴿ مَتَى وَكُنْتُمْ وَرَيْعٌ ﴾ والمراد أحد هذه الأعداد قال الفراء : ﷺ لا وجه لحمل هذا على الجمع ؛ لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العمي في الكلام ، والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ أَرْبَعٌ أَجْبَحَ مَتَى وَكُنْتُمْ وَرَيْعٌ ﴾ والمراد أحد هذه الأعداد ، وقد بينا أن رسول الله ﷺ كان مخصوصا بسبب إباحة تسع نسوة له وهو اتساع حله بفضيلة النبوة ، فإن زيادة الفضيلة يزداد الحل كما بين الأحرار والمماليك ولم ينقل عن أحد في حياة رسول الله ﷺ ، ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا ، وفي قوله ﷺ : « يتزوج العبد ثنتين ويطلق تطلقين » ما يدل على أن الحر لا يتزوج أكثر من أربع ؛ لأن حال المملوك على النصف من حال الحر ، وله أن يتسرى على الأربع ما بدا له من السراري ما خلا امرأة ذات رحم محرمة منها من نسب أو رضاع لحدِيثِ عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنه : ما حرم الله تعالى من الحرائر شيئا إلا وقد حرم من الإمام مثل ، إلا رجلا يجمعهن يريد به العدد ؛ إذ التسري غير محصور بعدد ؛ لأن النكاح إنما كان محصورا بعدد لوجوب العدل والتسوية بينهما في القسم ، وعند كثرة العدد يعجز عن ذلك ، وفي الإمام لا يلزمه التسوية بينهما في القسم ، فهذا لا يكون محصورا بالعدد وإليه أشار الله تعالى في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْلَمُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ فأما سائر أسباب الحرمة كالرضاع والمصاهرة والمهرمية لا تختلف بالمنكوحة والمملوكة .

(٣) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٦/٢) : « ومنها ، أي : من شروط صحة النكاح - أن تكون المرأة محللة ، وهي أن لا تكون محرمة على التأيد فإن كانت محرمة على التأيد فلا يجوز نكاحها ؛ لأن الإنكاح إحلال ، وإحلال المحرم على التأيد محال » .

(مادة ٢١)

أسباب التحريم قسمان : مؤبدة ، ومؤقتة .
 فالمؤبدة هي : القرابة ، والمصاهرة ، والرضاع ^(١) .
 والمؤقتة هي : الجمع بين محرمين ، والجمع بين الأجنبية زيادة على أربع ، وعدم الدين
 السماوي ، والتطليق ثلاثاً ، وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة ^(٢) .

* * *

١٧٩ - وأسباب تحريم المرأة على الرجل تنقسم إلى قسمين : مؤبدة ، ومؤقتة .

١٨٠ - فالمؤبدة تنحصر في ثلاثة أنواع :

الأول : المحرمات بسبب النسب .

الثاني : المحرمات بسبب المصاهرة .

الثالث : المحرمات بسبب الرضاع .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٦/٢) : « والمحرمات على التأيد ثلاثة أنواع : . محرمات بالقرابة ، ومحرمات بالمصاهرة ، ومحرمات بالرضاع » .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٦٢/٢ - ٢٧٢) : « ومنها أن لا يقع نكاح المرأة التي يتزوجها جمعاً بين ذوات الأرحام ، ولا بين أكثر من أربع نسوة في الأجنبية . ومنها : أن لا تكون منكوحه الغير . ومنها : أن لا تكون معتدة . ومنها : أن لا يكون بها حمل ثابت النسب من الغير ، فإن كان لا يجوز نكاحها ، وإن لم تكن معتدة كمن تزوج أم ولد إنسان - وهي حامل من مولاها - لا يجوز ، وإن لم تكن معتدة لوجود حمل ثابت النسب . ومنها : أن يكون للزوجين ملة يقران عليها ، فإن لم يكن بأن كان أحدهما مرتدّاً ؛ لا يجوز نكاحه أصلاً لا بمسلم ولا بكافر غير مرتد ، والمرتد مثله ؛ لأنه ترك ملة الإسلام ، ولا يقر على الردة بل يجبر على الإسلام إما بالقتل إن كان رجلاً بالإجماع ، وإما بالحبس والضرب إن كانت امرأة عندنا إلى أن تموت أو تسلم ، فكانت الردة في معنى الموت لكونها سبباً مفضياً إليه ، والميت لا يكون محلاً للنكاح ؛ ولأن ملك النكاح ملك معصوم ولا عصمة مع المرتدة ؛ ولأن نكاح المرتد لا يقع وسيلة إلى المقاصد المطلوبة منه ؛ لأنه يجبر على الإسلام على ما بينا فلا يفيد فائدة فلا يجوز ، والدليل عليه : أن الردة لو اعترضت على النكاح رفعته فإذا قارنته تمتعه من الوجود من طريق الأولى كالرضاع ؛ لأن المنع أسهل من الرفع . ومنها : أن لا تكون المرأة مشركة إذا كان الرجل مسلماً ، فلا يجوز للمسلم أن ينكح المشركة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِيْنَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ ، ويجوز أن ينكح الكاتبة ؛ لقوله ﷻ : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْآيِنِ أَوْفُوا الْكَيْفَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ . ومنها : إسلام الرجل إذا كانت المرأة مسلمة ، فلا يجوز إنكاح المؤمنة الكافر ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِيْنَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ .

١٨١ - والمؤقتة تنحصر في خمسة أنواع :

النوع الأول : حرمة الجمع بين المحارم .

الثاني : حرمة الجمع بين الأجنبيات زيادة على أربع .

الثالث : عدم الدين السماوي .

والرابع : التطليق ثلاثاً .

الخامس : تعلق حق الغير بزواج أو عدة .

والأصل في هذا قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ عَنِ النَّسَاءِ سَابِقِينَ ﴾ ﴿١﴾ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَالنِّسَاءُ الَّتِي أَنْزَلْنَا عَلَيْكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنْ الرَّضَعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ رَبِّبَاتُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَالَاتُكُمُ الْأَخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّكَ اللَّهُ كَانَ عَاقِبَةً رَحِيمًا ﴿٢﴾ وَالنَّصْنَنُ مِنَ النِّسَاءِ ﴿٣﴾ . وآيات أخرى سترد عليك .

١٨٢ - ولندكر لك كلاً منها على حدته فنقول (١) :

(١) النساء : ٢٢ ، ٢٣ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة ٣٣ : يحرم على شخص أصوله وفروعهم وأبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الخامس : المحرمات

تأييد الحرمة بالنسب

المادة (٢٤) : يحرم على التأيد تزوج الرجل بامرأة من ذوات رحم محرم منه وهن أربعة :

أمه وجداته . بناته وحفيداته وإن نزلن . أخواته وبنات أخواته وبناتهن وإن نزلن . عماته وخالاته .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٢) - يحرم على الشخص بسبب النسب التزوج من :

أ - أصله وإن علا .

ب - فرعه وإن نزل .

ج - فروع أحد الأبوين أو كليهما وإن نزلوا .

د - الطبقة الأولى من فروع أجداده أو جداته .

المحرمات بسبب النسب

(مادة ٢٢)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنَ النَّسَبِ : أُمُّهُ ، وَجَدَّتُهُ وَإِنْ عَلَتْ ، وَبِنْتَهُ ، وَبِنْتِ بِنْتِهِ ، وَبِنْتِ ابْنِهِ وَإِنْ سَقَلَتْ ، وَأَخْتَهُ ، وَبِنْتَ أَخِيهِ ، وَبِنْتَ أُخِيهِ وَإِنْ سَقَلَتْ ، وَعَمَّتُهُ ، وَوَعَمَّةَ أَصُولِهِ ، وَخَالَتَهُ ، وَخَالَةَ أَصُولِهِ .

وَتَحْلِلُ لَهُ : بَنَاتُ الْعَمَّاتِ وَالْأَعْمَامِ ، وَبَنَاتُ الْحَالَاتِ وَالْأَخْوَالِ .
وَكَمَا يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنْ ذَكَرٍ ، يَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ التَّزَوُّجَ بِنَظِيرِهِ مِنَ الرِّجَالِ .
وَيَحْلِلُ لِلْمَرْأَةِ : أَبْنَاءُ الْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ ، وَأَبْنَاءُ الْأَخْوَالِ وَالْحَالَاتِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٦/٢ ، ٢٥٧) : « فالمحرمات بالقرابة سبع فرق : الأمهات والبنات والأخوات والعَمَّات والحالات وبنات الأخ وبنات الأعمت ، قال الله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخُوتُكُمْ وَسَوَاحِلُهُمْ وَمَنْزِلَتُهُمْ وَمَنْزِلَتُهُمْ وَمَنْزِلَتُهُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأَهْلُكُمْ أَلَيْسَ الْأَرْوَاحُ بِاللَّحْمِ ﴾ الآية أخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات ، فإما أن يعمل بحقيقة هذا الكلام حقيقة ويقال : بحرمة الأعيان كما هو مذهب أهل السنة والجماعة وهي « منع الله تعالى الأعيان عن تصرفنا فيها بإخراجها من أن تكون محلاً لذلك شرعاً ، وهو التصرف الذي يتبادر إيقاعه في جنسها وهو الاستمتاع والنكاح . وإما أن يضم في الفعل وهو الاستمتاع والنكاح في تحريم كل واحد منهما تحريم الآخر ؛ لأنه إذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لم يكن النكاح مفيداً لخلوه عن العاقبة الحميدة ، فكان تحريم الاستمتاع تحريماً للنكاح ، وإذا حرم النكاح وأنه شرع وسيلة إلى الاستمتاع ، والاستمتاع هو المقصود فكان تحريم الوسيلة تحريماً للمقصود بالطريق الأولى ، وإذا عرف هذا فنقول : يحرم على الرجل أمه بنص الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ وتحريم عليه جداته من قبل أبيه وأمه وإن علون بدلالة النص ؛ لأن الله تعالى حرم العمات والحالات وهن أولاد الأجداد والجدات ، فكانت الجدات أقرب منهن ، فكان تحريمهن تحريماً للجدات من طريق الأولى كتحریم التأفیف نَحْوًا يكون تحريماً للشتم والضرب دلالة ، وعليه إجماع الأمة أيضاً ، وتحريم عليه بناته بالنص وهو قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ سواء كانت بنته من النكاح أو من السفاح لعدم النص وقال الشافعي : لا تحرم عليه البنت من السفاح ؛ لأن نسبها لم يثبت منه فلا تكون مضافة إليه شرعاً ، فلا تدخل تحت نص الإرث والنفقة في قوله تعالى : ﴿ يُؤْتِيكَ اللَّهُ فِي الْأَوْلَادِ لِلَّذِي أَوْلَى اللَّهُ فِي الْأَوْلَادِ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا كَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا كَسَبْنَ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ولأن الحقائق = حقيقة إلا أنه لا تجوز الإضافة شرعاً إليه لما فيه من إشاعة الفاحشة ، وهذا لا ينافي النسبة الحقيقية ؛ لأن الحقائق =

١٨٣ - يحرم بالنسب أنواع أربعة :

الأول : أصول الشخص .

الثاني : فروعها ولو بعدت الوسائط .

= لا مرد لها وهكذا نقول في الإرث والنفقة : إن النسبة الحقيقية ثابتة إلا أن الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعاً لجريان الإرث والنفقة لمعى . ومن ادعى ذلك ههنا فعليه البيان .

وتحرم بنات بناته وبنات أبنائه وإن سفطن بدلالة النص ؛ لأنهن أقرب من بنات الأخ وبنات الأخت ومن الأخوات أيضاً ؛ لأن الأخوات أولاد أبيه وهن أولاد أولاده فكان ذكر الحرمة هناك ذكراً للحرمة ههنا دلالة وعليه إجماع الأمة أيضاً ، وتحرم عليه أخواته وعماته وخالاته بالنص وهو قوله ﷺ : ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَتُكُمْ وَكَلَنَاتُكُمْ ﴾ سواء كمن لأب وأم أو لأب أو لأم لإطلاق اسم الأخت والعممة والخالة ، ويحرم عليه عمه أبيه وخالته لأب وأم أو لأب أو لأم ، وعمته أمه وخالته لأب وأم ، أو لأب ، أو لأم بالإجماع . وكذا عمه جده وخالته وعمته خالته وخالتها لأب وأم أو لأب أو لأم تحرم بالإجماع ، وتحرم عليه بنات الأخ وبنات الأخت بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ وبنات بنات الأخ والأخت وإن سفطن بالإجماع ومنهم من قال : إن حرمة الجدات وبنات البنات ونحوهن ممن ذكرنا يثبت بالنص أيضاً ؛ لانطلاق الاسم عليهن فإن جدة الإنسان تسمى أمّاً له ، وبت بنته تسمى بنتاً له ، فكانت حرمتهم ثابتة بعين النص ، لكن هذا لا يصح إلا على قول من يقول : يجوز أن يراد الحقيقية والمجاز من لفظ واحد إذا لم يكن بين حكميهما منافاة ؛ لأن إطلاق اسم الأم على الجدة وإطلاق اسم البنت على بنت البنت بطريق المجاز ، ألا ترى أن من نفى اسم الأم والبنت عنهما كان صادقا في النفي ؟ وهذا من العلامات التي يفرق بها بين الحقيقة والمجاز ، وقد ظهر أمر هذه التفرقة في الشرع أيضاً حتى إن من قال لرجل : لست أنت بائن فلان لجده لا يصير قاذفاً له حتى لا يؤخذ بالحد ؛ ولأن نكاح هؤلاء يفضي إلى قطع الرحم ؛ لأن النكاح لا يخلو عن مباسطات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما ، وذلك يفضي إلى قطع الرحم ، فكان النكاح سبباً لقطع الرحم مفضياً إليه ، وقطع الرحم حرام والمفضي إلى الحرام حرام ، وهذا المعنى يعم الفرق السبع ؛ لأن قرابتهن محرمة القطع واجبة الوصل ، ويختص الأمهات بمعنى آخر ، وهو أن احترام الأم وتعظيمها واجب ، ولهذا أمر الولد بمصاحبة الوالدين بالمعروف وخفض الجناح لهما والقول الكريم ، ونهي عن التأفيف لهما ، فلو جاز النكاح والمرأة تكون تحت أمر الزوج ، وطاعته وخدمته مستحقة عليها ؛ للزما ذلك ، وأنه ينفي الاحترام فيؤدي إلى التناقض وتحل له بنت العممة والخالة وبنت العم والخال ؛ لأن الله تعالى ذكر المحرمات في آية التحريم ثم أخبر ﷺ أنه أحل ما وراء ذلك بقوله : ﴿ وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ وَلَيْسَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ وبنات الأعمام والعمات والأخوات والحالات لم يذكروا في المحرمات ؛ فكان مما وراء ذلك فكن محللات . وكذا عمومات النكاح لا توجب الفصل ، ثم خص عنها المحرمات المذكورات في آية التحريم فبقي غيرهن تحت العموم ، وقد ورد نص خاص في الباب ، وهو قوله تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا أَمْلَأْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ ﴾ إلى قوله ﷺ : ﴿ وَبَنَاتُ عَيْكَ وَبَنَاتُ عَمَّتَيْكَ وَبَنَاتُ خَالَكِ وَبَنَاتُ خَالَتَيْكَ أَلْتَنِي هَاجِرَةً مَعَكَ ﴾ الآية . والأصل فيما يثبت للنبي ﷺ أن يثبت لأمنه ، والخصوص بدليل .

الثالث : فروع أبويه وإن نزلوا .

الرابع : فروع أجداده وجداته إذا انفصلوا بدرجة واحدة .

١٨٤ - فيحرم عليه بالأول والثاني : أمة ، وجدته وإن علت سواء كانت من جهة الأم أو من جهة الأب ، وبنته ، وبنت بنته ، وبنت ابنه وإن نزلت كل منهما ، لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ ^(١) .

ولا يقال : إن النص قاصر على الأم والبنت ، فلا يتناول الجدة ولا بنت البنت ولا بنت الابن ، فلا تحرم كل منهن ، لأننا نقول : إن الجدات أمهات ، إذ الأم معناها في اللغة : الأصل ، والبنت معناها : الفرع ، قال الله تعالى : ﴿ هُنَّ أُمَّ الْكَتَّابِ ﴾ ^(٢) . أي : أصلها . وعلى هذا تكون حرمة من ذكر ثابتة بهذه الآية . أو نقول : ثبتت حرمة الجدات وبنات الأولاد بالإجماع . أو نقول : ثبتت حرمتهم بدلالة النص ؛ لأن الله تعالى حرم العمات والحالات ، وهن أولاد الجدات ؛ فهن أقرب من أولادهن ، فيحرم من باب أولى ، وكذا حرم بنات الأخ وبنات الأخت ، ولا شك أن بنات الأولاد أقرب منهن ، فكن أولى بالتحريم ؛ لأن الحكمة في تحريم هؤلاء تعظيم القريب وصونه عن الاستخفاف ؛ لأن في الاستفراش استخفافاً به وتعظيمه واجب شرعاً ، ولأن تزوجهن يفضي إلى قطع الرحم ؛ لأن التزوج لا يخلو من مباسطات تجري بين الزوجين ، فيكون ذلك سبب جريان الحشونة بينهما ، فيفضي إلى قطع الرحم فيمنع منه أصلاً ، فكل من كان أقرب فهو أولى بالمنع .

١٨٥ - ويحرم عليه بالثالث والرابع : أخته ، وبنتها ، وبنت أخيه وإن نزلت درجتها ، وعمته ، وعمة أصوله ، وخالته ، وخالة أصوله ، لقوله تعالى في الآية السابقة : ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَكَهَنَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ ﴾ ^(٣) . ويشمل النص : الأخت لأبوين أو لأب أو لأم ، وبنت كل منهن . ويشمل أيضاً : بنت الأخ الشقيق أو لأب أو لأم . وكذلك : يشمل : العمات ، والحالات المتفرقات ؛ لأن الاسم يشمل الجميع . وكذا يدخل في العمات والحالات بطريق الحقيقة : عمة الأب والجد

(٢) آل عمران : ٧ .

(١) النساء : ٢٣ .

(٣) سنن النسائي (كتاب : الأثرية / باب : ذكر الآثام المتولدة عن شرب الخمر من ترك الصلوات / ٥٦٦٦) .

(٤) النساء : ٢٣ .

وإن علا ، وخالة كلِّ منهما ، وعمة الأم والجدة وإن علت وخالة كلِّ منهما .
 ١٨٦ - فإذا علمت ما تقدم ، تعلم أن بنات الأعمام والعمات ، وبنات الأخوال
 والحالات تحل .

وليست الحرمة والحل المتقدمان قاصرين على المذكر ؛ بل يشملان المذكر والمؤنث ،
 فكما يحرم على الرجل أن يتزوج بأصوله وفروعه من الإناث ، يحرم كذلك على المرأة
 التزوج بأصولها وفروعها من الذكور . وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بنات أخواته
 وأخوته ، يحرم على المرأة التزوج بأبناء أخواتها وإخوتها وهكذا . وكما يحل للرجل بنات
 الأعمام والعمات والأخوال والحالات ، يحل للمرأة أبناء الأعمام والعمات ... إلخ ^(١) .

المحرمات بسبب المصاهرة

(مادة ٢٣)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ : بِنْتِ زَوْجِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا وَهِيَ مُشْتَهَى وَهِيَ مُشْتَهَاةٌ ،
 سَوَاءَ كَانَ فِي نِكَاحِ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ . فَإِنْ دَخَلَ بِهَا وَهِيَ غَيْرَ مُشْتَهَى أَوْ هِيَ غَيْرَ مُشْتَهَاةٍ ،
 أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ ، أَوْ طَلَّقَهَا وَلَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، فَلَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ بِنْتَهَا .
 وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ : أُمُّ زَوْجِهِ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَيْهَا وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، وَزَوْجَةُ فُرُوعِهِ
 وَإِنْ سَقَلْ ، وَأَصْلِيهِ وَإِنْ عَلَا ، وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تأييد الحرمة بالمصاهرة : المادة (٢٥) : يحرم على التأييد
 تزوج الرجل بامرأة بينه وبينها مصاهرة وهي على أربعة أصناف :

- ١ - زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده .
 - ٢ - أم زوجته وجداتها مطلقاً .
 - ٣ - زوجات أبي الرجل وزوجات أجداده .
 - ٤ - ربائبه أي : بنات زوجته وبنات أولاد زوجته . ويشترط في الصنف الرابع الدخول بالزوجات .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣) - يحرم على الشخص بسبب المصاهرة التزوج من :
- أ - زوج أحد أصوله وإن علوا أو أحد فروعهم وإن نزلوا بمجرد العقد .
 - ب - أصول زوجته وإن علوا بمجرد العقد .
 - ج - فروع زوجته التي دخل بها دخولاً حقيقياً وإن نزلن .
- (٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٨/٢) : المحرمات بالمصاهرة أربع فرق . الفرقة الأولى : أم =

الزوجة وجدأتها من قبل أبيها وأمها وإن علون فيحرم على الرجل أم زوجته بنص الكتاب العزيز وهو قوله ﷺ : ﴿ وَأَتَهَتْ نِسَائِكُمْ ﴾ معطوفاً على قوله ﷺ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَنِسَائِكُمْ ﴾ سواء كان دخل بزوجه أو كان لم يدخل بها عند عامة العلماء . وقال مالك وداود الأصمهاني ومحمد بن شجاع البلخي وبشر الرمسي : إن أم الزوجة لا تحرم على الزوج بنفس العقد ما لم يدخل بنتها حتى إن من تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها أو ماتت ؛ لا يجوز له أن يتزوج أمها عند عامة العلماء وعندهم يجوز . والمسألة مختلفة بين الصحابة ﷺ ، روي عن عمر وعلي وابن عباس وزيد بن ثابت وعمران بن حصين ﷺ مثل قول العامة . وروي عن عبد الله بن مسعود وجابر ﷺ مثل قولهم وهو إحدى الروايتين عن علي وزيد بن ثابت وعن زيد بن ثابت أنه فضل بين الطلاق والموت قال : في الطلاق مثل قولهما وفي الموت مثل قول العامة وجعل الموت كالدخول ؛ لأنه بمنزلة الدخول في حق المهر وكذا في حق التحريم ، احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَأَتَهَتْ نِسَائِكُمْ رِبِّيَّتِكُمُ الَّتِي فِي سُورِكُمْ بَيْنَ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ﴾ ذكر أمهات النساء وعطف ربائب النساء عليهن في التحريم بحرف العطف ثم عقب الجملة بشرط الدخول .

والأصل : أن الشرط المذكور والاستثناء بمشيئة الله تعالى عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بحرف العطف كل جملة مبتدأ وخبره ينصرف إلى الكل لا إلى ما يليه ، خاصة كمن قال : عبده حر وأمرأته طالق وعليه حج بيت الله تعالى إن فعل كذا ، أو قال : إن شاء الله تعالى ، فهذا كذلك فينصرف شرط الدخول إلى الجملة جميعاً فلا تثبت الحرمة بدونها ، ولنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَتَهَتْ نِسَائِكُمْ ﴾ كلام تام بنفسه منفصل عن المذكور بعده ؛ لأنه مبتدأ وخبر إذ هو معطوف على ما تقدم ذكره من قوله : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَنِسَائِكُمْ ﴾ إلى قوله ﷺ : ﴿ وَأَتَهَتْ نِسَائِكُمْ ﴾ والمعطوف بشارك المعطوف عليه في خبره ويكون خبر الأول خبراً للثاني كقوله : جاءني زيدٌ وعمرو معناه جاءني عمرو فكان معنى قوله تعالى : ﴿ وَأَتَهَتْ نِسَائِكُمْ ﴾ أي : وحرمت عليكم أمهات نسائكم وأنه مطلق عن شرط الدخول فمن ادعى أن الدخول المذكور في آخر الكلمات منصرف إلى الكل فعليه الدليل .

وروي عن عبد الله بن عمر ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إذا نكح الرجل امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها ؛ فله أن يتزوج ابنتها ، وليس له أن يتزوج الأم » وهذا نص في المسألتين ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ؛ فلا بأس أن يتزوج بنتها ، وأيما رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها أو ماتت عنده ، فلا يحل له أن يتزوج أمها » وهذا نص في المسألتين ، وعن عبد الله بن عباس ﷺ أنه قال في هذه الآية الكريمة : أبهوما ما أبهم الله تعالى أي : أطلقوا ما أطلق الله تعالى ، وكذا روي عن عمران بن حصين أنه قال : الآية مبهمة - أي مطلقة - لا تفصل بين الدخول وعدمه . وما روي عن ابن مسعود ﷺ ؛ فقد روي الرجوع عنه ؛ فإنه روي أنه أفتى بذلك في الكوفة فلما أتى المدينة ولقي أصحاب رسول الله ﷺ فذاكرهم رجوع إلى القول بالحرمة حتى روي أنه لما أتى الكوفة نهى من كان أفتاه بذلك فقيل : إنها ولدت أولاداً فقال : وإن ولدت ؛ ولأن هذا النكاح يفتي إلى قطع الرحم ؛ لأنه إذا طلق بنتها وتزوج بأمرها حملها ذلك على الضغينة التي هي سبب القطيعة فيما بينهما ، وقطع الرحم حرام فما أفتى إليه يكون حراماً لهذا المعنى حرم الجمع بين المرأة وبنتها وبين المرأة وأمها =

وبين عمتها وخالتها على ما نذكر - إن شاء الله تعالى - بخلاف جانب الأم حيث لا تحرم بنتها بنفس العقد على الأم ؛ لأن إباحة النكاح هناك لا تؤدي إلى القطع ؛ لأن الأم في ظاهر العادات تؤثر بنتها على نفسها في الحفظ والحقوق ، والبنت لا تؤثر أمها على نفسها معلوم ذلك بالعادة . وإذا جاء الدخول تثبت الحرمة ؛ لأنه تأكدت مودتها لاستيفائها حفظها ، فلحقها الغضاضة فيؤدي إلى القطع ؛ ولأن الحرمة تثبت بالدخول بالإجماع ، والعقد على البنت سبب الدخول بها ، والسبب يقوم مقام المسبب في موضع الاحتياط ، ولهذا تثبت الحرمة بنفس العقد في منكوحة الأب وحليلة الابن ، كان ينبغي أن تحرم الريبة بنفس العقد على الأم إلا أن شرط الدخول هناك عرفناه بالنص فبقي الحكم في الآية على أصل القياس .

(وأما) قولهم : إن الشرط المذكور في آخر كلمات معطوف بعضها على بعض والاستثناء بمشيئة الله تعالى ملحق بالكل فنقول : هذا الأصل مسلم في الاستثناء بمشيئة الله تعالى والشرط المصرح به فأما في الصفة الداخلة على المذكور في آخر الكلام فممنوع ؛ بل يقتصر على ما يليه فإنك تقول : جاءني زيدٌ ومحمّدٌ العالم ، فتقتصر صفة العلم على الذي يليه دون زيد وقوله ﷺ : ﴿ أَلْتَنِي دَخَلْتُ بِهِمْ ﴾ وصفٌ بالدخول بهن لا شرط ، ومن ادعى إلحاق الوصف بالشرط فعليه الدليل على أنه يحتمل أن يكون بمعنى الشرط فيلحق الكل ، ويحتمل أن لا يكون فيقتصر على ما يليه فلا يلحق بالشك والاحتمال ، وإذا وقع الشك والشبهة فيه ، فالقول لما فيه الحرمة أولى احتياطاً على أن هذه الصفة إن كانت في معنى الشرط لكن اللفظ متى قرن به شرط أو صفة لإثبات حكم يقتضي وجوده عند وجوده إما لا يقتضي عدمه عند عدمه ؛ بل عدمه ووجوده عند عدم الشرط والصفة يكون موقوفاً على قيام الدليل ، وفي نفس هذه الآية الكريمة ما يدل عليه فإنه قال ﷺ ﴿ رَبِّبْتُهُمْ أَلْتَنِي فِي حُبْرِيكُمْ مِنْ إِسْكَائِكُمْ أَلْتَنِي دَخَلْتُ بِهِمْ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِمْ فَكَلَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ ولو كان التقيد بالوصف نائياً للحكم في غير الموصوف لكان ذلك القدر كافياً ، ونحن نقول بحرمة الأم عند الدخول بالريبة وبحرمة الريبة عند الدخول بالأُم بظاهر الآية الكريمة ، وليس فيها نفي الحرمة عند عدم الدخول ولا إثباتها فيقف على قيام الدليل وقد قام الدليل على حرمة الأم بدون الدخول ببنتها وهو ما ذكرنا فتثبت الحرمة ، ولم يبق الدليل على حرمة الريبة قبل الدخول بالأُم فلا تثبت الحرمة . والله ﷻ أعلم . وأما جدات الزوجة من قبل أبيها وأُمها ؛ فإنها عرفت حرمتهم بالإجماع ، ولما ذكرنا من المعنى في الأمهات لا يعين النص إلا على قول من يجيز اشتغال اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز عند عدم التناهي بين حكميهما على ما ذكرنا ، ثم إما تحرم الزوجة وجداتها بنفس العقد إذا كان صحيحاً فأما إذا كان فاسداً فلا تثبت الحرمة بالعقد بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس عن شهوة والنظر إلى الفرج عن شهوة على ما نذكر ؛ لأن الله تعالى حرم على الزوج أم زوجته مضافاً إليه ، والإضافة لا تنعقد إلا بالمقد الصحيح فلا تثبت الحرمة إلا به . قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٢٧١/٦) : « ما يحرم من النكاح وهو قسمان : مؤبد ، وغيره . والأول أسبابه ثلاثة : قرابة ، ورضاع ، ومصاهرة . وفي ضبط ذلك عبارتان : إحداهما : يحرم على الرجل أصوله وفصوله ، وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول . فالأصول : الأمهات ، والفصول : البنات ، وفصول أول الأصول : الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول : العمات والخاللات ، وهذه للأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني . ثانيهما : تلميذ أبي منصور =

البغدادي ورجحها الرافعي ، وهي أنص على الإناث وأخصر ، وجاءت على نمط قوله تعالى : ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا لَكَ **أَزْوَاجَكَ** ﴾ الآية ، فدل على أن من عداهن من الأقارب ممنوع أنه يحرم جميع من شملته القرابة غير ولد العمومة وولد الخؤولة ، وعد بعضهم من الموانع اختلاف الجنس فلا يجوز للآدمي نكاح جنبة .

قاله العماد بن يونس وأفتى به ابن عبد السلام ، وخالف في ذلك القمولي وهو الأوجه (تحرم الأمهات) أي : نكاحهن وكذا جميع ما يأتي ؛ لأن الأعيان لا توصف بحل ولا حرمة (وكل من ولدتك أو ولدت من ولدك) وهي الجدة من الجهتين وإن علت (فهي أمك) حقيقة عند انتفاء الواسطة ومجازاً عند وجودها على الأصح وحرمة أزواجه **عليه السلام** وسلم لكونهن أمهات المؤمنين في الاحترام ، فهي أمومة غير ما نحن فيه (والبنات) ولو احتمالاً كالنافية بالعمان ؛ لأنها لم تنتف عنه قطعاً ، ولهذا لو أكذب نفسه لحفته ، ومع النفي هل يثبت لها من أحكام النسب شيء سوى تحريم نكاحها حيث لم يدخل بأماها كقبول شهادته لها ووجوب القصاص عليه يقتلها والحد بقذفه لها والقطع بسرقة مالها أو لا ، وجهان : أوجههما : كما أفاده الوالد **عليه السلام** ، ثانيهما : كما اقتضى كلام الروضة تصحيحه ، وإن قيل إنما وقع ذلك في النسخ السقيمة . قال البيهقي : وهل يأتي الوجهان في انتقاض الوضوء بلمسها وجواز النظر إليها والخلوة بها ، أو لا إذ لا يلزم من ثبوت الحرمة المحرمة كما في الملاعة وأم الموطوءة بشبهة وبنتها ، والأقرب عندي عدم ثبوت المحرمة انتهى . والأوجه حرمة النظر والخلوة بها احتياطاً وعدم نقض الوضوء بلمسها للشك ، كما يؤخذ مما مر في أسباب الحدث (وكل من ولدتها ، أو ولدت من ولدها) وإن سفل (فهي بنتك) حقيقة ومجازاً نظير ما مر (قلت : والمخلوقة من) ماء (زناه تحمل له) لأنها أجنبية عنه ؛ إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من أحكام النسب ، وإن أخبره صادق كيمسي **عليه السلام** وقت نزوله بأنها من مائه ؛ لأن الشرع قطع نسبها عنه فلا نظر لكونها من ماء سفاح ، نعم يكره له نكاحها خروجاً من الخلاف (ويحرم على المرأة) وعلى سائر محارمها (ولدها من زنا ، والله أعلم) إجماعاً ؛ لأنه بعضها وانفصل منها إنساناً ، ولا كذلك المتني ، ومن ثم أجمعوا هنا على إرثه (والأخوات) من جهة أبويك أو أحدهما ، نعم لو زوجه الحاكم مجهولة النسب ثم استلحقها أبوه بشرطه ولم يصدقه هو ثبتت أخوتها له وبقي نكاحه ، كما نص عليه وجرى عليه العبادي والقاضي غير مرة قالوا : وليس لنا من بطن أخته في الإسلام غير هذا ، ولو مات الزوج فينبغي أن ترث منه زوجته بالزوجية لا بالأختية ؛ لأن الزوجية لا تحجب ، بخلاف الأختية فهي أقوى السبين ، فإن صدق الزوج والزوجة انفسخ النكاح ، ثم إن كان قبل الدخول فلا شيء لها ، أو بعده فلها مهر المثل ، وقيس بهذه الصورة ما لو تزوجت بمجهول النسب فاستلحقه أبوها ثبت نسبه ، ولا ينفسخ النكاح إن لم يصدقه الزوج ، وإن أقام الأب بينة في الصورة الأولى ثبت النسب وانفسخ النكاح وحكم المهر ما مر ، وإن لم تكن بينة وصدفته الزوجة فقط لم ينفسخ النكاح لحق الزوج ، لكن لو أبانها لم يجز له بعد ذلك تجديد نكاحها ؛ لأن إذنها شرط وقد اعترفت بالتحريم . وأما المهر فلازم للزوج ؛ لأنه يدعي ثبوته عليه لكنها تنكره ، فإن كان قبل الدخول فنصف المسمى ، أو بعده فكله ، وحكمها في قبضه كمن أقر لشخص بشيء وهو ينكره ومر حكمه في الإقرار ، ولو وقع الاستلحاق قبل التزويج لم يجز لابن نكاحها (وبنات الأخوة والأخوات) وإن سفلن (والعمات والخالات وكل من هي أخت ذكر ولدك) وإن علا من جهة الأب ، أو الأم وسواء أخته لأبويه ، أو لأحدهما (فمستك ، أو أخت أنثى ولدك) وإن علت من جهة =

الأب ، أو الأم سواء أختها لأبويها ، أو لأحدهما (فخالتك) وعلم مما مر أن الأخصر من هذا كله أن يقال يحرم كل قريب إلا ما دخل في ولد العمومة ، أو الخؤولة (ويحرم هؤلاء السبع بالرضاع أيضاً) أي : كما حرمن من النسب للنص على الأمهات والأخوات في الآية وللخبر المتفق عليه (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) وفي رواية (ما يحرم من الولادة) (وكل من أرضعتك أو أرضعت من أرضعتك ، أو) أرضعت (من ولدك) ولو بواسطة (أو ولدت مرضعتك ، أو) ولدت ، أو أرضعت (ذا) أي : صاحب (لبنها) شرعاً كحليل المرضعة الذي اللبن له وإن ولدته بواسطة (فأمر رضاع) شرعاً .

(وقس) بذلك (الباقي) من السبع المحرمة بالرضاع ، فالمرتضة بلبنك ، أو بلبن فرعك ولو من الرضاع وبنتها كذلك وإن سفلت بنت رضاع ، والمرتضة بلبن أصلك ولو من الرضاع وإن سفلت ، ومرتضة بلبن أخيك ، أو ابن أخيك وبنتها نسبياً ، أو رضاعاً وإن سفلت بنت أخ ، أو أخت رضاع وأخت فعل ، أو مرضعة وأخت أصلها نسبياً ، أو رضاعاً ، ومرتضة بلبن أصل نسبياً ، أو رضاعاً عمه رضاع ، أو خالته (ولا تحرم عليك من أرضعت أخاك) ، أو أختك ، وإنما حرمت أم أخيك نسبياً ؛ لأنها أمك ، أو موطوءة أهلك (و) لا من أرضعت (نافلتك) أي : ولد ولدك ؛ لأنها كالتلي قبلها أجنبية عنك وحرمت أمه نسبياً ؛ لأنها بنت أو موطوءة ابن (ولا أم مرضعة ولدك) كذلك وهي نسبياً أم موطوءتك (وبنتها) أي المرضعة ، كذلك ، وهي نسبياً بنت أو ربية ، فعلم أن هذه الأربعة لا تستثنى من قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، لما علمت أن سبب انتفاء التحريم عنهن رضاعاً انتفاء جهة المحرمة نسبياً ، فلذا لم يستثنى كالحقوقيين فاستثنوا في كلام غيرهم صوري ، وزيد عليها أم العم وأم العممة ، وأم الحلال وأم الحلاله وأم الأخ وأم الأخت فهؤلاء يحرم نسبياً لا رضاعاً كما تقرر . وصورة الأخيرة امرأة لها ابن ارتضع من أجنبية ذات ابن فهذا له نكاح أم أخيه المذكورة .

(ولا) يحرم عليك (أخت أخيك) الذي من النسب أو الرضاع (بنسب ولا رضاع) متعلق بأخت بدليل قوله : (وهي) نسبياً (أخت أخيك لأبيك لأمه) بأن كان لأم أخيك لأبيك بنت من غير أهلك (وعكسه) أي : أخت أخيك لأمك لأبيه : أي بأن كان لأبي أخيك لأمك بنت من غير أمك ورضاعاً أخت أخيك لأب ، أو أم رضاعاً بأن أرضعتها أجنبية عنك (وتحرم) عليك بالمصاهرة (زوجة من ولدت) وإن سفلت من نسب ، أو رضاع (أو ولدك) وإن علا (من نسب ، أو رضاع) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَكَانَ عَلَيْهِمْ أَنْبَاءُكُمْ الَّذِينَ مِنْ أُمَّتِكُمْ ﴾ ومنطوق خير : يحرم من الرضاع ، السابق يعين حمل من أصلابكم على أنه لإخراج المتبني دون ابن الرضاع ؛ ولقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بِرَبِّ الْإِنْسَانِ ﴾ (و) يحرم عليك (أمهات زوجتك منهما) أي : النسب والرضاع وإن علون وإن لم يدخل بها لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ . وحكمته : ابتلاء الزوج بمكالمتها والحلوة بها لترتيب أمر الزوجية ، فحرمت كسابقتها بنفس العقد ليعتمك من ذلك ولا كذلك البنت ، نعم يشترط حيث لا وطء صحة العقد لانتهاء حرمة الفاسد ما لم ينشأ عنه وطء ، أو استدخال لأنه حينئذٍ وطء شبهة وهو محرم كما يأتي . (وكذا بناتها) أي : زوجتك ولو بواسطة سواء بنات ابنها وبنات بنتها وإن سفلت (إن دخلن بها) بأن وطئها في حياتها ولو في الدبر وإن كان العقد فاسداً وكذا إن استدخلت ماءك المحترمة حالة إنزاله على الراجح كما أتت به الوالد ﷺ ، وإن لم يكن محترماً حال الاستدخال خلافاً للماوردي ومن تبعه ؛ إذ هو كالوطء في أكثر أحكامه في هذا الباب وغيره =

لقوله تعالى : ﴿ وَرَبِّبْتُمْ أَلْفِي فِي حُجُورِكُمْ بَيْنَ إِسْكَائِكُمْ أَلْفِي دَخَلْتُمْ بَيْتَهُ ﴾ الآية ، ولم يعد دخلتم لأمهات نسائكم أيضًا وإن اقتضته قاعدة الشافعي رحمته من رجوع الوصف ونحوه لسائر ما تقدمه ؛ لأن محله إن اتحد العامل وهو هنا مختلف ؛ إذ عامل نسائكم الأولى الإضافة ، والثانية حرف الجر ، ولا نظر مع ذلك لاتحاد عملهما خلافاً للزركشي ؛ لأن اختلاف العامل يدل على استقلال كل بحكم ، ومجرد الاتفاق في العمل لا يدل على ذلك كما لا يخفى ، وذكر الحجور جرى على الغالب فلا مفهوم له ، وعلم من كلام المصنف عدم تحريم بنت زوج الأم ، أو البنت ، أو أمه وعدم تحريم أم زوجة الأب ، أو الابن ، أو بنتها ، أو زوجة الريبب أو الراب لخروجهن عن المذكورات .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١٥/٢ ، ١٦) : (و) السبع (اللواتي) يحرمن (من الرضاع والصهر) بجمعها قوله تعالى : ﴿ وَأَتَيْنَتْكُمْ أَلْفِي أَرْضَمْتَكُمْ ﴾ ولو كانت المرضعة صغيرة لا يولد لها ، أو كانت ميتة حيث كان في ثديها لبن ولو مع الشك على الأظهر ، أو كانت الذات المرضعة خشي مشكلا كما نص على ذلك شرح خليل ، (و) حرم عليكم أيضًا ﴿ وَأَتْرَأْتُمْ بَيْنَ الرِّضَاعَةِ ﴾ كان رضعكم مصاحبًا لرضعهن أو سابقًا أو متأخرًا ؛ لأن الذي يرضع من امرأة يقدر كأنه نزل من بطنها ، فجميع أولادها إخوة له ، كما يأتي في بابه ، ولم ينص في القرآن على المحرم بالرضاع إلا على الأمهات والأخوات وبواقي السبع بالصهر ، وأشار إليهن بقوله : (وأمهات نسائكم) وهي كل امرأة لها على زوجتك ولادة أو رضاع ولو بواسطة ، فيشمل جدة الزوجة وإن علت سواء جدتها من قبل أبيها أو أمها من نسب أو رضاع ، والمراد زوجتك من عقدت عليها ولو لم يحصل تلذذ بها ؛ لأن العقد على البنات يحرم الأمهات ، وسواء عقد له عليها في حال بلوغه أو صباه (و) حرم عليكم أيضًا (ربائكم) وهي بنات الزوجة (اللاتي) في حجوركم من نسائكم (ووصف الربائب باللاتي في الحجور طردي أو غير معتبر المفهوم ، بخلاف وصف الأمهات بقوله : (اللاتي دخلتم) أي : تلذذتم (بهن) لأن مجرد العقد غير محرم للقاعدة المقررة من أن التلذذ بالأمهات يحرم البنات ، والعقد على البنات يحرم الأمهات . قال خليل عاطفًا على حرم : وتلذذه وإن بعد موتها ولو بنظر فصولها . قال الأجهوري في شرحه : ولو كانت صغيرة بحيث لا تشهى ، أو كان النظر إليها من فوق حائل يصف حيث كان النظر لغير الوجه والكفين ، وأما لو انضم للنظر فعل كلمس ؛ فينبغي الحرمة ولو للوجه أو الكفين حيث وجدت اللذة لا إن لم توجد ، ولو قصدت فلا تحرم ، كما لا يحرم الانتذاذ بالكلام ، ولعل وجه الفرق قوة الانتذاذ بالنظر دون الكلام ، ثم صرح بمفهوم دخلتم بقوله : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بَيْتَهُ ﴾ أي : بنسائكم بل طلقتموهن بعد العقد ولو كان صحيحًا ﴿ فَلَا جُنَاحَ ﴾ أي : لا حرج ﴿ عَلَيْكُمْ ﴾ في نكاح بناتهن لما عرفته من أن البنات إنما تحرم بالتلذذ بالأمهات .

(تبييه) علم مما قررنا أن المراد بالدخول في كلام الله تعالى : التلذذ ولو من غير اختلاء بالزوجة ؛ لأن المصنف أشار بهذا وما قبله إلى القاعدة المشهورة عند فقهائنا وهي أن العقد على البنات يحرم الأمهات ولو فاسدًا حيث اختلف فيه ، والتلذذ بالأمهات بعد العقد عليهم يحرم بناتهن ، ولعل الحكمة في ذلك قوة محبة الأم للبنت بخلاف العكس ، فالأم أشد برًا بالبنت دون العكس ، فلذلك لم يكن العقد عليها بمجردة مؤخرًا بنتها . (و) حرم عليكم ﴿ وَسَكَتَيْلٌ ﴾ جمع حليلة وهن زوجات ﴿ أَبْنَاءِكُمْ الَّذِينَ بَيْنَ أَسْنَانِكُمْ ﴾ والمراد =

= من عقد عليهن الأبناء ولو فاسداً حيث اختلف فيه ، ولو كان المعقود له صغيراً جداً والمراد الفرع وإن سفل ، واحترز بقوله : من أصلابكم من الابن بالتبني ، فلا تحرم عليك حليلته ولو كان قد دخل بها ، فقد تزوج عليه السلام زينب بنت جحش زوجة زيد بن حارثة ، وقد كان عليه السلام تبناه حتى كان يدعى زيد بن محمد ، حتى نزل قوله تعالى : ﴿ أَزْوَاجَهُمْ لِأَسْبَابِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ وذلك أن المنافقين واليهود لما تزوجها عليه السلام قالوا : تزوج محمد عليه السلام حليلة ابنه وكان ينهى الناس عن ذلك ، فأنزل الله تعالى قوله : ﴿ لَيْسَ لَكَ بِهَا مَا كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجًا فِي رَزَقِ أَدْعِيَابِهِمْ ﴾ الآية ، تكديتاً لهم وتصريحاً بالجواز .

(تسيهات) : الأول : جعلنا محترز ﴿ مِنْ أُمَّتَيْكُمْ ﴾ ابن التبني فقط ؛ لأن الابن من الرضاع حكم ابن الصلب في حرمة حليلته ، وإن كانت حرمة حليلة ابن الرضاع مستندة للإجماع لقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » لما تقرر من أن ابن الرضاع يقدر كأنه من ظهر الرجل صاحب اللبن ، ومن بطن المرأة التي أرضعته ، فلا يحل لأبيه فرعه وإن سفل ، ولا يحرم له هو أخذ أم أو جدة أبيه ، ولا أولاد أبيه ، ولا أولاد أمه وإن سفلن ؛ لأنهن أخوات وأولاد أخوات .

قال خليل : وقدر الطفل خاصة ولدا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه وإن بعد سنين . الثاني : مفهوم حلالات الأبناء أن جوارري الأبناء لا تحرم على الآباء بمجرد الملك وهو كذلك ، وإنما يحرم التلذذ ولو بغير الوطء حيث تلذذ بهن بعد بلوغه على المعتمد ؛ لأن الضابط أن ما يحصل فيه التحريم بالعقد وهو التحريم بالمصاهرة لا يشترط في المعقود له البلوغ ، بخلاف ما يتوقف فيه التحريم على التلذذ ، فيشترط فيه بلوغ المتلذذ من زوج أو مالك ، ومثل الوطء مقدماته ولا بد من تحقق التلذذ ، وأما لو حصل فيه الشك ؛ فأشار إليه خليل بقوله : وإن قال الأب نكحتها أو وطئت أمه عند قصد الابن ذلك وأنكر نذب التنزه ، وفي وجوبه إن فشا تأويلان ، وفي الأجهوري في شرح خليل : من ملك جارية ابنه أو أبيه بعد موته ولم يعلم هل وطئها أم لا ، فقال ابن حبيب : لا تحل ، واستحسنه اللخمي في العلي وقال : يندب في ما لو خشى أن لا يصيب ولا تحرم ، وكذا إن باعها الأب لابنه والابن لأبيه ثم غاب البائع قبل أن يسأل . الثالث : الوطء المستند للبيع الفاسد كالوطء المستند للنكاح الفاسد ، فيفرق بين ما اختلف فيه فيحرم وطؤه ، وما اتفق عليه لا يحرم وطؤه إلا إن درأ الحد ، قاله الأجهوري . الرابع : قد قدمنا غير مرة أن ما يحصل في التحريم بالعقد العقد الفاسد المختلف فيه كالصحيح إذا وقع العقد على غير وجه الإكراه ، وأما لو وقع بالإكراه فقال الأجهوري : الذي ينفي الجزم به أنه لا يحرم ، وأما لو وطئ مع الإكراه ؛ فعلى عدم الحد يحرم ، وعلى الحد يجزي فيه الخلاف في الزنا . قول الخاتبة : جاء في المختص (٨٥/٧) : « تحريم المصاهرة ، والمنصوص عليه أربع ، أمهات النساء ، فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها ، من نسب أو رضاع ، قرينة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وعمران بن حصين ، وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وحكي عن علي عليه السلام أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها ، كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول ولنا قول الله تعالى : ﴿ وَأَتْمَهَتْ يَتَابِعَتَكُمْ ﴾ والمعقود عليها من نسائه ، فتدخل أمها في عموم الآية . قال ابن عباس : « أتْمَهُوا ما أبهم القرآن » يعني عمموا حكمها في كل حال ، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها . وروى عمرو =

= ابن شعيب عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، فلا بأس أن يتزوج ربيته ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده ، وقال زيد : تحرم بالدخول أو بالموت ؛ لأنه يقوم مقام الدخول .

وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً ، سواء وجد الدخول أو الموت أو لا ؛ ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم ، فحرمت بنفس العقد ، كحليلة الابن والأب . الثانية : بنات النساء اللاتي دخل بهن ، وهن الرباب ، فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن ، وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة ، وارثة أو غير وارثة ، على حسب ما ذكرنا في البنات ، إذا دخل بالأُم حرمت عليه ، سواء كانت في حجره أو لم تكن ، في قول عامة الفقهاء ، إلا أنه روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى : ﴿ وَرَبِّبْتُمْ أَلْتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾ قال ابن المنذر : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول ، وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا : « وقال النبي ﷺ لأُم حبيبة : لا تعرضن علي بناتكن ، ولا أخواتكن » ولأن الترية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، وأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط ، وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها ، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها ، في قول عامة علماء الأمصار إذا بانث من نكاحه ، إلا أن يموت قبل الدخول ، ففيه روايتان :

إحدهما : تحرم ابنتها . وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ؛ لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق ، فيقوم مقامه في تحريم الربيبة .

والثانية : لا تحرم وهو قول علي ومذهب عامة العلماء . قال ابن المنذر : أجمع عوام علماء الأمصار على أن الرجل إذا تزوج المرأة ، ثم طلقها ، أو ماتت قبل الدخول بها ؛ جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ومن تبعهم ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ يَنْكِحُوا أَلْتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف ، وحديث عبد الله بن عمرو وقد ذكرناه ؛ ولأنها فرقة قبل الدخول ، فلم تحرم الربيبة . كفرقة الطلاق ، والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقراء ، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ، ولو قام مقامه من كل وجه ، فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره إذا ثبت هذا ، فإن الدخول بها هو وطؤها ، كني عنه بالدخول ، فإن خلا بها ولم يطأها ، لم تحرم ابنتها ؛ لأنها غير مدخول بها .

وظاهر قول الحارثي تحريمها ؛ لقوله : فإن خلا بها وقال لم أطأها وصدفته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمها حكم المدخول في جميع أمورها ، إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً ، وفي الزنا ، فإنهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله .

الثالثة : حلائل الأبناء ، يعني أزواجهم ، سميت امرأة الرجل حليلته ؛ لأنها محل إزار زوجها ، وهي محللة له ، فيحرم على الرجل أزواج أبناؤه ، وأبناء بناته ، من نسب أو رضاع ، قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَسَكَتَيْلُ أَبْنَائِكُمْ ﴾ ولا نعلم في هذا خلافاً .

١٨٧ - ويحرم بالمصاهرة أنواع أربعة أيضا :

الأول : فرع زوجته المدخول بها .

الثاني : أصول زوجته .

الثالث : زوجة فروعه وإن سفلوا .

الرابع : زوجة أصوله وإن علوا .

١٨٨ - فبالأول : يحرم على الرجل أن يتزوج : بنت زوجته التي دخل بها ، لقوله

تعالى في الآية السالفة : ﴿ وَرَبِّبْتِكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ (١) . لثبوت قيد الدخول

فيها ، سواء كانت في حجره أو في حجر غيره ؛ لأن ذكر الحجور في الآية خرج مخرج العادة لا الشرط ، إذ العادة أن المرأة إذا تزوجت وكان لها بنت تأخذها معها إلى منزل

زوجها ، وحيثئذ تكون في حجره . ويجوز أن يكون ذكر الحجر للتشنيع عليهم بذكر قبيح فعلهم ، لا لتعلق الحكم به ، كما في قوله تعالى : ﴿ يَتَأَيَّمُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا

الرِّبَا أَسْعَفًا مُضَعَّفَةً ﴾ (٢) ، وقوله : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ إِسْرَافًا وَبِدَارًا ﴾ (٣) .

١٨٩ - ويدل لك على هذا : أنه اكتفى في الإحلال بنفي الدخول في قوله تعالى :

﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٤) . ولو كان الحجر

شرطا ؛ لما اكتفى بنفي الدخول ، بل كان يقول : فإن لم تكونوا دخلتم بهن ، ولسن في

= الرابعة : زوجات الأب ، فتحرم على الرجل امرأة أبيه ، قرينا كان أو بعيدا ، وارثا كان أو غير وارث ، من

نسب أو رضاع لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ نَبَاتِ الْبَنَاتِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ وقال البراء بن عازب : لقيت خالي ، ومعه الرابة ، فقلت : أين تريد ، قال : أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه

من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله . رواه النسائي . وفي رواية قال : لقيت عمي الحارث بن عمرو ، ومعه الرابة فذكر الخبر كذلك . رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه ، أو امرأة جده لأبيه ، وجده لأمه ، قرب أم

بعد ، وليس في هذا بين أهل العلم خلاف علمناه والحمد لله . ويحرم عليه من وطئها أبوه ، أو ابنه ، بملك يمين أو شبهة ، كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح .

قال ابن المنذر : الملك في هذا الرضاع بمنزلة النسب ، ومن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ، ومكحول ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نحفظ عن أحد خلافهم .

(٢) آل عمران : ١٣٠ .

(١) النساء : ٢٣ .

(٤) النساء : ٢٣ .

(٣) النساء : ٦ .

حجوركم ، فلا جناح عليكم . وبعضهم يقول : لا تحرم بنت الزوجة ؛ إلا إذا دخل الزوج بأمرها ، وكانت في حجره . مستدلاً بظاهر هذه الآية ، وقد عرفت الجواب عنه .

١٩٠ - ويشترط في التحريم بالدخول : أن يكون هو مشتتهى وهي مشتتهاء أيضاً ؛ بأن كانا بالغين أو مراهقين . فإن كان كل منها غير مشتتهى وقته ، أو كان هو مشتتهى وهي غير مشتتهاء ، أو بالعكس ، وحصلت الفرقة بينهما ، فلا يثبت التحريم ، ولو بعد الدخول . فإذا تزوج صغيرة لا تشتهى ؛ فدخل بها ؛ وطلقها ؛ وانقضت عدتها ؛ فتزوجت بغيره ؛ وأنت منه بينت ، جاز للأول الزوج بينتها ؛ لعدم الاشتهاء . ومثله : ما إذا تزوج صغير امرأة مشتتهاء ، ودخل بها ، وافتراقاً قبل اشتهاه ، وكان لها بنت ، جاز له الزوج بها . وبنت خمس لا تكون مشتتهاء اتفاقاً ، وبنت تسع فصاعداً مشتتهاء اتفاقاً ، وفيها بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ ، والأصح : أنها لا تثبت الحرمة . والذي حققه ابن عابدين ^(١) في الغلام : أنه يكون مراهقاً إذا بلغ سنه اثنتي عشرة سنة . ومثل هذا : ما إذا وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول ، بأن ماتت المرأة ، أو طلقها قبله ، فلا تحرم عليه بنتها ؛ لاشتراط الدخول في الآية ، ولم يوجد .

وبالثاني يحرم على الرجل أن يتزوج : أم زوجته ، وجدتها من أي جهة كانت ، سواء دخل بزوجه أو لم يدخل ، لقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ بَنَائِكُمْ ﴾ ^(٢) . ولم يشترط الدخول كما اشترطه في البنت ، ولفظ الأمهات يشمل الجدات كما عرف ذلك مما تقدم .

١٩١ - وبالثالث وبالرابع تحرم : زوجة أبيه ، وزوجة ابنه وإن بعد الأب والابن ، بأن كان أبا الأب ، أو أبا الأم ، أو أبا أم الأب وإن علا ، أو كان ابن الابن وإن سفل .

١٩٢ - أما حرمة زوجة الأصل ، فلقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِمَّنْ بَيْنَ أَيْسَائِكُمُ ﴾ ^(٣) . ولفظ الآباء يتناول الآباء والأجداد .

١٩٣ - وأما حرمة زوجة الفرع ، فلقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْنَابِكُمْ ﴾ ^(٤) . وذكر الأصلاب ، لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع . ولفظ الأبناء يتناول أبناء الأولاد وإن سفلوا .

(١) هو : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الشافعي الحنفي علامة عصره اخذ عن الشيخ الأمير المصري ، وأجازه محدث الديار الشامية الشيخ محمد الكزبري ، وأخذ عنه كثير من العلماء ، له مصنفات كثيرة مطبوعة في الفقه وغيره ، توفي بدمشق سنة ١٢٥٣ هـ ودفن بمقبرة باب الصغير . انظر : الكنى والألقاب

للشيخ عباس القمي (١/٣٤٥) . (٢) النساء : ٢٣ .

(٣) النساء : ٢٢ . (٤) النساء : ٢٣ .

١٩٤ - ولا يشترط في التحريم دخول الفرع والأصل بالزوجة ؛ لإطلاق النص ، ولكن محل الإطلاق إذا كان العقد صحيحًا ؛ فلو فاسدًا لم يثبت التحريم إلا بالدخول أو ما يقوم مقامه .

١٩٥ - فالذي علم مما تقدم : أن الزوجة تحرم على أصول الزوج وعلى فروعه ، ويحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها فقط . وأما فروع الزوجة وأصولها ؛ فلا تحرم على أصول الزوج وفروعه ؛ فيجوز أن يتزوج رجل امرأة وابنه أو أبوه أمها أو بنتها من غيره ^(١) .

(مادة ٢٤)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَصْلَ مَرْئِيَّتِهِ وَفَرْعَهَا ، وَتَحْرُمُ الْمَرْئِيَّةُ بِهَا عَلَى أَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ ، وَلَا تَحْرُمُ عَلَيْهِمْ أَصُولُهَا وَفُرُوعُهَا ^(٢) .

١٩٦ - وأبو حنيفة ^(٣) يقول : من زنى بامرأة أو لمسها أو نظر إلى العضو المخصوص

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٤) : يحرم على الرجل :

١ - زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما .

٢ - أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٤) - يحرم على الشخص الزوج بفرعه من الزنا وإن نزل وكذا ابنته المنفية بلعان .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٤/١) : « من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وإن علت ، وابنتها وإن

سفلت ، وكذا تحرم المرنى بها على آباء الزاني وأجداده وإن علوا ، وأبائه وإن سفلوا ، كذا في فتح القدير .

(٣) هو : أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن كاوس بن هرمز ، الكوفي ، التميمي ، الإمام فقيه الملة ، عالم

العراق ، ولد لله سنة ثمانين في حياة صفار الصحابة ، روى عن : عطاء بن رباح ، وعن الشعبي ، وعن

طاووس ، ولم يصح ، وعن غيرهم ، وحدث عنه : خلق كثير منهم : إبراهيم بن طهمان ، وأسد بن عمرو

البيجلي ، وغيرهما ، قيل ليحيى بن معين : أبو حنيفة كان يصدق في الحديث فقال نعم صدوق .

وكان شعبة أو من تكلم في الرجال وكان حسن الرأي في أبي حنيفة ، وكان لله ورعًا تقيًا ، يروي عنه أنه

صلى العشاء والصبح بوضوء واحد أربعين سنة ، قرأ ذات ليلة القرآن كله في ركعة ، ويروي عنه : أنه ضرب

غير مرة على أن يلي القضاء فلم يجب ، قال الإمام الشافعي عنه : الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة ، ومن

آثاره : الفقه الأكبر في الكلام ، والمتعلم في العقائد ، والرد على القدرية ، وغيرهم ، توفي لله شهيدًا في سنة

خمس مائة وله سبعون سنة ، وعليه قبة عظيمة ومشهد فاخر ببغداد . انظر : الجواهر المضية في طبقات

الحنفية (٤٩/١) ، سير أعلام النبلاء (٥٢٩/٦) ، معجم المؤلفين (٣٢/٤) .

منها بشهوة ، ترتبت حرمت المصاهرة ، فيحرم على الزاني التزوج بفروع الزاني بها وأصولها ، وتحرم الزاني بها على أصول الزاني وفروعه ، ولا تحرم على أصول الزاني وفروعه أصول الزاني بها ولا فروعها ، فيجوز لابن الزاني أن يتزوج أم مزنية أبيه وبناتها ، ويجوز لأبي الزاني التزوج بأب الزاني بها وبناتها متبعاً في ذلك لسيدنا عمر وعمران بن الحصين^(١) وجابر بن عبد الله وأبي بن كعب^(٢) وعائشة^(٣) وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين . واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِمَّنْ بَيْنَ أَيْسَاءِكُمْ ﴾^(٤) . بناء على أن النكاح هو الوطء حقيقة ؛ ولهذا حرم على الابن ما وطئ أبوه بملك اليمين . وبقوله عليه الصلاة والسلام : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وبناتها »^(٥) . وبقوله ﷺ : « من نظر إلى فرج امرأة ، لم تحل له أمها ولا ابنتها »^(٦) .

١٩٧ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى : الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة . واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحرم الحرام الحلال »^(٧) ؛ ولأنها نعمة ، فلا يكون المحظور

(١) هو : عمران بن الحصين بن عبيد بن خلف بن عبد نهم بن خرية بن جهمة بن غاضرة بن حشبة ابن كعب بن عمرو ، ويكنى عمران أبا نجد أسلم قديماً هو وأبوه وأخته ، وغزا مع رسول الله ﷺ ، غزوات ولم يزل في بلاد قومه وينزل إلى المدينة كثيراً إلى أن قبض النبي ﷺ ومصرت البصرة فتحول إليها فنزلها إلى أن مات بها . انظر : الطبقات الكبرى - محمد بن سعد (ج ٧ ، ص ٩) .

(٢) هو : أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار واسمه تيم اللات ، وقيل : تيم الله بن ثعلبة بن عمرو بن الحزرج الأكبر الانصاري الحزرجي المعاوي وإنما سمي النجار ؛ لأنه اختن بقدم وقيل ضرب وجه رجل بقدم فنجره فقيل له النجار ، أول من كتب لرسول الله مقدمه المدينة أبي بن كعب ، وهو أول من كتب في آخر الكتاب وكتب فلان ابن فلان وكتب لأبي بكر الصديق ، وعمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، والزيبر بن العوام ، وخالد ، اختلف في وقت وفاة أبي فقيل : توفي سنة اثنتين وعشرين في خلافة عمر ، وقيل : سنة ثلاثين في خلافة عثمان ، وهو الصحيح ، وكان أبيض الرأس واللحية لا يغير شيبه . انظر : أسد الغابة (٤٩/١) .

(٣) هي : عائشة بنت أبي بكر الصديق ، الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين زوج النبي ﷺ وأشهر نسائه ، تزوجها النبي ﷺ قبل الهجرة بستين ، وبنى بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة ، روت عن النبي ﷺ أحاديث كثيرة ، وروى عنها : عمر بن الخطاب ، وكثير من الصحابة ومن التابعين ، وقال عنها رسول الله ﷺ : « فضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام » وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض وعن الأحكام ، توفيت سنة سبع وخمسين هجرئاً . انظر : أسد الغابة (١٩٢/٧) ، الإصابة (١٣٩/٨) .

(٤) النساء : ٢٢ . (٥) مصنف ابن أبي شيبة (١٦٢٣٤) .

(٦) مصنف ابن أبي شيبة (١٦٢٣٥) .

(٧) سنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا يحرم الحرام الحلال / ٢٠١٥) .

سبباً في زوالها ؛ ولأن الزنى لو كان مؤثراً لحلل المزني بها للمطلق ثلاثاً . ومذهب الإمام الشافعي هو الظاهر ^(١) .

المحرمات بسبب الرضاع

(مادة ٢٥)

كُلُّ مَنْ تَحَرَّمَ بِالْقَرَابَةِ وَالْمُصَاهَرَةِ تَحَرَّمَ بِالرِّضَاعِ ، إِلَّا مَا اسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ فِي بَابِ الرِّضَاعِ ^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٥) : ١ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه .

٢ - يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكتبني الرضيع في كل منها قل مقدارها أو كثر .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تأييد الحرمة بالرضاع : المادة (٢٦) : يحرم على التأييد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثنى مما هو مبين في مذهب الإمام أبي حنيفة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٥) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إذا وقع الرضاع في العامين الأولين وبلغ خمس رضعات مشيعات متيقنات .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٧/١) : « المحرمات بالرضاع » كل من تحرم بالقرابة والصهرية تحرم بالرضاع على ما عرف في كتاب الرضاع ، كذا في محيط السرخسي .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٨٩/٤ ، ٢٩٠) : « السبب الثاني ، وهو الرضاع ، فقال (ويحرم هؤلاء السبع بالرضاع أيضاً) للآية ، ولخبر الصحيحين : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » ، وفي رواية : « من النسب » ، وفي أخرى : « حرماً من الرضاعة ما يحرم من النسب » وضابط أمك من الرضاع : هو « كل من أرضعتك أو أرضعت من أرضعتك (أو صاحب اللبن (أو) أرضعت (من ولدك) بواسطة أو غيرها (أو ولدت مرضعتك) بواسطة أو غيرها (أو) ولدت (ذا) أي : صاحب (لبنها) وهو الفحل بواسطة أو غيرها (فأمر رضاع) في الصور المذكورة (وقس) على ذلك (الباقي) من السبع المحرمة بالرضاع مما ذكر ، فضايط بنت الرضاع : هو كل امرأة ارتضعت بلبنتك أو لبن من ولدته بواسطة أو غيرها أو أرضعتها امرأة ولدتها بواسطة أو غيرها ، وكذا بناتها من نسب أو رضاع وإن سفلن ، وضابط أخت الرضاع : هو كل من أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن أيبك أو ولدتها مرضعتك أو ولدك الفحل . وضابط عمه الرضاع : هو كل أخت للفحل ، أو أخت ذكر ولد الفحل بواسطة أو غيرها من نسب أو رضاع ، وضابط خالة الرضاع : هو كل أخت للرضعة أو أخت أنثى ولدت المرضعة بواسطة أو غيرها من نسب أو رضاع . وضابط بنات الإخوة وبنات الأخوات من الرضاع : هو كل أنثى من بنات أولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب ، وكذا كل أنثى أرضعتها أختك أو ارتضعت بلبن أخيك وبناتها وبنات أولادها من نسب أو رضاع (ولا يحرم عليك من أرضعت أحاك) أو أختك ، =

= ولو كانت من النسب حرمت ؛ لأنها إما أم أو موطوءة أب (و) لا من أرضعت (نافتلك) وهو ولد ولدك ، ولو كانت أم نسب حرمت عليك ؛ لأنها بنتك أو موطوءة ابنك (ولا أم مرضعة ولدك و) لا (بنتها) أي : بنت المرضعة ، ولو كانت المرضعة أم نسب كانت موطوءتك ، فحرم أمها عليك وبتنها ، فهذه الأربعة يحرم من النسب ولا يحرم من الرضاع ، فاستثنائنا بعضهم من قاعدة : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . قال في زيادة الروضة : قال المحققون : لا حاجة إلى استثنائها ؛ لأنها ليست داخلة في الضابط ، ولهذا لم يستثنها الشافعي والجمهور ولا استثنت في الحديث ؛ لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإنما حرمت لكونها أمًا أو حليلة أب ، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى ، وكذا القول في باقيهن . ١ هـ .

وذكر الراجعي نحوه في كتاب الرضاع . وقال الإمام : قوله ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » من جوامع الكلم ؛ فإنه شامل لقواعد حرمة الرضاع ، ولا يغادر منها شيئاً ، ولا يتطرق إليه تأويل ، ولا حاجة فيه إلى تمة بتصرف قائل . قال : وهذا مستمر لا قصور فيه ولا استثناء منه ، وقد نظم بعضهم هذه الصور التي ذكرها المصنف ، فقال : أربع هن في الرضاع حلال ؛ وإذا ما نسبتهن حرام : جدة ابن وأخته ، ثم أم لأخيه ، وحافد ، والسلام . وزاد الجرجاني على هذه الأربعة ثلاث صور : أم العم والعمة ، وأم الحلال والحالة ، وأخو الابن ، فإنهن يحرم من النسب لا في الرضاع ، وصورة الأخيرة في امرأة لها ابن ثم إن ابنها ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن ، فذلك الابن أخو ابن المرأة المذكورة ، ولا يحرم عليها أن تتزوج بهذا الذي هو أخ لابنها (ولا) يحرم عليك (أخت أخيك) وقوله : (من نسب ولا رضاع) متعلق بأخت لا بأخ (وهي) في النسب (أخت أخيك لأبيك لأمه) أي : الأخ ، وصورته أن يكون لك أخ لأب وأخت لأم ، فله أن يتنكح أختك من الأم ، وصورته في الرضاع أن ترضع امرأة وترضع صغيرة أجنبية منك ؛ فلا تخيك نكاحها (وعكسه) في النسب أنت أخت أخيك لأمك لأبيه ، بأن كان لأبي أخيك بنت من غير أمك فيجوز لك نكاحها ، وفي الرضاع أن ترضع امرأة أخاك وترضع معه صغيرة أجنبية منك فيجوز لك نكاحها .

تبيه : صورة العكس مزيدة على المحرم والروضة كأصلها . ثم شرع في السبب الثالث وهو المصاهرة ، فقال : (وتحرم) عليك (زوجة من ولدت) بواسطة أو غيرها وإن لم يدخل ولدك بها لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَابِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَُمَّتِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] (أو) زوجة من (ولدك) بواسطة أو غيرها أبًا أو جدًّا من قبل الأب أو الأم وإن لم يدخل ولدك بها لإطلاق قوله : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ بِاتِّسَاقٍ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [النساء : ٢٢] . قال في الأم : يعني في الجاهلية قبل علمكم بتحريمه (من نسب أو رضاع) هو راجع لهما معاً . أما النسب : فلآية . وأما الرضاع : فلحديث المتقدم ، فإن قيل : إنما قال الله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَابِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَُمَّتِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] فكيف حرمت حليلة الابن من الرضاة ؟ . أجيب : بأن المفهوم إنما يكون حجة إذا لم يعارضه منطوق ، وقد عارضه هنا منطوق قوله ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . فإن قيل : ما فائدة التقييد في الآية حينئذ ؟ . أجيب : بأن فائدة ذلك إخراج حليلة المتبني فلا يحرم على المرء زوجة من تنبأ ؛ لأنه ليس بابن له حقيقة (وأمها زوجتك) بواسطة أو غيرها (منها) أي : من نسب أو رضاع ؛ سواء أدخل بها أم لا لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] (وكذا بناتها) بواسطة أو غيرها (إن دخلت بها) في عقد صحيح أو فاسد لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وَرَبِّبْتِكُمْ أَلْتَبِي فِي حُبُورِكُمْ مِنْ كِسَابِكُمْ الَّذِي دَخَلْتُمْ بِهِمْ فَإِنْ كُنْتُمْ دَخَلْتُمْ بِهِمْ فَلَا مُحْتَسِبَ عَلَيْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] وذكر الحجور خرج مخرج =

الغالب فلا مفهوم له ، فإن قيل : لم أعيد الوصف إلى الجملة الثانية ولم يعد إلى الجملة الأولى وهي : ﴿ وَأَمْتَهُنَّ إِنْسَانِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] مع أن الصفات عقب الجمل تعود إلى الجميع ؟ . أجيب : بأن نسايتكم الثاني مجرور بحرف الجر ، ونسايتكم الأول مجرور بالمتضاف وإذا اختلف العامل لم يجز الإتيان وتعين القطع ، واعتراض بأن المعمول الجر وهو أحد .

نتية : قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره أنه يعتبر في الدخول أن يقع في حياة الأم ، فلو ماتت قبل الدخول ووطئها بعد موتها لم تحرم بنتها ؛ لأن ذلك لا يسمى دخولاً وإن تردد فيه الروياني ، فإن قيل : لِمَ لم يعتبروا الدخول في تحريم أصول البنت واعتبروا في تحريمها الدخول . أجيب : بأن الرجل ينشئ عادة بمكاملة أمها عقب العقد لترتيب أموره فحرمت بالعقد ليسهل ذلك بخلاف بنتها ، وتقيد التحريم بالدخول يفهم تحريم الثلاث الأول بمجرد العقد ، وهو كذلك كما مر بشرط صحة العقد فلا يتعلق بالعقد الفاسد حرمة المصاهرة كما لا يتعلق به حل المنكوحة .

والحاصل : أن من حرم بالوطء لا يعتبر فيه صحة العقد كالريبية ، ومن حرم بالعقد وهي الثلاث الأول فلا بد فيه من صحة العقد ، نعم لو وطئ في العقد الفاسد في الثلاث الأول حرم بالوطء فيه لا بالعقد ، وظاهر كلام المصنف : أن الربية لا تحرم باستدخال أمها ماء الزوج وليس مراداً ؛ إذ في الروضة وأصلها الحزم بأن استدخال الماء يثبت المصاهرة إذا كان محترماً بأن كان ماء زوجها ومقتضاه تحريم الربية ، وإن خالف في ذلك البلقيني ، وظاهر كلامه أيضاً حل البنت المنقبة بالعان إذا لم يدخل بالملاعبة ؛ لأنها بنت زوجة لم يدخل بها ولم يثبت كونها بنتاً له ، وليس مراداً بل الأصح تحريمها ؛ لأنها لا تنتفي عنه قطعاً كما مرت الإشارة إليه ، وعلم من كلامه عدم تحريم بنت زوج الأم أو البنت أو أمه ، وعدم تحريم أم زوجة الأب ، أو الابن أو بنتها ، أو زوجة الربيب ، أو الراب لخروجهن عن المذكورات (و) كل (من وطئ) في الحياة وهو واضح (امرأة بملك) سواء أكانت محرمة عليه على التأيد أم لا (حرم عليه أمهاتها وبناتها وحرمت) هي (على آبائه وأبنائه) تحريمًا مؤبداً بالإجماع ؛ ولأن الوطء بملك اليمين نازل منزلة عقد النكاح (وكذا الموطوءة) الحية (بشبهة في حقه) كأن ظننها زوجته أو أمته ، أو وطئ بفاسد شراء أو نكاح ؛ تحرم عليه أمهاتها وبناتها ، وتحرم على آبائه وأبنائه كما يثبت في هذا الوطء النسب ، ويوجب العدة ، وسواء كانت كما ظن أم لا (قبل أو حقها) بأن ظننه كما ظن مع علمه بالحال . وحاصل هذا الوجه : أنه يكفي بقيام الشبهة من أحد الجانبين ، أما الميتة : فلا تثبت حرمة المصاهرة بوطئها كما جزم به الرافعي في الرضاع ، وأما الحنثي : فلا تثبت حرمة المصاهرة بوطئه لاحتمال كون العضو زائداً . قاله أبو الفتوح .

نتية : قد يشعر تشبيه وطء الشبهة بملك اليمين أن وطء الشبهة يوجب التحريم والمحرمة ، وليس مراداً بل التحريم فقط فلا يحل للواطئ بشبهة النظر إلى أم الموطوءة وبناتها ، ولا الخلوة والمسافرة بهما ، ولا مسهما كالموطوءة بل أولى ، فلو تزوجها بعد ذلك ودخل بها ثبتت المحرمة أيضاً كما يقتضيه كلامهم وما صححه من عدم تأثيره في حقها هو بالنسبة للتحريم لا المهر وتحقيق أحكام هذه المسألة أن شبهة الواطئ فقط تثبت حرمة المصاهرة والنسب والعدة لا المهر ، وشبهة الموطوءة فقط توجب المهر فقط لا المصاهرة والعدة والنسب ، ودخل تحت قوله : « في حقه » صورتان : الشبهة في حق الزوجة والزوج معاً ، وفي حق الزوج فقط ، وخرج عنه صورتان : شبهتها فقط ، وعدم شبهته (لا المزني بها) فلا يثبت بزناها حرمة المصاهرة فللزاني نكاح أم من زني =

= بها وبنتها ولابنه وأبيه نكاحها هي ؛ لأن الله تعالى امتن على عباده بالنسب والصحف فلا يثبت بالزنا كالنسب .
 تنبيه : استثنى زنا المجنون فإنه يثبت به المصاهرة ولا حاجة إليه كما قال ابن شعبة فإن الصادر من المجنون صورة زنا لا زنا حقيقة ؛ لأنه ليس عليه إثم ولا حد ، ولو لاط شخص بغلام لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته (وليست مباشرة) كلمس وقبلة (بشهوة) في زوجة وأمة أو أجنبية ، لكن بشبهة كما لو مس امرأة على فراشه ظنها زوجته (كوطء في الأظهر) ؛ لأنها لا توجب العدة فكذا لا توجب الحرمة ، والثاني : أنها كالوطء بجامع التلذذ بالمرأة ؛ ولأنه استمتاع بوجوب الفدية على المحرم فكان كالوطء وبهذا قال جمهور العلماء .
 تنبيه : تقييد الشهوة من زيادته على المحرم . قال في الدقائق : ولا بد منه أما للمس غيرها : فلا أثر له في التحريم عند المعظم . قال الزركشي : ويرد على المصنف لمس الأب جارية ابنه فإنها تحرم لما له من الشبهة في ملكه أي : فيجري فيها الخلاف بخلاف لمس الزوجة ، ذكره الإمام وتثبت العدة والمصاهرة والنسب فقط باستدخال ماء زوج ، وكذا أجنبي أو سيد بشبهة دون الإحصان والتحليل وتقرير المهر ووجوبه للمفوضة والغسل والمهر في صورة الشبهة ، واختلف في ثبوت الرجعة بذلك ، والذي جزم به ابن المقرئ هنا تبعاً لأصله عدم ثبوتها وهو مخالف لجزئهما بثبوتها في الكلام على التحليل وعلى الفسخ بالعدة ، وعليه اقتصر في الشرح الصغير وهو الأصح كما في المهمات .

قال : ونقل الماوردي عن بعض الأصحاب أنه يشترط في التحريم باستدخال ماء الزوج وجود الزوجية حال الإنزال والاستدخال ، ومقتضاه : أنه يشترط في ماء الأجنبي قيام الشبهة في الحالين ، والمراد من ذلك : أن يكون الماء محرماً فيهما ، ولا يثبت ذلك ولا غيره باستدخال ماء زنا الزوج أو السيد ، وعند الغوري يثبت جميع ذلك كما لو وطئ زوجته يظن أنه يزني بها . وأوجب بأن الوطء في زوجته بظنه المذكور ليس زنا في نفس الأمر بخلافه في مسألتنا (ولو اختلطت) امرأة (محرم) لشخص من نسب أو رضاع أو مصاهرة أو محرمة عليه بلعان ، أو نفي ، أو توثن أو غيرها كما صرح به المرحاني (بنسوة قرية كبيرة) غير محصورات (نكح منهن) جوازا باجتهد وغيره ؛ لأننا لو منعناه لتضرر بالسفر ، وربما انحسم عليه باب النكاح فإنه وإن سافر إلى بلدة أخرى لم يؤمن مسافرتها إليها وهذا كما لو اختلط صيد مملوك بصيد مباحة غير محصورة لا يحرم الاصطياد .

تنبيه : قضية قوله : نكح منهن : أنه لا ينكح الجميع ، وبه جزم المرحاني ، وهل ينكح إلى أن تبقى واحدة أو إلى أن يبقى عدد محصور ؟ ، حكى الروياني عن والده فيه احتمالين . وقال : الأقيس عندي الثاني . اهـ .
 وهذا هو الأوجه ، وفرق بين هذا وبين ما صححه المصنف في نظيره من الأواني من ترجيح الأول بأن ذلك يكفي فيه الظن بدليل صحة الطهر والصلاة بمظنون الطهارة وحل تناوله مع القدرة على متيقنها أي : في محصور وغيره بخلاف النكاح ، وقوله : (محرم) الدائر على الألسنة أنه يفتح الميم ، وينبغي ضبطه بالضم مع تشديد الراء فإن الحكم لا يختص بالأول كما مرت الإشارة إليه ، فإن من حرمت بالجمع أو بالعدة كذلك (لا بمحصورات) فإنه لا ينكح منهن احتياطاً للأبضاع مع انتفاء المشقة باجتنابهن بخلاف الصورة الأولى ، فلو خالف وفعل ؛ لم يصح في الأصح لمنعنا له من ذلك ؛ إذ من الشروط كما سبق أن يعلم أنها حلال ويشكل عليه كما قال ابن شعبة أنه لو زوج أمة مورثه ظاناً حياته فإن ميتاً صح ، ولو تزوج امرأة المفقود بعد =

= التبرص فيان ميتًا صح على الجديد ، وقد يجاب عن الصورة الأولى : بأن الشك في الزوج هل هو مالك أو لا ؟ وهو لا يضر إذا تبين أنه مالك كما لو زوج أخ خنتى أخته وتبينت ذكوره فإنه لا يضر كما مر ، وعن الثانية : بأن بعض الأمة يرى ذلك فإذا تبين أنه كان في نفس الأمر كذلك صح ، وهذا التفصيل يأتي فيما لو أراد الوطاء بملك اليمين أيضًا ، قال الإمام : والمحصور ما سهل على الأحاد عده دون الولاة .

وقال الفزالي : غير المحصور كل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر عده بمجرد النظر كألف ، وما سهل كالعشرين فمحصور . قال : وما بينهما يلحق بأحدهما بالظن ، وما شك فيه استفتى فيه القلب . وقال الأذرمي وغيره : ينبغي التحريم عند الشك عملاً بالأصل ، وخرج محرّم ما لو اختلطت زوجته بأجنبيات . فلا يجوز له وطء واحدة منهن مطلقاً ولو باجتهاد ؛ إذ لا مدخل للاجتهاد في ذلك ؛ ولأن الوطاء إنما يباح بالمقد لا بالاجتهاد (ولو طراً مؤيد تحريم على نكاح قطعه) أي : منع دوامه (كوطء) الواضح (زوجة ابنه) بنون أو بمثناة تحته بخطه حيث كتب كلمة معاً على ابنه أو أم زوجة نفسه أو بنتها (بشبهة) فينفسخ به نكاحها ، كما يمنع انعقاده ابتداء سواء أكانت الموطوءة محرماً للواطئ قبل العقد عليها كينت أخيه أم لا ، قال شيخنا : ولا يعتبر بما نقل عن بعضهم من تقييد ذلك بالشك الثاني .

تبيه : احتز بطروته على النكاح عما إذا طراً على ملك اليمين كوطء الأب جارية ابنه فإنها تحرم على الابن أبداً ، ولا ينقطع على الابن ملكه إذا لم يوجد من الأب إقبال ولا شيء عليه بمجرد تحريمها ؛ لأن مجرد الحل في ملك اليمين ليس بمنقوم ، وإنما القصد الأعظم منه المالية وهي باقية ، أما الخنتى فلا يفسخ بوطئه النكاح قول المالكية : جاء في الفواكه الدراني (١٥/٢) : « قال شيخنا : حرمت عليكم معاشر الرجال (أمهاتكم)

وهي من لها عليك يا مريد النكاح ولادة ولو بوسائط لتشمل الجدات ولو من جهة الأب فيحرم عليك نكاح الجميع (و) حرمت عليكم أيضاً (بناتكم) جمع بنت وهي كل أنثى لك عليها ولادة ولو بوساطة ، ولو كانت البنت تخلقت من مائك الفاسد . قال خليل : وحرّم أصوله وفصوله ولو خلقت من مائه ، والحاصل : أنه يحرم على الشخص أصله وإن علا ، وفرعه وإن سفل ، ويلزم من حرمة أصلك عليك حرمتك عليه ؛ لأن الحرمة من الأمور النسبية ، فتحرم على أمك كما تحرم هي عليك وهكذا (و) حرمت عليكم (أخواتكم) جمع أخت وهي كل من لأبيك أو أمك عليها ولادة ولو بوساطة وهو معنى قول بعضهم : الأخوات من اجتمعت معهن في صلب ورحم أو في أحدهما . (و) حرمت عليكم (عماتكم) جمع عمة وهي كل من اجتمع مع أباك في صلب ورحم أو في أحدهما (و) حرمت عليكم (خالاتكم) جمع خالة وهي كل من اجتمعت مع أمك في صلب أو رحم . قال الفاكهاني : وكذلك عمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها ، وكذلك عمة العمة ، وأما خالة العمة ؛ فإن كانت العمة أخت أب لأم أو لأب وأم فلا تخل خالة العمة ؛ لأنها أخت الجدة ، وإن كانت العمة إنما هي أخت أب فقط فخالتها أجنبية من بني أخيها فتحل له ، وكذلك عمة الخالة فإن كانت الخالة أخت أم لأب فعمتها حرام ؛ لأنها أخت جد ، وإن كانت الخالة أخت الأم لأم فقط فعمتها أجنبية من بني أخيها ، وضابط العمات والحالات أن كل ذكر يرجع نسبه إليه بالولادة فأخته عمته ، وكل أنثى يرجع نسبه إليها بالولادة فأختها خالتها ، ذكره في التحقيق (و) حرم عليكم (بنات الأخ) وبنت الأخ كل أنثى لأخيك عليها ولادة وإن سفلت ، كان الأخ شقيقاً أو لأب أو لأم (و) حرم =

١٩٨ - يحرم بالرضاع كل من حرم بالنسب والمصاهرة ، وهن : أمه ، بنته ، وأخته ، وبنات إخوته وأخواته ، وعمته ، وخالته ، وأم امرأته ، وبناتها ، وامرأة أبيه ، وامرأة ابنه . كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب والمصاهرة ؛ لقوله تعالى ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِمَّنْ أَرْضَعْتُمْ ﴾ ^(١) . وهذه الآية وإن لم ينص فيها إلا على الأم والأخوات من الرضاعة ، ولكن ثبتت حرمة الباقي بقوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ^(٢) . فلو أرضعت امرأة صبيًا ، حرم عليه زوجة زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه ؛ لأنها امرأة أبيه من الرضاعة ، ويحرم على زوج المرضعة امرأة هذا الصبي ؛ لأنها امرأة ابنه من الرضاعة ، وحرم على هذا الصبي أيضًا بنات المرضعة وبناتهن ؛ لأنهن أخواته وبنات أخواته ، وهكذا الباقي .

١٩٩ - وهناك مسائل مستثناة من عموم هذا الحديث ، ووجه الاستثناء : أن المعنى

= عليكم أيضًا (بنات الأخت) وهي كل أنثى لأختك عليها ولادة وإن سفلت ، كانت الأخت شقيقة أو لأب أو أم (فهؤلاء) السبع اللواتي يحرمن (من القرابة) وأشار إليهن خليل بقوله : وحرم أصوله وفصوله ولو خلقت من مائه ، وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل غير الأصل الأول ، فالأصول الأمهات والمجدات فيحرمن وإن علون ، والفصول الأولاد فيحرمن وإن سفلن ، وفصول الأصول الأخوات وأولادهن فيحرمن وإن سفلن ، والأصل غير الأول الجد ، وفروعه عمات وخالات وبناتهن غير محرمات ، والحرام فصل الأول فقط ، وتجاوز بنت العمه وبنات الحالة .

قول الخاتبة : جاء في الفروع (١٩٤/٥) : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ونقل حنبل : نكاح ابن الرجل من لبنه بمنزله نكاح ابنه من صلبه ، تأولت فيه : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وحديث أبي القيس . وقال شيخنا : ولم يقل الشارع : ما يحرم بالمصاهرة ، فأم امرأته برضاع أو امرأة أبيه أو ابنه من الرضاعة التي لم ترضعه وبنات امرأته بلبن غيره حرمن بالمصاهرة لا بالنسب ، ولا نسب ولا مصاهرة بينه وبينهن فلا تحريم . ويحرم بالصهر من ملك أو شبيهة ولو بوطاء دبر ، ذكره في المستوعب والمنفي والترغيب ، وقيل : لا ، ونقل بشر بن موسى : لا يجزئي . ونقل الميموني : إنما حرم الله الحلال على ظاهر الآية ، والحرام مابين للحلال ، بلغني أن أبا يوسف سئل عن فجر بامرأة : هل لأبيه نظر شعرها ، قال : نعم . قال : ما أعجب هذا بشبهه الحلال ، وقاسوه عليه ، ونقل المروذي في بنته من الزنا : عمر رضي الله عنه ألحق أولاد الزنا في الجاهلية بأبائهم ، يروى ذلك من وجهين ، وقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالولد للفراش وقال « احتجبي منه يا سودة » ، واحتج جماعة بأنه فعل يوجب تحريمًا ، كالرضاع إذا غصب لبنها وأرضع طفلًا نشر الحرمة ، وكالوطء في دبر وحيض ، وكالمتغذية بلبن ثار بوطئه ، وهو لبن الفحل ، فالمتخلوقة من مائه أولى .

(١) النساء : ٢٣ .

(٢) سنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : ما يحرم من الرضاع / ٣٣٠١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب / ١٩٣٧) .

الذي لأجله حرم في النسب ليس موجودًا فيها .

فمن هذه المسائل : أم أخيه رضاعًا ، فإذا أرضعت امرأة صبيًا ، وكان لها ابن من النسب ، يجوز لابنها أن يتزوج بأم الصبي الذي رضع من أمه ، مع أنها أم أخيه رضاعًا ؛ لأن أم الأخ من النسب إنما حرمت ؛ لكونها أمه إن كانا شقيقين أو زوجة أبيه إن كانا لأب . وهذا المعنى منتفٍ في الرضاع .

٢٠٠ - ومنها : أخت ابنه رضاعًا ، فإذا أرضعت امرأة ولدًا ، ولهذا الولد أخت لم ترضع من تلك المرأة ، يجوز لزواج المرأة أن يتزوج أخت ذلك الولد الذي هو ابنه من الرضاع ؛ لأن أخت الابن من النسب إنما حرمت ؛ لأنها إما بنته أو بنت زوجته المدخول بها ، وهذا المعنى منتفٍ في الرضاع . وأما أخت الأخ فإنها تحل نسبتًا فرضاعًا من باب أولى ، فإذا كانت لامرأة بنت ، وتزوجت هذه المرأة بغير أبي البنت ، ورزقت منه باين ، وكان لهذا الرجل ابن من غير تلك المرأة ، جاز لهذا الابن أن يتزوج تلك البنت ، مع أنها أخت أخيه من النسب ، وسيأتي لك زيادة إيضاح في باب الرضاع .

٢٠١ - وإنما كانت حرمة من ذكر مؤبدة - أي : لا تحل أصلًا ؛ لأن سبب الحرمة موجود على الدوام ، فمتى ثبتت الأمومة أو زوجية الأصل أو الفرع ، فلا تنفك ما دام موجودين بخلاف ما يأتي ؛ لأن سبب الحرمة قد يزول ؛ فالحرمة ثابتة ما دام السبب موجودًا ، فإن زال ، زالت الحرمة وثبت الحل ، كزوجة الغير مثلا ، فإنها تحرم ما دامت هذه الزوجية قائمة ، فإن زالت الزوجية ، زالت الحرمة وثبت الحل ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٩) : لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكرا حرمت عليه الأخرى فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : حرمة الجمع بين امرأتين بينهما حرمة نسب أو رضاع : المادة (٣١) : يحرم الجمع بين امرأتين بينهما حرمة النسب أو الرضاع بحيث لو فرضت واحدة منهما ذكرا لم يجز نكاحها من الأخرى .

الجمع بين محرمين

(مادة ٢٦)

لَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ : أُخْتِ امْرَأَتِهِ الَّتِي فِي عِصْمَتِهِ ، وَلَا أُخْتِ مُعْتَدَتِهِ ، وَلَا عَمَّةَ أَحَدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا خَالَتَهَا ، وَلَا بِنْتَ أُخِيهَا ، وَلَا بِنْتَ أُخِيهَا .

فَإِذَا مَاتَتِ الْمَرْأَةُ لِلْمَانِعَةِ ، أَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا بِطَّلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ فَنَسَخٍ ، زَالَ الْمَانِعُ ، وَجَازَ لَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ غَيْرَهَا مِنْ مَحَارِمِهَا الْمُتَقَدِّمِ ذِكْرَهُنَّ ^(١) .

٢٠٢ - يحرم على الرجل أن يجمع بين الأختين ، فإذا كانت امرأة في عصمته ، فلا يجوز له أن يتزوج أختها ، وكذلك إذا طلقها ولم تنقض عدها ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ، لأن آثار الزواج باقية ما دامت العدة . فإذا انقضت العدة ، جاز له التزوج بأختها .

٢٠٣ - ومثل أخت الزوجة : عمتها ، وخالتها ، وبنات أخوها ، وبنات أختها . فلا يجوز له أن يتزوج على من في عصمته أو في عده عمتها ولا خالتها ولا بنات أخوها ولا بنات أختها ؛ لقوله تعالى في الآية السالفة : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٤/١) : « (المحرمات بالصهرية) . وهي أربع فرق : (الأولى) أمهات الزوجات وجداتهن من قبل الأب والأم وإن علون (والثانية) بنات الزوجة وبنات أولادها وإن سفلن بشرط الدخول بالأم ، كذا في الحاوي القدسي سواء كانت الابنة في حجره أو لم تكن ، كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان . وأصحابنا ما أقاموا الخلوة مقام الوطء في حرمة البنات ، هكذا في الذخيرة في نوع ما يستحق به جميع المهر . (والثالثة) حليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفلوا دخل بها الابن أم لا . ولا تحرم حليلة الابن المثبني على الأب المثبني ، هكذا في محيط السرخسي . (والرابعة) نساء الآباء والأجداد من جهة الأب أو الأم وإن علوا ، فهؤلاء محرمات على التأييد نكاحًا ووطئًا ، كذا في الحاوي القدسي . وثبتت حرمة المصاهرة بالنكاح الصحيح دون الفاسد ، كذا في محيط السرخسي . فلو تزوجها نكاحًا فاسدًا لا تحرم عليه أمها بمجرد العقد ؛ بل بالوطء هكذا في البحر الرائق . وثبتت بالوطء حلالًا كان أو عن شبهة أو زنا ، كذا في فتاوى قاضي خان . فمن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وإن علت وابنتها وإن سفلت ، وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وإن علوا ، وأبنائه وإن سفلوا ، كذا في فتح القدير . ولو وطئها فأفضاها لا تحرم عليه أمها ؛ لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه ، كذا في البحر الرائق وكما ثبتت هذه الحرمة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل والنظر إلى الفرج بشهوة ، كذا في الذخيرة سواء كان بنكاح أو ملك أو فجور عندنا ، كذا في المنتقط . قال أصحابنا : الريبة وغيرها في ذلك سواء هكذا في الذخيرة . والمباشرة عن شهوة بمنزلة القبلية وكذا المعانقة ، وهكذا في فتاوى قاضي خان ، وكذا لو عضها بشهوة ، هكذا في الخلاصة .

وسرى حكمهما إلى كل امرأتين أيتهما فُرِضت مُذَكَّرًا حرمت الأخرى عليه بعلة قطعية الرحم ، سواء كان في النسب أو الرضاع ، كالجمع بين المرأة وعمتها ، أو المرأة وخالتها أو بنت أخيها أو بنت أختها ؛ لأننا إذا قدرنا المرأة مُذَكَّرًا ، حرمت عليه عمته . ولو قدرنا العمة مُذَكَّرًا ، حرم عليه تزوج بنت أخيه . ولو قدرنا المرأة في الثاني مُذَكَّرًا ، حرم عليه تزوج خالته . ولو قدرنا الخالة مُذَكَّرًا ، حرم عليه التزوج ببنت أخته . ولو قدرنا المرأة مُذَكَّرًا في الثالث ، حرم عليه التزوج ببنت أخيه . ولو قدرنا بنت الأخ مُذَكَّرًا ، حرم عليه تزوج عمته ، وهكذا .

٢٠٤ - وقد ثبت هذا أيضًا بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها ، فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ^(١) . وهذا الحديث فيه تكرار الحكم الواحد بصفتين مختلفتين في موضعين ؛ لأن المراد من قوله : « لا تنكح المرأة على عمتها » . هو ألا يجمع بينهما في النكاح . ثم الجمع بين المرأة وعمتها هو عين الجمع بينها وبين بنت أخيها ، وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنه أختها .

وفائدته : لإزالة الإشكال ؛ لأنه ربما يظن ظانًّا أن نكاح ابنة الأخ على العمة لا يجوز ، ونكاح العمة على ابنه الأخ يجوز ؛ لتفضيل العمة ، كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ، ويجوز نكاح الحرة على الأمة ، فبين النبي عليه الصلاة والسلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين ؛ لإزالة الإشكال .

٢٠٥ - وينشأ عن الأصل الذي عرفته حرمة الجمع بين العمتين أو الخالتين ؛ لأنه إذا فرضت واحدة منهما مُذَكَّرًا ، حرمت الأخرى عليه ، وذلك أن يتزوج كل من الرجلين أم الآخر ، فيولد لكل منهما بنت ، فتكون كل من البنتين عمة للأخرى ، أو يتزوج كل من الرجلين بنت الآخر ، فيولد لكل منهما بنت ، فتكون كل من البنتين خالة للأخرى . وإنما قالوا في القاعدة المتقدمة : أيتهما فرضت مُذَكَّرًا ، حرمت عليه الأخرى ؛ لأنه لو جاز تزوج إحداهما على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها ؛ فإنه يجوز الجمع بينهما عند الأئمة الأربعة . وقد جمع عبد الله بن جعفر زوجة علي وبنته ، ولم ينكر عليه أحد .

(١) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها / ١٤٠٨) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : الجمع بين المرأة وعمتها / ٣٢٩٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : ما يكره أن يجمع بينهما من النساء / ٢٠٦٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها / ١٩٢٩) ، والمعجم الكبير للطبراني (١١٩٣١) .

وبيان ذلك : أنه لو فرضت بنت الزوج مذكراً ، بأن كان ابن الزوج لم يجز له أن يتزوج بها ؛ لأنها زوجة أبيه ، ولو فرضت المرأة مذكراً ؛ لجاز له أن يتزوج ببنت الزوج ؛ لأنها بنت رجل أجنبي . وكذلك بين المرأة وامرأة ابنتها ، فإن المرأة لو فرضت مذكراً ؛ لحرم عليه التزوج بامرأة ابنه ، ولو فرضت امرأة الابن مذكراً ، لجاز له التزوج بالمرأة ؛ لأنه أجنبي عنها . ومن باب أولى ما إذا انتفت الحرمة من الجانبين كالجمع بين بنتي العم أو امرأتين لا علاقة بينهما أصلاً ، فإنك لو قدرت أيتهما مذكراً لم يحرم عليه التزوج بالأخرى ، فيجوز الجمع بينهما .

٢٠٦ - وبما أن المحرم إنما هو الجمع بينهما ، فإذا وقعت الفرقة بين الرجل والمرأة المانعة بأي سبب كان ؛ جاز له أن يتزوج بأختها أو غيرها من المحارم اللاتي لا يجوز له الجمع بينهما ؛ لأنه - والحالة هذه - لا يصدق عليه أنه جمع بين محرمين ؛ لأنه ليس في عصمته إلا واحدة .

فلو كانت الفرقة بموتها ، جاز له في الحال التزوج بالأخرى ؛ لعدم العدة . وإن كانت بطلاق ؛ فإن كان رجعيًا ، فلا يجوز له التزوج بالثانية إلا بعد انقضاء العدة بالاتفاق ، وإن كان بائنًا ، فعند أبي حنيفة هو كالرجعي . وقال الشافعي : له التزوج بالثانية ، ولو في العدة .

٢٠٧ - واستدل الشافعي : بأن القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال ؛ إذ ليس فيه شائبة الرجوع كما في الرجعي ، فلا بد من إعماله ، وإعمال القاطع وهو الطلاق الكامل يقتضي القطع بالكلية ، فيثبت الحكم بقدر دليله .

٢٠٨ - وقال أبو حنيفة : لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية ؛ لأن النكاح الأول قائم لبقاء بعض أحكامه ، كالنفقة والمنع عن الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه ، وهذه كذلك ما دامت في العدة ، ولا خلاف في أن هذه الأشياء مترتبة على النكاح ، فلو لم يكن النكاح قائمًا حال العدة ، تخلف الحكم عن علته ، وهو باطل ، وإذا كان النكاح قائمًا كان عمل القاطع متأخرًا كما في الطلاق الرجعي ، ولهذا بقي القيد . فلو جاز نكاح الأخت في العدة ، لزم الجمع بين الأختين ، وهو حرام .

٢٠٩ - ومثل البائن الخلع ؛ فإنه طلاق بائن ، وإن كان مختصًا ببعض أحكام ستأتي في كتابه . فإذا قال رجل لامرأته : خالعتك في نظير عشرين جنيهاً (مثلاً) . وقبلت ؛ وقع الطلاق البائن ، ولزمها المال المسمى ، وحصلت الفرقة بينهما بالخلع . فإذا أراد أن يتزوج بأختها مثلاً في العدة ؛ فهو على الخلاف المتقدم بين أبي حنيفة والشافعي .

٢١٠ - ومثله : ما إذا وقعت الفرقة بينهما بالفسخ لا بالطلاق ، كأن زوج رجل أخته لآخر وهي صغيرة ، وكان الزوج كفاً ، ودفع لها مهر المثل . فإن هذا التزوج صحيح نافذ غير لازم ، فلها أن تفسخ هذا العقد عند بلوغها . فإذا حصل هذا بعد الدخول ، فقد وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب الفسخ ، وعليها العدة . فإذا أراد زوجها العقد على عمته مثلاً ، فلا يجوز له ذلك ما دامت امرأته في العدة .

٢١١ - ويشترك الطلاق والفسخ في حصول الفرقة بين الزوجين ، ولكن الطلاق ينقص العدد بخلاف الفسخ . فإذا فرض في المثال المذكور أنها تزوجته ثانياً ، ولم يكن طلقها أصلاً ؛ ملك عليها ثلاث طلاقات ، بخلاف ما إذا أوقع على زوجته طلاقاً وردّها إلى عصمته بعده ولم يكن دفع عليها إلا هذا الطلاق ، فلا يملك عليها إلا طلقتين ^(١) .

تعلق حق الغير بزواج أو عدة

(مادة ٢٧)

يَحْرُمُ نِكَاحُ زَوْجَةِ الْغَيْرِ وَمُعْتَدَّتِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، سَوَاءَ كَانَتْ مُعْتَدَّةً لِطَلَاقٍ ، أَوْ وِفَاةٍ ، أَوْ فُرْقَةٍ مِنْ نِكَاحٍ فَاسِيدٍ ، أَوْ وَطْءٍ بِشُبْهَةٍ ^(٢) .

• • •

٢١٢ - يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة غيره ، جفطاً للأنساب ، ولعدم الفائدة لسبق حقوق الزوج . لأننا لو جوزناه ، فإما أن نقول : يختص بها الأول ، أو الثاني ، أو تكون مشتركة . فإن كان الأول ، فلا فائدة في الزواج . وإن كان الثاني ، يكون تعدياً

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٨) : لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعنته . جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المحرمات مؤقتاً : المادة (٢٧) : يحرم العقد على زوجة آخر أو معنته . (٢) قول الحنابلة : جاء في المغني (١٠٧ / ١) : « فأما الأنكحة الباطلة ، كنكاح المرأة المروجة أو المعتدة أو شبيهه ، فإذا علما الحل والتحريم ، فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه » . وجاء فيه أيضاً (١٠٣ / ٨) : « وإذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ، ووطنها ، فهما زانيان عليهما حد الزنى ، ولا مهر لها ، ولا يلحقه النسب . وإن كانا جاهليين بالعدة أو بالتحريم ، ثبت النسب ، وانتهى الحد ، ووجب المهر . وإن علم هو دونها ، فعليه الحد والمهر ، ولا نسب له . وإن علمت هي دونه ، فعليها الحد ، ولا مهر لها ، والنسب لاحق به . وإنما كان كذلك ؛ لأن هذا نكاح متفق على بطلانه ، فأشبهه نكاح ذوات محارمه » .

على حقوق الزوج الأول ، فلا تُهَضَم. وإن كان الثالث ، اختلطت الأنساب ، وهو لا يجوز . وهذا هو السر في أن الرجل يتزوج أكثر من واحدة بخلاف المرأة .

٢١٣ - وكما لا يجوز للرجل أن يتزوج امرأة غيره ، كذلك لا يجوز له أن يتزوج معتدته ، سواء كانت معتدة لطلاق أو وفاة ، لأن من فوائد العدة تَعَرُفُ براءة الرحم ، فمن الجائز أن تكون المعتدة حاملاً ، والحمل غير معروف . فلو جاز تزويجها ، وأنت بوليد ، فلا يُدْرَى أهو من الأول أو الثاني ، فتختلط الأنساب ، وهو غير جائز لما يترتب عليه من الخلل في النظام . ولذا لو انقضت العدة ؛ جاز لغيره التزويج بها لانتفاء ما دُكِر .

٢١٤ - ولما كانت الحكمة ما دُكِر ، عَمَّمُوا عدم تزويج المعتدة ، ولو كانت العدة بعد فُرْقَةٍ من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ، كما إذا تزوجها بعقد لم يستوفِ جميع شروطه ، أو زُفَّت إليه امرأة وقيل له : هي زوجتك . فدخل بها وتبينت الحقيقة بعد ذلك ، ففُرِّقَ بينهما ، لأن كلاً من هاتين لو أتت بولد وادعاه الرجل ، يثبت نسبه منه . فمُنِعَ التزويج لحقه ، وعدم اختلاط الأنساب ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧) المحرمات بصفة مؤقتة هي :

أ - الجمع ولو في العدة بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكراً لحرم عليه التزويج بالأخرى .

ب - الجمع بين أكثر من أربع نسوة ولو كانت إحداهن في عدة .

ج - زوجة الغير أو معتدته .

د - المطلقة ثلاث مرات حتى تنقضي عدتها من زوج آخر دخل بها دخولاً يعتد به شرعاً في زواج صحيح .

هـ - المحرمة بحج أو عمرة .

و - المرأة غير المسلمة ما لم تكن كتائية .

ز - زواج المسلمة بغير المسلم .

التطليق ثلاثاً

(مادة ٢٨)

يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ حُرَّةً طَلَّقَهَا ثَلَاثًا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَاحِبًا ، وَيَدْخُلُ بِهَا حَقِيقَةً ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا ، أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا ، وَتَقْضِي عِدَّتَهَا (١) .

٢١٥ - إذا طلق رجل زوجته طلاقاً رجعيًا أو بائنًا ، سواء كان واحدةً أو اثنتين ؛ جاز له مراجعتها في الطلاق الرجعي بدون عقد ومهر جديدَيْن ما دامت في العدة .

٢١٦ - فإن خرجت من العدة ؛ فلا بد من العقد والمهر . وجاز له ردها في البائن بعقد ومهر جديدين ، سواء كان في العدة أو بعدها ؛ لقوله تعالى : ﴿ اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ ﴾ (٢) .

٢١٧ - فإن طلقها ثلاثاً ، سواء كان وقوع الثلاث مرة واحدة أو متفرقاً ، فلا يحل له التزوج بها إلا إذا انقضت عدتها منه ، وتزوجت بغيره ، ودخل بها هذا الغير دخولاً حقيقياً ، وحصلت الفرقة بينهما بأي سبب كان ، سواء كان بالطلاق أو بالموت ، وانقضت عدتها من هذه الفرقة ؛ لقوله تعالى بعد الآية السابقة وهي الطلاق مرتان : ﴿ اِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهٗ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرًا ﴾ (٣) . ومعلوم أن غيره لا يتزوجها ما دامت في عدته ، والزواج الأول لا يتزوجها ما دامت متزوجة بالثاني ولا في عدته .

٢١٨ - وإنما اشترط دخول الثاني دخولاً حقيقياً ؛ لأنه ورد عن ابن عمر أنه قال : سئل نبي الله ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً ، فيتزوجها آخر ، فيغلق الباب ويرخي الستر ، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ، هل تحلُّ للأول ، قال : « لا تحلُّ للأول ، حتى يجامعها » . وسيأتي لك في شرح مادة (٢٤٨) زيادة الاستدلال على هذا (٤) .

(١) هذه المسألة متفق عليها :

قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٧٢/١ ، ٤٧٣) : « وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة واثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها » .

(٢) البقرة / ٢٢٩ . (٣) البقرة / ٢٣٠ .

(٤) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٦) : ١ - لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً .

(مادة ٢٩)

يَخْرُومُ نِكَاحَ الْحَامِلِ الثَّابِتِ نَسَبَ حَمْلِهَا ^(١) . وَيَصِحُّ نِكَاحُ الْحَامِلِ مِنَ الزَّوْنِيِّ ، وَلَا يُوَاقِعُهَا الزَّوْجُ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا ، مَا لَمْ يَكُنِ الْحَمْلُ مِنْهُ ^(٢) .

•••

٢١٩ - ومن تعلّق حقّ الغير ما إذا كانت المرأة حاملاً ، وكان الحمل ثابت النسب ، بأن كان أبوه معروفاً ؛ فإنه لا يجوز تزوجها ؛ لأنها - والحالة هذه - تكون في العدة . وقد عرّفت أنه لا يجوز تزوج المعتدة .

٢٢٠ - فإن كان الحمل غير ثابت النسب ، بأن كان من الزنى ، يجوز تزوجها ، ولا يواقعها الزوج حتى تلد ، إلا إذا كان الذي تزوجها هو الذي زنى بها ، ففي هذه الحالة يجوز له وقائعها .

٢٢١ - وقال أبو يوسف ^(٣) ومالك وأحمد بن حنبل وزفر : لا يجوز تزوج الحبلية من

٢ - زواج المطلقة من آخر يهدم طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المحرمة بسبب الطلاق البائن بينونة كبرى : المادة (٣٠) : حرم على من طلق زوجته ثلاث مرات متفرقات في ثلاث مجالس أن يتزوج بها إلا إذا انقضت عدتها من زوج آخر دخل بها . (١) هذه المسألة مطبق عليها :

قول الحنفية : جاء في درر الحكام (١/٣٣٣) : « (و) لا ، يجوز - نكاح (حبلية ثبت نسب حملها) » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٨٣) : « (وإذا تزوجت الحامل من الزنى ، جاز النكاح) ، ولا نفقة لها حتى تضع . وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن ماء الزاني لا حرمة له ، والمنع من تزوج الحامل لحرمة ماء الواطئ . (قوله ولا يطلّوها حتى تضع حملها) ؛ لقوله ﷺ : « لا تُوطأ حاملٌ حتى تضع » . إلا أن يكون هو الزاني فيجوز له أن يطأها . وقال أبو يوسف وزفر : « نكاح الحبلية من الزنى فاسد » . انظر : فتح القدير (٣/٢٤٢) .

قول الشافعية : جاء في مفتي المحتاج (٤/٨٤) : « يجوز نكاح ووطء الحامل من زنى ؛ إذ لا حرمة له » . قول الحنابلة : جاء في المغني : « وإذا زنت المرأة ، لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين ، أحدهما : انقضاء عدتها ، فإن حملت من الزنى فبعضها بوضعه ، ولا يحل نكاحها قبل وضعه » .

(٣) هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي ، أبو يوسف ، فقيه ، أصولي ، مجتهد ، محدث ، حافظ ، عالم بالتفسير والمغازي ، وأيام العرب ، ولد سنة (١١٣هـ) بالكوفة ، وتفقه على أبي حنيفة ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته ، وروى عنه : محمد بن الحسن الشيباني ، وأحمد بن حنبل ، وبهجت بن معين ، وولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين ، ودعي بقاضي القضاة ، من آثاره : كتاب الخراج ، المبسوط في فروع الفقه الحنفي ، كتاب أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة وغيره ، توفي سنة (١٨٢هـ) ، =

الزنى بغير الزاني أيضًا ؛ لأن هذا الحفل محترم لذاته لا لصاحب الماء ، ولذا لا يجوز إسقاطه . ولو أذن الزاني للزوج في وقاعها ؛ فلا يجوز ؛ ولأن الزواج شرع لحكمة ، فإذا لم تترتب عليه حكمته ، لم يُشرع أصلاً ، بخلاف ما إذا تزوجت بالزاني الذي حيلت منه ؛ لأن الأحكام مترتبة عليه من : جلُّ الوطاء ، ووجوب النفقة والشكوى ، وغير ذلك .

٢٢٢ - واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن امتناع النكاح لحرمة صاحب الماء لا للحمل ، بدليل جواز التزوج بها لصاحب الماء في ثابت النسب وغيره ، ولا حرمة للزاني ، وامتناع الوطاء كي لا يُشقي ماؤه زرع غيره ؛ لأن به يزداد سمعه وبصره جدّة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقين ماؤه زرع غيره ؛ لأن به يزداد سمعه وبصره جدّة » (١) .

٢٢٣ - وليس من ضرورة الحرمة بعارض على شرف الزوال فساد النكاح ، كحرمته بالحيض والنفاس . وإنما لا تجب النفقة لعدم التمكن من الوطاء ، ففات الاحتباس .

٢٢٤ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يحل وطؤها ؛ لأنها زوجته ، ولا حرمة لماء الزنى (٢) .

الجمع بين الأجنبية زيادة على أربع

(مادة ٣٠)

مَنْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ خَامِسَةً ، حَتَّى يُطَلَّقَ إِحْدَى الْأَرْبَعِ ، وَيَتَرَبَّصَ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا (٣) .

• • •

٢٢٥ - قد علمت في شرح مادة (١٩) أن الحر لا يجوز له أن يجمع بين أكثر من

= ببغداد ودفن في مقابر قریش. انظر: الجواهر المضية (٣/٦١١ ، ٦١٣) ، معجم المؤلفين (٤/١٢٢) .

(١) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في وطء السبايا / ٢١٥٨) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٧) : لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٢٨) : يحرم على كل من له الأربع زوجات أو معتدات أن يعقد زواجه على امرأة أخرى قبل أن يطلق إحداهن وتنقضي عدتها .

(٣) هذه المسألة متفق عليها :

قول الحنفية : جاء في حاشية رد المحتار (٣/٥٠٣) : « لو طلق إحدى الأربع ، يمنع عن تزوج خامسة مكانها =

أربع بالدليل ؛ فإذا تزوج أربعاً بعقود صحيحة ؛ فليس له أن يتزوج خامسة ، حتى يطلق إحدى الأربع ، وينتظر حتى تنقضي عدتها ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا .

٢٢٦ - وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى : إذا كان الطلاق بائنًا ، فله أن يتزوج خامسة ، ولو قبل انقضاء العدة . والدليل ما تقدم في شرح مادة (٢٦) .

٢٢٧ - فإن طلق الأربع ، فلا يجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدّتهنّ ، فإن انقضت عدة الكل معًا ، جاز له تزوج أربع ، وإن واحدة فواحدة وهكذا .

٢٢٨ - فلو كان عقد واحدة أو اثنتين منهن غير صحيح ؛ جاز له التزوج حتى يكْمُلَ في عصمته أربع نسوة بعقود صحيحة . ومع هذا فالأحسن ألا يتزوج أكثر من واحدة متى خاف الجور ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ ^(١) .

عدم الدين السماوي

(مادة ٣١)

يَجِلُّ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّاتِ الْمُؤْمَنَاتِ بِكِتَابٍ مُنْزَلٍ ، سَوَاءً كُنَّ ذُمِّيَّاتٍ أَوْ غَيْرِ ذُمِّيَّاتٍ ، مُشْتَأَمَنَاتٍ أَوْ غَيْرِ مُشْتَأَمَنَاتٍ مَعَ الْكُرَاهَةِ ^(٢) .

٢٢٩ - يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية ، وهي : التي تعتقد دينًا سماويًا ، ولها كتاب منزل ، كصحف إبراهيم ، وشيث وزبور داود ، والتوراة لموسى ، والإنجيل لعيسى ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَاللَّحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ ^(٣) . أي : وأحل لكم

= حتى تمضي عدة المطلقة . (١) النساء : ٣ .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨١/١) : « ويجوز للمسلم نكاح الكتابية الحرية والذمية حرة كانت أو أمة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٦٠/٣) : « نكاح الكتابية (ذمية أو حرية (مكروه) ؛ لئلا تفتنه أو ولده (و) لكن نكاح (الحرية أشد) كراهة » .

قول المالكية : جاء في المدونة (٢١٨/٢) : « عن ابن شهاب قال : قد أحل الله نساء أهل الكتاب وطعامهم » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٣٥/٨) : « حرائر أهل الكتاب . وهما قسمان : ذميات ، وحرريات .

فالذميات : يحن بلا نزاع في الجملة ، وأما الحرريات : فالصحيح من المذهب حل نكاحهن مطلقًا » .

(٣) المائدة : ٥ .

المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم .

٢٣٠ - وقَيِّد بعضهم جلَّ التزوج بما إذا لم تعتقد أن المسيح إله ، أو أن العُزَيْر إله ، فلو اعتقدت ذلك ، فلا يجوز . ولكن بالنظر إلى الأدلة ينبغي أن يجوز الأكل من ذبائحهم والتزوج بنسائهم .

٢٣١ - ومتى أقرت بنبي وآمنت به ، يجوز التزوج بها ، ذمية كانت أو مستأمنة أو حربية . فالذمية : هي المقيمة في ديار الإسلام ، تدفع الجزية ، وليس من نيتها العَوْدُ إلى بلادها . والمستأمنة : هي من دخلت دار الإسلام بأمان . والواجب على المسلمين معاملة الذميين والمستأمنين معاملةً حسنةً كما يعاملون به بعضهم ، فلا يتعرضون لأموالهم ولا لدمائهم ولا لأعراضهم قولاً أو فعلاً . والحربية : هي المقيمة في غير ديار الإسلام . وهذه يكره تزوجها ؛ لانفتاح باب الفتنة من التعلق بها ، المستدعي للمُقَام معها في دار الحرب وتعريض الولد للتخلق بأخلاق أهل الكفر .

(مادة ٢٢)

لَا يَجِلُّ نِكَاحُ الْوَثَنِيَّاتِ ، وَلَا الْمُجُوسِيَّاتِ ، وَلَا الصَّابِنَاتِ اللَّائِي يَغْبِذُنَ الْكُؤَاكِبَ وَلَا يُؤْمِنُ بِكِتَابٍ مُنَزَّلٍ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٦/٢) : « ولا يجوز تزوج المجوسيات ولا الوثنيات ... ويجوز تزوج الصابنات عند أبي حنيفة إذا كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز » . قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٦٠/٣) : « من موانع النكاح : (الكفر ، فحرم مناكحة غير أهل الكتابين) التوراة والإنجيل (من المجوس) وإن كان لهم شبهة كتاب ؛ إذ لا كتاب بأيديهم ولا يتيقنه قَبْلُ فَيُخْتِطُّ (و) من (التمسكين بصحف شيث) وإدريس (وإبراهيم وزبور داود و) من (سائر الكفار) كعبدة الشمس ، والقمر ، والصور ، والنجوم ، والممثلة ، والزنادقة ، والباطنية ، وجاء في حاشيتي قلوبني وعميرة (٢٥١/٣) : « يحرم على المسلم (نكاح من لا كتاب لها كوثنية ومجوسية) » . وجاء في الأم (٧/٥) : « والصابنون والسامرة من اليهود والنصارى الذين يجلب نساؤهم وذبائحهم » . قول المالكية : جاء في القواكه الدواني (١٩/٢) : « (وحرم الله ﷻ) على المسلم (وطء الكوافر ممن ليس من أهل الكتاب بملك أو نكاح) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّى تُؤْمِنَ ﴾ فالشرك يشمل : المجوس ، والصابية ، وعبدة الأوثان ، وغيرهم ممن اعتقد أن مع الله شريكاً » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٤٦/٢) : « وتخرج المجوسية والوثنية والمعتدة لعدم حل كل منهن له ، وجاء في المغني (١٠٠/٧) : « وأما الصابنون فاختلف فيهم السلف كثيراً ، فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى . ونص عليه الشافعي . وعلق القول فيهم في موضع آخر . وعن أحمد أنه قال : بلغني =

٢٣٢ - ولا يجوز للمسلم أن يتزوج غير الكتابية ، وهي التي لا تُقْرُ بنبي ولا تؤمن بكتاب منزل كالوثنية : وهي التي تعبد الصنم ، والمجوسية : وهي التي تعبد النار ، والصابئة : وهي التي تعبد النجوم ؛ إذ كل الرسل عليهم الصلاة والسلام أتوا بعبادة الخالق جل وعلا ، وإن اختلفت الشرائع في كيفية العبادة . ولم يأت رسول قط بعبادة غيره .

٢٣٣ - وحرمة تزوج الصابئة : هو قول الصاحبيين ، وقال أبو حنيفة : يجوز تزوجها . وهذا الخلاف مبني على أنهم عبدة أوثان أم لا ؟ فعندهما : هم عبدة أوثان ؛ لأنهم يعبدون النجوم . وعند أبي حنيفة : ليسوا بعبدة أوثان ، وإنما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم للكعبة ^(١) .

٢٣٤ - فإن كان كما فسره أبو حنيفة ، يجوز بالإجماع ؛ لأنهم أهل كتاب . وإن كان كما فسراه ، لا يجوز بالإجماع ، فلا خلاف في الحقيقة ، وإنما الخلاف مبني على الاشتباه في مذاهبهم . فكل أجاب بما عنده من أحوالهم .

٢٣٥ - والدليل على عدم جُلِّ التزوج بغير الكتابية قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ وَلَا أُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ حَتَّىٰ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْبَدْتُمْ ﴾ ^(١) ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « سَتُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ ، غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ » ^{(٢) (٣) (٤)} .

= أنهم يُشْبِهُونَ . فهو لأذن يشبهون اليهود . والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ، ويخالفونهم في فروعه ، فهم ممن وافقوه . وإن خالفوهم في أصل الدين ، فليس هم منهم . (١) الصواب في هذه المسألة مع أبي حنيفة والشافعية ؛ لأن الصابئة بالفعل أهل كتاب ، وهم فرقة من اليهود ، لا من النصارى كما نص على ذلك بعض الفقهاء ، وصاروا أتباعاً لسيدنا يحيى بن زكريا (يوحنا المعمدان) ، وهم يبدون الله . ومجمل عقيدتهم : أنهم يؤمنون بالله ، واليوم الآخر ، ويؤمنون بالحساب والعقاب ، وأن الصالحين منهم يذهبون إلى عالم النور ، وأن المذنبين منهم يذهبون إلى عالم الظلام أو النار المحرقة ، وهم لا يقرون قيام الأجسام بعد وفاتها ، وإنما تحاسب الأنفس على ما عملت . وهم موجودون بكثرة في العراق والبرازيل . وبناءً على ما سبق نرى أنهم أهل كتاب قطعاً ، وأنه يجوز تناكحتهم ، وأكل ذبائحهم ... إلخ الأحكام المتعلقة بأهل الكتاب . انظر : الصابئة لغضبان رومي الناشي (وهو صابئي عراقي) . (٢) البقرة : ٢٢١ .

(٣) موطأ مالك (كتاب : الزكاة / باب : جزية أهل الكتاب والمجوس / ٦١٧) .

(٤) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٢) : ١ - يشترط أن يكون الولي عاقلًا بالغًا . جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : شروط أهلية الولي : المادة (١٠) : يشترط في الولي أن يكون عاقلًا بالغًا وأن يكون مسلمًا إذا كانت المخطوبة مسلمة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩) - يشترط في الولي أن يكون ذكرًا عاقلًا بالغًا غير محرم بحج أو عمرة مسلمًا إذا كانت الولاية على مسلمة .

الباب الرابع في الولاية على النكاح وفيه فصلان

الفصل الأول في بيان الولي وشروطه

(مادة ٢٣)

يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْوَلِيُّ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا فِي حَقِّ مُسْلِمَةٍ وَمُسْلِمَةٍ ^(١) ، وَلَوْ فَاسِقًا ^(٢) .

- (١) قول المالكية : جاء في الجواهر شرح المقدمة العزمية للآبي (ص ٢٨٨ ، ٢٨٩) : « ويشترط في الولي شروط ، منها : اتفاق الدينين ، فلا يزوج الكافر المسلمة ولا المسلم الكافرة إلا أن تكون أمته أو معتوقته . ومنها : الحرية ، فالعبد والمكاتب والمدبر والمعتق بعضه يُفسخ ما عقده ، ولو بعد الدخول ، ولها المهر بالمسيس . ومنها : عند بعضهم ، وهو ابن وهب - : أن يكون غير موأى عليه ، فالسفيه لا ولاية له عنده ، وإنما الولاية لوليه . ويعقد السفية ذو الرأي على ابنته بإذن وليه . ومنها : البلوغ ، والعقل ، والذكورية ، فالمرأة لا يجوز لها عقدها على نفسها ولا على غيرها ، ولها أن تفوض لمن يعقد لها من الرجال في تزويج نفسها » .
- قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات : « (وشُرط في ولي) سبعة شروط ، أحدها : (ذكورية) ؛ لأن المرأة لا يثبت لها ولاية على نفسها ، فعلى غيرها أولى . (و الثاني : (عقل) ، فلا ولاية لمجنون مُطَّبق . (و الثالث : (بلوغ) ؛ لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال ؛ لأنها تنفيذ تصرف في حق غيره ، وغير المكلف موأى عليه لقصور نظره ، فلا تثبت له ولاية كالمرأة . (و الرابع : كمال حرية ؛ لأن (العبد والمبعض لا يستقلان بولاية على أنفسهما ، فأولى على غيرهما) . (و الخامس : (اتفاق دين) الولي والموأى عليها ، فلا ولاية لكافر على مسلمة وكذا عكسه ، ولا نصراني على مجوسية ونحوه ؛ لأنه لا توارث بينهما بالنسب ، إلا أم وليد لكافر أسلمت) فيزوجها مسلم ؛ لأنها مملوكة ؛ ولأنه عقد عليها فعليه كإجارتها ، (و لا أمة كافرة لمسلم) فله أن يزوجها لكافر لما تقدم ، وكذا أمة كافرة لمسلمة فيزوجها ولي سيدتها على ما سبق ، (و إلا (السلطان) فيزوج من لا ولي لها من الكوافر ؛ لعموم ولايته على أهل دار الإسلام ، وهذه من أهل الدار فثبت له الولاية عليها كالمسلمة ... (و السابع : (رُشد وهو) أي : الرشد هنا معرفة الكفاء ومصالح النكاح) وليس هو حفظ المال ، فإن رُشد كل مقام بحسبه . وعلم مما سبق أنه لا يشترط : كون الولي بصيرًا ، ولا كونه متكلماً إذا فهمت إشارته ، لقيامها مقام نطقه في جميع العقود » .
- (٢) قول المالكية : جاء في الجواهر شرح المقدمة العزمية للآبي (ص ٢٨٩) : « ويشترط في الولي شروط ، ...

٢٣٦ - اعلم أن الولاية - بفتح الواو - معناها : الثُّمْرَة . وعند الفقهاء : هي حق تنفيذ القول على الغير رَضِي أو لم يَرْضَ .

وهي نوعان : عامة ، وخاصة . والخاصة قسمان : ولاية على النفس ، وولاية على المال . والولاية على النفس قسمان : ولاية ندب (استحباب) : وهي الولاية على البالغة العاقلة بكرة كانت أو ثيبًا ، وولاية إجبار : وهي الولاية على الصغير والصغيرة بكرة كانت أو ثيبًا ، ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين . والولاية على النفس هي المقصودة هنا .

٢٣٧ - وثبتت الولاية بأسباب أربعة : القرابة ، والمِلْك ، والولاء ، والإمامة .

٢٣٨ - والولي في اللغة : خلاف العدو ، أي : الناصر . وفي أصول الدين : هو العارف بالله تعالى وبأسمائه وبصفاته حسبما يُمكن ، المواظب على الطاعات ، المجتنب للمعاصي ^(١) . وعند الفقهاء ، وهو المقصود هنا - : الحر البالغ العاقل .

٢٣٩ - فيشترط فيه عندهم أن يكون : حرًا ، عاقلًا ، بالغًا . فلا ولاية لعبد ، ولا صغير ، ولا مجنون ؛ لأن الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة ، فمن لا ولاية له على نفسه ، فأولى ألا تكون له ولاية على غيره ؛ ولأن هذه الولاية نظرية ، ولا تُنظر في التفويض إلى هؤلاء ، لتعجز كل منهم عن تحصيل الكف ؛ لاشتغال العبد بخدمة مولاه ؛ ولعدم العقل عند المجنون ، وقصره عند الصبي . وهذه الشروط الثلاثة يلزم اتصاف الولي بها ، سواء كانت المُوَلَّية مسلمةً أو غير مسلمة .

٢٤٠ - ويشترط في الولي أيضًا : الإسلام إذا كان من يُزاد تزويجه مسلمًا ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا .

٢٤١ - ومتى وُجِدَت هذه الشروط في الشخص ، ثبتت له الولاية على غيره ، ولو كان فاسقًا ، فالفسق لا يَسْلُبُ أهلية التزويج . لكن إذا كان مُتَهَنِّكًا ، وهو الذي لا يبالي بهتك ستره ، لا ينعقد تزويجه إلا بشرط المصلحة كما سيظهر لك قريبًا .

= وأن يكون عدلًا ، والمشهور أن الفسق لا يَسْلُبُ الولاية ، وإنما يقدح في كمال العقد دون صحته .
قول الخبائلة : جاء في شرح منتهى الإرادات : (و) السادس : (عدالة) نصًا لقول ابن عباس : لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد ؛ ولأنها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال (ولو) كانت العدالة (ظاهرة) فيكفي مستور الحال كولاية المال (إلا في سلطان) فلا يشترط في تزويجه بالولاية العامة للعدالة الحاجة (و) إلا في (سيد) أمة ؛ لأنه يتصرف في ملكه كما لو أجزها .
(١) انظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٣٥/١) .

(مادة ٣٤)

الْوَلِيُّ شَرْطًا لِصِحَّةِ بَيْعِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَنْ يَلْحَقُ بِهِمَا مِنَ الْبَيْعِ غَيْرِ الْمَكْتُفِينَ ، وَلَيْسَ الْوَلِيُّ شَرْطًا لِصِحَّةِ بَيْعِ الْحُرِّ وَالْحُرَّةِ الْعَاقِلَيْنِ الْبَالِغَيْنِ بَلْ يَنْقُذُ بَيْعَهُمَا بِلَا وَلِيٍّ ^(١)

٢٤٢ - وليس كل عقد زواج تتوقف صحته على الولي ؛ بل بعض العقود . وبيان ذلك : أن مرید التزوج إما أن يكون صغيراً أو كبيراً ، والكبير إما أن يكون عاقلًا أو غير عاقل ، والعاقل إما أن يكون حرًا أو رقيقًا .

٢٤٣ - فالشخص الكبير العاقل إن كان حرًا مذكراً ، يصح تزوجه وينفذ لازماً بلا ولي ، ولا حق لأحد من الأقارب في الاعتراض عليه ، ولو كانت الزوجة أقل منه شرفاً ودفع لها أكثر من مهر مثلها .

٢٤٤ - وإن كان حرًا مؤنثاً ، يصح تزوجها وينفذ لازماً ، إذا كان الزوج كفاً ، والمهر مهر المثل . فإن كان الزوج كفاً والمهر أقل من مهر المثل ، صح العقد نافذاً غير لازم ، فللولي إذا كان غصبته حق الاعتراض حتى يتم مهر المثل ، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد . وإن كان غير كفاً ، فلا يصح العقد أصلاً كما سيظهر لك كل ذلك في المواد الآتية . والولاية هنا ولاية استحباب .

٢٤٥ - وإن كان الشخص الكبير رقيقاً ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ، صح تزوجه موقوفاً على إجازة سيده ، فإن أجازته نفذ ، وإن لم يُجِزْهُ بطل .

٢٤٦ - وإن كان صغيراً غير مُتَمَيِّزٍ أو كبيراً غير عاقل ، فلا يصح عقد الزواج إلا بالولي . والولاية هنا ولاية إجبار ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٢٥٥/٣) : « الولاية في النكاح نوعان : ولاية ندب واستحباب : وهو الولاية على البالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيباً ، وولاية إجبار : وهو الولاية على الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً ، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢١) : الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرمًا .

قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٣٦/٣) : « (ولي المجنونة الابن لا الأب) أي : في النكاح . وهذا =

(مادة ٢٥)

الوَلِيِّ فِي النِّكَاحِ الْعَصْبَةُ بِنَفْسِهِ عَلَى تَرْتِيبِ الْإِرْثِ وَالْحَجَبِ ، فَيَقْدَمُ الْابْنُ ، ثُمَّ ابْنُ الْابْنِ وَإِنْ سَقَلَ ، ثُمَّ الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ الصَّحِيحُ وَإِنْ عَلَا ، ثُمَّ الْأَخُ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الْأَخُ لِأَبٍ ، ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِأَبٍ ، ثُمَّ الْعَمُّ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الْعَمُّ لِأَبٍ ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ لِأَبٍ ، ثُمَّ وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ . فَوَلِيُّ الْمُجْتَنُونَ فِي النِّكَاحِ ابْنُهَا وَإِنْ سَقَلَ دُونَ أَيْبِهَا عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ (١) .

= عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : أبوها ؛ لأنه أوفر شفقة من الابن .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثاني .

ولاية الزواج .

الولي في الزواج .

المادة (٩) : الولي في الزواج هو العصبه بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجع من مذهب أبي حنيفة . وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨) أ - الولي في الزواج العاصب بنفسه على ترتيب الإرث .

ب - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ويتعين من أذنت له المخطوبة .

ج - إذا تولى العقد الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج صحيحاً ما لم يكن الأقرب أباً فينقصد موقوفاً على إيجابه ؛ فإن لم يجز فله طلب الفسخ وللقاضي اتخاذ ما يراه مناسباً وفق ملاسبات الحال ومقتضيات المصلحة .

المادة (٣٧) الولي في الكفاءة من العصبه هو الأب فالابن ، فالجد العاصب ، فالأخ الشقيق ثم الأب ، فالعم الشقيق ثم الأب .

(١) قول الخليفة : جاء في تبين الحقائق (١٢٢/٢) : « والولي العصبه بترتيب الإرث) يعني أولاهم الابن وابن الابن وإن سفل ، ولكن لا يتصور هذا إلا في المتوه والمتوهة لا في الصغار ، ثم الأب ، وأب الأب وإن علا ، ثم الإخوة إلا الأخ من الأم ، ثم الأعمام إلا العم من الأم ، ثم أعمام الجد كذلك ، ثم مولى العتاقة يستوي فيه الذكر والأنثى ، ثم عصبه المولى ، ثم ذوو الأرحام » .

قول الشافعية : جاء في منهاج الطالبين للنووي (مع معني المحتاج) (٢٤٩/٤) : « وأحق الأولياء : أب ، ثم جد ، ثم أبوه ، ثم أخ لأبوين أو لأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم عم ، ثم سائر العصبه كالإرث . ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب في الأظهر ، ولا يزوج ابن بنته ، فإن كان ابن ابن عم أو معقفاً أو قاضياً زوّج به . فإن لم يوجد نسيب ، زوج الميتق ، ثم عصبته كالإرث . ويزوج عتيقة المرأة من يزوج الميتقة ما دامت حية . ولا يعتبر إذن الميتقة في الأصح ؛ فإذا ماتت زوّج من له الولاء . فإن قبّد الميتق وعصبته ، زوج السلطان » .

قول المالكية : جاء في بدر الزوجين ونفحة الحرميين للكشناوي (ص ٥٨) : « الولاية في عقد النكاح تكون على

حسب كل واحد من الأولياء كالميراث ؛ وفي الرسالة أيضاً ؛ والابن أولى من الأب ، والأب أولى من الأخ ، =

٢٤٧ - وثبتت هذه الولاية بواحد من أربعة : الأول : الملك ، الثاني : القرابة ، الثالث : الولاء ، الرابع : الإمامة .

٢٤٨ - فالأول لم يتعرض له الكتاب ، وإن كان أشار إليه في المادة السابقة . فثبتت الولاية للمالك على مملوكة في الزواج وغيره بسبب الملك . وثبتت الولاية أيضًا بسبب من الأسباب الثلاثة الأخرى بالترتيب الذي يُلقَى عليك . فثبتت الولاية أولاً للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث والحجَب . والعَصْبَةُ تنقسم انقسامًا أوليًا إلى قسمين : عَصْبَةٌ نَسَبِيَّةٌ : وهي الآتية من جهة القرابة ، وعصبة سَبَبِيَّةٌ : وهي الآتية من العِتق .

٢٤٩ - والعصبة النسبية تنقسم إلى ثلاثة أقسام : عاصب بنفسه ، وعاصب بغيره ، وعاصب مع غيره .

٢٥٠ - وكلامنا الآن إنما هو في العاصب بنفسه . وهو ينحصر في أربع جهات : بُنُوَّةٌ ، وَأَبُوَّةٌ ، وَأَخُوَّةٌ ، وَعُمُوْمَةٌ .

٢٥١ - فالبنوة تشمل : الابن ، وابن الابن وإن نزل .

٢٥٢ - والأبوة تشمل : الأب ، والجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا .

٢٥٣ - والأخوة تشمل : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

٢٥٤ - والعمومة تشمل : العم الشقيق ، والعم لأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم

= ومن قرب من العصبة أحق ، وإن زوجها البعيد مضى ذلك . وابن الابن وإن سفل مثل الابن . فإن لم يكن لها أب فأخوها ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم الجد أبو الأب دنية ، وأما جد الجد وأبو الجد فيما يظهر فعمها يقدم عليهما ، فإن لم يوجد فالعم وهو ابن الجد ، ثم ابن العم وإن سفل ، ثم عم الأب ، فابنه ، ثم عم الجد كذلك صعودًا وهبوطًا . وكما أن الأخ الشقيق يقدم على الأخ للأب ، كذلك ابن العم الشقيق يقدم على ابن العم للأب ، والعم الشقيق يقدم على العم للأب ، وهكذا العم الذي للأب يقدم على ابن العم الشقيق ، كالأخ الذي للأب يقدم على ابن الأخ الشقيق .

قول الخنابلة : جاء في الفروع (١٧٨/٥) : « وأحق وليً بنكاح حرة : أبوها ، ثم أبوه وإن علا ، ثم ابنها ، ثم ابنه وإن نزل وقيل عكسه . وأخذته في الانتصار من نقل حنبل : العصبة فيه من أحرز المال . ثم أخوها لأبويها ، ثم لأبيها . اختاره أبو بكر وجماعة . وعنه : هما سواء . اختاره الأكثر . وابتنا عم أحدهما أخ لأم . ونقل أبو الحارث : الأخ لأبوين أولى . فإن رُوِّجَ الأخُّ للأب كان جائزًا ، ثم بنوهما كذلك ، ثم أقرب عصبة نسب كالإرث . وعنه : يقدم الابن على الجد . وعنه : عليها يقدم الأخ على الجد . وعنه : سواء . ثم الولي المعتق ، ثم أقرب عصبة . وقيل : يقدم أبو المعتقة على ابنها ، ثم السلطان أو نائبه . »

لأب وإن نزل كلٌّ منهما .

٢٥٥ - فإن وُجِدَ واحدٌ فقط من هؤلاء ، ثبتت له الولاية ؛ إذ لا مُزَاجِمَ له . وإن وجد اثنان أو أكثر ، فإن كان هناك مرجح في أحدهما ، قُدِّمَ صاحبه . وإن لم يكن هناك مرجح ، استويا .

٢٥٦ - والترجيح يكون : أولاً : بالجهة ؛ فتقدم جهة البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة ، فمتى وُجِدَ واحدٌ من جهةٍ من هذه الجهات ، وإن بَعُدَتْ درجته ، قُدِّمَ على من بعده ، وإن قَرَّبَتْ درجته . فابن ابن الابن مقدم على الأب . ويسمى هذا : تقديمًا بالجهة .

٢٥٧ - وثانيًا بالدرجة : فإن وجد شخصان من جهة واحدة كالابن وابن الابن أو الأخ وابن الأخ ، ترجح الأقرب درجةً ، فيقدم الابن على ابن الابن والأخ على ابن الأخ ؛ لأنه أقرب درجةً . ويسمى هذا : تقديمًا بالدرجة .

٢٥٨ - وثالثًا بالقوة . فإن وجد شخصان من جهة واحدة ودرجة واحدة أيضًا ، كأخ شقيق وأخ لأب ، ترجح الأخ الشقيق ؛ لأنه أقوى من الأخ لأب ؛ إذ الأول ينتسب بجهتين ، والثاني بجهة واحدة . ويسمى هذا : تقديمًا بالقوة .

٢٥٩ - فإن لم يوجد مرجح بأن كانت الجهة والدرجة والقوة واحدةً ، كابن وأخوين شقيقين أو لأب ؛ استويا ؛ لأننا لو قدمنا أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح .

٢٦٠ - فقد علمت مما تقدم أن التقديم يكون أولاً بالجهة ، فإن اتحدوا فيها يكون بالدرجة ، فإن اتحدوا فيها أيضًا يكون بالقوة ، فإن اتحدوا فيها أيضًا استويا في الولاية .

٢٦١ - فإن لم يوجد واحد من هؤلاء أصلاً ؛ تنتقل ولاية التزويج إلى العصبية السببية ، وهي الآتية من ولاء العتاقة ، فثبت للمعتق أولاً ولو أنثى ، ثم للثبوتية ، ثم لأبوتيه ، ثم لأخوتيه ، ثم للعمومته على الترتيب والترجيح والاستواء الذي عرّفته في العصبات النسبية .

٢٦٢ - إذا عرّفَتْ كلُّ ما تقدم ، تعرف بدهاة أنه إذا اجتمع ابن المجنونة وأبوها ؛ قُدِّمَ ابنها . ومثلها المجنون . وقال محمد : يقدم الأب ؛ لأنه أوفر شفقةً من الابن .

٢٦٣ - ودليل أبي حنيفة وأبي يوسف : أن الابن هو المقدم في العُصوبة ، وهذه الولاية مبنية عليها ، ولا عبرة بزيادة الشفقة كأبي الأم مع بعض العصبات .

٢٦٤ - والأحسن أن يأمر الابن الأب بالنكاح ، حتى يجوز بلا خلاف ؛ لأن في الابن قوة العُصوبة ، وفي الأب زيادة الشفقة فيجتمعان .

(مادة ٣٦)

إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ ، تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ النِّكَاحِ لِلْأُمِّ ، ثُمَّ لِأُمِّ الْأَبِّ ، ثُمَّ لِلْبِنْتِ ، ثُمَّ لِابْنِ الْإِثْنِ ، ثُمَّ لِلْبِنْتِ الْبِنْتِ ، ثُمَّ لِابْنِ الْإِثْنِ ، ثُمَّ لِلْبِنْتِ الْبِنْتِ وَهَكَذَا ، ثُمَّ لِلْجَدِّ الْفَاسِدِ ، ثُمَّ لِلْأَخْتِ الشَّقِيْقَةِ ، ثُمَّ لِلْأَخْتِ لِأَبِّ ، ثُمَّ لِوَلَدِ الْأُمِّ ، ثُمَّ لِأَوْلَادِهِمْ ، ثُمَّ لِتِاقِي ذَوِي الْأَرْحَامِ الْعَمَّاتِ ، ثُمَّ الْأَخْوَالِ ، ثُمَّ الْخَالَاتِ ، ثُمَّ بَنَاتِ الْأَعْمَامِ ، ثُمَّ لِأَوْلَادِهِمْ بِهَذَا التَّرْتِيْبِ (١) .

• • •

٢٦٥ - فإذا لم توجد عَصَبَةٌ نَسَبِيَّةٌ وَلَا سَبَبِيَّةٌ ؛ تنتقل ولاية الإجماع بالنسبة للصغار ومن يَلْحَقُ بهم إلى الأصول غير العصابات ، ما عدا أبا الأم . مع ملاحظة الدرجة والقوة ، فحينئذٍ تُقَدَّمُ الأم على أم الأم وأم الأب لقربها ، وتقدم أم الأب على أم الأم ؛ لقوتها إذ هي مُنْتَسِبَةٌ بالعاصب وهو الأب بخلاف أم الأم .

٢٦٦ - فإن لم يوجد واحد من الأصول ؛ انتقلت الولاية إلى الفروع مع الملاحظة المذكورة ، وحينئذٍ تُقَدَّمُ البنت على بنت الابن وبنت البنت لقربها ، وتُقَدَّمُ بنت الابن على بنت البنت ؛ لقوتها إذ هي مُنْتَسِبَةٌ بعاصب وهو الابن بخلاف بنت البنت ، وهكذا الترتيب .

٢٦٧ - فإن لم يوجد أحد من الفروع ، انتقلت الولاية إلى الجد [الغير الصحيح] وهو أبو الأم .

٢٦٨ - فإذا لم يوجد ، انتقلت إلى طبقة الأخوات مطلقاً والأخوة لأم . مع الملاحظة المذكورة أيضاً ، وحينئذٍ تُقَدَّمُ الأخت الشقيقة على الأخت لأب والأخت لأم ، وتُقَدَّمُ الأخت لأب على الأخت والأخ لأم لما تقدم .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٧٩ ، ٧٨/٣) : (فإن لم يكن عصبه فالولاية للأم) ، ثم لأم الأب ، وفي الفقيه عكسه - ، ثم للبنت ، ثم لبنت الابن ، ثم لبنت البنت ، ثم لبنت ابن الابن ، ثم لبنت بنت البنت وهكذا ، ثم للجد الفاسد ، (ثم للأخت لأب وأم ، ثم للأخت لأب ، ثم لولد الأم) الذكر والأنثى سواء ، ثم لأولادهم ، (ثم لذوي الأرحام) العمات ، ثم الأخوال ، ثم الخالات ، ثم بنات الأعمام ، وبهذا الترتيب أولادهم ، ثم مولى المولاة ، وجاء في البحر الرائق (١٣٣/٣) : (وإن لم يكن عصبه ، فالولاية للأم ، ثم للأخت لأب ، وأم ثم لأب ، ثم لولد الأم ، ثم لذوي الأرحام ، ثم للحاكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمته . وعندهما : ليس لغير العصابات من الأقارب ولاية ، وإنما الولاية للحاكم بعد العصابات .

٢٦٩ - فإذا لم يوجد من هذه الطبقة أحد ، انتقلت الولاية إلى أولادهم حسب ترتيبهم المتقدم .

٢٧٠ - فإن لم يوجد أحد من هذه الطبقة ولا أولادها ، انتقلت الولاية إلى طبقة العمات والأعمام أم ، مع الملاحظة المذكورة .

٢٧١ - فإن لم يوجد أحد منهم ، انتقلت إلى الأحوال والحالات .

٢٧٢ - فإن لم يوجد أحد منهم ، انتقلت الولاية إلى أولادهم حسب الترتيب المذكور .

٢٧٣ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا ولاية لغير العصباء ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « الإنكاح إلى العصباء » . ففي هذا الحديث عرّف الإنكاح باللام في غير معهود ، فيكون معناه هذا الجنس مَفْرُوضٌ إلى هذا الجنس ، أي: جنس الإنكاح مفروض إلى جنس العصباء ، فلا يكون لغيره فيه مدخل .

٢٧٤ - ولأن الولاية إنما تثبت صوتاً للقرابة عن نِسْبَةٍ من لا يكافئهم ، وذلك يحصل من العصبية ؛ لأنهم يُعَيَّرُونَ بعدم الكفاءة ، فيكون ذلك باعثاً لهم على صيانة القريب عن غير الكفء .

٢٧٥ - واستدل أبو حنيفة بأن ثبوت الولاية للنظر إلى المولى عليه ، والنظر يحصل بالشفقة الباعثة عليه ، وهي موجودة في الأم وغيرها من الأقارب ، فثبت لهم ولاية التزويج . إلا أن أقارب الأب يقدمون باعتبار العُصُوبَةِ ، وهذا لا ينفي ثبوتها لهم عند عدمه . والمعول عليه مذهب الإمام^(١) .

(مادة ٣٧)

السُّلْطَانُ وَلِيُّ لِي فِي النِّكَاحِ بِنِّ لَأ وَلِيِّ لَهُ ، ثُمَّ الْقَاضِي الَّذِي كَتَبَ لَهُ بِذَلِكَ فِي مَنَشُورِهِ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٤) : القاضي ولي من لا ولي له .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٢) القاضي ولي من لا ولي له .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٧٩/٣) : « ثم للسلطان ، ثم لقاضي نَصْرَ له عليه في منشوره » ، ثم لوابه إن فُرِضَ له ذلك ؛ وإلا لا . انظر : فتح القدير (٢٨٧/٣) ، والفتاوى الهندية (٤٤٨/٣) .

٢٧٦ - فإذا عُدِمَتْ جميعُ الأقارب من العَصَبَات وغيرهم ، فالذي يزوج الشخصَ الصغيرَ ومن يَلْحَقُ به مولى الموالاة إن وُجِدَ ، وهو الذي أسلم أبو الصغير على يديه ، ووالاه بأن قال له : أنت مَوْلَايَ ترثني إذا مُتُّ ، وتَقْبِلُ عني إذا جَنَيْتُ .

٢٧٧ - فإن لم يوجد ، انتقلت الولاية إلى السلطان ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطان وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ له » ^(١) .

٢٧٨ - ولكن لما كان السلطان لا يتولى مثل هذه العقود ؛ فيتولاها القاضي الذي كتب له ذلك في منشوره .

٢٧٩ - ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد ، فيتولاها نوابه إن أذن لهم بذلك .

(مادة ٢٨)

لَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُزَوِّجَ الْيَتِيمَ وَالْيَتِيمَةَ مُطْلَقًا ، وَإِنْ أَوْصَى إِلَيْهِ الْأَبُ بِذَلِكَ ، مَا لَمْ يَكُنْ قَرِيبًا لَهُمَا أَوْ حَاكِمًا يَمْلِكُ التَّرْوِيجَ ، وَلَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ ^(٢) .

(١) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي / ١١٠٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الولي / ٢٠٨٣) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا نكاح إلا بولي / ١٨٧٩) .

(٢) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في مجمع البحرين (٣٣٨/١) : « ليس للوصي أن يزوج مطلقًا ، وروى هشام عن الإمام : إن أوصى إليه الأب ، جاز . لكن الأول هو الصحيح . أما إذا كان الوصي عيَّن رجلًا في حياته ، فزوجها الوصي به ، جاز ، كما لو وُكِّلَ في حياته تزويجها » ، وجاء في تبين الحقائق (١٢٦/٢) : « (وليس للوصي أن يزوج الأيتام إلا ... إلخ) هذا رواية عن أبي حنيفة . وظاهر الرواية : ليس له ذلك مطلقًا . قال قاضي خان في فتاويه : والوصي لا يملك إنكاح الصغير والصغيرة ، أوصى إليه الأب في ذلك أو لم يوص ، وروى هشام عن أبي حنيفة ، وهو قول مالك - : إن أوصى إليه الأب ، جاز له تزويج الصغير والصغيرة » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٢٧/٤) : « وإذا أوصى الميت بإنكاح بناته إلى رجل ، فإن كان وليهن الذي لا أولى منه زوجهن بولاية النسب أو الولاء دون الوصية ، جاز . وإن لم يكن وليهن ، لم يكن له أن يزوجهن . وفي إجازة تزويج الوصي بإبطال للأولياء ، إذا كان الأولياء أهل النسب . ولا يجوز أن يلي غير ذي نسب . فإن قال قائل : يجوز بوصية الميت أن يلي ما كان يلي الميت ، فالميت لا ولاية له على حي » . قول المالكية : جاء في شرح الخرشني على مختصر خليل (١٧٧/٣) : « وصي أمره الأب بالإيجاب ، =

٢٨٠ - وليس لغير مَنْ ذُكِرُوا ولايةً التزويج ، ولو كان وصيًا ؛ لأن ولايته على المال لا على النفس ، فليس للوصي أن يزوج اليتيم واليتيمة ، سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا .

٢٨١ - وفي رواية عن أبي حنيفة : أن الأب إن أوصى إليه بذلك ، ثبتت له الولاية في التزويج أيضًا ؛ وهذا حسن .

٢٨٢ - والوصي لا تثبت له الولاية على الصغير والصغيرة من جهة كونه وصيًا ، فلو كان قريبًا لهما ، بأن أقام رجل أحد أولاده وصيًا على باقي أولاده وفيهم صغير ، فهذا الوصي له أن يزوج الصغيرة إذا لم يكن هناك مَنْ هو مقدّم عليه في الولاية . فإن وُجِد من يقدم عليه كأبي الأب ، أو كان هذا الوصي أخًا لأب للصغير وله أخ شقيق ، فليس للوصي ولاية التزويج ، بل تثبت لمن هو أقرب منه .

٢٨٣ - ولو كان الوصي حاكمًا ، بأن أقام رجل الحاكم الذي له ولاية التزويج وصيًا على أولاده وفيهم صغير ، فلهذا الحاكم أن يزوج الصغير ، لكن لا من جهة كونه وصيًا بل من جهة كونه حاكمًا . ومحل كونه يملك التزويج ، إذا لم يكن هناك مَنْ هو أولى منه . فإن وُجِد كأن كان للصغير أخ أو أم ، فليس للحاكم ولاية التزويج .

٢٨٤ - وقال الإمام مالك : للوصي ولاية الإجماع إن عيّن له الأب الزوجة ، أو أمره بالجبر صراحة أو ضمناً ، كما إذا قال له : زوّجها قبل البلوغ ، أو بعده ، أو على أي حالة شئت ، أو أمره بالنكاح ، ولم يعين له الزوج ولا الإجماع ، بأن قال : زوّجها .

= فلا خلاف أن له ذلك ، وينزل منزلة الأب في حياته ومماته . وإليه الإشارة بقوله (ويجزى وصي أمّه أب به أو عين له الزوج) يعني أن الوصي له جبر من يجبره الأب وهي الثيب إن صغرت ، والبكر ولو عاشت ، إذا أمره الأب بالإجماع صريحًا أو ضمناً .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٥/٧) : « واختلفت الرواية عن أحمد رحمته : هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية ، فروي أنها تستفاد بها ، وهو اختيار الحرقي ، لقوله : أو وصى ناظرًا له في التزويج . وهو قول الحسن ، وحمام بن أبي سليمان ، ومالك . وعنه : لا تستفاد بالوصية . وبه قال الثوري ، والشعبي ، والنخعي ، والحرثي العكلي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر ؛ لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعًا ، فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة ؛ لأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها ، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ؛ ولأنها ولاية نكاح ، فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم . »

(مادة ٣٩)

لَا وِلَايَةَ فِي النِّكَاحِ وَلَا فِي الْمَالِ يُنْسَلِمُ عَلَى ذِمَّتِي ، إِلَّا إِذَا كَانَ سُلْطَانًا أَوْ نَائِبًا عَنْهُ .
وَلِلذِمَّتِي الْوِلَايَةَ فِي النِّكَاحِ وَالْمَالِ عَلَى ذِمَّتِي مِثْلَهُ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٢٦/٢) : « ولاية لمسلم على كافر . وينبغي أن يقال : إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطاناً ؛ وللکافر ولاية على مثله ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَهْدِهِمْ أَوْيَاةً يَتَوَيْنُ ﴾ ؛ ؛ وجاء في الدر المختار (٧٨ ، ٧٧/٣) : « وكذا لا ولاية) في نكاح ولا في مال (لمسلم على كافرة إلا) بالسبب العام (بأن يكون) المسلم (سيد أمة كافرة أو سلطاناً) أو نائبه أو شاهداً (وللکافر ولاية على) كافر (مثله) اتفاقاً .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٥٦/٧ ، ٢٥٧) : « (ويلي الكافر) الأصلي غير الفاسق في دينه (الكافرة) وإن اختلف دينهما ، سواء أكان الزوج مسلماً أم ذمياً ، وهي مجبرة أو غير مجبرة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَهْدِهِمْ أَوْيَاةً يَتَوَيْنُ ﴾ . لا المسلمة إجماعاً ، ولا المسلم الكافرة ، إلا الإمام ونائبه ، فإنه يزوج من لا ولي لها .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (١٨٨/٣) : « كُفِّرَ الْوَلِيُّ مَانِعٌ مِنْ صِحَّةِ عَقْدِ نِكَاحِ وَلِيَّتِهِ الْمُسْلِمَةِ ؛ إِذْ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهَا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَنَنْ يَجْمَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ . وسواء في ذلك الذمي والمرتد والحربي وعكسه أي : أن الحكم كذلك في عكس هذا الفرع المذكور ، وهو أن يكون الولي مسلماً والمرأة كافرة على المشهور ؛ لقوله تعالى : ﴿ مَا لَكُمْ مِنْ نَفْسٍ عَلَيْكُمْ وَلَا رَحْمَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ . فلو زوجها ، ففيه تفصيل يعلم من قوله : وإن عقد مسلم كافر ترك . أي : وإن عقد لمسلم لا يترك ، بل يفسخ . فمقصود المؤلف : أنه لا ولاية للمسلم على الكافر .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٢١/٧) : « (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة ، إلا أن يكون المسلم سلطاناً ، أو سيد أمة) أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم . وقال أبو الخطاب في الذمي : إذا أسلمت أم ولده ، هل يلي نكاحها ؟ على وجهين ، أحدهما : يليه ؛ لأنها مملوكة ، فيلي نكاحها كالمسلم ؛ ولأنه عقد عليها فإليه كإجارتها . والثاني : لا يليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنَاتُ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاةُ بَعْضُهُمْ ﴾ ؛ ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته . فعلى هذا يزوجه الحاكم وهذا أولى ، لما ذكرنا من الإجماع ؛ وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة ، غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَهْدِهِمْ أَوْيَاةً يَتَوَيْنُ ﴾ ؛ ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه ، فلم يَلِ عليه .

وأما سيد الأمة الكافرة ، فله تزويجها لكافر ؛ لكونها لا تحل للمسلمين ، وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر ؛ لأنها ولاية بالملك ، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ؛ ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولي لها غير سيدها .

فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة ؛ لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام ، وهذه من =

٢٨٥ - ويشترط في الولاية الخاصة اتحاد الدين ، وحينئذ فلا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي ، كما أنه لا ولاية للذمي على المسلم أصلاً .

٢٨٦ - ولا يشترط اتحاد الدين في الولاية العامة ، فللسلطان أو نائبه الولاية على المسلمين والذميين في المال وفي الزواج . وللذمي الولاية في الزواج وفي المال على ذمي مثله ، لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(١) . فإذا فرضنا ثلاثة إخوة ، أحدهم مسلم والآخران ذميان ، وأحدهما صغير ؛ فالولاية على نفسه وماله لأخيه الذمي ، ولو كان مسلماً ؛ فالولاية لأخيه المسلم^(٢) .

(مادة ٤٠)

لَا وِلَايَةَ لِلزَّوْجِ لِلزَّوْجِ الْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الزَّوْجِ الْأَقْرَبِ الْمُتَوَفَّرَةِ فِيهِ شُرُوطُ الْأَهْلِيَّةِ . فَإِذَا غَابَ الْأَقْرَبُ بِحَيْثُ لَا يَنْتَظِرُ احْتِطَابَ الْكُفْرِ اسْتِطْلَاعَ رَأْيِهِ ؛ جَازَ لِمَنْ يَلِيهِ فِي الْقُرْبِ أَنْ يَزُوجَ الصَّغِيرَةَ ، وَلَا يَنْتَظِرُ تَزْوِيجَهُ بِعَوْدِ الْأَقْرَبِ . وَكَذَا إِذَا كَانَ الْأَقْرَبُ غَيْرَ أَهْلِ لِلوِلَايَةِ ، جَازَ لِلأَبْعَدِ أَنْ يَتَوَلَّى تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ^(٣) .

• • •

= أهل الدار ، فنثبت له الولاية عليها كالمسلمة . وأما الكافر فنثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين . ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان ، بناء على الروایتين في اعتبارها في المسلمين .

(١) الأنفال : ٧٣ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٣) : إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٢) : إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره نفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ، فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي .

(٣) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١٠/٢) : « وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة ، جاز لمن هو أبعد منه أنه يزوج خلافاً لفرق (والأصل أن عندنا أن الولي الأبعد أولى من السلطان ، حتى لو زوجها السلطان مع حضوره ، لم يجر » .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب (١٥١/٤) : « (ويزوج السلطان إذا غاب الولي الأقرب مرحلتين) والأولى أن يأذن للأبعد أو يستأذن ، خروجا من الخلاف . ولو بان كونه بدون مسافة القصر بيينة أو بحلفه ، لم يصح تزويج السلطان » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٢٨١/٣) : « (و) صح النكاح (ب) تولى ولي (أبعد مع) وجود ولي =

٢٨٧ - فقد عُلم لك من ترتيب الأولياء فيما تقدّم أنه لا يجوز للولي البعيد أن يزوج الصغير والصغيرة مع وجود الولي القريب . فإذا كانت بنت لها أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب ، فليس للأخ لأب أن يزوج الصغيرة والشقيق موجوداً ، وإلا لما كانت هناك فائدة في الترتيب . ولكن محل ذلك : إذا كان الأخ الشقيق مستوفياً شرائط الولي ، فإن قُيد شرط من الشروط التي عرّفناها ، بأن كان الأخ الشقيق صغيراً أو مجنوناً ، فالولاية تنتقل إلى الأخ لأب ؛ لأن الشقيق في هذه الحالة كأنه غير موجود لعدم صلاحيته للولاية .

٢٨٨ - وتنتقل الولاية للولي البعيد أيضاً إذا غاب الولي القريب .

٢٨٩ - واختلفوا في الغيبة التي بسببها تنتقل الولاية للبعيد على أقوال كثيرة ، ولكن المعول عليه أنها بحيث لا يَنْتَظِرُ الخاطب الكفء أخذ رأي الولي الغائب القريب ، ولو كان مختفياً في البلد الذي يحصل فيه العقد .

٢٩٠ - ولا يبطل تزويج الولي البعيد بقرينة القريب ؛ لأنه عقد صدر عن ولاية تامة ، فلا يبطل .

٢٩١ - وقال زفر رحمه الله تعالى : لا يزوجهما أحد .

٢٩٢ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يزوجهما الحاكم في هذه الحالة ، اعتباراً لها بحالة ما إذا امتنع الولي القريب عن تزويجها ، فإن الولاية تنتقل إلى الحاكم بالاتفاق .

٢٩٣ - واستدل زفر بأن ولاية الأقرب قائمة ، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز . ولا ولاية للبعيد ولا للسلطان مع ولايته ، فصار كما إذا كان حاضراً .

٢٩٤ - واستدل الباقر بأن هذه الولاية نظرية ، وليس من النظر التفويض إلى مَنْ لا يُنتَفَعُ برأيه ، ففوضناه إلى البعيد ؛ لأنه مقدّم على السلطان ، فصار كما إذا كان الأقرب مجنوناً أو رقيقاً أو صغيراً .

وقول زفر : لو زوجها الأقرب حيث هو ، جاز لا رواية فيه ، فلنا أن نمنع ؛ لأنه لو جاز أدى إلى مفسدة .

٢٩٥ - بيانه : أن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب ؛ لعدم علمه بذلك لدخل

= (أقرب) كعقد عم مع وجود أخ ، أو أب مع ابن ، أو أخ لأب مع أخ شقيق ، (إن لم يُخَيَّرِ) الأقرب .
 قول الخليل : جاء في المعنى (٢١/٧ ، ٢٢) : « إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب ، فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه ، لم يصح » ، وجاء فيه أيضاً (٢٥/٧) : « الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة ، فلا يهد من عصبتها تزويجها دون الحاكم » .

عليها الزوج وهي في عصمة غيره ، وفساد هذا لا يخفى . فلم يبق إلا ولاية البعيد .
ولئن سلمنا ما قاله كما هو رأي الكثيرين ، فنقول : للأبعد بعد القرابة وقرب
التدبير ، ولالأقرب بعد التدبير وقرب القرابة ، فترُلاً منزلة وليين متساويين ، فأيهما عقد
أولاً نَقَدَ ولا يُرُدُّ (١) .

(مادة ٤١)

إِذَا عَضَلَ الْأَقْرَبُ وَامْتَنَعَ مِنْ تَزْوِيجِ الصَّغِيرَةِ ، فَلَيْسَ لِلْأَبْعَدِ وِلَايَةٌ تَزْوِيجِيهَا ، بَلْ يُزَوِّجُهَا
الْقَاضِي أَوْ نَائِبُهُ بِطَرِيقِ النَّيَابَةِ عَنِ الْعَاضِلِ ، وَلَوْ كَانَ أَبَا الصَّغِيرَةِ ، إِذَا تَحَقَّقَ الْقَاضِي أَنَّ
امْتِنَاعَهُ كَانَ بِغَيْرِ سَبَبٍ مَقْبُولٍ ، وَأَنَّ الزَّوْجَ كُفِيَ لَهَا ، وَالْمَهْرُ مَهْرٌ مِثْلِيٌّ . وَلَيْسَ لِأَحَدٍ
نَقْضُ النِّكَاحِ الَّذِي عَقَدَهُ الْقَاضِي أَوْ نَائِبُهُ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ التَّزْوِيجُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ فِي مَنْشُورِهِ ،
فَإِنْ كَانَ امْتِنَاعُ الْأَقْرَبِ مِنْ تَزْوِيجِهَا لِكُونَ الزَّوْجِ غَيْرِ كُفِيَ لَهَا أَوْ لِكُونَ الْمَهْرِ دُونَ
مَهْرِ الْمِثْلِ ، فَلَا يُعَدُّ عَاضِلًا ، وَلَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يُزَوِّجَهَا (٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣١) يتم الزواج بلذن القاضي بولاية الولي الأبعد إذا :
أ - عضل الولي المرأة أو تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا .
ب - غاب الولي الأقرب وقدر القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج .
(٢) هذه المسألة مختلف فيها :

قول الحنفية : جاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢١/١) : (سئل) فيما إذا عضل الولي
الأقرب في تزويج الصغيرة ، هل تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد أو القاضي ، (الجواب) : لا تنتقل للأبعد ، بل
يزوجها القاضي . فإن قلت : يخالفه ما في الخلاصة والبرازية من أنهم أجمعوا على أن الولي الأقرب إذا
عضل ، تنتقل الولاية إلى الأبعد . قلت : لا مخالفة ؛ لأن الأبعد في كلام الخلاصة والبرازية هو القاضي ؛ لأنه
آخر الأولياء فأفعل التفضيل على بابه ؛ ولذا قال في الفيض بعد ما قدمناه عنه : لو عضل الولي الأقرب الصغير
والصغيرة عن تزويجها ، يزوجهما القاضي ، لكن تزويجه هنا نيابة عن العاضل بإذن الشرع لا بغيره ؛ لأن
العاضل ظالم بالمنع ، وللقاضي كُفٌ يَدِ الظلمة .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٥٢/٤) : (يزوج) السلطان (إذا عضل) النسب (القريب) ولو
مجبراً ، أي : امتنع من تزويجها هو (والمتنق) وعصبته ؛ لأنه حق عليهم . فإذا امتنعوا من وفاته ، وفاته
الحاكم . ولا تنتقل الولاية للأبعد جزماً . وهذا محله إذا كان العضل دون ثلاث مرات . فإن كان ثلاث
مرات ، زُوجَ الأبعد بناء على منع ولاية الفاسق كما قال الشيخان .

٢٩٦ - فإذا كان الولي القريب موجودًا ومتوفرةً فيه شروطُ الولاية ، فليس للبعيد التزويج . فإن زوجها - والحالة هذه - يكون هذا العقد موقوفًا على إجازة القريب ، فإن أجازته نفذ ، وإن لم يُجزئه بطل .

٢٩٧ - ولا تكون الإجازة في هذه الحالة إلا برضاه صراحة أو دلالة ، فسكوته لا يعتبر إجازة لهذا العقد ، ولو كان حاضرًا مجلسه ؛ لأنه لا يدل قطعًا على الرضا ؛ إذ يحتمل أن يكون لعدم المبالاة بهذا العمل الذي صدر من غير ولاية معتبرة .

٢٩٨ - فلو امتنع القريب من تزويج الصغيرة ، فإما أن يكون امتناعه بحق ، أو بغير حق . فإن كان الأول بأن أبدى سببًا مقبولًا ، كأن كان الخاطب لا يدفع مهر مثلها ولو كان كفاً ، فلا حق لأحد في تزويجها . وإن كان الثاني بأن لم يُبدِ سببًا مقبولًا في عدم الزواج ، كأن كان الخاطب كفاً ويدفع مهر مثلها ، فلا يزوجه البعيد أيضًا ، بل الذي يزوجه في هذه الحالة هو القاضي أو نائبه ، سواء كان التزويج منصوبًا له في منشوره أو لا ، ولو كان الممتنع هو الأب .

٢٩٩ - والفرق بين العاضل والغائب : أن العاضل ظالم ، فتنقل الولاية إلى الحاكم ؛ لأن رفع الظلم إليه . والغائب غير ظالم ، لا سيما إذا كان سفره للحج والجهاد ، فافتراقًا ، فأشبهه النفقة والحضانة فإنها تنتقل إلى البعيد .

٣٠٠ - فإن كان امتناع الأب من تزويجها للخاطب الكفء الذي يدفع مهر مثلها ، لتعلق إرادته بتزويجها لكفء آخر . فإن كان حاضرًا ، فلا يكون ممتنعًا بغير حق ، فليس لأحد تزويجها ؛ لأن شفقته دليل على أنه اختار لها الأنفع ، أما إذا كان الكفء الذي يريد تزويجها له غائبًا وامتنع من تزويجها للحاضر ، فهو عاضل ؛ لأنه متى حضر الكفء فلا يُتَنَظَّرُ غيره خوفًا من فواته ؛ ولذا تنتقل الولاية إلى البعيد إذا غاب القريب .

٣٠١ - وبعضهم يقول : تنتقل الولاية للبعيد عند امتناع القريب بغير حق ، كما في

= قول المالكية : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٧٥/٢ ، ٣٧٦) : « وعلى الولي (وجوبًا) الإجابة لكفء رضيت به (الزوجة الغير المحجرة) (وإلا) بأن امتنع من كفء رضيت الزوجة به (كان عاضلًا) بمجرد الامتناع (فيأمره الحاكم) إن رفعت له بتزويجها (ثم) إن امتنع (زَوْجٌ) الحاكم ، ولا ينتقل الحق لمن بعد العاضل من الأولياء . (إلا) أن يكون امتناعه (لوجه) صحيح ، فلا يُزَوَّجُ الحاكم .
قول الخنابلة : جاء في المغني (٢٣/٧ ، ٢٤) : « إذا عضلها ولها الأقرب ، انتقلت الولاية إلى الأبعد . نص عليه أحمد . وعنه رواية أخرى : تنتقل إلى السلطان . »

حال غيبته . ولكن الصحيح ما تقدم لك من انتقالها للقاضي في هذه الحالة ^(١) .

(مادة ٤٢)

إذا استوى وليان في القرب ، فأيهما تولى النكاح بشروطه جاز ، سواء أجازة الآخر أو لم يجزه ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٢) : ٢ - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨) أ - الولي في الزواج العاصب بنفسه على ترتيب الإرث .

ب - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ويتمن من أذنت له المخطوبة .
ج - إذا تولى العقد الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج صحيحاً ما لم يكن الأقرب أباً فيتعقد موقفاً على إجارته ؛ فإن لم يجز فله طلب الفسخ والقاضي اتخاذ ما يراه مناسباً وفق ملاسبات الحال ومقتضيات المصلحة .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهر النيرة (٩/٢) : « فإذا اجتمع وليان في درجة واحدة ، فزوج أحدهما ؛ جاز ، سواء أجاز الآخر أو فسخ . بخلاف الجارية بين الثنين ، زوجها أحدهما فإنه لا يجوز إلا بإجازة الآخر » .
قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٦٨/٧) : « (وإذا اجتمع أولياء) من النسب (في درجة) ورتبة واحدة كإخوة أشقاء وقد أذنت لكل ، أو قالت : أذنت لمن شاء منكم أو من مناصب الشرع ، أو لأحدهم في تزويجي من فلان ، أو رضيت أن أزوجه أو رضيت فلاناً زوجاً . وتعيينها لأحدهم بقدر ليس عزلاً لباقيهم (استحباب أن يزوجهما أفقهم) بباب النكاح وأورعهم (وأسئهم برضاهم) أي : باقيهم ؛ لأن الأفقه أعلم بشروط العقد ، والأورع أبعد عن الشبهة ، والأسن أخير بالأكفأ . واحتيج لرضاهم ؛ لأنه أجمع للمصلحة . فإن تعارضت الصفات ، فقدم الأفقه فالأورع فالأسن . ولو زوج المفضول ؛ صح » .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (١٩١/٣) : « إذا كان للمرأة أولياء وهم في المنزلة سواء : إخوة أو بنو إخوة أو أعمام ، أو بنو أعمام ، فاختلوا بهم يتولى العقد مع اتفاقهم على الزوج ، أو اختلفوا في تعيين الزوج بأن يريد كل منهم تزويجها لغير من يريده الآخر ، ولم تعين المرأة أحد الزوجين . وإلا أجيبت إلى ما عيته ، إن كان كففاً ؛ فإن السلطان ينظر فيمن يلي العقد منهم في الأولى ، وفيمن يزوجه هو منه في الثانية » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٤٣ ، ٦٤٤) : « وإن استوى وليان فأكثر لامرأة (في درجة) كإخوة كلهم لأبوين أو لأب ، أو بنو إخوة كذلك أو أعمام أو بنينهم كذلك (صح التزويج من كل واحد) منهم لوجود سبب الولاية في كل منهم » .

- ٣٠٢ - وكل هذه الأحكام فيما إذا اختلفت الأولياء جهةً أو درجةً أو قوةً.
- ٣٠٣ - فإذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين مثلاً ، وكلٌّ منهما مستوفٍ لشروط الولاية ؛ فأيهما تولى الزواج وكان مستوفياً كل الشروط ؛ جاز هذا العقد ، سواء أجازته الآخر أو لم يجزه ؛ لأن الولاية ليست متجزئة وفي كل منهما جزء منها ، حتى يلزم اجتماعهما ، بل هي ثابتة لكلٍّ منهما على انفراده ، فله أن يتولى العقد بمقتضى هذه الولاية . ومتى باشر شخص أي عقد مستوفٍ لجميع شرائطه بولاية تامة ، نفذ ولا ينقض .
- ٣٠٤ - ومن العلماء من قال : لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل . فإن رَوَّجَهَا كُلُّهُمَا ؛ فالصحة للسابق . فإن لم يُعْلَمَ السابق أو وقعا معاً ؛ بطلا لعدم الأولوية بالتصحيح .

٣٠٥ - ولو زوجها أبوها وهي بكرٌ بالغة بأمرها وزوجت هي نفسها من آخر ، فأيهما قالت هو الأول ، فالقول قولها ، وهو الزوج ؛ لأنها أقوت بملك النكاح له على نفسها ، وإقرارها حجة تامة عليها . وإن قالت : لا أدري الأول . ولا يُعْلَمُ من غيرها ، فَرُوِّقَ بينها وبينهما لعدم أولوية واحد منهما على الآخر . فلو قدمنا واحداً منهما ، لزم الترجيح بلا مرجح . ومثل هذا إذا زوجها وليان بأمرها (١) .

(مادة ٤٣)

لا يُجوزُ للْحَاكِمِ الَّذِي لَهُ وَلايَةُ الْإِنكَاحِ أَنْ يُزَوِّجَ الْيَتِيمَةَ الَّتِي لَا وَّليَ لَهَا مِنْ نَفْسِهِ وَلَا مِنْ أَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ (١) .

• • •

٣٠٦ - ومتى ثبتت الولاية للحاكم ، فله أن يزوجه ممن شاء .

- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٥) : ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعِهِ .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٤) : ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصله أو فرعه .
- (٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٤٢٤/٣) : فعل القاضي مُحْكَمٌ ، فلو زوج اليتيمة من نفسه أو ابنه ، لم يجز . انظر : البحر الرائق (٢٧٩/٦) .

٣٠٧ - واستثنوا من ذلك تزويجها لنفسه ، ولأصوله كآبيه ، وفروعه كابنه وابن ابنه وإن سفل ؛ فإنه لا يجوز ، كما إذا باع مال اليتيم لنفسه أو لأحد من هؤلاء ، فإنه غير جائز .

والسبب في ذلك : أن فعل القاضي مُحْكَم ، مُحْكَمه لنفسه أو لأحد من هؤلاء غير جائز . ومن هنا يُعْلَم أن فعل القاضي مُحْكَم وإن عَزَا عن الدعوى .

٣٠٨ - ولا منافاة بين هذا وقولهم : شرط نفاذ القضاء في المجتهديات أن يصير الحكم في حادثة تُجْرَى فيها خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم ؛ لأن ما هنا محمول على الحكم الفعلي ، وما قالوه محمول على الحكم القولي .

ومثل ما هنا : القضاء الضمني ، فلا تشترط له الدعوى والخصومة ، كما إذا شهدا على خَصْم بحق ، وذكر اسميه واسم أبيه واسم جده ، وقضى بذلك الحق ، كان قضاءً بِنَسْبِهِ ضِمْنًا ، وإن لم يكن في حادثة النسب . وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلانٍ وَكَلَّت زوجها فلانًا في كذا على خصم مُثْكَر ، وقضى بتوكيلها ، كان قضاءً بالزوجية بينهما .

٣٠٩ - ونظيره الحكم بثبوت الرضائية في ضمن دعوى الوكالة ، أو بثبوت الدين ، وأمثله كثيرة ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨) أ - لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا بموافقة

وليه وإذن القاضي بعد توفر الشروط التالية:

١ - قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حالته .

٢ - كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله .

٣ - كون زواجه فيه مصلحة له .

ب - يتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص .

٣١٠ - قد علمت مما تقدم أن الولاية في الزواج قسمان : ولاية إجبار ، وولاية استحباب . فالأولى : تكون بالنسبة : للصغير ، والصغيرة ، ومن يُلحق بهما . والثانية : بالنسبة للكبيرة المكلفة .

٣١١ - فمتى ثبتت الولاية لواحد من الأولياء المتقدمين ، سواء كان أباً أو جدّاً أو غيرهما ، وسواء كان عصبية أو غير عصبية ، وسواء كان قريباً أو غير قريب ؛ جاز له أن يُزوّج الصغير والصغيرة ، بكثر أو كانت أو ثيباً ، والمجنون والمجنونة ، والمعته والمعتوهة جبراً ، يعني : رضيي كل واحدٍ منهم بهذا الزوج أو لم يرضَ ؛ لأن كلاً ممن ذُكر ناقصُ العقل أو فاقدُهُ ، فلا يهتدي إلى الصالح له ، فجعل الشارع الولي ناظرًا لمصالحهم . فمتى رأى المصلحة في شيء فعله .

٣١٢ - ولا فرق بين أن يكون الجنون أو العتة أصلياً كأن بلغ كل من الصغير والصغيرة مجنوناً أو معتوهاً ، أو طارئاً كأن بلغ كل منهما عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون أو

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٥٢/٨ - ٥٧) : « اعلم أن في تزويج الأب أولاده الصغار عشر مسائل : إحداهما : أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ ، والكبار المجانين ؛ فله تزويجهم ، سواء أذنوا أو لا ، وسواء زوّوا أم لا ، بغير المثل أو بزيادة عليه ، على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه في كل واحد منها .

المسألة الثانية : أولاده الذكور العاقلون البالغون : ليس له تزويجهم . يعني بغير إذنهم بلا نزاع ؛ إلا أن يكون سفياً ، ففي إجباره وجهان . قلت : الأولى الإجبار ، إن كان أصلح له .
المسألة الثالثة : ابنته البكر التي لها دون تسع سنين : فله تزويجها بغير إذنها ورضاها بلا نزاع . وحكاية ابن المنذر إجماعاً .

المسألة الرابعة : البكر التي لها تسع سنين فأزيد إلى ما قبل البلوغ : له تزويجها بغير إذنها . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب .

المسألة الخامسة : البكر البالغة : له إجبارها أيضاً . على الصحيح من المذهب مطلقاً .
السادسة : البكر المجنونة : له إجبارها مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .
السابعة : الثيب المجنونة الكبيرة : له إجبارها . على الصحيح من المذهب .
الثامنة : الثيب العاقلة التي لها دون تسع سنين : له إجبارها . على الصحيح من المذهب ، وقطع به كثير من الأصحاب .

التاسعة : الثيب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ولم تبلغ : فأطلق المصنف في جواز إجبارها وجهين . وهما كذلك عند الأكثرين ، أحدهما : ليس له إجبارها . وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وعنه : له إجبارها .

العاشرة : الثيب البالغة العاقلة ، ليس له إجبارها بلا نزاع .

العتة بعد ذلك . غير أنه في الحالة الأولى لم تنقطع الولاية ؛ لأنها كانت موجودة في حال الصغر ، واستمرت ببلوغ كل منهما غير صالح لتوليته شؤون نفسه . وفي الحالة الثانية تنقطع الولاية بالبلوغ عاقلاً لزوال السبب الموجب لها وهو قصر العقل ، ثم تعود بطرود ما يوجبها ، ولكن لا تعود إلا إذا استمر شهراً على ما هو المعتبر .

٣١٣ - واختلفوا في المعتوه على أقوال كثيرة ، والمرضى أنه سئئ التدبير قليل الفهم مختلط الكلام إلا أنه لا يضرب ولا يشتم^(١) ، بخلاف المجنون .

(مادة ٤٥)

إِذَا وَلى الأب أو الجد بنفسه نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من غير المكلفين ، وكان غير مغزوف قبل العقد بسوء الاختيار مجاناً وفسقاً ؛ لزم النكاح بلا خيار لهما بعد البلوغ ، ولو كان النكاح بغبن فاحش ؛ زيادة في المهر الذي دفعه الصغير ، ونقصاً في مهر الصغيرة ، أو كان الزوج غير كفء لها . والمجنونة إذا زوجها ابنتها الذي هو وليها بغبن فاحش في المهر أو بغير كفء ؛ لزمها النكاح ولا خيار لها بعد إفاقتها^(٢) .

٣١٤ - والأولياء ليسوا في حكم واحد بالنسبة لتزويج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما ؛ بل هم منقسمون إلى قسمين ، الأول : الأصل المذكر العصبية ؛ وهو : الأب ، والجد الصحيح وإن علا . والفرع المذكر أيضاً ؛ وهو : الابن ، وابن الابن وإن سفل . الثاني : غير من ذكر ولو كان الحاكم .

٣١٥ - وكل من القسمين له حكم يخصه ، وبيانه : أنه إذا ولى واحد من القسم الأول عقد الزواج ، بأن ولى الأب أو الجد عقد زواج الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما عند عدم الابن أو ولى الابن عند وجوده عقد زواج من يلحق بهما ؛ فهناك حالتان لكل

(١) انظر : البحر الرائق (٢٦٨/٣) ، ورد المختار (٢٤٣/٣) ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦٥٧/٢) .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٣٠/٢ ، ١٣١) : « ولو زوّج طفلة غير كفء أو بغين فاحش ، صح ، ولم يجز ذلك لغير الأب والجد) أي : لو زوج ولده الصغير غير كفء ، بأن زوج ابنه أمة ، أو زوج بنته عبداً ، أو زوجه بغين فاحش ، بأن زوج البنت ونقص من مهرها ، أو زوج ابنه وزاد على مهر امرأته ؛ جاز . وهذا عند أبي حنيفة . وقالا : لا يجوز أن يزوجهما غير كفء ، ولا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتباين الناس فيه . ومعنى هذا الكلام : أنه لا يجوز العقد عندهما . »

منهم ، الأولى : أن يكون كلٌّ منهم غيرَ معروفٍ قبل العقد بسوء الاختيار مَجَانَّةً وفشَقًا . الثانية : أن يُعْرَفَ بسوء الاختيار ، سواء كان آتياً من جهة المجانة أو الفسق . والماجن هو الذي لا يبالي بما يصنع وبما قيل له ومصدره المَجُون ، والمجانة اسم منه ، والفعل من باب طَلَبَ .

٣١٦ - ففي الحالة الأولى : يصح الزواج ، وينفذ ، ويلزم . يعني : أنه لا يثبت خيارُ فَنَسَخٍ هذا العقد عند البلوغ في حالة الصغر ، والإفاقَةِ في حالة الجنون ، والعتَةِ في جميع الصور التي تَنَتَّأى هنا ؛ وهي أربع : الأولى : أن يكون الزوج كُفْأً والمهر مهر المثل . الثانية : أن يكون الزوج كُفْأً والمهر أقل من مهر المثل . الثالثة : أن يكون الزوج غير كفاءٍ والمهر أكثر من مهر المثل . الرابعة : أن يكون الزوج غير كفاءٍ والمهر أقل من مهر المثل أو مساوٍ له .

وكلٌّ من النفاذ واللزوم ظاهر في الصورة الأولى ، لظهور المصلحة حيث كان الزوج كُفْأً والمهر مهر المثل ، وأما في باقي الصور ، فكان الظاهر في أول الأمر الجواب بعدم الصحة لعدم المصلحة ، ولكن بإمعان النظر نجد ما قاله موافقاً للصواب ؛ لأن وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخرى في النكاح من : سوء الخُلُق وحسنه ، ولطافة العشرة وغلظتها ، وكَرَمِ الصُّحْبَةِ ولُؤْيَمِها ، وتوسيع النفقة وتفتيرها .

وهذه المقاصد أهم من الكفاءة والمهر في نظر العقلاء ، فكلٌّ من الأصل والفرع المتقدمين يَجِدُ جِدًّا بالغاً وينظر نظراً صائباً بما عنده من وُقُورِ الشفقة في اختيار الأهم وتقديمه على المهم ، خصوصاً وأنه لم يعرف بسوء الاختيار ؛ بل بحسن النظر في العواقب ؛ لخوفه من اللوم في المستقبل . فهو لا يُقَدِّمُ على عمل من الأعمال إلا بعد التدبُّر والتفكُّر فيما يترتب عليه ، فهذا كله يدل على أنه ما زَوْجٌ لغير كفاءٍ أو بأقل من مهر المثل إلا لترجيحه المصالح الأخرى على الكفاءة والمهر ، فصححتنا عقده نافذاً لازماً .

٣١٧ - وقال الصحابيان : لا يجوز الحطُّ والزيادة إلا بما يتغابن الناس ^(١) فيه ؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر ، فعند فواته يبطل العقد ؛ وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ، ولهذا لا يملك ذلك غيرهما .

٣١٨ - ولأبي حنيفة : أن الحكمة تُدَار على دليل النظر ، وهو قُزْبُ القرابة . وفي

(١) تغابن القوم : غَبِنَ بعضهم بعضاً . وَغَبِنَ الشيءَ ، وَغَبِنَ فِيهِ غُبْنًا وَغُبْنًا : نَبَيْتَهُ وَأَغْفَلَهُ وَجَهَلَهُ . انظر : لسان العرب مادة (غبن) .

النكاح المقاصدُ تربو على المهر ، أما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي ، والدليل في غيرهما غير موجود (١) ، والمعول عليه مذهب الإمام .

٣١٩ - ومثل الزوجة في هذه الصور الزوج ؛ لأنه كما يجوز للأب والجد والابن أن يزوج الأنثى التي له الولاية عليها لغير كفاءة أو بأقل من مهر المثل ، يجوز له أيضاً أن يزوج المذكر بامرأة أقل منه أو بأكثر من مهر مثلها ، ولا فرق في النقص الذي يحصل في مهر المثل بالنسبة للأنثى والزيادة التي تحصل فيه بالنسبة للمذكر ، بينما إذا كان العَبْنُ يسيراً أو فاحشاً ، فالعَبْنُ اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقومين ، والعَبْنُ الفاحش هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين .

(مادة ٤٦)

لَوْ كَانَ الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ مَشْهُورًا قَبْلَ الْعَقْدِ بِسُوءِ الْاِخْتِيَارِ مَجَانَّةً وَفَسْقًا ، وَزَوْجٌ صَغِيرَةٌ أَوْ صَغِيرَتُهُ بِعَبْنٍ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ أَوْ يَغْتَبِرُ كُفَاءً فَلَا يَصِحُّ النُّكَاحُ أَصْلًا (٢) .

• • •

٣٢٠ - وأما في الحالة الثانية : وهي التي عُرف كلُّ منهم بسوء الاختيار قبل العقد مَجَانَّةً أو فسقًا ، فلا يصح العقد إلا في الصورة الأولى ، وهي ما إذا كان الزوج كفاً والمهر مهر المثل ؛ لأن المصلحة ظاهرة بخلاف الصور الباقية ؛ فإنه لا يمكننا تصحيح العقد فيها ؛ لأن الأسباب التي بُنيَتْ عليها صحة العقد في الحالة الأولى (وهي ما إذا لم يُعرف كلُّ منهم بسوء الاختيار قبل العقد) منتفية .

ولذا لو كان سكراناً وَزَوْجٌ بنته من فاسق أو شرير أو فقير أو ذي جزفة ذنيفة ؛ لم يصح العقد أصلاً ، لأنه حال السكر لا يهتدي إلى ما قلناه .

(١) انظر : تبين الحقائق (١٣١/٢) .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٣١/٢) : لو كان الأب معروفاً بسوء الاختيار أو المجانة والفسق ، كان العقد باطلاً عند أبي حنيفة هو الصحيح . انظر : فتح القدير (٣٠٣/٣) ، ورد المختار (٣/ ٦٦ ، ٦٧) ، والبحر الرائق (١٤٤/٣) ، ومجمع الأنهر (٣٤٥/١) .

(مادة ٤٧)

إِذَا كَانَ الْمَرْزُوقُ لِلصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ غَيْرَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ وَلَوْ الْقَاضِي ؛ فَلَا يَصِحُّ النَّكَاحُ أَصْلًا بِغَيْرِ كَفٍّ أَوْ يَغْنَبِينَ فَاحِشٍ فِي الْمَهْرِ ، وَيَصِحُّ بِالْكَفِّ وَبِمَهْرِ الْبَيْتِ . وَلِكُلِّ مِنْهُمَا إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالنَّكَاحِ وَلَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ خِيَارٌ فَسُخِّهِ بِالْبُلُوغِ أَوْ الْعِلْمِ بِهِ بَعْدَهُ (١) .

٣٢١ - وإن ولي واحد من القسم الثاني عقد الزواج ، وهو غير الأب أو الجد وإن علا والابن وإن سفل ، ولو كان الأم أو القاضي ، بأن زوج الأخت أختَه أو زوجت المرأة بنتها أو القاضي اليتيمَة التي لا ولي لها من الأقارب ؛ فلا يصح العقد أصلاً إذا كان الزوج غير كفء ، سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له أو أكثر ، أو كان الزوج كفاً والمهر أقل من مهر المثل وكان الغبن فاحشاً ؛ إذ اليسير مُتَقَرَّرٌ .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٢٢/٢) : « (ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجد بشرط القضاء) أي : للصغير والصغيرة خيار الفسخ إذا بلغا فيما إذا زوجهما غير الأب والجد . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا خيار لهما ؛ لأن النكاح عقد لازم ، وقد صدر من الولي ، فلا يفسخ قباشاً على الأب والجد . »

قول الشافعية : جاء في حاشيتي قلوبوي وعميرة (٢٣٥/٣) : « (وبجري القولان في تزويج الأب) أو ابنه (بكرًا صغيرًا أو بالغة غير كفء بغير رضاها) أي : رضا البالغة (ففي الأظهر) التزويج (باطل) ؛ لأنه خلاف الغبطة ، وجاء في أسنى المطالب (١٣٩/٣ ، ١٤٠) : « (متى زُوج ابنه الصغير أو المجنون بذات عيب مثبت للخيار) في النكاح (لم يصح) التزويج لانتفاء الغبطة (أو) زوجه (بسليمة لا تكافئه) بجهة أخرى (صح) التزويج ؛ لأن الرجل لا يتغير باستفراشه من لا تكافئه بخلاف المرأة (إلا الأمة في حق الصغير) فلا يصح تزويجه بها (لفقد خوف العنت) بخلاف المجنون يجوز تزويجه بها بشرطه . »

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٨١/٨) : « ظاهر قوله : (فإن كانت صغيرة أو مجنونة ، فلها الخيار إذا بلغت وعقلت) أنه ليس لها خيار قبل البلوغ ، وهو ظاهر كلامه في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاروي ، وغيرهم ، وقدمه في الرعايتين . وقيل : لها الخيار إذا بلغت تسقًا . وهو المذهب . قال في الفروع : إذا بلغت سنًا يعتبر قولها فيه ، نُحِيزَتْ . وذكره القاضي في المجرى ، وجزم به في المستوعب ، وصرح بأنها بنت تسع ؛ وكذا صرح به ابن البنا في العقود فقال : إذا كانت صغيرة ففقت ، فهي على الزوجية ، إلى أن تبلغ حدًا يصح إذنها ، وهي التسع سنين فصاعدًا . انتهى . وقال ابن عقيل : إذا بلغت سبعمًا ، بتقديم السين - . وقال الشيخ تقي الدين : اعتبار صحة إذنها بالتسع أو السبع ضعيف ؛ لأن هذا ولاية استقلال ، وولاية الاستقلال لا تثبت إلا بالبلوغ كالمعروف عن القصاص ، والشفعة ، وكالبيع . بخلاف ابتداء العقد ؛ فإنه يتولاه الولي بإذنها ، فجتمع الولايتان ، وبينهما فرق . »

٣٢٢ - ويصح الزواج وينفذ غير لازم إذا كان الزوج كفاً والمهر مهر المثل .

٣٢٣ - ويرتّب عليّ كون العقد غير لازم في هذه الصورة : ثبوت الخيار في إمضاء هذا العقد وفسخه لكلّ من الصغير والصغيرة عند البلوغ أو الإفاقة ولو بعد الدخول .

٣٢٤ - فإن كان كلّ من الصغير والصغيرة يعلم بهذا التزوج قبل البلوغ، ثبت له الخيار عند البلوغ ؛ وإن لم يعلم به قبل البلوغ ، ثبت له الخيار وقت العلم به ؛ لأنه لا يُتصوّرُ ثبوت الخيار في شيء قبل العلم به ، فأثبتناه عند تصوره وهو وقت العلم .

٣٢٥ - فقد عُلم من هذا أنه عندما يتولى أحد من القسم الثاني الزواج ، يصح ويتنفذ . ولا يلزم في الحالة الأولى المتقدمة ، وهي ما إذا كان الزوج كفاً والمهر مهر المثل . ولا يصح أصلاً في باقي الصور .

٣٢٦ - وبعضهم روى عن أبي حنيفة أن المُرُوج إذا كان القاضي أو الأمّ ، يكون العقد لازماً ؛ فلا يثبت الخيار في الفسخ .

واستدل على هذا : بأن ولاية القاضي تامّة ؛ لأنها تجمع المال والنفس ، وشفقة الأمّ فوق شفقة الأب ، فكانا كالأب .

ولكن الصحيح عدم الفرق بين الأم والقاضي وغيرهما ؛ لأن ولاية الإلزام تبنى على الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، والموجود في كل واحد منهما أحدهما . ولأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعلم ، فإذا ثبت الخيار في الحجاب ، ففي المحجوب من باب أولى .

٣٢٧ - وقال أبو يوسف : لا يثبت الخيار للصغير والصغيرة بالبلوغ ، ولو كان المُرُوج غير الأب والجد ؛ لأن النكاح عقد لازم ، وقد صدر من الولي ، فلا يُفسخ قياساً على الأب والجد ؛ ولأن الولاية لم تشرع في غير موضع النظر ، صيانة عن الإفضاء إلى الضرر ، وإذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقده هو بعد بلوغه ، فلا يجوز له فسخه أصلاً .

٣٢٨ - ولأبي حنيفة ومحمد : ما روي من أنه عليه الصلاة والسلام زوّج أُمّامَةَ بنت حمزة (١)

(١) هي : أُمّامَةُ بنت حمزة بن عبد المطلب ، وأمها سلمى بنت عميس ، وهي التي اختصم فيها علي وجعفر وزيد عليهم السلام ، لما خرجت من مكة وسألت كل من مر بها من المسلمين أن يأخذها فلم يفعل ، فاجتاز بها علي فأخذها فطال جعفر أن تكون عنده ؛ لأن خالتها أسماء بنت عميس عنده ، وطلبها زيد بن حارثة ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وآله قد أخى بينه وبين حمزة فقبضى بها رسول الله صلى الله عليه وآله لجعفر بن أبي طالب ثم زوجها رسول الله صلى الله عليه وآله من سلمة ابن أم سلمة وقال حين زوجها منه : « هل جريت سلمة ؟ » لأن سلمة هو الذي زوج أمه من رسول الله صلى الله عليه وآله . انظر أسد الغابة (٢١/٧) .

وهي صغيرة لسلمة بن أبي سلمة^(١) وهي بنت عمه ، وقال : « لها الخيار إذا بلغت » .
وإنما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة ، بدليل إثبات الخيار لها إذا بلغت .

ولأنه عليه الصلاة والسلام لم يزوج أحدًا بالنبوة ، ولو كان زَوْجَ بها ، لما تَقَدَّمَ عليه أحد ، ولم يُنْقَلْ إلينا أنه عليه الصلاة والسلام منَعَ الأولياء من التزويج ، وزَوْجَ هو ؛ ولأن العقد صَدَرَ مَنْ هو قاصر الشفقة ؛ لأن أصل الشفقة موجودة ، ولكنها قاصرة عند المقابلة بشفقة الأب والجد ، فيتطرق الخلل إلى المقاصد ، فيثبت لهما الخيار ؛ ولوجود أصل الشفقة تَقَدُّنَاةً في الحال ، ولقصورها أثبتنا لهما الخيار في المآل ، لِئِذَا الضَّرر لو كان فيه ضرر ، ويضاف إلى اختيارهم إلى نفسها ؛ إذ الشخص ينظر في شؤون نفسه أكثر من غيره ، فيبرأ الأولياء عن عَهْدَةِ اليتامى بخلاف الأب والجد ؛ لأنهما وإفرا الشفقة تَأْمِنًا للولاية ، فلا نحتاج إلى إثبات الخيار .

وعلى هذا مَنْ يُلْحَقُ بالصغير والصغيرة إذا زوجه الأب أو الجد أو الابن ، فلا خيار له بعد الإفاقة ؛ وإن زوجه غيرهم ، ثبت له الخيار بعدها .

٣٢٩ - وقال الإمام مالك : لا تثبت ولاية الإجماع لأحد من الأقارب على الصغير والصغيرة إلا للأب ، حتى لو زوجها الجد عند عدم الأب فلا يجوز .

٣٣٠ - وقال الشافعي : وليهما الأب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بَكْرًا ، وإن كانت ثيبًا فلا ولاية عليها ، حتى لو زوجها الأخ أو العم أو زوج الثيب الصغيرة الأب أو الجد كَرَاهًا ، لا ينفذ النكاح .

٣٣١ - واستدل الإمام مالك : بأن القياس يأبى أن يكون للشخص على الغير ولاية إذا كان حرًا إلا لحاجة ، ولا حاجة عند انعدام الشهوة ، غير أن ولاية الأب ثبتت نصًا على خلاف القياس ؛ فإن سيدنا أبا بكر زوج عائشة من النبي ﷺ وهي بنت ست سنين ، وصحح النبي ﷺ ذلك ؛ فلا يقاس عليه غيره ، وهو الجد ، ولا يلحق به دلالة ؛ لأنه ليس في معناه ؛ لأن الولد جزء الأب ، فكانت الولاية للأب عليه كالولاية على نفسه ، والجزئية قد ضَعُفَتْ في الجد وشفقته قد نَقَصَتْ ، فلا يكون في معناه .

(١) هو : سلمة ابن أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي ربيب رسول الله ﷺ أمه أم سلمة زوج النبي ، هاجر أبوه أبو سلمة وأمه وهو صغير وبه كانتا يكتبان وهو الذي عقد النكاح لرسول الله ﷺ على أم سلمة ، فلما زوجه رسول الله ﷺ أمامة بنت حمزة بن عبد المطلب أقبل على أصحابه وقال : هل تروني كافأته وعاش إلى أيام عبد الملك بن مروان . انظر : أسد الغابة (٣/٤٢٩) .

٣٣٢ - قلنا : لا نسلم أن ثبوت الولاية على الحر على خلاف القياس ؛ بل هو موافق له ؛ لأن النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ، ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة ، ولا يتفق الكفاءة في كل وقت ، فأثبتنا الولاية في حال الصغر إحرازًا للكفاءة لكل من يتأتى منه الإحراز أبا كان أو غيره .

٣٣٣ - واستدل الشافعي : بأن الولاية للنظر ، والنظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد ؛ لقصور شفقتهم وتعدد قرابته ؛ ولذلك لا يملك غيرهما التصرف في المال ، مع أنه أدنى رتبة لكونه وقاية للنفس ؛ فلأن لا يملك التصرف في النفس وهو أعلى من باب أولى .

٣٣٤ - ودليلنا : أن الولاية للنظر ، وهو موجود في كل قريب ؛ لأن القرابة داعية إليه كما في الأب والجد ؛ فإن النظر فيهما لم يثبت إلا من القرابة . غاية ما في الباب أنه متفاوت كمالاً وقصوراً بقرب القرابة وتبغدها ، لكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك ، فأظهرناه في سلب ولاية الإلزام ، فجعلنا لهما خيار البلوغ ، فإذا بلغا ووجدا الأمر على ما ينبغي ، مضيا على النكاح . وإن وجدا تحللاً بقصور الشفقة والنظر ، فسحا النكاح . بخلاف التصرف في المال ؛ لأن الحلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك ؛ لأنه يتكرر بتداول الأيدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم ... وثم وقد يغيب بعضهم ، ولا يمكن توقف ذلك كله إلى وقت البلوغ ، فلا تفيد الولاية إلا مُلْزِمَةً ، ولا إلزام مع القصور . بخلاف المتناكحين فإنهما ثابتان من غير تكرار غالباً، فكان التدارك بالتوقف إلى البلوغ ممكناً .

٣٣٥ - ويؤيد كلام الحنفية : قوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « الإنكاح إلى العصبات » . كما تقدم لك شرحه في مادة (٣٦) (١) .

(١) المادة (٣٩) يسقط حق طلب الفسخ لانتهاء الكفاءة بحمل الزوجة أو انقضاء سنة على عقد الزواج .

(مادة ٤٨)

إِذَا بَلَغَ الصَّغِيرُ وَالصَّغِيرَةُ وَاخْتَارَا فَسَخَّ النِّكَاحَ الَّذِي بَاشَرَهُ غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ ، لَزِمَهُمَا أَنْ يَزِفَعَا الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيَفْسَخَ النِّكَاحَ إِذَا لَمْ يُوجَدْ مُسَقِّطٌ لِلْخِيَارِ . فَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَفْسَخَ الْحَاكِمِ النِّكَاحَ ؛ يَرِثُهُ الْآخَرُ ، وَيَلْزَمُ كُلُّ الْمَهْرِ لِلْمَرْأَةِ أَوْ لِبُورَثِيهَا ^(١) .

• • •

٣٣٦ - فقد علمت مما تقدم أنه متى زَوَّجَ الصغير أو الصغيرة غير الأب والجد من كفاء وبمهر تام ، صَحَّ العقد ، ولكن لكل واحد منهما الخيار إذا بلغ ، إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسَخَ العقد ؛ فإن اختار كل منهما بقاء العقد ؛ فلا كلام . وإن اختار الفسخ ؛ فلا يفسخ العقد بمجرد اختياره له ، بل لا بد من أن يرفع الأمر للقاضي ، ليفسخ العقد إذا لم يوجد مسقط للخيار ، بأن صدر منه ما يدل على الرضا صراحة أو دلالة .

٣٣٧ - ويترتب على عدم فسخ هذا العقد إلا بحكم القاضي : أنه إذا مات أحد الزوجين بعد البلوغ واختيار الفسخ ؛ ولكن قبل تفريق القاضي ، ورثه الآخر ؛ لأن أصل العقد صحيح ، والزوجية قائمة لم تزل لعدم القضاء الذي هو شرط في إزالتها .

٣٣٨ - ويترتب عليه أيضًا : لزوم كل المهر في هذه الحالة إذا مات أحد الزوجين ؛ لأن الزوجية ما دامت قائمة ومات أحد الزوجين ، ولو قبل الدخول بها - يتأكد بها لزوم كل المهر . والزوجية هنا قائمة ما دام القاضي لم يفرق بينهما ، فيتأكد لزوم كل المهر . فإذا مات الزوج أخذت المرأة كل المهر من تركته ؛ وإذا ماتت الزوجة ، أخذت ورثتها المهر من الزوج بعد إسقاط ما يخصه منه ؛ لأنه من ضمن الورثة ، أما إذا مات أحد الزوجين بعد حكم القاضي بالفرقة بينهما ؛ فإن كانت هذه الفرقة بعد الدخول ، لزم كل المهر أيضًا ؛ لأن المهر كما يتأكد بموت أحد الزوجين ، يتأكد أيضًا بالدخول وقد حصل . وإن كانت قبل الدخول ، فلا يلزم كل المهر ؛ لأن الزوجية قد انقطعت

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٢١٧/٤) : « فإن اختار الصغير أو الصغيرة الفرقة بعد البلوغ ، فلم يفرق القاضي بينهما حتى مات أحدهما توارثا ؛ لأن أصل النكاح كان صحيحا ، والفرقة لا تقع إلا بقضاء القاضي ؛ فإذا مات أحدهما قبل القضاء ؛ كان انتهاء النكاح بينهما بالموت ، فيتوارثان بمنزلة ما لو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة ، فمات أحدهما قبل قضاء القاضي . وباعتبار هذا المعنى نقول : يجعل للزوج أن يطأها ما لم يفرق القاضي بينهما ؛ لأن أصل النكاح كان صحيحا ، بخلاف النكاح الفاسد فإن أصل الملك لم يكن ثابتا ، فلا يثبت جل الوطء والتوارث » .

بحكم القاضي بفسخ العقد ، فصارا أجنبيَّين .

٣٣٩ - فإذا اختار أحدهما فسخ العقد ، ورفع الأمر إلى القاضي ، وحكم بالفرقة ، ولم يُمَثَّ أحدُ الزوجين ، فللزوجة كلُّ المهر إن كانت الفرقة بعد الدخول . وإن كانت قبل الدخول ؛ فلا يجب المهرُ ولا شيءٌ منه ، سواء كان الخيار منه أو منها ؛ لأن الفرقة بالخيار فَنَسَخَ للعقد ، والعقد إذا انفسخ يُجْعَلُ كأنه لم يكن ، فلا يجب على الزوج شيء .

٣٤٠ - وإنما اشترطَ القضاء في فسخ النكاح بخيار البلوغ : لأن في أصله ضَعْفًا ؛ إذ هو مختلف فيه ؛ لأن أبا يوسف يقول بعدم ثبوته ؛ ولأنه لدفع ضررٍ خفيٍّ ، وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة الزوِّج ؛ ولذا يشمل المذكر والمؤنث ؛ لأن قصور الشفقة موجود بالنسبة إليهما ، وإذا كان الضرر خفيًّا يتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة .

٣٤١ - وإذا اختار أحدهما فسخ النكاح ، ورفع الأمر للقاضي ، وكان الآخر صالحاً للدعوى عليه ، بأن كان بالغًا عاقلًا ، أحضره وحكم بالفرقة بعد استيفاء شروط الدعوى . وإن كان غير صالح بأن كان صغيرًا أو مجنونًا مثلاً ؛ فإن كان له أب أو جد أو وصي من قبلهما ، أحضره . وإن لم يكن ؛ نصَّبَ القاضي وصيًّا ، فَيُحْضِرُهُ ، ويطلب منه حُجَّةً للصغير تُبْطِلُ دعوى الفرقة من بَيِّنَةٍ على الرضا بالنكاح بعد البلوغ ، أو تأخيرها طلب الفرقة بعد البلوغ إن كان الزوج هو الصغير . فإن لم تكن بينة ؛ يُحْلَفُهَا الحَضَمُ على أنه لم يصدر منها ما يدل على الرضا بعد البلوغ ، فإن حلفت يُفَرِّقُ القاضي بينهما بحضرة الحَضَمِ بلا انتظارٍ إلى بلوغ الصبي ولا إفاقة المجنون .

٣٤٢ - ومثل الصغير والصغيرة من يلحق بهما ، فإن له الخيار بعد إفاقته (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧) : إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤًا لزم العقد ؛ وإلا فللولي طلب فسخ النكاح.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : زواج الثيب بلا ولي : المادة (١٣) : لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عامًا .

(مادة ٤٩)

الزوجة التي لها خيار الفسخ بالبلوغ إذا بلغت وهي بكرٌ واختارت فسخ النكاح ، ينبغي لها أن تُبادرَ باختيار نفسها ، وتُشهد على ذلك فوراً حال البلوغ إن كانت عالمة بالنكاح قبله أو عنده أو حال علمها إن لم تكن عالمة به وقت البلوغ . فإن سكنت عن اختيار نفسها مُختارة عالمة بأصل النكاح ، يتطلُّ خيارها بالشكوت ، ولا يقبل عُذرها إذا اعتذرت بحملها الحياتر أو الوقت الذي يكون لها الحياتر فيه .

ومتى أشهدت على اختيارها نفسها ساعة البلوغ أو ساعة علمها بالنكاح ، فلا يضُرُّ تأخيرها رفع أمرها إلى الحاكم ، بل تبقى على خيارها وإن طال الزمن ، ما لم يوجد منها ما يدلُّ على الرضا .

٣٤٣ - والشخص الذي له الخيار بالبلوغ إما أن يكون مُذكراً ، أو أنثى ، والأنثى إما أن تكون وقت البلوغ بكرًا ، أو ثيبًا .

فإن كانت بكرًا واختارت فسخ النكاح ؛ فلا بد من الإشهاد على ذلك فوراً ، بأن تُحصِرَ شاهدين إن لم يكونا موجودين ، وتقول لهما : بلغت الآن ، فاشهدا أنني فسخت عقد زوجي لفلان الذي باشره أخي أو عمي مثلاً ، ولكن محل ذلك : إذا كانت عالمة بالزواج قبل البلوغ ، أو علمت به وقته ؛ لأن ثبوت الخيار لها لا يتصور إلا إذا كانت عالمة بالزواج .

٣٤٤ - فإن لم تكن عالمة بالزواج قبل البلوغ ولا وقته ؛ يثبت لها الخيار وقت علمها به ، ولو كان بعد البلوغ . فإذا فرضنا أن بنتاً زوجها أخوها وهي صغيرة ، ولم تعلم بهذا الزواج إلا بعد بلوغها بزمن ولو طويلاً ، يثبت لها الخيار وقت علمها ؛ لأن وقت علمها يُنزّل منزلة وقت البلوغ ؛ لعدم تمكنها من الخيار قبل العلم ، والولي ينفرد به ، فُعذرت .

٣٤٥ - فإن لم تختبر نفسها وقت البلوغ أو وقت العلم بالزواج وتُشهد به ، بل سكنت عن اختيار نفسها مختارة ، بطل خيارها ، فليس لها أن تختار بعد ذلك .

٣٤٦ - فإن كان سكوتها قهراً عنها ، كما إذا هددها أخوها بإيقاع أذى بها إذا اختارت نفسها ؛ فلا يكون سكوتها رضا ؛ بل لها أن تختار نفسها عند زوال هذا الإكراه .

فإن لم تختَر نفسها وقت البلوغ وكانت عاتمة بالزواج ، أو عند العلم بالزواج بعد البلوغ بل سكنت ، وبعد ذلك اختارت نفسها وَفَسَّخَتْ العقد مدعيةً إنها كانت جاهلة بثبوت هذا الخيار لها وعندما علمت اختارت نفسها ، أو ادعت أنها تعلم بثبوتها لها ولكن قالت : لا أعلم أنه يشترط على الفور ، بل هو ثابت لي متى أردت ، بطل خيارها بالسكوت ، ولا يقبل عذرهما بجعلها الخيار أو الوقت الذي يثبت لها فيه ؛ لأنها مطالبة بمعرفة أحكام الشرع ، والداؤ داء العلم ، فلم تعذر بالجهل ؛ لأن الجهل بالأحكام الشرعية في دار الإسلام لا يُعَدُّ عذراً إلا إذا كان المعتذر قريب عهد بالإسلام ، أو نشأ في قرية بعيدة عن العلماء .

٣٤٧ - ويلزم كل شخص أن يعرف أحكام شريعته التي هو مُتَمَتِّم إليها ، بلا فرق بين الذكر والمؤنث ، خصوصاً ما يخصه منها . وقبيح بالمرء أن ينتسب لدين من الأديان ، ولا يدري ما فيه من الأحكام .

(مادة ٥٠)

إِذَا بَلَغَتِ الزَّوْجَةُ الَّتِي لَهَا الْخِيَارُ وَهِيَ تَيَّبَتْ ، وَسَكَتَتْ عَنْ اخْتِيَارِ نَفْسِهَا سَاعَةَ الْبُلُوغِ ، أَوْ سَاعَةَ عِلْمِهَا بِالنِّكَاحِ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ عَاتِمَةٍ بِهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ ؛ فَلَا يَنْطَلِقُ خِيَارُهَا بِالسُّكُوتِ ، وَإِنَّمَا يَنْطَلِقُ بِالرِّضَا صِرَاحَةً أَوْ دِلَالَةً . وَكَذَلِكَ الْغُلَامُ لَا يَنْطَلِقُ خِيَارُهُ بِسُكُوتِهِ ، بَلْ بِإِفْصَاحِهِ بِالرِّضَا أَوْ بِوُقُوعِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ .

٣٤٨ - فإن كانت ثيباً وقت البلوغ ، ولم تختَر نفسها ، بل سكنت ساعة البلوغ ، أو ساعة علمها بالزواج إن كانت غير عاتمة به قبل البلوغ ، فلا يطل خيارها بالسكوت ، وإنما يطل بالرضا صراحةً أو دلالةً .

٣٤٩ - فالصريح : كأن تقول : اخترت البقاء مع زوجي الذي زوّجني به أخي ، أو عمي مثلاً ، أو : رضيت بهذا العقد .

٣٥٠ - والرضا دلالة : كطلب مهرها إذا كان قبل الدخول ، أو نفقتها ، أو دخول الزوج بها وهي راضية لا مكرهة .

٣٥١ - ومثل الثيب فيما ذكرناه الغلام ، فلا يطل خياره بسكوته وقت بلوغه أو وقت العلم ولو بعد البلوغ ، وإنما يطل خياره بإفصاحه بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه ،

كدخوله بالزوجة إن بلغ قبل الدخول ، أو وطئها إن كان بعد الدخول ، أو دفعه المهر إن كان قبل الدخول .

٣٥٢ - وإنما كان السكوت دليلاً على الرضا في حق البكر لا الثيب والغلام ؛ لأن البكر تستحي من إظهار الرغبة في الزواج ؛ ولكنها لا تستحي من الرد ، فيكون سكوتها دليلاً على ما يحول الحياء بينها وبينه ، والحياء في الثيب غير مُتَوَقِّرٍ لقلته بالممارسة ، فلا مانع من النطق في حقها ، فلا يُكْتَفَى بغيره ، ومثلها الغلام وهو غير خافٍ على أحد .

(مادة ٥١)

لِنَحْرِ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ التَّرْوُجَ وَلَوْ كَانَ سَفِيهَا ، بِلَا تَوَسُّطٍ وَلِيٍّ . وَلِلْحُرَّةِ الْمَكْلُوفَةِ أَيْضًا أَنْ تَرْوُجَ نَفْسَهَا بِلَا وَلِيٍّ ، بِكُرًا كَانَتْ أَوْ تَيْبًا ، وَيَتَّفَعِدُ نِكَاحَهَا وَيَلْتَزِمُ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ الَّذِي تَرْوَجَتْ بِهِ كُفًّا لَهَا ، وَكَانَ الْمَهْرُ مَهْرَ مِثْلِهَا ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (١٠/٥) : « المرأة إذا تزوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجه ، فزوجه ؛ جاز النكاح . وبه أخذ أبو حنيفة رحمته ، سواء كانت بكراً أو تيباً إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية ، سواء كان الزوج كُفًّا لها أو غير كُفِّه فالنكاح صحيح ، إلا أنه إذا لم يكن كُفًّا لها ، فلأولياء حق الاعتراض ، وفي رواية الحسن رحمته : إن كان الزوج كُفًّا لها جاز النكاح ، وإن لم يكن كُفًّا لها لا يجوز . وكان أبو يوسف رحمته أولاً يقول : لا يجوز تزويجها من كُفِّه أو غير كُفِّه ، إذا كان لها ولي . ثم رجع وقال : إن كان الزوج كُفًّا ، جاز النكاح ، وإلا فلا . ثم رجع فقال : النكاح صحيح سواء ، كان الزوج كُفًّا لها أو غير كُفِّه لها ، وذكر الطحاوي قول أبي يوسف رحمهما الله تعالى : إن الزوج إن كان كُفًّا ، أمر القاضي الولي بإجازة العقد ، فإن أجازته جاز ، وإن أبى أن يجيزه لم ينسخ ، ولكن القاضي يُجيزه فيجوز . وعلى قول محمد رحمته يتوقف نكاحها على إجازة الولي ، سواء زوجت نفسها من كُفِّه أو غير كُفِّه ، فإن أجازته الولي جاز ، وإن أبطله بطل . إلا أنه إذا كان الزوج كُفًّا لها ، ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجه منه . »

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٣٩/٤ ، ٢٤٠) : « لا تزوج امرأة نفسها) أي : لا تملك مباشرة ذلك بحال ، لا (بإذن) ولا بغيره ، سواء الإيجاب والقبول . »

قول المالكية : جاء في الجواهر المضية بشرح المقدمة العزية (ص ٢٨٧) : « من أركانه ، أي : النكاح ، الولي من قبيل الزوجة ، فلا يصح العقد بدونه ، البكر والثيب فيه سواء . »

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٥/٧) : « النكاح لا يصح إلا بولي ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ، ولا توكيل غير وليها في تزويجها . فإن فعلت ، لم يصح النكاح . »

٣٥٣ - وكل هذه الأحكام خاصة بالصغير والصغيرة ومن يلحق بهما .

٣٥٤ - أما الكبير والكبيرة الحرَّانِ المكلفان ، فلهما أحكام تخصهما .

فالحر البالغ العاقل : له أن يتزوج بنفسه ، ولو كان سفيهاً ، أي : مبذراً لماله على خلاف مقتضى الشرع والعقل . فلا يشترط في صحة العقد الولي ، بل عقده صحيح نافذ لازم . ولو كانت الزوجة التي تزوجها أقل منه شرفاً ، أو كان المهر الذي دفعه إليها أكثر من مهر مثلها ، فلا اعتراض لأحد من الأولياء عليه ؛ لأن العار لا يلحقهم بهذا العمل .

٣٥٥ - وأما الحرة المكلفة : فلا بد فيها من التفصيل بالنسبة للولي والمهر والزوج الذي تزوجت به . وبيان ذلك : أن الحرة المكلفة إما أن يكون لها ولي ، أم لا ؛ فإن كان لها ولي فإما أن يكون عصبية ، أو غير عصبية . ولا يخفى عليك أن الولاية هنا ولاية استحباب لا ولاية إجبار . وعلى كل فإما أن تزوج نفسها بكفء وبمهر المثل ، أو بكفء والمهر أقل من مهر المثل ، أو من غير كفء مطلقاً أي : سواء كان المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له أو أكثر .

فإن زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل ، صح العقد نافذاً لازماً ، سواء كان لها ولي أو لم يكن ، وسواء كان الولي عصبية أو غير عصبية ؛ لأنه إذا لم يكن لها ولي ، فالأمر ظاهر ، وإن كان فلا وجه للاعتراض عليها فيما فعلت ؛ لأن الاعتراض إنما يكون عند لحوق العار لهم بفعلها ، وفعلها هذا حسن ؛ إذ الموضوع أن الزوج كفء والمهر مهر المثل .

(مادة ٥٢)

إِذَا تَزَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْمَكْلُوفَةَ بِرِضَا وَلِيِّهَا بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ . وَلِلْوَلِيِّ إِذَا كَانَ عَصْبَةً حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ عَلَى الزَّوْجِ ، حَتَّى يُتِمَّ مَهْرَ الْمِثْلِ إِنْ رَضِيَ ، أَوْ يُفَسِّخَ الْحَاكِمُ النِّكَاحَ .

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ كُفْءٍ لَهَا بِرِضَا وَلِيِّهَا الْعَاصِبِ صَرَاحَةً ؛ قَبْلَ الْعَقْدِ ، فَالنِّكَاحُ غَيْرُ جَائِزٍ أَضْلاً . وَلَا يُتَّفَعُ رِضَا الْوَلِيِّ بَعْدَ الْعَقْدِ .

وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ عَاصِبٌ ، وَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ ، أَوْ كَانَ لَهَا وَلِيٌّ وَرَضِيَ بِزَوَّاجِهَا بِغَيْرِ الْكُفْءِ ، فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣١٧/٢ ، ٣١٨) : « فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لرومه هو =

٣٥٦ - وإن زوجت نفسها بكفء ؛ ولكن المهر أقل من مهر المثل ؛ فإن كان لها ولي عاصب ورضي بذلك قبل العقد أو بعده ؛ صَحَّ نافذًا لازمًا أيضًا كما في الصورة الأولى ؛ لأن المهر في الابتداء حق الولي والمرأة ، وقد أسقط كل منهما حقه ، فلا اعتراض عليه .

٣٥٧ - وإن لم يَرْضَ بذلك ، صَحَّ العقد نافذًا غير لازم ؛ إذ له الاعتراض على الزوج قائلاً له : إما أن تُتَمِّمَ لها مهر المثل ، وإما أن أرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد . فإن تَمَّ الزوج المهر فيها ، وإلا فللولي العصبية الأمر الثاني ، وهو رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد . وهذا عند أبي حنيفة .

٣٥٨ - وقال الصحابان : ليس له ذلك ؛ لأن ما زاد عن العشرة حقها ، ومن أسقط حقه لا يُفْتَرَضُ عليه ، كما إذا أُتْرِأَتْهُ من المهر بعد التسمية ، فلا اعتراض عليها بالاتفاق .

٣٥٩ - ولأبي حنيفة : أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ، ويُعْتَرِضُونَ بنقصها ، فأشبهه الكفاءة ، بل هو أولى منها ؛ لأن ضرره أشد من ضرر عدم الكفاءة ؛ لأنه عند تقدم العهد يعتبر مهرٌ قبيلتها بمهرها ، فيرجع الضرر إلى القبيلة كلها ؛ فكان لهم دفعه ، بخلاف الإبراء بعد التسمية ، فإنه لا يُعْتَرِضُ به .

٣٦٠ - وحاصله : أن في المهر حقوقًا ثلاثة :

أحدهما : حق الشرع ؛ وهو ألا يكون أقل من عشرة دراهم أو ما يساويها .
والثاني : حق الأولياء ؛ وهو ألا يكون أقل من مهر المثل .

والثالث : حق المرأة ؛ وهو كونه مِلْكًا لها ، ثم حق الشرع والأولياء مراعى وقت

= إنكاح المرأة نفسها من غير رضا الأولياء لا يلزم حتى لو زوجت نفسها من غير كُفء من غير رضا الأولياء لا يلزم . وللأولياء حق الاعتراض ، لأن في الكفاءة حقًا للأولياء ، ولو كان التزويج برضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق الاعتراض ، ولو رضي به بعض الأولياء سقط حق الباقيين في قول أبي حنيفة ، ومحمد ، وعند أبي يوسف لا يسقط لو زوجها من غير كُفء برضاها يلزم النكاح لما قلنا . ولو زوجها أحد الأولياء من غير كُفء برضاها من غير رضا الباقيين يجوز عند عامة العلماء خلافًا للملك بناء على أن ولاية الإنكاح ولاية مستقلة لكل واحد منهم عندنا ، وعنده ولاية مشتركة ، وجاء فيه أيضًا (٣٢٢/٢) : « ومنها كمال مهر المثل في إنكاح الحرة العاقلة البالغة نفسها من غير كُفء بغير رضا الأولياء في قول أبي حنيفة ، حتى لو زوجت نفسها من كُفء بأقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن فيه الناس بغير رضا الأولياء ، فللأولياء حق الاعتراض عنده ، فإما أن يبلغ الزوج إلى مهر مثلها أو يفرق بينهما . وعند أبي يوسف ومحمد : هذا ليس بشرط ، ويلزم النكاح بدونه ، حتى يثبت للأولياء حق الاعتراض » .

الثبوت فقط ، فلا حق لهما حالة البقاء .

٣٦١ - وإذا كان لها ولي غير عاصب ، أو لم يكن لها ولي أصلاً ، صحَّ العقد نافذاً لازماً أيضاً ؛ لأنه إذا لم يكن لها ولي ، فالمهر حقها ، فلها أن تُشَقِّطَ منه ما شاءت . وإن كان لها ولي غير عاصب ، فلا يُلْحَقُه عار بنقصان المهر ، فلا يثبت له حق الاعتراض .

٣٦٢ - وإن زوجت نفسها بغير كُفء ، ولو كان المهر أكثر من مهر المثل ؛ فإن لم يكن لها ولي أصلاً ، أو كان لها ولي غير عصبه ، صحَّ العقد بلا اعتراض أحد عليه ؛ لأنه عند عدم الولي تكون الكفاءة حقها فقط ، وقد أسقطتها فتسقط . والولي غير العاصب لا يلحقه العار بتزويجها بغير الكُفء مثلما يلحق العاصب ، فلا حق له في الكفاءة .

٣٦٣ - وإن كان لها ولي عاصب . فإن رضي قبل العقد بتزويجها بغير الكُفء ؛ صحَّ أيضاً ؛ لأن الكفاءة حقهما ، وقد أسقط كل منهما حقه فيسقط . وإن لم يَرْضَ قبل العقد ، فلا يصح الزواج أصلاً ، وإن رضي بعده ؛ لأن العقد وقع باطلاً ، والباطل لا تلحقه الإجازة ، وإنما تلحق الصحيح الموقوف .

٣٦٤ - وقال الإمام الشافعي والإمام مالك : لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل » ^(١) ، وقوله أيضاً : « لا نكاح إلا بولي » ^(٢) .

ودليلنا : أنها تصرفت فيما يصير حقها ، وهي من أهلها لكونها عاقلة بالغة ؛ ولهذا كان لها التصرف في المال ؛ ولها اختيار الأزواج . لكن على وجه لا يُلْحَقُ العار بالأولياء كما تقدم لك ، وإنما يطالب الولي بالتزويج ، كي لا تنتسب إلى الوقاحة ؛ ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه .

٣٦٥ - والأصل هنا : أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه ، يجوز نكاحه

(١) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي / ١١٠٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الولي / ٢٠٨٣) .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي / ١١٠١) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الولي / ٢٠٨٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : لا نكاح إلا بولي / ١٨٨٠) .

على نفسه ، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه ، لا يجوز نكاحه على نفسه .
 ٣٦٦ - ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام : « الأيم أحق بنفسها من وليها » (١) .
 وهي : من لا زوج لها ، بكراً كانت أو ثيباً . فإن ذلك فيه حَقٌّ : حَقُّه وهو مباشرة عقد النكاح برضاها ، وحَقُّها وقد جعلها أحقُّ منه . ولن تكون أحقُّ إلا إذا زُوِّجَتْ نفسها بغير رضاه .

وهذا الحديث متفق عليه ، والحديثان المتقدمان ضعيفان أو مختلف في صحتهما ، فلا يُعَارِضَانِيهِ ؛ فإن كان كلُّ من الكبير والكبيرة رقيقين ، ثبتت الولاية لملكهما بالاتفاق .

(مادة ٥٣)

لَا تُجْبِرُ الْحُرَّةُ الْبَالِغَةُ عَلَى النَّكَاحِ بِكَرَاهَاتِهَا أَوْ تَيْبًا ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ اسْتِئْذَانِهَا وَاسْتِخَارِهَا .
 فَإِنْ كَانَتْ بِكَرَاهَاتِهَا ، وَاسْتَأْذَنَهَا الْوَلِيُّ الْقَرِيبُ أَوْ وَكِيلُهُ أَوْ رَسُولُهُ قَبْلَ تَزْوِيجِهَا ، أَوْ زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ وَأَخْبَرَهَا هُوَ أَوْ وَكِيلُهُ أَوْ رَسُولُهُ أَوْ فَضُولِيُّ عَدْلٍ ، وَعَلِمَتْ بِالزَّوْجِ وَالْمَهْرِ ، فَسَكَتَتْ عَنْ زَدِّهِ مُخْتَارَةً لَا مُكْرَهَةً ، أَوْ تَبَسَّمَتْ ، أَوْ ضَحِكَتْ غَيْرَ مُسْتَهْزِئَةٍ ، أَوْ بَكَتْ بِلَا صَوْتٍ ، فَذَلِكَ إِذْنٌ فِي صُورَةِ اسْتِئْذَانِهَا قَبْلَ الْعَقْدِ ، وَإِجَازَةٌ بَعْدَهُ .
 وَإِنْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْقَرِيبِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ ، وَعَيْنٌ لَهَا الزَّوْجُ وَالْمَهْرُ ، فَسَكَتَتْ أَوْ تَبَسَّمَتْ أَوْ ضَحِكَتْ أَوْ بَكَتْ ، فَلَا يُعَدُّ ذَلِكَ مِنْهَا رِضًا بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْإِفْصَاحِ بِالرِّضَا أَوْ مِنْ وَقُوعِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ مِنْهَا (٢) .

(١) صحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : استئذان الثيب في النكاح بالنطق ، واليُكْر بالسكوت / ١٤٢١) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في استثمار اليُكْر والثيب / ١١٠٨) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : استئذان اليُكْر في نفسها / ٣٢٦٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الثيب / ٢٠٩٨) .

(٢) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٣ / ٢٦٠ ، ٢٦٦) : « ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح » .

ولنا : أنها حرة مخاطبة ، فلا يكون للغير عليها ولاية ، والولاية على الصغيرة لتصور عقلها ، وقد كمل بالبلوغ (وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فهو إذن) لقوله ﷺ : « البكر تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ رَضِيَتْ » ؛ ولأن جُبْنَةَ الرضا فيه راجحة ؛ لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد ، والضحك أدل =

٣٦٧ - ويترتب على كون تزويج الكبيرة المكلفة خالص حَقًّا : أنها هي التي تباشر عقد زواجها بنفسها ، أو تأمر من يقوم مقامها في ذلك . وحينئذٍ لا تُجبر على النكاح ، سواء كانت بَكْرًا أو ثَيِّبًا . بل إذا أراد الولي تزويجها ، فلا بد لِنفاذ هذا العقد عليها من استئذنها ، أي : طلب الإذن منها ، وحصول الرضا منها بذلك .

= على الرضا من السكوت . بخلاف ما إذا بكت ، لأنه دليل السخط والكره . وقيل : إذا ضحكت كالمستهزئة بما سَمِعَتْ لا يكون رضا ، وإذا بكت بلا صوت لم يكن زَدًا (وإن فعل هذا غير ولي) يعني استأمر غير الولي (أو ولي غيره أولى منه) (لم يكن رضا حتى تتكلم به) ؛ لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه ، فلم يقع دلالة على الرضا . ولو وقع فهو محتمل ، والاكتفاء بمثله للحاجة ، ولا حاجة في حق غير الأولياء . بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي ؛ لأنه قائم مقامه . ويعتبر في الاستئمان تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة ، لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٩/٥) : « فَأَيُّ وَلِيِّ امْرَأَةٍ ثَيِّبٍ أَوْ بَكْرٍ زَوَّجَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ إِلَّا الْآبَاءُ فِي الْأَبْكَارِ وَالسَّادَةُ فِي الْمَمَالِكِ ، وَيُشْبِهُهُ فِي دَلَالَةِ سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا فُرِقَ بَيْنَ الْبَكْرِ وَالثَّيِّبِ ، فَجَعَلَ الثَّيْبَ أَحَقَّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَجَعَلَ الْبَكْرَ تَسْتَأْذِنُ فِي نَفْسِهَا أَنَّ الْوَلِيَّ الَّذِي عَنِ - وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ - الْأَبِ خَاصَّةً فَجَعَلَ الْأُمِّ أَحَقَّ بِنَفْسِهَا مِنْهُ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ أَمْرَهُ أَنْ تَسْتَأْذِنَ الْبَكْرُ فِي نَفْسِهَا أَمْرَ اخْتِيَارٍ لَا فَرْضٍ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ إِذَا كَرِهَتْ لَمْ يَكُنْ لَهُ تَزْوِيجُهَا ، كَانَتْ كَالثَّيِّبِ ، وَكَانَ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْكَلَامُ فِيهَا أَنْ كُلَّ امْرَأَةٍ أَحَقَّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا . وَإِذَا نِكَحَ الثَّيِّبُ الْكَلَامَ ، وَإِذَا نِكَحَ الْبَكْرُ الصَّمْتَ » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦/٢ ، ٧) : « (وللأب) الذي له ولي له (إنكاح ابنته البكر) قهراً عليها ، والمراد بها التي لم تذهب عُذْرُهَا لمقابلتها بالثيب إن لم تبلغ اتفاناً ، بل (وإن بلغت) وصارت عانثاً على المشهور (بغير إذنها) وبغير رضاها (ولا يزوج الثيب) الحرة التي لا تجبر (أب ولا غيره) ممن له عليها ولاية (إلا برضاها وتأذن بالقول) لخبر : (الثيب يعرب عنها لسانها) وقيدنا بالتالي لا تجبر للاحتراز عن الثيب الصغيرة ومن ألحق بها ممن تجبر على النكاح فلا تستأذن » .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٣٠/٧ - ٣٤) : « وإذا زوج الرجل ابنته البكر ، فوضعها في كفاءة ، فالنكاح ثابت ، وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة ، أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز ، إذا زوجها من كفاءة ، ويجوز له تزويجها مع كراهتها وامتناعها .

وأما البكر البالغة العاقلة فمن أحمد روايتان ، إحداهما : له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة . والثانية : ليس له ذلك (وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها ، فالنكاح باطل ، وإن رضيت بعد) وجملة ذلك أن الثيب تنقسم قسمين : كبيرة ، وصغيرة . فأما الكبيرة : فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن . القسم الثاني : الثيب الصغيرة . وفي تزويجها وجهان ، أحدهما : لا يجوز تزويجها . الوجه الثاني : أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها ، وجاء فيه أيضاً (٣٤/٧) : « (وإذا نكح الثيب الكلام ، وإذا نكح البكر الضمات) أما الثيب : فلا تعلم بين أهل العلم خلافاً في أن إذنها الكلام ، وأما البكر : فإذا نكحها ضماتاً في قول عامة أهل العلم » .

٣٦٨ - وإن زَوَّجَهَا بالفعل قبل الاستئذان ؛ فلا ينفذ هذا العقد عليها أيضًا، إلا إذا رَضِيَتْ به وأجازته ؛ ولكن الرضا يختلف بحسب البكارة والثبوتية والمستأذن .

٣٦٩ - وبيانه : أنها إن كانت بكرًا . فإما أن يكون الذي استأذنها الولي القريب أو من يقوم مقامه ، أو الولي البعيد .

٣٧٠ - فإن استأذنها الولي القريب قبل العقد ، بأن كان لها أبٌ وجدٌ ، والذي استأذنها هو الأب أو وَكَّلَ شخصًا بالنيابة عنه في استئذانها أو أرسل شخصًا يستأذنها ، وأخبرها كلٌ منهم بالزواج والمهر ، فرضيت صريحًا ، بأن قال لها الأب : أريد أن أزوجه لك لفلانٍ بمهر كذا . فقالت : في محله ، أو نعمَ الزوج الذي اخترته مثلاً . أو لم تصرح ولكن وُجِدَ منها ما يدل على الرضا ، سواء كان تبسُّمًا أو ضحكًا أو بُكَاءً أو غيرهما ، والمعول عليه في الضحك والبكاء : قرائن الأحوال ، فإن الضحك قد يكون سرورًا وقد يكون استهزاءً ، والبكاء قد يكون للشُّحْط وقد يكون أسْفًا على فُرقة الأهل .

٣٧١ - وما يدل على الرضا في جانب البكر : سكوتها عند الاستئذان مختارة . فإن كان سكوتها بإكراه ، كما إذا أرادت أن تقول : لا أتزوجه . فقال لها أبوها : إن تكلمتِ قتلتكِ . مثلاً فسكتت ، فلا يكون هذا السكوت رضا . كان كل هذا توكيدًا له بالزواج ؛ فله أن يزوجه من الزوج الذي عَيَّنَّ لها بالمهر الذي سماه أيضًا .

٣٧٢ - ويتفرع على كونه توكيدًا : أن الولي لو استأذنها في رجل معين ، فقالت : يصلح . أو سكتت ، ثم لما خرج قالت : لا أرضى . ولم يعلم الولي بعدم رضاها ، فزوجها منه ، فهو صحيح ؛ لأن الوكيل لا ينزل حتى يعلم ، وهو قد زوجها قبل علمه بالنعزل . فوقت العقد كان وكيلاً ، فيصح .

٣٧٣ - وإن زوجها الولي القريب بالفعل ، ثم أخبرها هو بهذا العقد وبالزوج وبالمهر أيضًا ، أو وَكَّلَ أو أرسل شخصًا ليخبرها ، أو كان شخصٌ حاضر العقد فتوجه إليها وأخبرها بدون وكالة ولا إرسال من الولي القريب ، وكان هذا الشخص غَدلاً ، وهذا هو المسمى بـ : الفُضُولي - ، فرضيت صريحًا ؛ أو وُجِدَ منها ما يدل على الرضا ولو السكوت ، كان هذا إجازة للعقد الذي حصل .

٣٧٤ - ولو اختُلف في السكوت ، بأن قال الزوج : بَلَعَكِ النكاح ، فَسَكَتْ . وقالت : رَدَّدْتُ . فأيهما أقام بينةً ، قُبِلَتْ . فإن لم تكن لأحدهما بينة ، ولم يكن دخل بها ، فالقول قولها يمينها ؛ لأنه يدعي عليها لزوم العقد وملك البُضْع ، وهي تنكره ، والقول للمنكر يمينه .

٣٧٥ - ولا يكون سكوتها عند الاستئذان رضا ، إلا إذا كان الاستئذان كاملاً ، بأن يسمي لها الزوج على وجه تقع لها به المعرفة ، ويسمي لها المهر .

أما الأول : فلا بد منه ، لتظهر رغبتها فيه أو رغبتها عنه . فلو قال : أزوجك من رجل . فسكتت ، لا يكون إذناً . فلو سمي فلاناً أو فلاناً فسكتت ؛ فله أن يزوجه من أيهما شاء ، وهذا كله إذا لم تُفَوِّض الأمر إليه ، أما إذا قالت له : أنا راضية بما تفعله أنت . بعد قوله : إن أقواماً يَخْطُبُونَكِ ، أو قالت : زوجني ممن تختاره . ونحوه ؛ فهو إذن صحيح ، فله أن يزوجه ممن شاء ، ولكن ليس له بهذه المقالة أن يزوجه لرجل رَدَّتْ نكاحه أولاً ؛ لأن المراد بهذا العموم غيره . كالتوكيل بتزويج امرأة مطلقة ؛ فإنه ليس للتوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج قد شكا منها للتوكيل وأعلمه بطلاقها .

٣٧٦ - وأما الثاني : وهو تسمية المهر : ففيه ثلاثة أقوال مصححة : الأول : أنه لا تشترط تسميته في الاستئذان ؛ لأن للنكاح صحةً بدونه ، وصححه في الهداية ^(١) . الثاني : يشترط تسميته ؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ، وقال في فتح القدير : إنه الأوجه ^(٢) .

الثالث : إن كان المزوج أباً أو جدّاً فلا يشترط ذكر المهر عند الاستئذان ، وإن كان غيرها يشترط .

والظاهر هو : الثاني .

٣٧٧ - وإن كان الذي استأذنها هو الولي البعيد ، بأن كان لها أخ شقيق وأخ لأب ، فاستأذنها الأخ لأب ، وعين لها الزوج والمهر ، أو استأذنها أجنبي ، فلا بد من إفصاحها بالرضا أو بوقوع ما يدل عليه منها ، كطلبها المهر مثلاً . ولا يُعَدُّ سكوتها في هذه الحالة رضا ؛ لأن هذا السكوت قد يكون لقلة الالتفات إلى كلامه ؛ إذ هناك من هو أولى منه ، فلم يقع دلالة على الرضا ؛ لأنه يَحْتَمِلُ الإذْنَ والرَّدَّ ، والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ، ولا حاجة في حق غير الأولياء ؛ لأنه فُضُولِي ، ولا في حق وليٍّ غيره أحقُّ منه ؛ لعدم الالتفات إلى كلامه ، بخلاف ما إذا كان المستأذِنُ رسولَ الوليِّ القريب ؛ لأنه قائم مقامه .

(٢) ينظر : فتح القدير (٣/٢٦٧) .

(١) ينظر : الهداية (٣/٢٦٧) .

(مادة ٥٤)

الْبَالِغُ الثَّيْبُ إِذَا اسْتَأْذَنَهَا الْوَلِيَّ بَعِيدًا كَانَ أَوْ قَرِيْبًا فَسَكَتَتْ ، فَلَا يَكُونُ سُكُوتُهَا رِضًا ، بَلْ لَا بُدَّ أَنْ تُعْرَبَ عَنْ نَفْسِهَا مُفْصِحَةً بِرِضَاهَا ، أَوْ يَقَعُ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ^(١) .

٣٧٨ - وإن كانت ثيبًا ، فلا يُكْتَفَى منها بالسكوت أو الضحك أو التبسم ، سواء كان المستأذن أو المخير هو الولي القريب أو البعيد ؛ بل لا بد أن تعرب عن نفسها مفصحة برضاها ، أو يقع منها ما يدل عليه .

٣٧٩ - وإنما كان السكوت دليلًا على الرضا بالنسبة للبكر لا للثيب ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « البكر تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَقَدْ رَضِيَتْ ، وَالثَّيْبُ تَشَاوَرُ » ^(٢) . والمشاورة من باب المفاعلة ، وهي تقتضي الفعل من الجانبين ، وقد وُجِدَ النطق من الولي بالسؤال ، فلا بد من النطق منها في الجواب ، أو لأن المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالإشارة إلى الصواب ؛ وذلك لا يكون إلا بالنطق ؛ ولأن السكوت صار رِضًا بالنسبة للبكر ؛ لتوفر الحياء ؛ لأن لها عند الاستمثار جوانب : لا ، ونعم . فيكون سكوتها دليلًا على الجواب الذي يَحْوُلُ الحياءَ بينها وبينه ، وهو : نعم ، لما فيه من إظهار الرغبة في الرجال . والحياء في الثيب غير متوفر ؛ لقلته بالممارسة ، فلا مانع من النطق في حقها ، أو وجود ما يدل على الرضا غير السكوت .

٣٨٠ - فقد عُلم من هذا أن البكر والثيب العاقلتين البالغتين لا بد من استئذانهما لِنِفاذِ الْعَقْدِ ، وَأَنْ الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب ، بل رضاها يتحقق تارة

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٧/٢) : « (وإن استأذن الثيب ، فلا بد من رضاها بالقول) لقوله ﷺ : « الْبِكْرُ تَسْتَأْمَرُ ، وَالثَّيْبُ تُعْرَبُ عَنْ نَفْسِهَا ؛ وَلأنَّ النطق لا يعد عيبًا منها ، فلا مانع من النطق في حقها . بخلاف البكر فإنه منها دليل على قلة حياؤها ؛ لأنها لم تمارس الأزواج » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٠/٥) : « لا يزوج أحد الثيب إلا بإذنها ، وإذنها الكلام » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٦٩/١) : « إذن الثيب يكون بالنطق والإفصاح عن الرضا ، ولا يكفي فيها الصمت » .

قول الحنابلة : جاء في المعني (٣٤/٧) : « أما الثيب ، فلا نعلم بين أهل العلم خلافًا في أن إذنها الكلام ، للخبر ؛ ولأن اللسان هو المبرر عما في القلب ، وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن » .

(٢) مسند أحمد (٢٢٩/٢) .

بالقول ، كقولها : رضيتُ ، وقبلتُ ، وأحسننتُ ، وأصببتُ ، أو : بارك الله لك ، أو : لنا . ونحوها ، وتارة يكون بالدلالة ، كطلب مهرها ، أو نفقتها ، أو تمكينها من الوطاء ، وقبول التهنتة ، والضحك بالسرور من غير استهزاء .

فلا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا ، وأن رضاهما قد يكون صراحة وقد يكون دلالة . غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحياثها دون الثيب ؛ لأن حياءها قد قلَّ بالممارسة ، فلا يدل سكوتها على الرضا .

٣٨١ - وقال الإمام الشافعي : يجبر الأب والجدُّ البالغة إذا كانت بكرًا على النكاح مثل الصغيرة ، والجامع بينهما عنده الجهالة بأمر النكاح ؛ لعدم التجربة ، ولكونها جاهلة بأمر النكاح يملك الأب قبض صداقها بغير أمرها ^(١) .

٣٨٢ - وللحنفية : أنها حرة عاقلة بالغة ، وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية ، وقياسها على الصغيرة قياس مع الفارق ؛ لأن الولاية إنما ثبتت على الصغيرة لقصور عقلها ، فلا يُمكنُها أن تنظر في شؤون نفسها بما هو صالح لها . وفيما نحن فيه ليس بموجود ؛ لأنه قد كُئِلَ بالبلوغ ، توجه الخطاب . فصار الإيجاب عليها كالإيجاب على الغلام ، فإن كان صغيرًا جاز لقصور العقل ، وإن كان بالغًا فلا يجوز . وصار كالنكاح في مال البكر البالغة ، فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه بالاتفاق ، فكذا ما نحن فيه ؛ وإنما يملك الأب قبض صداقها برضاها دلالة ؛ لأن الظاهر أن البكر تستحي من قبض صداقها ، وأن الأب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها به مع مال نفسه ، ليعث بها إلى زوجها ، فكان ذلك إذن دلالة ؛ ولهذا لو نَهَتْهُ عن قبضه ، فلا يَمْلِكُها ؛ لأن الدلالة تَبْطُلُ بصريح يخالفها .

(١) ولاية الإيجاب عند الشافعية : تتعلق بالبكارة ، فمن كانت بكرًا ، فللولي القريب إجبارها على الزواج ، ومن لا فلا . أما عند الحنفية : فتعلق بالبلوغ ، فمن كانت غير بالغة ، فللولي القريب إجبارها على الزواج ، ومن لا فلا .

(مادة ٥٥)

مَنْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِعَارِضٍ أَوْ تَغْيِيسٍ ؛ فَهِيَ بِكْرٌ حَقِيقَةٌ ، كَمَنْ فُوقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا بِعَقَّةٍ ، أَوْ فَسَخٍ ، أَوْ طَلَاقٍ ، أَوْ مَوْتٍ بَعْدَ خُلُوعِ قَبْلِ وَطْءٍ .
وَمَنْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِزَنَى ؛ فَهِيَ بِكْرٌ حُكْمًا ، مَا لَمْ يَتَكَرَّرْ مِنْهَا أَوْ تُحَدَّثَ . فَإِنْ تَكَرَّرَ مِنْهَا أَوْ لَمْ يَتَكَرَّرْ وَحُدِّثَ ، فَهِيَ ثَيِّبٌ ؛ كَالْمَوْطُوءَةِ بِشَبْهَةِ أَوْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ ^(١) .

• • •

٣٨٣ - وما دامت الجلدة الرقيقة موجودة في المحل المعلوم ، فهي بَكْرٌ تَشْرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُ الْأَبْكَارِ بِالنِّسْبَةِ لِلزَّوْجِ وَغَيْرِهِ .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٠/١) : « وإن زالت بكارتها بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعيس ؛ فهي في حكم الأبكار . وإن زالت بكارتها بزنى فكذلك عند أبي حنيفة ^{رحمته} . وعندهما لا يكتفى بسكوتها فإن أخرجت وأقيم عليها الحد ؛ فالصحيح أنه لا يكتفى بسكوتها ؛ وكذا إن صار الزنى عادة لها ، وجاء في تبين الحقائق (١٢٠/٢) : « (ومن زالت بكارتها بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعيس أو زنى فهي بَكْرٌ) حتى تكون أحكامها كأحكام البكر في التزويج وأما إذا زالت بكارتها بالزنا فالذكر هنا قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يكتفى بسكوتها ؛ لأنها ثيب حقيقة ؛ لأن مصيبتها عائد إليها . »

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٤٧/٤) : « (وسواء) في حصول الثبوت واعتبار إزنها (زالت البكارة بوطء) في قبْلِها (حلال) كالنكاح (أو حرام) كالزنا أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة كما شمله عبارة المحرر بقوله : بالوطء الحلال أو غيره ؛ لأن وطء الشبهة لا يوصف بحل ولا بحرمة . ولا فرق في ذلك بين أن يكون في نوم أو يقظة (ولا أثر لزوالها بلا وطء) في القبل (كسقطه) وجدة طقت وطول تعيس وهو الكبر أو بأصبع ونحوه (في الأصح) وعبر في الروضة بالصحيح ، بل حكمها حكم الأبكار ؛ لأنها لم تمارس الرجال فهي على غاوتها وحيائها . والثاني : أنها كالثيب فيما ذكر ، وصححه المصنف في شرح مسلم لزوال العذرة . »

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير على مختصر خليل (٢٢٣/٢) : « (و) جبر (الثيب) ولو بنكاح صحيح (إن صغرت أو) كبرت بأن بلغت وثبتت (بعارض) كوثبة أو ضربة (أو بحرام) زنى أو غضب ، ولو ولدت منه فيقدم الأب هنا على الابن (وهل) يجبرها (إن لم يتكرر الزنى) حتى طار منها الحياء أو يجبرها مطلقاً وهو الأرجح (تأويلان لا) إن ثبتت البالغة (ب) نكاح (فاسد) مختلف فيه أو مجمع عليه ودرأ الحد فلا يجبرها . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٥/٧ ، ٣٦) : « والثيب المعتبر نطقها : هي الموطوءة في القبل ؛ سواء كان الوطء حلالاً أو حراماً وإن ذهب عذرتها بغير جماع ، كالوثبة ، أو شدة حيضة ، أو بإصبع أو عود ونحوه ، فحكمها حكم الأبكار . »

فإن زالت هذه الجلدة الرقيقة التي يسمونها : عَدْرَة ؛ فإن كان زوالها بتعئيس وهو طول المُكْتَم من غير تزويج ، أو بوثنية أي : نَطَلَة وهي الوثوب من فوق ، أو بحیضة بأن نزل عليها دم الحيض بكثرة فأزال عَدْرَتها ، أو بجراحة في المحل المعلوم لداع من الدواعي ، فهي بَكْرٌ حَقِيقَةٌ وحُكْمًا ؛ إذ البَكْرُ هي التي يكون مُصِيبُهَا أول مصيب ، وهذه كذلك . مشتق من : الباكورة ، وهي أول الشمار . أو من : البَكْرَة ، وهي أول النهار . ورُدُّ هذا بأن زائلة العَدْرَة بالوثنية لو كانت بَكْرًا حَقِيقَةً ، لما تمكن من الرد من اشترى جارية على أنها بَكْرٌ فوجدها زائلة العَدْرَة ، مع أن له أن يردها .

وأجيب : بأن الرد هنا باعتبار فوات وصف مرغوب فيه ؛ وهو العَدْرَة ، لا لكونها غير بَكْرٌ حَقِيقَةٌ ؛ ولأن النطق سقط بالحياء ، وهو موجود ههنا ؛ لأنها تستحي لعدم الممارسة .

٣٨٤ - ومثل من زالت بكارتها بهذه العوارض : المرأة التي فُوقَ بينها وبين زوجها بَعْثَةً ، فإذا تزوج رجل امرأة ، ووجدته عنيثًا ، ورفعت أمرها إلى القاضي ، وفُوقَ بينهما بعد إجراء ما يلزم ، اغْتَبِرَتْ بَكْرًا لما تقدم .

وكذلك المرأة التي تزوجت برجل ، وفُسخَ العقدَ بينهما قبل الدخول ، أو طلقها ، أو مات عنها قبل الدخول أيضًا ، ولو كان بعد الخلوة الصحيحة ؛ فكل هؤلاء أبكارٌ حَقِيقَةٌ وحُكْمًا ، حتى لو قال رجل : أوصيتُ لأبكارِ بني فلانٍ بثلاث مالي . استحق جميع من دُكِرَ ؛ لأنهن أبكار حَقِيقَةٌ ، والزائل إنما هو العَدْرَة لا البَكَارَة .

٣٨٥ - وأما إذا زالت عَدْرَتها بالزنى ، فقال الإمام الشافعي وأبو يوسف ومحمد : إنها تُيب حَقِيقَةً ؛ ولهذا لو أوصى لأبكارِ بني فلان ، لا تدخل في الوصية . ولثيبات بني فلان ، تدخل فيها ، وتستحق . ويُرَدُّها المشتري الشارِطُ بكارتها . فهي تُيب حَقِيقَةٌ ؛ لأن مصيبتها عائد إليها . ومنه المثابة للبيت الذي يعود الناس إليه في كل عام ، والتثويب : العود إلى الإعلام مرة بعد أخرى . فجزوا على هذا الأصل في تزويجها ، وقالوا : لا بد من القول ؛ ولا يكتفى بسكوتها ؛ لأنها تُيب .

٣٨٦ - وخرج الإمام عن هذا الأصل ، فقال : إن اشتهر حالها بأن خرجت وأقيم عليها الحد ، أو صار الزنى عادة لها بأن تكرر ، فلا بد من القول ؛ فإن لم تحد أو لم يتكرر ، فهي بَكْرٌ حُكْمًا ؛ لأن الناس عَرَفُوهَا بَكْرًا ، والشرع جعل السكوت رَضًا بعلة الحياء . وإذا وجدت العلة ، يترتب الحكم عليها . وههنا قد وُجِدَت لمعرفة الناس لها بالبَكَارَة ،

فَيُعَيِّنُونَهَا بِالنُّطْقِ ، فَتَسْتَحْيِي ، فَتَمْتَنِعُ مِنَ النَّطْقِ . فَكَانَتِ الْعَلَّةُ مَوْجُودَةً ، فَيَكْتَفِي بِسَكُوتِهَا كَيْ لَا تَتَعَطَّلَ مَصَالِحُهَا .

٣٨٧ - وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَوْ زَالَتْ بِكَارْتِهَا بِوَطْءٍ بِشِبْهِهِ ، كَمَا إِذَا زَفَتِ امْرَأَةٌ لِرَجُلٍ وَقِيلَ لَهُ : هِيَ زَوْجَتُكَ . فَدَخَلَ بِهَا ، وَتَبَيَّنَ الْحَالُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ ، تَكُونُ ثَبِيثًا حَقِيقَةً . فَلَا يَكُونُ سَكُوتُهَا إِذْنًا ، بَلْ لَا بَدَّ مِنَ النَّطْقِ ، أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا غَيْرِ السَّكُوتِ ، لِعَدَمِ الْحَيَاءِ هُنَا ؛ وَلِأَنَّ الشَّرْعَ أَظْهَرَ هَذَا الْوَطْءَ ، حَيْثُ غَلَّقَ بِهِ أَحْكَامًا مِنْ : لَزُومِ الْعِدَّةِ ، وَالْمَهْرِ ، وَثُبُوتِ النَّسَبِ .

(مَادَّةُ ٥٦)

لَا تُسَلِّمُ الزَّوْجَةُ الصَّغِيرَةَ لِلزَّوْجِ حَتَّى تُطِيقَ الْوَطْءَ ، وَلَا يُجْبِرُ الْأَبُ عَلَى تَسْلِيمِهَا ، وَلَهُ طَلَبٌ مَا اسْتَحَقَّ مِنْ مَهْرِهَا مِنَ الزَّوْجِ . فَإِنْ زَعَمَ الزَّوْجُ أَنَّهَا تُطِيقُهُ ، وَأَنْكَرَ الْأَبُ ذَلِكَ ، فَعَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَأْمُرَ مَنْ يَتَّقَى بِهِنَ مِنَ النِّسَاءِ بِالْكَشْفِ عَلَيْهَا ، فَإِنْ قَلْنَ بِصَلَابَتِهَا لِلرِّجَالِ ، يَأْمُرُ أَبَاهَا بِتَسْلِيمِهَا ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَا عِبْرَةٌ بِالسُّنَنِ (١) .

• • •

٣٨٨ - وَقَدْ عَلِمَتْ مَا تَقْدَمُ أَنَّ الْغُرْضَ مِنَ الزَّوْاجِ التَّنَاسُلِ ، وَهَذَا لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْوَطْءِ ؛ فَإِذَا كَانَتِ الزَّوْجَةُ مُطِيقَةً ، سُلِّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ عِنْدَ طَلْبِهِ . فَإِنْ كَانَتِ صَغِيرَةً لَا تُطِيقُ الْوَطْءَ وَطَلِبُهَا الزَّوْجُ ؛ فَلَا يُجْبِرُ وَلِيِّهَا عَلَى تَسْلِيمِهَا لَهُ ، سِوَاءِ كَانَ أَبًا أَوْ غَيْرِهِ .

٣٨٩ - وَمَعَ ذَلِكَ فَلَهُ طَلَبٌ مَا اسْتَحَقَّ مِنْ مَهْرِهَا مِنَ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ .

٣٩٠ - فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهَا لَا تُطِيقُ الْوَطْءَ ، فِيهَا . وَإِنْ اخْتَلَفَا بِأَنَّ قَالَ الزَّوْجُ : إِنَّهَا تُطِيقُهُ ؛ وَأَنْكَرَ الْأَبُ ذَلِكَ ؛ فَلَا بَدَّ مِنْ حَكْمِ بَيْنَهُمَا ، وَهُوَ الْقَاضِي . وَحَيْثُئِذٍ يُعَيَّنُ الْقَاضِي مَنْ يَتَّقَى بِهِنَ مِنَ النِّسَاءِ ، وَيَأْمُرُهُنَّ بِالْكَشْفِ عَلَيْهَا ، وَيَأْخُذُ بِمَا يَقْلَنُ . فَإِنْ وَافَقْنَ الْوَلِيَّ ، فَلَا يَأْمُرُهُ بِتَسْلِيمِهَا . وَإِنْ وَافَقْنَ الزَّوْجَ ، أَمَرَ الْوَلِيَّ بِالتَّسْلِيمِ .

(١) قول الخنيفة : جاء في العقود الدرية (١٨/١) : « (سئل) في صغيرة لا تطيق الوطء ، هربت من بيت زوجها لتضررها منه ، وتركت جهازها عنده ، فهل لا تُسلم للزوج حتى تطيق الوطء ، ولأبها طلب جهازها منه لحفظه لها عنده ، (الجواب) : نعم » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (١٨٠/٥) : « ولو كانت في سن من لا يوطأ ، كان من حق أهلها منعه البناء حتى تطيق الوطء » .

ولا يعتبر السن ؛ لأنه من الجائز أن تكون بنتٌ تسع تُطيق الوطاء ؛ لسلامة بِنْتِهَا من كل الأمراض . وأخرى في هذا السن ، وهي نَجِيفَةٌ لا تُطِيقُهُ (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : إبرام عقد الزواج يتطلب حضور الولي وموافقته : يجوز للولي أن يوكل من يعقد نكاح وليته ، كما للزوج أن يوكل من يعقد عنه .
للمرأة الرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها دون ولي أو توكل من تشاء من الأولياء لإبرام عقد زواجها .
لا بد من تسمية صدق للزوجة ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاطه .
للزوجة أو من ينوب عنها الحق في جياة الرسم الأصلي في أجل لا يتعدى (١٥) يوماً من تاريخ العقد ، كما للزوج الحق في أخذ نسخة منه .

الباب الخامس في الوكالة بالنكاح

(مادة ٥٧)

يَجُوزُ لِلزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ أَنْ يَتَوَلَّيَا عَقْدَ نِكَاحِهِمَا بِنَفْسِهِمَا ، وَأَنْ يُوكِّلَا بِهِ مَنْ شَاءَ ، إِذَا كَانَا حُرَيْنِ عَاقِلَيْنِ بَالِغَيْنِ . وَلِلوَلِيِّ أَبَا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ أَنْ يُوكِّلَ بِنِكَاحِ مَنْ لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَيْهِمْ مِنْ الصَّغَارِ وَمَنْ يُلْحَقُ بِهِمْ ^(١) .

٣٩١ - لما كانت الوكَّالة نوعاً من الولاية من حيث إن تصرف الوكيل يُنفَّذُ على الموكل كتصرف الولي يُنفَّذُ على الموالي عليه ، ناسب أن تُذَكَرَ الوكَّالة بالنكاح عقب الولي .

٣٩٢ - والتوكيل : هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه . فيؤخذ من هذا التعريف أن كل شخص يملك تصرفاً من التصرفات ، له أن يتولاه بنفسه ، وله أن يوكل غيره فيه . وكل شخص لا يملك تصرفاً ، ليس له أن يوكل غيره فيه ، لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة . فإذا كانت الأولى غير موجودة ، فلا يتأتى وجود الثانية .

٣٩٣ - ويترتب على هذا : أن الشخص متى كان عاقلاً بالغاً سواء كان مُذَكِّراً أو أنثى ، يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه ، لأن له أن يتولاه بنفسه . وكذلك الولي

(١) قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٢٦٣/٤) : « (وللمجبر) لموليته (التوكيل في التزويج) منها (بغير إذنها) كما يزوجه بغير إذنها ، لكن يسن له استئذنها ويكفي سكوتها » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير على أقرب المسالك (٣٧٦/٢ ، ٣٧٧) : « (وإن وكلته) المرأة على أن يزوجه (ممن أحب) الوكيل ، وأحب إنساناً (غيرَ) لها قبل العقد وجوباً من أحب لها ، لاختلاف أغراض النساء في الرجال (وإلا) يعين لها وزوجه ممن أحب (فلها الرد) أي : رد النكاح (ولو بعد) ما بين العقد واطلاعها عليه (بخلاف الزوج) يُوكَّلُ مَنْ يَزُوجُهُ مِنْ أَحَبِّ فَرُوجِهِ (فيلزمه) وليس له رد . فإن طلق ، لزمه نصف المهر » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨٢/٨) : « الصحيح من المذهب جواز الوكَّالة في النكاح ، وجواز توكيل الولي ، سواء كان مُجْبِراً أو غير مُجبر ، أباً كان أو غيره ، بإذن الزوجة وبغير إذنها » .

سواء كان أباً أو جدّاً أو غيرهما ، فإن له أن يوكل غيره بتزويج من له الولاية عليه سواء كان صغيراً أو ملحقاً به ؛ لأن له أن يتولى العقد بنفسه .

٣٩٤ - وإن الشخص متى كان صغيراً أو ملحقاً به ، فلا يجوز له أن يوكل غيره بتزويجه ؛ لأنه ليس له أن يزوج نفسه ، فلا يوكل غيره ؛ إذ الولاية المتعدية فرع عن الولاية القاصرة ، وهذه غير موجودة ، فلا يتأتى وجود الثانية .

(مادة ٥٨)

يَصِحُّ التَّوَكُّلُ بِالنِّكَاحِ شَفَاهَا وَبِالْكِتَابَةِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِصِحَّتِهِ ، بَلْ لِحِشِيَةِ الْجُحُودِ وَالتَّنَازُعِ ^(١) .

• • •

٣٩٥ - ولا يشترط أن يكون التوكيل بالكتابة ، بل يصح أن يكون كتابةً وأن يكون شافهة .

٣٩٦ - ولا يشترط لصحة التوكيل الإشهاد عليه ، فإذا وُكِّلَ شخصٌ غيره في التزويج أو في غيره ، ولم يُشْهَدَ على هذا التوكيل ، ففعل الوكيل الموكَّل فيه ، جاز على الموكَّل .

٣٩٧ - وإنما يستحب الإشهاد عليه ، خوفاً من جحود التوكيل ، فيحصل النزاع . فإذا كانت هناك شهود ، أمكن المدعي إثبات التوكيل بها ، بخلاف ما إذا لم يُشْهَدَ ؛ فإنه لا يتأتى إثبات التوكيل بالبيّنة .

(١) قول الحنفية : جاء في الميسوط (٢١/٥) : « وإذا كان العقد من الوكيل بشهود جاز ، وإن لم يكن على التوكيل شهود ؛ لأن التوكيل بالنكاح ليس بنكاح ، والشهود من خصائص شرائط النكاح » .

قول الشافعية : جاء في فتاوى الرملي (١٥٨/٣) : « (سئل) عن رجل وكل والده في عقد نكاحه على بكر معينة بمهر معين ، وأشهد بذلك شهوداً ، وعقد والده ذلك النكاح بحضور شهود غير شهود التوكيل ، ولم يذكروا التوكيل في توثيقهم ، إما لعدم اطلاعهم عليه ، أو لنسيان وقع منهم حال الكتابة . فهل هذا العقد صحيح ، وهل يشترط في صحة العقد علم شهوده بالتوكيل أم الشهادة بالتوكيل كافية ؟ ، فأجاب) بأن : العقد المذكور صحيح إن علم الولي والشاهدان الوكالة وإن لم يصرحا بها في التوثيق ، وإلا فياطل » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٥/٧) : « ولا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في التوكيل ، سواء كان الموكل أباً أو غيره . ولا يفنقر إلى حضور شاهدين » .

(مادة ٥٩)

لَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرَهُ بِلَا إِذْنِ مُوَكَّلِيهِ أَوْ مُوَكَّلِيَتِهِ أَوْ بِلَا تَفْوِضِ الْأَمْرِ إِلَى زَأْيِهِ .

• • •

٣٩٨ - ولا يجوز للوكيل بالزواج أن يوكل غيره ؛ بل هو الذي يتولى العقد بنفسه ، سواء كان الموكل له هو الزوج أو الزوجة ؛ لأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره ، فليس له أن يقيم غيره مقامه . حتى إذا وُجد من الموكل رضا بغير رأي الوكيل ، جاز للوكيل أن يوكل ، سواء كان هذا الرضا صراحةً ، أو دلالةً .

٣٩٩ - فالصريح : كما إذا قال رجل لآخر : وكلتُك في أن تزوجني فلانة ، ولك فلان المعين ، لعدم رضاه برأي غيره . وفي الحالة الثانية : له أن يوكل من شاء لتفويض الأمر إلى مشيئته ، فكل شخص وكله فقد شاء توكيله ، فيصح .

٤٠٠ - والدلالة : كأن يقول له : وكلتُك في أن تزوجني فلانة ، وفوضتُ الأمر إلى رأيك في كل ما تفعله . فتوكيله غيره في هذه الحالة صحيح أيضاً ؛ لأنه من ضمن أفعاله التي رضي بها الموكل ، فيصح .

(مادة ٦٠)

لَا يُطَالِبُ الْوَكِيلُ بِتَسْلِيمِ الزَّوْجَةِ لِلزَّوْجِ وَلَا بِمَهْرِهَا ، إِلَّا إِذَا ضَمِنَتْ لَهَا . فَإِنْ ضَمِنَتْهُ ، وَجِبَ عَلَيْهِ أَدَاؤُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الضَّمَانُ بِإِذْنِهِ .

• • •

٤٠١ - فإذا ولي الوكيل عقد الزواج ، فقد انتهت مأموريته ، فلا يطالب بالحقوق المترتبة عليه ؛ لأنه سفير ومعبّر فقط . بخلاف الوكيل في البيع ، فإن كان وكيلاً من جهة البائع ، يطالب بتسليم المبيع . وإن كان من جهة المشتري ، يطالب بالثمن . ومثلها جميع الحقوق المترتبة على عقد البيع كما يأتي لك في محله .

وحينئذ فلا يطالب الزوج الوكيل بتسليمه الزوجة ، ولا تطالب الزوجة الوكيل بمهرها

بمجرد هذا العقد .

٤٠٢ - فإن حصل ما يوجب مطالبته بالمهر غير العقد ؛ طُولِبَ به ، فإن التزم الوكيل للزوجة أو لوليها بدفع المهر ، سواء كان هذا الالتزام في العقد أو بعده ؛ وجب عليه أدائه .

٤٠٣ - لكن وجوب هذا الأداء لم يكن بالعقد ، بل بالضمان . فإن دفع الوكيل المهر وأراد أن يأخذه من الزوج ، فإن أعطاه من غير نزاع فيها ^(١) .

وإن تأخر عن الدفع إليه . فإن أذنه بإعطائه للزوجة ، أجبر على الدفع للوكيل ؛ لأن الوكيل في هذه الحالة صار قاضيًا دَيْنُهُ بِإِذْنِهِ ، فلا يكون متبرعًا . وإن كان الزوج لم يأذن له بالإعطاء ، فلا يجبر على دفعه ؛ لأنه - والحالة هذه - يكون متبرعًا ، حيث دفع الدَّيْنِ بلا إذن المَدِينِ .

(مادة ٦١)

يُسْتَرْتَبُ لِلزَّوْمِ عَقْدُ الْوَكِيلِ وَتَفْوِذُهُ عَلَى مَنْ وَكَّلَهُ مُوَافَقَتُهُ لِمَا أَمَرَهُ بِهِ . فَإِنْ خَالَفَ ، فَلَا يَنْفَعُ عَلَيْهِ النِّكَاحُ ، إِلَّا إِذَا أَجَارَهُ ^(٢) .

(١) في الأصل : [فيها] .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٢١/٥) : « وإن أمره أن يُزَوِّجَهُ امرأة بعينها على مهر قد سماه ، فزَوِّجَهَا إياه وزاد عليه في المهر ، فإن شاء الزوج أجازه ، وإن شاء رده ؛ لأنه أتى بخلاف ما أمر به ، فكان مُبْتَدَأًا ، فيتوقف عقده على إجازته . وإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها ، فهو بالتحيار أيضًا ؛ لأن دخوله بها كان باعتبار أنه امثل الوكيل أمره ، فلا يصير به راضيًا بما خالف فيه الوكيل ، فإن الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به ، فكان على خياره ، إن شاء أقام معها بالمهر المسمى ، وإن شاء فارقها وكان لها الأقل من المسمى ومن مهر مثلها » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٣٦/٣) : « لو (قال الولي للوكيل : زَوِّجْهَا بشرط رهن أو ضمنين بالمهر) أو لا تزوجها إلا بهذا الشرط ، فزَوِّجَ (ولم يمثل) شرطه (لم ينقذ) تزويجه (أو قال) له : (زوجها بكذا ، وخذ) به (رهنا أو كفيلاً . فزوجها ولم يأخذ) رهنا أو كفيلاً (انعقد) التزويج كما في البيع فيهما » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير على مختصر خليل (٣٠٩/٢ ، ٣١٠) : « (وإن أمره) أي : أمر الزوج وكيِّلُهُ أن يزوجه امرأة (بألف) مثلاً سواء (غيَّبَهَا) أي : الزوجة ، بأن قال له : زوجني فلانة بألف (أو لا) =

- ٤٠٤ - فإن وَلِيَّ الوَكِيلِ العَقْدَ الَّذِي وُكِّلَ فِيهِ ، وكان موافقاً لكل ما أمره به الموكَّلُ ، لزمه وليس له أن يُوَدِّدَهُ أصلاً .
- ٤٠٥ - فإذا وُكِّلَ رجلٌ رجلاً آخر في أن يزوجه بنت فلان الفلانية بمائة جنيه مثلاً ، فزوجها له بهذا المبلغ ؛ لزمه هذا العقد ، وليس له نقضه .
- فإن خالف ، بأن زوجه غير المُسَمَّاة ، أو زَوَّجَ المُسَمَّاةَ له بمائة وخمسين جنيهًا مثلاً ؛ فلا يَتَّفَعِدُ هذا العقد ؛ بل يكون موقوفاً على مشيئة الموكَّلِ ، فإن لم يُوَضَّ به ؛ أبطله ، وإن رضي ؛ أجازته . وسيأتي لك إيضاح بما لا مزيد عليه - إن شاء الله تعالى - لهذا المقام في مادة (١٤٠) وما بعدها ^(١) .

= بأن قال له : زوجني امرأةً بألف (فزوجه بألفين) تعدياً ، ولم يعلم واحد من الزوجين قبل الدخول بالتعدي (فإن دخل) الزوج بها (فعلى الزوج ألف) وهي التي أمر الوكيلَ بها (وغرم الوكيل ألفاً إن تعدى) أي : ثبت تعديه (بإقرار) منه (أو بينة) عاينت توكيل الزوج بالألف ، والنكاح ثابت (وإلا) يثبت التعدي ، حلف الزوج أنه إنما أمر الوكيل بألف ، وبرئ . فيحلف الوكيل أنه إنما أمره بألفين ، فإن حلف ، ضاعت الألف الثانية ، ويثبت النكاح بالألف .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٨٨/٣) : « وإن وكله أن يتزوج له امرأة فتزوج (الوكيل له) غيرها (لم يصح العقد للمخالفة (أو تزوج) إنسان (له) أي : لآخر (بغير إذنه فالعقد فاسد لو أجازته) المعقود له كبيع المُضْطَوِّلي » .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩) : الكفاءة حق خاص للمرأة وللولي .

المادة (٣١) : تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٥) الكفاءة شرط في لزوم الزواج والغيرة فيها بالصلاح في الدين عند العقد .

المادة (٣٦) الكفاءة حق خاص للمرأة وللولي .

الباب السادس

في الكفاءة

(مادة ٦٢)

تُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ مِنْ جَانِبِ الزَّوْجِ ، لَا مِنْ جَانِبِ الْمَرْأَةِ ، فَيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ أَدْنَى مِنْهُ فِي الشَّرْطِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْمَادَّةِ الْآيَةِ (١) . وَالْكَفَاءَةُ حَقُّ الْوَلِيِّ وَحَقُّ الْمَرْأَةِ (٢) ، وَاعْتِبَارُهَا عِنْدَ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ ، فَلَا يَضُرُّ زَوَّالُهَا بَعْدَهُ (٣) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٣٢٠) : « فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال ، على معنى أنه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء ، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال ؛ لأن النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٣/٨٥) : « (و) الكفاءة (هي حق الولي ، لا حقها) فلو نكحت رجلاً ولم تعلم فإذا هو عبد ، لا خيار لها بل للأولياء . ولو زوجها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ثم علموا ، لا خيار لأحد ، إلا إذا شرطوا الكفاءة ، أو أخبرهم بها وقت العقد فزوجها على ذلك ، ثم ظهر أنه غير كفء ، كان لهم الخيار » ، وجاء في رد المختار (٣/٨٥) تعليقاً على هذا : « قوله : هي حق الولي (لا حقها) كذا قال في البحر ، واستشهد له بما ذكره الشارح عن الولوالجية ، وفيه نظر . بل هي حق لها أيضاً ، بدليل أن الولي لو زوّج الصغيرة غير كفء ، لا يصح ، ما لم يكن أباً أو جدّاً غير ظاهر الفسق ، ولما في الذخيرة قبيل الفصل السادس من أن الحق في إتمام مهر المثل عند أبي حنيفة للمرأة ، وللأولياء حق الكفاءة ، وعندهما للمرأة لا غير » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/١٣٩) : « (والكفاءة حق للمرأة والولي) واحداً كان أو جماعة » . قول المالكية : جاء في الجواهر المضية بشرح المقدمة العزبة (ص ٢٩٤ ، ٢٩٥) : « (والكفاءة حق المرأة) أي : فقط ، وكون الزوج غير فاسق حق للمرأة (والأولياء) مقابلاً كانت أو تقيماً (فإن اتفقت معهم على تركها ما عدا الإسلام جاز) فلها وللولي أن تزوّج من فاسق ولو سيكيزاً إن أبن عليها ، ويصح النكاح . فإن لم يؤمن عليها ، زدّه الإمام ، وإن رضيت هي ووليها ؛ لأنه صار الحق لله تعالى لوجوب حفظ النفوس ، فلم يلتفت لرضاها ورضا وليها » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٢/٦٤٩) : « (فتكون) الكفاءة (حقاً لله تعالى ولها) أي : الزوجة (ولأولياتها كلهم) » .

(٣) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢/١١) : « (والكفاءة في النكاح معتبرة) قال في الفتاوى : تعتبر عند ابتداء النكاح ، ولا يعتبر استمرارها بعد ذلك ، حتى لو تزوجها وهو كفء ثم صار فاجراً ، لا يفسخ النكاح » .

٤٠٦ - الكفاءة - في اللغة - : النظر . يقال : كافأه ، أي : ساواه . ومنه قوله عليه الصلاة والسلام : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم » (١) .

٤٠٧ - وإنما اعتبرت الكفاءة بين الزوجين ؛ لأن النكاح يُعقد للعُمر ، ويشتمل على أغراض ومقاصد ، كالازدواج والصُّحبة والألفة وتأسيس القربات . ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين الأكفأ ؛ ولأنهم يتعيرون بعدم الكفاءة ، فيتضرر الأولياء به .

والكفاءة تعتبر من جانب الرجل لا من جانب المرأة ؛ لأن الشريعة تأبى أن تكون مستفزة للخسيس ، فلا بد من اعتبارها من جانبه ، بخلاف جانبها ؛ لأن الزوج مستفرض ، فلا تُغيظه دناءة المرأة (٢) .

٤٠٨ - والكفاءة حق الولي وحق المرأة ، فلو أسقط كلُّ منهما حقه ، فالأمر ظاهر . ولو أسقط واحد منهما حقه ، بقي حق الآخر .

٤٠٩ - ويرتب على كون الكفاءة حقهما ؛ إنه إذا تزوجت المكلفة بغير كفاء برضا وليها العاصب قبل العقد ، صح ؛ لأن كلاً منهما أسقط حقه في الكفاءة ، فيسقط .

٤١٠ - ولو زُوِّجَتْ نفسها من غير كفاء بلا رضا ؛ لم يصحَّ العقد ؛ لأنها وإن أسقطت حقها ، فحقه باقٍ . ولو كانت الكفاءة حقها وحدها ؛ لصح هذا العقد .

٤١١ - ولو زوج الأب أو الجد وكلُّ منهما معروف قبل العقد بسوء الاختيار ، أو غيرهما من الأولياء مؤلَّيته بغير كفاء ؛ لم يصح هذا العقد أيضاً ؛ لأن الولي وإن

= قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٤٩/٧) : « (ولا خيار لولي بحداث) بالزوج بعد عقد النكاح ؛ لأن حقه في الكفاءة في الابتداء دون الدوام ؛ لانتفاء العار فيه ، ولهذا لو عتقت تحت قنٍ ورضيت به ، لم يتخير . قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي على مختصر خليل (٢٠٦/٣) : « وليس لولي رضي فطلق امتناع بلا حداث يعني أن الولي إذا رضي بغير كفاء وزوج منه ، ثم طلق طلاقاً بائناً أو رجعيًا ، وانقضت العدة وأراد عودها فرضيت الزوجة وامتنع الولي منه ، فليس له الامتناع حيث لم يحدث فيه ما يوجب الامتناع ، ويعد عاضلاً . »

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٦٨/٥) : « (ولو زالت الكفاءة بعد العقد فلها) أي : الزوجة (الفسخ فقط) دون أوليائها كعتقها تحت عيب ؛ ولأن حق الأولياء في ابتداء العقد لا في استدامته . »

(١) سنن النسائي (كتاب : القسامة / باب : سقوط القود من المسلم للكافر / ٤٧٤٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : الجهاد / باب : في السرية ترد على أهل العسكر / ٢٧٥١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الديات / باب : المسلمون تتكافأ دماؤهم / ٢٦٨٣) .

(٢) ينظر : فتح القدير (٢٩٢/٣) .

أسقط حقه في الكفاءة ، إلا أن حقتها باقية . ولو كانت الكفاءة حق الولي وحده ، لصح هذا العقد . واعتبار الكفاءة عند ابتداء العقد ، فلا يضر زوالها بعده . فإذا كان الرجل وقت التزوج كفاً للمرأة التي تزوجها ، ثم زالت الكفاءة بأي سبب من الأسباب الآتية ، فلا يُفسخ العقد بانعدام الكفاءة ؛ لأنها من الشروط التي يلزم وجودها في أول الأمر ، ولا يشترط استمرارها ؛ لما يترتب على اشتراط الاستمرار من الحرج ؛ لأن بقاء الشخص على حالة واحدة نادر ، فيلزم على اعتبار استمرارها فسخ عقود كثيرة ، ولا يخفي ما فيه من الضرر ^(١) .

(مادة ٦٣)

إِذَا زُوِّجَتِ الْحُرَّةُ الْمَكْلُوفَةُ نَفْسَهَا بِإِذْنِ رِضَا وَلِيِّهَا الْغَايِبِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، أَوْ زَوْجِ الصَّغِيرَةِ غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ ، أَوْ زَوْجِهَا الْأَبِ أَوْ الْجَدِّ وَهُوَ مَا جَنَّ سَحِيًّا الْاِخْتِيَارِ مَشْهُورًا بِذَلِكَ قَبْلَ الْعَقْدِ ، يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ كَفًّا لِلْمَرْأَةِ : نَسَبًا إِنْ كَانَا عَرَبَيْنِ أَضْلًا ، وَإِسْلَامًا ، وَمَالًا ، وَصَلَاحًا ، وَحِرَافَةً سَوَاءً كَانَا عَرَبَيْنِ أَوْ غَيْرَيْنِ ^(٢) . فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ كَفِّهِ لِلْمَرْأَةِ فِي شَرْطٍ مِنَ الشَّرُوطِ

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦) : يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفاً للمرأة .

(٢) قول الخنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣١٨/٢ - ٣٢١) : « فما تعتبر فيه الكفاءة أشياء ، منها : النسب : والأصل فيه قول النبي ﷺ : « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، حي يحيى ، وقبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض ، رجل برجل » ؛ لأن التفاخر والتعير يقعان بالأنساب ، فتلحق النقيصة بدناة النسب ، فتعتبر فيه الكفاءة . قريش بعضهم أكفاء لبعض على اختلاف قبائلهم ، حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كاتيمي والأموي والعدوي ونحو ذلك كفاً للهاشمي ؛ لقوله ﷺ : « قريش بعضهم أكفاء لبعض » . وقريش تشمل على بني هاشم ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض بالنص . ولا تكون العرب كفاً لقريش ؛ لفضيلة قريش على سائر العرب ؛ ولذلك اختصت الإمامة بهم ، قال النبي ﷺ : « الأئمة من قريش » . بخلاف القرشي أنه يصلح كفاً للهاشمي ، وإن كان للهاشمي من الفضيلة ما ليس للقرشي ، لكن الشرع أسقط اعتبار تلك الفضيلة في باب النكاح ، عرفنا ذلك بفعل رسول الله ﷺ وإجماع الصحابة ﷺ ؛ فإنه روي أن رسول الله ﷺ تزوج ابنته من عثمان ، وكان أمويًا لا هاشميًا ، وزوج علي بن أبي طالب ابنته من عمر ، ولم يكن هاشميًا بل عدويًا ، فدل أن الكفاءة في قريش لا تختص ببطن دون بطن . واستثنى محمد ﷺ بيت الخلافة ، فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفاً له . ولا تكون الموالي أكفاء للعرب ؛ لفضل العرب على العجم . والموالي بعضهم أكفاء لبعض بالنص ، والموالي العرب أكفاء لموالي قريش ، لعموم قوله : « والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » . ثم مفاخرة العجم بالإسلام لا بالنسب .

ومنها الحرية : لأن النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب ، فلا يكون القَيْرُ ، والمُدْبَرُ ، والمكاتبُ كَفَاءً للحره بحال ، ولا يكون مولى العناقة كَفَاءً لحره الأصل ، ويكون كَفَاءً مثلها ؛ لأن التفاخر يقع بالحره الأصلية ، والتعير يجري في الحرية العارضة المستفادة بالإعتاق ؛ وكذا من له أب واحد في الحرية ، لا يكون كَفَاءً لمن له أبوان فصاعداً في الحرية . ومن له أبوان في الحرية ، لا يكون كَفَاءً لمن له آباء كثيرة في الحرية ، كما في إسلام الآباء ؛ لأن أصل التعريف بالأب وتماه بالجد ، وليس وراء التمام شيء ؛ وكذا مولى الوضيع لا يكون كَفَاءً لمولاة الشريف ، حتى لا يكون مولى العرب كَفَاءً لمولاة بني هاشم ، حتى لو زُوجت مولاة بني هاشم نفسها من مولى العرب ، كان لمعتقها حق الاعتراض ؛ لأن الولاء بمنزلة النسب ، قال النبي ﷺ : **«الولاء لحفّة كلحفمة النسب»** .

ومنها المال : فلا يكون الفقير كَفَاءً للغنيّة ، لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة ، وخصوصاً في زماننا هذا ؛ ولأن للنكاح تعلقاً بالمهر والنفقة تعلقاً لازماً ؛ فإنه لا يجوز بدون المهر ، والنفقة لازمة ، ولا تعلق له بالنسب والحرية ، فلما اعتبرت الكفائة ثمة ؛ فلأن تعتبر ههنا أولى . والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والنفقة ، ولا تعتبر الزيادة على ذلك حتى أن الزوج إذا كان قادراً على مهر مثلها ونفقتها ، يكون كَفَاءً لها ، وإن كان لا يساويها في المال . هكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات . ودُكر في غير رواية الأصول أن تساويهما في البتّى شرط تحقق الكفائة في قول أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ؛ لأن التفاخر يقع في البتّى عادةً . والصحيح هو الأول ؛ لأن الغنى لا ثبات له ؛ لأن المال غادٍ ورائع ، فلا تعتبر المساواة في البتّى . ومن لا يملك مهراً ولا نفقة ، لا يكون كَفَاءً ؛ لأن المهر عبُوضٌ ما يُمْلِكُ بهذا العقد ، فلا بد من القدرة عليه وقيام الأزواج بالنفقة واجب ، فلا بد من القدرة عليها ؛ ولأن من لا قدرة له على المهر والنفقة يُشْتَحَقَرُ ويُشْتَهَانُ في العادة كمن له نسب دنيء ، فتختل به المصالح كما تختل عند دناءة النسب .

وقيل : المراد من المهر قدر المعجل عُرفاً وعادةً دون ما في الذمة ؛ لأن ما في الذمة يُسْتَمْتَعُ فيه بالتأخير إلى وقت الانتشار ، فلا يطلب به للحال عادة والمال غادٍ ورائع . وروي عن أبي يوسف أنه إذا ملك النفقة ، يكون كَفَاءً ، وإن لم يملك المهر . هكذا روى الحسن بن أبي مالك عنه ؛ فإنه روى عنه أنه قال : سألت أبا يوسف عن الكفء ، فقال : الذي يملك المهر والنفقة . فقلت : وإن كان يملك المهر دون النفقة ، فقال : لا يكون كَفَاءً . فقلت : فإن ملك النفقة دون المهر ، فقال : يكون كَفَاءً . وإنما كان كذلك ؛ لأن المرء يعد قادراً على المهر بقدرة أبيه عادة ، ولهذا لم يُجْزُ دفع الزكاة إلى ولد الغني إذا كان صغيراً ، وإن كان فقيراً في نفسه ؛ لأنه يعد غنياً بمال أبيه ، ولا يعد قادراً على النفقة بعتى أبيه ؛ لأن الأب يتحمل المهر الذي على ابنه ، ولا يتحمل نفقة زوجته عادةً . وقال بعضهم : إذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم ؛ فإنه يكون كَفَاءً ، وإن كان لا يملك من المال إلا قدر النفقة لما ذكرنا أن المهر نُجْرِي في المسامحة بالتأخير إلى وقت اليسار ، والمال يُغْدُو ويُزْوَج ، وحاجة المعيشة تندفع بالنفقة .

ومنها الدين : في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، حتى لو أن امرأة من بنات الصالحين إذا زُوجت نفسها من فاسق ، كان للأولياء حق الاعتراض عندهما ؛ لأن التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال ، والتعير بالفسق أشد وجوه التعير ، وقال محمد : لا تعتبر الكفائة في الدُّنْيَانِ ، لأن هذا من أمور الآخرة ، =

والكفاة من أحكام الدنيا ، فلا يقدح فيها الفسق إلا إذا كان شيئاً فاحشاً ، بأن كان الفاسق ممن يُشخَّر منه ويُشخَّك عليه ويُضفَع ، فإن كان ممن يهاب منه ، بأن كان أميراً قَتَالاً ، يكون كفاً ؛ لأن هذا الفسق لا يعد شيئاً في العادة ، فلا يقدح في الكفاة . وعن أبي يوسف : أن الفاسق إذا كان مُتُعَلِّماً ، لا يكون كفاً ، وإن كان مستتراً ، يكون كفاً . وأهل الكفر بعضهم أكفاء لبعض ؛ لأن اعتبار الكفاة لدفع النقيصة ، ولا نقيصة أعظم من الكفر .

وأما الحزفة : فقد ذكر الكرخي أن الكفاة في الحرف والصناعات معتبرة عند أبي يوسف ، فلا يكون الحائلك كفاً للجوهري والصيرفي . وذكر أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب ، أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحزف ، فلا يعيرون بها . وأجاب أبو يوسف : على عادة أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفاً ، فيعيرون بالدينيء من الصنائع ، فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة .

وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اعتبار الكفاة في الحرفة ، ولم يذكر الخلاف . فثبت الكفاة بين الحرفين في جنس واحد ، كالبراز مع البراز ، والحائلك مع الحائلك . وثبت عند اختلاف جنس الحرف إذا كان يقارب بعضها بعضاً ، كالبراز مع الصائغ ، والصائغ مع العطار ، والحائلك مع الحجام ، والحجام مع الدباغ . ولا تثبت فيما لا مقاربة بينهما ، كالعطار مع البَيْطَلار ، والبراز مع الحزاز . ويُذكر في بعض نسخ الجامع الصغير : أن الكفاة في الحرف معتبرة في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف غير معتبرة إلا أن تكون فاحشة ، كالحياكة ، والحجامة ، والدباغة ونحو ذلك ؛ لأنها ليست بأمر لازم واجب الوجود ، ألا ترى أنه يقدر على تركها . وهذا بشكل بالحياكة وأحواتها ؛ فإنه قادر على تركها ، ومع هذا يقدح في الكفاة .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٣٧/٣ ، ١٣٨) : « المعتبرة في النكاح لدفع العار والضرار ، وهي في السلامة من العيوب المثبتة للخيار ، وفي الحرية ، والنسب ، والدين ، والصلاح ، والحزفة (فمن به عيب مثبت للخيار لا عُتَّة فليس بكفء) لأمراة (وإن استويا) في مطلق العيب سواء اختلفا فيه (كرتقاء ومجبوب) أم اتفقا كأبرص وبرصاء ، وإن كان ما بها أكثر وأفحش ؛ لأن النفس تعاف صحة من به ذلك ، والإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه . واستنناؤه العتَّة تبع فيه كالإسنوي البغوي ؛ لأنها لا تتحقق ، فلا نظر لها ، ونقلها عنه الأصل . ثم قال : وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره التسوية بينها وبين غيرها ، وإطلاق الجمهور بواقفه . انتهى .

ووجه : بأن الأحكام تُثَبَّت على الظاهر ، ولا تتوقف على التحقق ، قال في الأصل : وزاد الروباني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة كالعمى والقطع وتشوه الصورة ، وقال : هي تمتع الكفاة عندي . وبه قال بعض الأصحاب واختاره الصيرمي (ولا يكافئ الحرة) أصلية أو عتيقة (ولا من لم يمس آباءها أو الأقرب) إليها (منهم الرق من ليس مثلها في النسب) ؛ لأنها تعبر به وتتضرر في الأولى بأنه لا ينفق عليها إلا نفقة المغيرين . وقوله : من زيادته في النسب لا حاجة إليه بل قد يوهم خلاف المراد (ولا يكافئ العرية والقرشية والهاشمية إلا مثلها) لشرف العرب على غيرهم ؛ ولأن الناس تتفخر بأنسابها أتمَّ فَخَار ، ولخير : « قدموا قريباً ولا تُقَدِّمُوها » . رواه الشافعي بلاغاً ، ولخير مسلم : « إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل ، واصطفى قريباً من كنانة ، واصطفى بني هاشم من قريش ، واصطفاني من بني هاشم » . (وبنو هاشم و) بنو =

(المطلب أكفاء) لخبر البخاري : « نحن وبنو المطلب شيء واحد » . ومحلّه في الحرّة ؛ فلو نكح هاشمي أو مطليبي أمة ، فأثت منه بنت ، فهي مملوكة لمالك أمها ، فله تزويجها من رقيق ودينه النسب . وأفهم كلامه ما صرح به في الروضة من أن موالي كل قبيلة ليسوا أكفاء لها (وسائر العرب) أي : باقهم (أكفاء) أي : بعضهم أكفاء بعض . وقال الرافعي : مقتضى اعتبار النسب في العجم اعتباره في غير قريش من العرب ، لكن ذكر جماعة أنهم أكفاء . وجرى النووي على ما اختصره المصنف ، فقال مستدركاً على الرافعي : ما ذكره الجماعة هو مُقتضى كلام الأكثرين .

وذكر إبراهيم المروزي أن غير كنانة لا يكافها ، واستدل له السبكي بخبر مسلم السابق ، فحصل في كونهم أكفاء وجهان ، وقد نقل الماوردي عن البصريين أنهم أكفاء ، وعن البغداديين خلافه . فتفضّل مضر على ربيعة ، وعدنان على قحطان اعتباراً بالقرب منه عليه السلام . وتقدم عنه نظيره في قسّم الغني والغنيمة ، وهذا هو الأوجه . قال في المهمات : اعتبار النسب في الكفافة أضحى منه في الإمامة العظمى ، ولهذا سوّوا بين قريش هناك ، ولم يُستووا بينها هنا . وقد جزم الرافعي ثمّ بأنه إذا لم يوجد قرشي بشرطه فكناني ، فإن لم يكن فرجل من ولد إسماعيل ، فإن تعذر فجمحي ، فإذا قدموا الكناني على غيره ثمّ ولم يكافئ بينهما فهنا أولى .

قال : واستدراك النووي على الرافعي عجيب ؛ فإنه صحح اعتبار النسب في العجم ، فأقل مراتب غير قريش من العرب إن كانوا كالعجم ، فلزم اعتباره فيهم كما يقول الرافعي بلا شك ، والذي اغتر به النووي إنما هو نقل الرافعي خلافه عن جماعة ، والظاهر أن تلك الجماعة ممن يقول : إن الكفافة في غير العرب لا تعتبر (وتعتبر الكفافة في نسب العجم) كالعرب . وحقه أن يقول : ويعتبر في كفافة العجم نسبه . وعبارة الأصل : ويعتبر النسب في العجم ، أي : تفضل الفرس على النبط ، وبنو إسرائيل على القبط (والاعتبار بالأب) في غير أولاد بنات النبي صلى الله عليه وآله وسلم (فلا أثر للأُم ولو كانت رقيقة) فمن أبوه عجمي وأمه عربية ليس كفاً لمن أبوها عربي وأمها عجمية ، ومن ولدته رقيقة كفؤ لمن ولدته حرة ؛ لأنه يتبع الأب في النسب (ولا يكافئ من أسلم أو أسلم أحد أبائه الأقرين أعرق) أي : أقدم (منه في الإسلام) فمن أسلم بنفسه ليس كفاً لمن لها أب أو أكثر في الإسلام ، ومن له أبوان في الإسلام ليس كفاً لمن لها ثلاثة آباء فيه (والفاسق والمبتدع ليس بكفو للعفيفة والسنية) قال تعالى : ﴿ أَمَّن كَانَ مُوْتِمًا كَمَنْ كَانَتْ قَائِمًا لَا يَنْتَوْنُ ﴾ . (ومن لا يشهر بالصلاح كفو للمشهورة به) اكفاءة بمطلق الصلاح (وفي الحرف لا يكافئ الكناس والحجام وقمّ الحمام والحارس) والراعي ونحوهم (بنت الخياط ، والخياط لا يكافئ بنت البرازن والتاجر (ولا) يكافئ (المحترف بنت القاضي والعالم) نظراً للعرف ؛ ولقوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى الْبَعْضِ فِي الرِّزْقِ ﴾ . أي : في سببه ، فبعضهم يصل إليه ببذل ومشقة ، وبعضهم بدونهما قال في الأصل : وذكر في الحلية : أنه تراعى العادة في الحرف والصناعات ، فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة ، وفي بعضها بالعكس . انتهى . وذكر في البحر نحوه أيضاً قال الأذريعي : وهو حسن ينبغي الأخذ به . وقد جزم به الماوردي أيضاً قال في الأنوار : وإذا شك في الشرف والدناة أو في الشريف والأشرف أو الدنيء والأدنى ، فالمرجع عادة البلد (قال الإمام والغزالي) : وشرف النسب من ثلاث جهات : جهة النبوة ، وجهة العلم ، وجهة الصلاح المشهور .

قالا : (ولا عبرة بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة) المستولين على الرقاب ، وإن تفاخر الناس بهم (قال =

في الأصل : وكلام النقلة لا يساعدهما (عليه في عظمة الدنيا كما صرح به الرافعي ، قال في المهمات : وكيف لا يعتبر الانتساب إليهم ! وأقل مراتب الإمرة ، أي : ونحوها ، أن تكون كالحرفة ، وذو الحرفة الدينية لا يكافئ النفيسة .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢٤٩/٢ - ٢٥١) : « والمعتبر فيها ، أي : الكفاءة - على ما ذكر المصنف أمران (الدين) أي التدين أي كونه ذا دين أي غير فاسق لا بمعنى الإسلام لقوله : (ولها وللولي تركها) ؛ إذ ليس لهما تركه وتأخذ إجماعاً (والحال) أي : السلامة من العيوب التي تُوجب لها الخيار في الزوج لا الحال بمعنى الحسب والنسب وإنما تندب فقط (ولها وللولي) أي لهما معاً (تركها) وتزويجها من فاسق سكير يؤمن عليها منه وإلا رده الإمام ، وإن رضيت لحق الله حفظاً للنفوس ، وكذا تزويجها من معيب لكن سيأتي في فصل الخيار أن الثاني أي : السلامة من العيب حق للمرأة فقط وليس للولي فيه كلام . (والمولى) أي العتيق (وغير الشريف) أي : الدنيء في نفسه كالمسلماني ، أو في حرفته كخثار وزبال (والأقل جأهاً) أي : قدراً أو منصباً (كفاء) للحررة أصالة والشريفة وذات الجاه أكثر منه (وفي) كفاءة (العبد) للحررة وعدم كفاءته لها على الأرجح (تأويلان) .

وجاء في حاشيته حاشية الدسوقي : « الحاصل : أن الأوصاف التي اعتبروها في الكفاءة ستة ، أشار لها بعض قوله :

نَسَبٌ وَدِينٌ صَنَعَةٌ حُرِّيَّةٌ فَقَدُ الْعُيُوبِ وَفِي الْيَسَارِ تَرَدُّ

فإن ساواها الرجل في الستة ، فلا خلاف في كفاءته ، وإلا فلا . واقتصر المصنف على ما ذكر لقول القاضي عبد الوهاب : إنها المماثلة في الدين والحال ، ولا يشترط فيها المماثلة في غير ذلك من باقي الأوصاف ، فمتى ساواها الرجل فيهما فقط كان كفاً . (قوله : وفي العبد تأويلان) المذهب أنه ليس بكفاء كما في الشارح تَبَيَّنَا لَشَب ، وفي عقب أن الراجح أنه كفاء وهو الأحسن ؛ لأنه قول ابن القاسم أقول . والظاهر التفصيل ، فما كان من جنس الأبيض فهو كفاء ؛ لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار ، وبه الشرف في عُرف مصرنا . وما كان من جنس الأسود ، فليس بكفاء ؛ لأن النفوس تنفر منه ، ويقع به الذم للزوجة أهد عدوي . وظاهر المصنف جريان الخلاف في عبد أبيها وغيره .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٧/٧) : « والكفاء ذو الدين والمنصب . يعني بالمنصب : الحسب ، وهو النسب . واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة ، فعنه هما شرطان : الدين ، والمنصب لا غير . وعنه : أنها خمسة : هذان ، والحرية ، والصناعة ، واليسار ، وذكر القاضي في المجرى : أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة ، وإنما الروايتان في الشرطين الأولين . قال : ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير ؛ لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد .

وجاء فيه أيضاً (٣٠/٧) : « من أسلم أو عتق من العبيد ، فهو كفاء لمن له أبوان في الإسلام والحرية . فأما ولد الزنى فيحتمل ألا يكون كفاً لذات نسب ، فإن أحمد بثلاثة دُكر له : أنه يتنجح ويتنجح إليه ، فكانه لم يُجبب ؛ وذلك لأن المرأة تميز به هي وأولياؤها ، ويتعدى ذلك إلى ولدها ، وأما كونه ليس بكفاء لعرية ، فلا إشكال فيه ؛ لأنه أدنى حالاً من المولى . والموالي بعضهم لبعض أكفاء ، وكذلك العجم .

المذكورة ؛ فالتكاح غير صحيح في الصور المتقدمة (١) .

٤١٢ - وقد علمت مما تقدم أنه إذا زُوِّجَتِ المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد ، أو زُوِّجَ الصغيرة غير الأب والجد من الأولياء ، أو زُوِّجَهَا الأب أو الجد وهو مشهور بسوء الاختيار قبل العقد ، يشترط لصحة النكاح أن يكون الزوج كفاً للمرأة .

قال أحمد رحمه الله في رجل من بني هاشم له مولاة : يزوجه الخراساني . وقول النبي ﷺ : « مولى القوم من أنفسهم » . هو في الصدقة . فأما في النكاح ، فليتكح . وذكر القاضي رواية عن أحمد : أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ؛ ولأن النبي ﷺ زوج زيداً وأسامة عريتين ؛ ولأن مولى بني هاشم ساؤوهم في حرمان الصدقة ، فيساوونهم في الكفاءة . وليس هذا بصحيح ؛ فإنه يوجب أن يكون الموالي أكفاء للعرب ، فإن المولى إذا كان كفاء سيده كان كفاً لمن يكافئه سيده ، فيبطل اعتبار المنصب . وقد قال أحمد : هذا الحديث في الصدقة ، لا في النكاح . ولهذا لا يساوونهم في استحقاق الخمس ، ولا في الإمامة ، ولا في الشرف . وأما زيد وأسامة ، فقد استدل بنكاحهما عريتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عريان ، فإنهما من كُلب ، وإنما طُرأ عليهما رِقٌّ . فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربي الأصل . فأما أهل البدع : فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي : يفرق بينهما . وكذلك إذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو . وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث ، فهذا شر من جهمي ، يفرق بينهما . وقال : لا يزوج بنته من حروري ترق من الدين ، ولا من الرافضي ، ولا من القَدْرِي ، فإذا كان لا يدعو فلا بأس . وقال : من لم يُزَّجْ بعلي في الخلافة ، فلا تناكحوه ولا تكلموه . قال القاضي : المقلد منهم يصح تزويجه ، ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه .

(١) قول الحنفية : جاء في العناية (٢٩١/٣) : « الكفاءة معتبرة ، أن عدمها يمنع الجواز أو يُجكِّن الأولياء من الفسخ » .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منتهج الطلاب (١٦٣/٤) : « الكفاءة معتبرة في النكاح لا لصحته ؛ بل لأنها حق للمرأة والولي ، فلهما إسقاطها » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (١٠٦/٥) : « والكفاءة الدين والحال » ابن عرفة : وهي مطلوبة بين الزوجين (ولها وللولي تركها) ، هذا نص ابن الحاجب والتلقين .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٦/٧) : « اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروي عنه أنها شرط له . قال : إذا تزوج المولى العربية ، فُرِّقَ بينهما . وهذا قول سفيان . وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب : ما هو بكفاء لها ، يفرق بينهما . وقال : لو كان المتزوج حائناً ، فرقت بينهما ، لقول عمر رضي الله عنه : لأمتن فزوج ذوات الأحساب ، إلا من الأكفَاء . والرواية الثانية عن أحمد : أنها ليست شرطاً في النكاح . وهذا قول أكثر أهل العلم . والصحيح أنها غير مشترطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ، ولا يلزم منه اشتراطها ؛ وذلك لأن للزوجة ولكل واحد من الأولياء فيها حقاً .

فإن كان غير كفاءٍ ، فلا يصح العقد .

٤١٣ - والكفاءة معتبرة في ستة أشياء ، وهي : النسب إن كانا عربيين أصلاً ، والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحزبة سواء كانا عربيين أو غير عربيين . وقد نَظَم بعضهم هذه الأشياء الستة تسهيلاً لحفظها فقال (١) :

إِنَّ الْكُفَاءَ فِي النَّكَاحِ تَكُونُ فِي سِتِّ لَهَا بَيْتٌ بَدِيعٌ قَدْ ضَبَطَ
نَسَبٌ وَإِسْلَامٌ كَذَلِكَ حِرْزَةٌ حُرُوبَةٌ وَدِيَانَةٌ مَالٌ فَقَطْ

٤١٤ - وإنما اعتبرت في هذه الأشياء ؛ لأن التفاخر يقع بها فيما بين الناس ، فلا بد من اعتبارها .

٤١٥ - فالنسب معروف ، والعربي - عند الفقهاء - : هو من يُعْرَف اتصال نسبه إلى قبيلة من القبائل . والعجمي بخلافه . فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، فلا يعتبر التفاضل فيما بين قريش . وعن محمد : إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة ؛ وكأنه قال ذلك تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة ، ويدل على عدم اعتبار التفاضل بين قريش أن النبي عليه الصلاة والسلام زوج بنته من عثمان (٢) وهو عدوي لا هاشمي ، وزوج عليّ كرم الله وجهه بنته أمّ كلثوم (٣) من عمر وهو عدوي لا هاشمي وهي هاشمية ، ويجمعهما قريش ؛ وكذا العرب غير قريش بعضهم أكفاء لبعض ، ولا يكون

(١) الناظم هو العلامة الحموي . ينظر : رد المحتار (٨٦/٣) .

(٢) هو : عثمان بن عفان أبي العاص بن أمية بن عبد شمس ، أمير المؤمنين ، أبو عمرو ، وأبو عبد الله ، القرشي ، الأموي ، أحمق السابقين الأولين ، وذو النورين ، وصاحب الهجرتين وزوج الابنتين . قدم الحماية مع عمر ، تزوج رقية بنت رسول الله ﷺ وعن الشيخين . روى عنه بنوه : أبان وسعيد ، ومولاه حمران ، وأنس وغيرهم ، توفي سنة (٣٥ هـ) . انظر : سير أعلام النبلاء (٥٦٦/٢) ، تاريخ دمشق (٨/١٢) .

(٣) أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ وأما خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي تزوجها عتبية ابن أبي لهب بن عبد المطلب قبل النبوة فلما بعث رسول الله ﷺ وأنزل الله ﴿ تَبَيَّنَ بَدَأُ أَبِي لَهَبٍ ﴾ قال له أبوه أبو لهب : رأسي من رأسك حرام إن لم تطلق ابنته ففارقها ولم يكن دخل بها ، فلم تزل بمكة مع رسول الله ﷺ وأسلمت حين أسلمت أمها وبايعت رسول الله ﷺ مع أخواتها حين بايعه النساء وهاجرت إلى المدينة حين هاجر رسول الله ﷺ وخرجت مع عيال رسول الله ﷺ إلى المدينة فلم تزل بها فلما توفيت رقية بنت رسول الله ﷺ خلف عثمان بن عفان على أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ وكانت بكراً وذلك في شهر ربيع الأول سنة ثلاث من الهجرة وأدخلت عليه في هذه السنة في جمادى الآخرة فلم تزل عنده إلى أن ماتت ولم تلد له شيئاً وماتت في شعبان سنة تسع من الهجرة ؛ فقال رسول الله ﷺ لو كن عشراً لزوجتهن عثمان . انظر : الطبقات الكبرى (٣٧/٨) .

سائر العرب أكفاء لقريش .

٤١٦ - والعجم ليسوا بكفاءٍ للعرب ، والأصل في هذا : قوله عليه الصلاة والسلام : « قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن بطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » ^(١) ؛ وإنما قال في الموالي : « رجل برجل » ؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم ، فلا يفتخرون بها ، لجهلها عندهم ، وإنما يفتخرون بالإسلام والحرية والحرفة ... إلخ . وإنما سُمِّي العجم : موالي ؛ لأن بلادهم فُتحت غثوة بأيدي العرب ، وكان للعرب استرقاقهم ، فإذا تركوهم فكأنهم أعتقوهم ، والموالي هم المُعتقون .

٤١٧ - وأفضل الناس نسبًا : بنو هاشم ، ثم قريش ، ثم سائر العرب ، لما روي عنه عليه الصلاة والسلام : « إن الله اختار من الناس العرب ، ومن العرب قريشًا ، واختار منهم بني هاشم ، واختارني من بني هاشم ولا فخر » .

٤١٨ - والقرشيان : من جَمَعَهُمَا أَبٌ هو النضر بن كنانة فمن دونه ، ومن لم يُنسَبَ إلا لأبٍ فوهُ ، فهو عربي غير قرشي . والنضر هو الجلد الثاني عشر للنبي عليه الصلاة والسلام ؛ فإنه : سيدنا محمد ، بن عبد الله ، بن عبد المطلب ، بن هاشم ، بن عبد مَنَاف ، بن قُصَيٍّ ، بن كِلَابٍ ، بن مُرَّةٍ ، بن كَعْبٍ ، بن لُؤَيٍّ ، بن عَلَابٍ ، بن فِهْرٍ ، ابن مالك ، بن النَّضْرِ ، بن كِنَانَةَ ، بن حُزَيْمَةَ ، بن مُدْرِكَةَ ، بن إلياس ، بن مُضَرَ ، بن يَزَارٍ ، بن مَعَدٍّ ، بن عَدْنَانَ . واقتصر البخاري في نسب رسول الله ﷺ على عدنان ^(٢) .

٤١٩ - والخلفاء الأربعة رضى الله تعالى عنهم كلهم من قريش ؛ لانتسابهم إلى النضر فمن دونه ، وليس فيهم هاشمي إلا عليٌّ كرم الله وجهه ، فإن الجلد الأول للنبي صلى الله تعالى عليه وسلم جدُّه ؛ فإنه : علي بن أبي طالب بن عبد المطلب فهو من أولاد هاشم .

٤٢٠ - وأما أبو بكر الصديق رضى الله تعالى عنه : فإنه يجتمع مع رسول الله ﷺ في الجلد السادس وهو : مُرَّةٌ ؛ فإنه : عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تَيْمٍ بن مُرَّةٍ .

٤٢١ - وأما عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه : فإنه يجتمع مع رسول الله ﷺ في الجلد السابع وهو : كعب ؛ فإنه : عمر بن الخطاب بن نُفَيْلٍ بن عبد العزى بن رِيَاحٍ بن

(١) ينظر : السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : اعتبار الصنعة في الكفاة / ١٣٥٤٧) .

(٢) صحيح البخاري (كتاب : المناقب / باب : مبعث النبي ﷺ) .

عبد الله بن قُوط بن رَزَّاح بن عُدِي بن كعب . ورياح بكسر الراء وبالياء تحتها نقطتان .
 ٤٢٢ - وأما عثمان رضى الله تعالى عنه : فيجتمع مع رسول الله صلى الله تعالى
 عليه وسلم في الجد الثالث وهو : عبد مناف ؛ فإنه : عثمان بن عفان بن أبي العاص بن
 أمية بن عبد شمس بن عبد مناف .

(مادة ٦٤)

يُعْتَبَرُ الْإِسْلَامُ بِالنَّظَرِ لِلزَّوْجِ وَأَبِيهِ وَجَدِّهِ لَا غَيْرِ . فَمُسْلِمٌ بِنَفْسِهِ لَيْسَ كُفًّا بِمُسْلِمَةٍ
 أَبَوَاهَا مُسْلِمِينَ ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ مُسْلِمٌ لَيْسَ كُفًّا لِمَنْ لَهَا أَبَوَانِ مُسْلِمَانِ ، وَمَنْ لَهُ
 أَبَوَانِ فِي الْإِسْلَامِ كُفًّا لِمَنْ لَهَا آبَاءٌ ^(١) .

٤٢٣ - وإسلام الأصول معتبر في العجم . وأما في العرب ؛ فهو غير معتبر ، فمن
 لأب له في الإسلام من العرب وهو مسلم ، فهو كفاء لمن لها آباء في الإسلام ؛ لأن
 العرب يتفاخرون بالنسب ، فَيَعْتَدُونَ النسب كُفًّا لنسب آخر .

وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ، فمفاخرتهم بالإسلام . فمن كان له أب في
 الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ، ولا يَعُدُّه كُفًّا ، وحينئذ لا يكون من أسلم بنفسه
 من العجم كُفًّا لمن لها أب في الإسلام . ومن له أب واحد في الإسلام ، لا يكون كُفًّا
 لمن لها أبوان فيه ، أما من له أبوان في الإسلام فكفاء لمن لها آباء فيه ؛ لأن أصل

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٠/١) : « من أسلم بنفسه وليس له أب في الإسلام ،
 لا يكون كُفًّا لمن له أب واحد في الإسلام . ومن له أب واحد في الإسلام ، لا يكون كُفًّا لمن له أبوان فصاعداً
 في الإسلام . والذي أسلم بنفسه ، لا يكون كُفًّا لثلاثي لها أبوان أو ثلاثة في الإسلام ، ويكون كُفًّا لثله . هذا
 إذا كان في موضع قد تباعد عهد الإسلام وطال ، وأما إذا كان العهد قريباً بحيث لا يعبر ولا يكون ذلك
 عيباً ؛ فإنه يكون كُفًّا . ومن له أبوان في الإسلام ، كان كُفًّا لامرأة لها ثلاثة آباء في الإسلام أو أكثر . رجل
 ارتد - والعياذ بالله - ثم أسلم ، فهو كفاء لمن لم ينجر عليه ردة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٣٨/٣) : « (ولا يكافئ من أسلم أو أسلم أحد آباءه الأقربين
 أعرق) أي : أقدم (منه في الإسلام) فمن أسلم بنفسه ليس كُفًّا لمن لها أب أو أكثر في الإسلام ، ومن له
 أبوان في الإسلام ليس كُفًّا لمن لها ثلاثة آباء فيه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠/٧) : « من أسلم أو عتق من العبيد ، فهو كفاء لمن له أبوان في الإسلام
 والحرية » .

التعريف بالأب وتماه بالجد ، فلا يشترط أكثر من ذلك ؛ فتبين من هذا : أن الإسلام معتبر في حق العرب بالنسبة إلى الزوج وحده لا إلى أبيه وجده ، وفي حق العجم بالنسبة للزوج وأبيه وجده .

٤٢٤ - والحرية نظير الإسلام فيما ذكرنا بالنسبة للعجم ، وأما بالنسبة للعرب ؛ فهي لازمة لهم ؛ لأنه لا يجوز استرقاقهم ، ولا يَتَعَدُّ أن يكون من أسلم بنفسه كفاً لمن أُعْتِقَ بنفسه ، ولا يكون مُعْتَقُ الوضیع كفاً لمُعْتَقَةِ الشريف .

(مادة ٦٥)

شَرَفُ الْعِلْمِ فَوْقَ شَرَفِ النَّسَبِ ، فَفَيْزُ الْعَرَبِيِّ الْعَالِمِ كُفَاءٌ لِلْعَرَبِيَّةِ وَلَوْ كَانَتْ قُرْبِيَّةً ، وَالْعَالِمُ الْفَقِيرُ كُفَاءٌ لِبَيْتِ الْغَنِيِّ الْجَاهِلِ ^(١) .

• • •

٤٢٥ - فالعجمي لا يكون كُفَاءً للعربية ولو كان ذا جاهٍ ، بأن كان سلطاناً أو عالماً . وقال البعض : إن كان الحسب والجاه آتيين من جهة السُلْطَة ؛ فلا يكون كفاً لها ، وإن كان من جهة العلم ، كان كُفَاءً ؛ لأن شرف العلم فوق شرف النسب . ولذا قيل : إن عائشة أفضل من فاطمة رضي الله تعالى عنهما ؛ لكثرة علمها ، وفوق شرف المال أيضاً ؛ ولذا يكون العالم الفقير كُفَاءً لبنت الغني الجاهل ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١١/٢) : « شرف العلم فوق شرف النسب ، حتى إن العالم العجمي كفاء للعربي الجاهل ، والعالم الفقير كفاء للغني الجاهل » . انظر : فتح القدير (٢٩٧/٣) ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٤٠/١) ، البحر الرائق (١٤٠/٣) ، ومجمع الأنهر (٣٤٠/١) ، والدر المختار (٩٢/٣ ، ٩٣) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الرابع : الكفاءة .

شروط الكفاءة .

المادة (٢٠) : يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كُفُوًا للمرأة في المال وهي أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج .

(مادة ٦٦)

لَا عِزَّةَ بِكَثْرَةِ الْمَالِ فِي النِّكَاحِ ، فَمَنْ قَدَّرَ عَلَى الْمَهْرِ الْمُتَعَارَفِ تَعَجُّلَهُ وَنَفَقَةَ شَهْرٍ إِنْ كَانَ غَيْرَ مُخْتَرَفٍ ، أَوْ قَدَّرَ عَلَى كِفَايَةِ الْمَرْأَةِ بِتَكْسِبِهِ كُلِّ يَوْمٍ إِنْ كَانَ مُخْتَرَفًا ، فَهِيَ كُفَاءٌ لَهَا ، وَلَوْ كَانَتْ ذَاتَ أَمْوَالٍ جَمِيمَةٍ وَتَزْوَةَ عَظِيمَةٍ ^(١) .

٤٢٦ - وأما الكفاءة في المال : فقال بعضهم : لا بد من التساوي فيه . وعلى هذا لو تزوج رجل ثروته خمسة آلاف درهم بامرأة لها عشرة آلاف ولها أخ لا يرضى بذلك ، فله حق الاعتراض ؛ لأن الكفاءة غير موجودة من جهة الزوج . فالفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة ؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى ، ويتعبرون بالفقر .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٣٠/٢) : « تعبير الكفاءة في المال أيضًا ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الحسب المال » ؛ ولأنه يقع به التفاخر . وهو أن يكون مالكًا للمهر والنفقة . والمراد بالمهر : المهر المعجل ، وهو ما تعارفوا تعجيله ، ولا يعتبر الباقي ولو كان حالًا . وبالنفقة : أن يكسب كل يوم قدر النفقة وقدر ما يحتاج إليه من الكسوة ، ولا يعتبر أن يكون مساويًا لها في الغنى هو الصحيح . وعن أبي حنيفة ومحمد في غير رواية الأصول : أن من ملكهما لا يكون كُفَاءً للفائقة ، وليس بشيء . وقيل : إن كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كُفَاءً ، وإن لم يملك إلا النفقة ؛ لأن الخلل ينحصر به » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٨٣/٧) : « والأصح أن اليسار (لا يعتبر) في يَدُوِّ ولا خَصْبِرٍ ولا عرب ولا عجم ؛ لأن المال طِيلُ زائل وحال حائل وطَوْدٌ مائل ، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر » . قول المالكية : جاء في المدونة (١٠٧/٢) : « قلت : أرأيت إن كان كُفَاءً في الدين ، ولم يكن كُفَاءً في المال ، فرضيت به ، وأبى الولي أن يرضى ، أيزوجها منه السلطان أم لا ، قال : لم أسمع منه في ذلك شيئًا ، إلا أنني سألت مالكًا عن نكاح الموالي في العرب ، فقال : لا بأس بذلك ، ألا ترى إلى ما في كتاب الله تبارك وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَرَبُّكُمْ شَعْبٌ وَقَائِلُ لِسَانِهِمْ إِنْ أَحْرَمْتُمْكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْتُمْكُمْ ﴾ » .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٢٩/٧) : « فأما اليسار ففيه روايتان ، إحداهما : هو شرط في الكفاءة ؛ لقول النبي ﷺ : « الحسب المال » . وقال : « إن أحساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال » . وقال لفاطمة بنت قيس ، حين أخبرته أن معاوية خطبها - : « أما معاوية فصولك لا مال له ؛ ولأن على المؤسرة ضررًا في إفسار زوجها ؛ لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ، ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة ، فكذلك إذا كان ثقاتًا ؛ ولأن ذلك معدود نقصًا في عُرف الناس ، يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ . والرواية الثانية : ليس بشرط ؛ لأن الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي ﷺ : « اللهم أحيني مسكينًا ، وأميتي مسكينًا » ؛ وليس هو أمرًا لازمًا ، فأشبهه العافية من المرض . واليسار المعتر : ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ، ويمكنه أداء مهرها » .

٤٢٧ - وقال أبو يوسف : لا يعتبر ؛ لأنه لا ثبات له ؛ إذ المال غاى ورائع . وهو المعول عليه . وحينئذ يكون معنى الكفاءة في المال : أن يكون الزوج مالكا للمهر والنفقة ، حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما ، لا يكون كفاً ؛ لأن المهر بَدَل البُضْع ، فلا بد من إيفائه . وبالنفقة قَوَام الازدواج ودوامه ، فلا بد منها أيضاً .

٤٢٨ - والمراد بالمهر : قَدْرُ ما تعارفوا تعجيله ؛ لأن ما وراءه مُؤَجَّل عرفاً .

٤٢٩ - والمراد بملكه النفقة : أن يكون مالكا لنفقة شهر إن كان غير محترف ، أو يَتَكَسَّب كلُّ يوم ما يكفيه إن كان مُحترفاً .

٤٣٠ - ومتى وجد هذان الأمران عند الزوج ، فهو كفاء ، ولو كانت المرأة ذات أموال جسيمة وثروة عظيمة . ويعد الزوج قادراً على المهر بيسار أبيه وأمه وِجْدَه وجدته ، ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب ؛ لأن الآباء في العادات يتحملون المهر عن الأولاد ، ولا يتحملون النفقة الدائرة ^(١) . فلو كانت العادة أنهم يتحملونها عنهم أيضاً ، عُدَّ قادراً بذلك ^(٢) .

(مادة ٦٧)

لَا يَكُونُ الْفَاسِقُ كُفَاً لِصَالِحَةٍ يَنْبِئُ صَالِحٍ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ كُفَاً لِصَالِحَةٍ يَنْبِئُ فَاسِقٍ ، أَوْ يَنْبِئُ صَالِحٍ ^(٣) .

(١) ينظر : العناية شرح الهداية (٣ / ٣٠٠ ، ٣٠١) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٨) إذا ادعى الرجل الكفاءة ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الزوجة أو وليها حق طلب الفسخ .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١ / ٢٩٠) : « تعتبر الكفاءة في الديانة ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وهو الصحيح ، فلا يكون الفاسق كفاً للصالحة ، سواء كان مُعلن الفسق أو لم يكن . وذكر السرخسي أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمته أن الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة ؛ كذا في السراج الوهاج : رجل زَوَّج ابنته الصغيرة من رجل على ظَنِّ أنه صالح لا يشرب الخمر ، فوجده الأب شريئاً مُدِيمًا ، وكبرت الابنة فقالت : لا أرضى بالنكاح إن لم يعرف أبوها بشرب الخمر وغلبة أهل بيته الصالحون فالنكاح باطل ، أي : يبطل . وهذه المسألة بالاتفاق . كذا في الذخيرة . وإنما الخلاف بين أبي حنيفة رحمته تعالى وصاحبيه فيما إذا زوجه من رجل عُرفه غير كفاء ، فعند أبي حنيفة رحمته يجوز ؛ لأن الأب كامل الشفقة وافر الرأي ، فالظاهر أنه تأمل غاية التأمل ، ووجد غير الكفاء أصلح من الكفاء ، ثم =

٤٣١ - وأما الديانة : فالغرض منها التقوى ، والزهد ، والصلاح . واعتبار التقوى في الكفاءة قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الصحيح ؛ لأنها من أعلى المفاخر . والمرأة تُتَمَيَّرُ بفسق الزوج فوق ما تُتَمَيَّرُ بِضَعِيفَةِ نَسَبِهِ . فلما كان النسب معتبراً ، كانت الديانة أولى .

وقال محمد : لا تعتبر ؛ لأنها من الأمور الأخرى ^(١) ، فلا تُبَيِّنُ أحكام الدنيا عليها ، إلا إذا كان يُضَفَّعُ وَيُسَخَّرُ منه أو يُخْرَجُ إلى الأسواق سكراناً ويلعب به الصَّبِيَّانُ .

= الكفاءة تعتبر عند ابتداء النكاح ولا يعتبر استمرارها بعد ذلك ، حتى لو تزوجها وهو كفء ثم صار فاجراً داعراً ، لا يفسخ النكاح .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٢٥٨/٦) : « فليس فاسق (ولو ذمياً فاسقاً في دينه كما صرح به ابن الرقعة ، أو مبتدع ولا ابن أحدهما وإن سفل (كُفء عفيفة) أو سُئِفَةٌ كما نقلاه عن الروباني وأقره ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ . وغير الفاسق ولو مستوراً كُفء لهما ، وغير مشهور بالصلاح كُفء للمشهوره به ، وفاسق كُفء لفاسقة مطلقاً ، إلا إن زاد فسقه أو اختلف نوعهما كما بحثه الإسني ، ومنازعة الزركشي مردودة بظهور الفرق . ويُجرى ذلك في كل مبتدع ومبتدعة .

قول المالكية : جاء في : « والمعتبر فيها ، أي : الكفاءة - على ما ذكر المصنف أوران : (الدين) أي : الدين ، أي : كونه ذا دين ، أي : غير فاسق . لا بمعنى الإسلام ؛ لقوله : (ولها وللولي تركها) ؛ إذ ليس لهما تركه وتأخذ كافراً إجماعاً » ، وجاء في الشرح الصغير (٤٠٠/٢ ، ٤٠١) : « (ولها) أي : للزوجة (وللولي تركها) أي : الكفاءة ، والرضا بعدمها والتزويج بفاسق أو مميوب أو عبد . فإن لم يرضيا مفاً ، فالقول لمن امتنع منهما ، وعلى الحاكم منع من رضي منهما . وليس للأب جبر البكر على فاسق أو ذي عيب ، فإن تزوجها الفاسق أو ذو العيب أو العبد ، فلها وللولي الرد والفسخ . وقيل : إن تزويج الفاسق غير صحيح ويتعين فسخه ورجعه جماعة » .

قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٨٤/٥ ، ٨٥) : « (لا تزوج عفيفة) عن الزني (بفاجر) أي : بفاسق ، بقول أو فعل أو اعتقاد . قال أحمد في رواية أبي بكر : لا يزوج بنته من حروري قد مرق من الدين ، ولا من الرافضي ، ولا من القدري ، فإن كان لا يدعو فلا بأس . قال القاضي : المبتدع إن حكمنا بكفره ، فنكاحه باطل كالمرتد ، وإن حكمنا بفسقه ، فنكاحه باطل لعدم الكفاءة ، وإن لم نحكم بكفره ولا فسقه وهو إذا كان مقلداً لا يدعو إلى ذلك ، صح النكاح . انتهى (و) لا تزوج امرأة (عدلٍ بفاسق) كشارب الخمر ؛ لأنه ليس بكفء ، سكر منها أو لم يسكر . وكذلك من سكر من خمر أو غيرها من المسكر ، لم يكن كفاً . قال الكرمانني : قلت لإسحاق في الرجل يزوج ابنته وأخته ممن يشرب الخمر . قال : لا ، هذا فاسق ، فإذا زوج كريمته من فاسق ، فقد قطع رحمه ؛ ولأن من انصف بشيء مما دُكر ، مردود الشهادة والرواية ، وذلك نقص في إنسانيته ، فليس كفاء لعدل » .

(١) المراد : أن الديانة من الأمور الأخروية التي لا تتعلق بها أحكام في الدنيا ؛ لأنها من الأمور الخفية غير المتيقنة التي لا يعلم حقيقتها إلا الله .

فلا يكون الفاسق كفاً لصالحة بنت صالح ، سواء كان مُغْلَبًا بالفسق أم لا ؛ وإنما يكون كفاً لفاسقة بنت فاسق ، أو فاسقة بنت صالح (١) .

(مادة ٦٨)

تُعْتَبِرُ الْكَفَاءَةَ حِرْفَةً فِي غَيْرِ الْعَرَبِ ، وَفِيْمَنْ يَخْتَرِفُ بِنَفْسِهِ مِنَ الْعَرَبِ . فَإِذَا تَقَارَبَتِ الْحِرْفُ ، فَلَا يُعْتَبِرُ التَّفَاوُتُ فِيهَا ، وَتَثْبُتُ الْكَفَاءَةُ . وَإِذَا تَبَاعَدَتِ ، فَصَاحِبُ الْحِرْفَةِ الدِّينِيَّةِ لَا يَكُونُ كَفًّا لِبِنْتِ صَاحِبِ الْحِرْفَةِ الشَّرِيفَةِ ، وَالْعَبْرَةُ فِي ذَلِكَ بِعَرَفِ أَهْلِ الْبَلَدِ فِي شَرَفِ الْحِرْفِ وَحَسَبِهَا (٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨) : العبرة في الكفاءة لعرف البلد .
 (٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩١/١ ، ٢٩٢) : « في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه : لا تعتبر الحيرفة ، ويكون النيطار كفاً للعطار . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وإحدى الروایتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه : صاحب الحيرفة الدينية كالنيطار ، والحجام ، والحائك ، والكئاس ، والديباغ ، لا يكون كفاً للعطار ، والبراز ، والصراف . هو الصحيح ؛ كذا في فتاوى قاضي خان ، وكذا الحلاق لا يكون كفاً لهم هكذا في السراج الوهاج . والمروي عن أبي يوسف رضي الله عنه أن الحرف متى تقاربت لا يعتبر التفاوت ، وتثبت الكفاءة ، فالحائك يكون كفاً للحجام ، والديباغ يكون كفاً للكئاس ، والصفار يكون كفاً للحداد ، والعطار يكون كفاً للبراز . قال شمس الأئمة الحلواني : وعليه الفتوى كذا في المحيط . والجمال لا يُعَدُّ في الكفاءة كذا في فتاوى قاضي خان . قال صاحب الكتاب : النصيحة أن يراعي الأولياء المجانسة في الحسن والجمال كذا في التاريخانية ناقلاً عن الحجفة . »

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٧٥/٤) : « فصاحب حرفة دينية (وضبطها الإمام بما دلت ملابستها على انحطاط المروعة وسقوط النفس ، كملابسة القاذورات (ليس كفاء أرفع منه) واستدل لذلك بقوله تعالى : ﴿ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ بِمَعَاذِ عَنِّي بَيْنِي فِي الرِّزْقِ ﴾ . أي : في سببه ، فبعضهم يصل إليه بجز وراحة ، وبعضهم بذل ومشقة . ويقول تعالى : ﴿ قَالُوا أَتُزَكَّىٰ لَكَ وَأَنْتُمْ لَا تُزَكَّىٰوْنَ ﴾ . قال المفسرون : كانوا حاكمة ، ولم ينكر عليهم هذه التسمية (فنكاس ، وحجام ، وحارس ، وراغ ، وقيم الحمام) ونحوهم : كحائك (ليس كفاء بنت خياط) والظاهر أن هؤلاء أكفأ لبعضهم بعضاً ، ولم أزل من تعرض لذلك (ولا خياط بنت تاجر أو) بنت (بزاز) والظاهر أن كلاً منهما كفاء للآخر ، ولم أزل أيضاً من ذكره (ولا هما) أي : التاجر والبراز (بنت عالم و) بنت (قاض) نظرًا للفرق في ذلك . وصرح به ابن أبي هريرة بأن من أبوها بزاز أو عطار لا يكافئها من أبوه حجام أو نيطار أو دباغ .

قال الأذريعي : وإذا نظرت إلى حرفة الأب فقياسه النظر إلى حرفة الأم أيضاً ، فإن ابن المغنية أو الحمامية ونحوها ينبغي ألا يكون كفاً لمن ليست أمها كذلك ؛ لأنه نقص في القرف وعار . ا هـ . والأوجه عدم النظر =

٤٣٢ - وأما الحِرْفةُ : فعند أبي حنيفة : أن الكفاءة لا تعتبر فيها أصلاً ؛ لأنها ليست بلازمة ، ويمكن التحوُّلُ إلى أنفسِ منها . وعن أبي يوسف مثله ، إلا أن تَفَحُّشُ ، كالحائِكِ والحجامِ والدَّبَّاعِ والكُنَّاسِ . ولكن المعول عليه اعتبارها ؛ لأن الناس يتفاخرون بشرف الحِرْفِ ، وَيَتَّعِزُّونَ بِدَنَاءَتِهَا . وهي وإن أمكن تركها ، يبقى عارها ، وحينئذ يكون المدار فيها على التفاخر والتعير ؛ ولذلك كانت معتبرة في العجم ؛ لأن افتخارهم بها لا بالنسب ، بخلاف العرب فإن افتخارهم به لا بها . إلا إذا كان العربي محترفاً بنفسه بحرفة دنيئة ، فإنها تعتبر ؛ فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفاً لبنت صاحب الحرفة الشريفة ، ولا يمكن في هذا المقام حصر الحِرْفِ وبيان الشريفة والخسيسة لكثرتها وتشعبها .

فإن اتفقت الحرف ، فالأمر ظاهر . وإن اختلفت ولكنها متقاربة ، كالحائك والحجام ، فلا يعتبر التفاوت ، وتثبت الكفاءة ، فالحائك يكون كفاً للدباغ ، والدباغ يكون كفاً للكُنَّاسِ ، والصفار يكون كفاً للحداد . وهؤلاء ليسوا كفاً لبنت العطار والجوهري ، والعطار يكون كفاً للبراز^(١) . وحينئذ فيترك الحكم فيها إلى العرف ؛ لأن بعض البلاد يُعَدُّ بعض الحِرْفِ شريفة في حالة عَدِّ البعض لها دنيئة ، فكل بحسب عُرْفِهِ .

وَالْعُرْفُ فِي الشُّرُوعِ لَهُ اغْتِيَابُ لِيَذَا عَلَيْهِ الْحُكْمُ قَدْ يُدَارُ^(٢)

= إلى الأَم . قال في الروضة : وذكر في الحلية أنه تراعى العادة في الحِرْفِ والصنائع ؛ فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة ، وفي بعضها بالعكس . ١ هـ . وذكر في البحر نحوه أيضاً وجزم به الماوردي .
قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢٥٠/٢) : (والمولى) أي : العتيق (وغير الشريف) أي : الدنيء في نفسه كالمسلماني ، أو في حرفته كحمار وزبال (والأقل جافاً) أي : قدرًا أو منصبًا (كفاء) للحررة أصالة والشريفة وذات الجاه أكثر منه .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٢٩/٧) : « فأما الصناعة : ففيها روايتان ، إحداهما : أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة ، كالحائك ، والحجام ، والحارس ، والكساح ، والدباغ ، والقيم ، والحمامي ، والزبال ، فليس بكفاء لبنت ذوي المروءات أو أصحاب الصنائع الجليلة ، كالتجارة والبنابة ؛ لأن ذلك نقص في عُرفِ الناس ، فأشبهه نقص النسب . وقد جاء في الحديث : « العرب بعضهم لبعض أكفاء ، إلا حائِكًا ، أو حجامًا » . قيل لأحمد بن حنبل : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ، قال : العمل عليه . يعني أنه ورد موافقًا لأهل العرف . وروي أن ذلك ليس بنقص ، وروى نحو ذلك عن أبي حنيفة ؛ لأن ذلك ليس بنقص في الدين ، ولا هو لازم ، فأشبهه الضعف والمرض .

(١) البراز : بائع البزِّ ، وهي : الثياب . ينظر : لسان العرب مادة (بز) .

(٢) هذا بيت من منظومة « رسم المفتي » لابن عابدين . ينظر : رد المحتار (١٤٧/٣) .

واقصارهم على الأشياء الستة المتقدمة يفيد إنه لا يعتبر غيرها في الكفاءة ، فلا عبرة بالجمال ولا العقل ، فالجنون كفاء للعاقلة وفيه خلاف بين المشايخ .
ولا عبرة بالبلد أيضاً ، فالقروي كفاء للمدني ، وعلى هذا يكون التاجر في القرى كفاءً لبنت التاجر في مِصْرٍ للتقارب .
ولا بالسن أيضاً ، فإذا زوج أخته الصغيرة لرجل طاعن في السن ، صَحَّ العقد وهكذا .
ومع كل ما تقدم فالأحسن للأولياء أن يراغوا الأشياء المتناسبة بين الزوجين ، كي تحصل الألفة والمحبة بينهما ، بخلاف ما إذا لم تُرَاعَ ، فَيَتَجَمُّ من الضرر ما لا تُحْمَدُ عُقْبَاهُ ^(١) .

(مادة ٦٩)

إِذَا زَوَّجَ الْوَالِدِيُّ مُوَلِّيَّتَهُ الْكَبِيرَةَ بِرِضَاهَا جَاهِلًا قَبْلَ الْعَقْدِ كَفَاءَةَ الزَّوْجِ لَهَا ، ثُمَّ عَلِمَ بَعْدَهُ أَنَّهُ غَيْرُ كُفَاءٍ لَهَا ، فَلَيْسَ لَهُ خِيَارٌ فَسَخَ النِّكَاحَ وَلَا لَهَا ، مَا لَمْ يَكُنْ اشْتَرَطَ الْكَفَاءَةَ عَلَى الزَّوْجِ ، أَوْ أَخْبَرَهُ الزَّوْجُ أَنَّهُ كُفَاءٌ ، فَإِذَا هُوَ غَيْرُ كُفَاءٍ ، فَلَهَا وَلِوَلِيِّهَا الْخِيَارُ فِي الصُّورَتَيْنِ ^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٢) : إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخير الزوج أنه كفو ثم تبين أنه غير كفو كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : عدم العلم بالكفاءة : المادة (٢١) : إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفايته ثم تبين أنه غير كفو فلا يبقى لأحد منهما حق الاعتراض ، أما إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخير الزوج أنه كفو ثم تبين أنه غير كفو فللكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج ، أما إذا كان كفوًا حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ .
(٢) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٣٧/٣) : « المرأة إذا زوجت نفسها من رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم أنه كفاء أم لا ، ثم علمت أنه غير كفاء ؛ لا خيار لها . وكذلك الأولياء لو زوجها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ثم علموا ، لا خيار لهم . وهذه مسألة عجيبة . أما إذا شرطوا ، فأخبرهم بالكفاءة ، فزوجوها على ذلك ، ثم ظهر أنه غير كفاء ، كان لهم الخيار ؛ لأنه إذا لم يشترط الكفاءة ، كان عدم الرضا بعدم الكفاءة من الولي ومنها ثابتاً من وجه دون وجه لما ذكرنا أن حال الزوج محتمل بين أن يكون كفوًا ، وبين ألا يكون كفوًا . والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضا بعدم الكفاءة من كل وجه ، فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه ا هـ .
وفي الظهيرية : ولو انتسب الزوج لها نسبتاً غير نسبه ، فإن ظهر دونه وهو ليس بكفاء ، فحق الفسخ ثابت للكل . وإن كان كفوًا ، فحق الفسخ لها دون الأولياء . وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر ، فلا فسخ لأحد .

٤٣٣ - وما يترتب على كون الكفاءة حقَّ الوليِّ وحقَّ المرأة ؛ أنه لو زوجت امرأة نفسها من رجل ، ولم تشترط الكفاءة ، ولم تعلم أنه كُفء أو غير كُفء ، ثم تبين أنه غير كُفء ، فلا خيار لها ؛ لأنها أسقطت حقها في الكفاءة بعدم البحث والاشتراط . ولكن الأولياء لم يَحْصُلْ منهم ذلك ، فلم الخيار ، أو يكون العقد لاغياً على حسب الروايتين في مثل هذه المسألة .

٤٣٤ - وكذلك الأولياء لو زوجوها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ولم يشترطوها ، ولم يخبرهم الزوج بها ، فليس لهم خيار الفسخ ولا لها .

أما إذا اشترطوا ، أو أخبرهم الزوج بالكفاءة ، فزوجوها على ذلك ، ثم ظهر أنه غير كُفء ؛ كان لهم الخيار ؛ لأنه إذا لم يشترطوا الكفاءة ، ولم يخبرهم الزوج بها ، كان الرضا بعدم الكفاءة من الولي ومنها ثابتاً من وجه دون وجه ؛ لأن حال الزوج مُخْتَلِّ بين أن يكون كُفأً وألا يكون . والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة من كل وجه ، فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه .

ولأنه عند عدم الاشتراط يكون التقصير حاصلاً منهم جميعاً بترك البحث مع إمكانه ، فكأنهم راضون به على كلِّ حال ، فلا يثبت لهم حق الفسخ ، بخلاف ما إذا اشترطوا ، فلا يثبت رضاهم إلا إذا كان كُفأً . فإن ظهر غير كُفء ، ثبت لهم حق الفسخ .

٤٣٥ - ولو أخبرها الزوج بنسب غير نسبه ، فظهر أنه دونه وهو ليس بكُفء ، فحق الفسخ ثابت للكل . وإذا كان كُفأً ؛ فحق الفسخ ثابت لها لا للأولياء . وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر به ، فلا فسخ لأحد .

٤٣٦ - وعن أبي يوسف : أن لها الفسخ ؛ لأنها عسى أن تعجز عن القيام معه .

٤٣٧ - وإذا تزوجها على أنه فلان ابن فلان فإذا هو أخوه أو عمُّه ؛ فلها الخيار . وهذا في غاية الظهور ^(١) .

= وعن أبي يوسف : أن لها الفسخ ؛ لأنها عسى تعجز عن المقام معه . ا هـ . وفي الذخيرة : إذا تزوج امرأة على أنه فلان ابن فلان ، فإذا هو أخوه أو عمه ، فلها الخيار . ا هـ .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٥٤) : ١ - لا حد لأقل المهر ولا لأكثره .

٢ - كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً .

٣ - يعتبر مهر المرأة ديناً ممتازاً يأتي في الترتيب بعد دين النفقة المستحقة المشار إليه في المادة (١١٢٠) من =

= القانون المدني .

- ٤ - لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسعى إثبات ذلك أصولاً ؛ فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسعى الحقيقي .
- ٥ - يعتبر كل دين يرد في وثائق الزواج أو الطلاق من الديون الثابتة بالكتابة ومشمولاً بالفقرة الأولى من المادة (٤٦٨) من قانون أصول المحاكمات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لعام (١٩٥٢ م) ولا يعتبر المهر المؤجل مُستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤١) المهر هو : ما يذله الزوج من مال بقصد الزواج .
- المادة (٤٢) كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً .

الباب السابع

في المهر

الفصل الأول

في بيان مقدار المهر وما يصلح

تسميته مهراً وما لا يصلح

(مادة ٧٠)

أَقْلُ الْمَهْرِ عَشْرَةُ ذَرَاهِمٍ فِضَّةً ، وَزُنُّ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ مَضْرُوبَةٌ أَوْ غَيْرَ مَضْرُوبَةٌ . وَلَا حَدٌّ لِأَكْثَرِهِ ، بَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يُسَمِّيَ لِزَوْجِيهِ مَهْرًا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَيْسَرَتِهِ ^(١) .

٤٣٨ - المهر : هو المال الذي يجب بالزواج في مقابلة منافع البضع ، إما بالتسمية ، وإما بالعقد . وله أسماء : المهر ، والصدّاق ، والنخلّة ، والأجر ، والفريضة ، والعقر .

٤٣٩ - والعقد يصح وإن لم يُسمَّ فيه مهرٌ ، أو نُفي بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها ^(٢) ؛ لأن النكاح لغة : عقد انضمام وازدواج ، فيتم بالزوجين .

٤٤٠ - وهو واجب شرعاً ؛ لإظهار شرف المحلّ لا لصحة النكاح .

٤٤١ - والدليل على أن عقد الزواج يصح وإن لم يُسمَّ مهرٌ في العقد : قوله تعالى :

(١) قول الخنيفة : جاء في الدر المختار (١٠٢ ، ١٠١/٣) : « أقله عشرة دراهم) لحديث البيهقي وغيره : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ، ورواية الأقل تحمل على المعجل (فضة وزن سبعة) مثاقيل كما في الزكاة (مضروبة كانت أو لا) ولو ذنباً أو غرضاً قيمته عشرة وقت العقد .

قول الشافعية : جاء في الإقناع (٤٤٤/٣) : « وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد) بل ضابطه : كل ما صح كونه ميماً عوضاً أو معوضاً ، صح كونه صدقاً ، وما لا فلا .

قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٤١/٢) : « وأقل الصداق) أي : أقل ما يصح به العقد ، إما ربع دينار) من الذهب الخالص ، وهو وزن ثمان عشرة حبة من الشعير الوسط ، وإما ثلاثة دراهم من خالص الفضة ، كل درهم خمسون حبة وخمسا حبة ، ولا حد لأكثره اتفاقاً ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَآتَيْنَهُمْ مَقْدَرَهُمْ مَبْرُورًا ﴾ .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦١/٧) : « الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مالاً ، جاز أن يكون صدقاً .

(٢) ينظر مادة (١١) وشرحها .

﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾^(١) . حَكَمَ بصحة الطلاق مع عدم التسمية ، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح ، فغُلب أن ترك ذِكْرِهِ لا يمنع صحة النكاح .

٤٤٢ - وأقل المهر شرعاً : عشرة دراهم فضة . وتكون هذه العشرة وَزَنَ سبعة مثاقيل ، سواء كانت مضروبة أو غير مضروبة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا مهر أقل من عشرة دراهم »^(٢) . وعن سيدنا علي كرم الله وجهه : أقل ما تُسْتَحَلُّ به المرأة عشرة دراهم ؛ ولأنه حقُّ الشرع من حيث وجوبه عملاً بقوله تعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ ﴾^(٣) ؛ وكان ذلك لإظهار شرف المحل ، فَيَتَقَدَّرُ بما له شأن وهو العشرة استدلالاً بنصاب السرقه ؛ لأنه يُتَلَفُ به عضوٌ محترمٌ ؛ فلأن تَمَلَّكَ به منافع البَيْضَعِ من باب أوَّلَى .

ولا يشترط أن تكون الدراهم مسكوكة ، فلو سُمِّيَ عَشْرَةٌ بِيَرًا أو غَرَضًا قيمته عَشْرَةٌ تِيْرًا لا مضروبة ، صح .

٤٤٣ - وقال الإمام مالك : أقل المهر ربع دينار . وقال الإمام الشافعي والإمام أحمد : ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع ، يجوز تسميته مهرًا ؛ لأن المهر حَقُّها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتدال مَجَانًا ، فيكون التقدير إليها^(٤) .

٤٤٤ - ولنا ما تقدم . وكلُّ ما استدلوا به ، كقوله عليه الصلاة والسلام : « التمس ولو خاقماً من حديد »^(٥) . محمول على المعجل ، حتى يمكن الجمع بين كل الروايات .

٤٤٥ - والمعتبر في هذه الدراهم العشرة : أن تكون وَزَنَ سبعة مثاقيل لا عَشْرَةَ أو ستة أو خمسة ؛ وذلك أن الدراهم المستعملة في زمن سيدنا عمر كانت على ثلاثة أنواع : النوع الأول : عشرة دراهم وزن عشرة مثاقيل . الثاني : عشرة دراهم وزن ستة مثاقيل . الثالث : عشرة دراهم وزن خمسة مثاقيل . فأراد أرباب الأموال إخراج زكاتها على حسب النوع الثالث ، وعمال بيت المال أرادوا الأخذ بحسب الأول . فزُفِعَ الأمر إلى سيدنا عمر ، فجمع الأنواع الثلاثة ، وأخذ ثلثها وهو سبعة ، فصار المعول عليه من ذلك

(١) البقرة : ٢٣٦ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : ما يجوز أن يكون مهرًا / ١٤١٦٦) .

(٣) الأحزاب : ٥٠ . (٤) ينظر : العناية شرح الهداية (٣١٧/٣) .

(٥) سبق تخريجه .

الوقت عَشْرَةَ دراهم وَزُنْ سبعة مثاقيل في كل المَقَدَّرَاتِ الشرعية .

٤٤٦ - ولا يقبل من الزوجين تسمية أقل من هذا المقدار . فإن سَمَّيَا أقل منها ؛ كَمَلَّتِ العشرة ، مراعاة لحق الشرع . وإن سَمَّيَا أكثر منها ، فلا يعارضهما أحد ؛ إذ للزوج أن يسمي لزوجته ما شاء على حسب قُدْرَتِهِ واتفاقيهما .

(مادة ٧١)

كُلُّ مَا كَانَ مَقْوَمًا بِمَالٍ مِنَ الْعَقَارَاتِ ، وَالْعُرُوضِ ، وَالْمُجَوَّهَرَاتِ ، وَالْأَنْعَامِ ، وَالْمَكِيلَاتِ ، وَالْمَوْزُونَاتِ ، وَمَنَافِعِ الْأَغْيَانِ الَّتِي يُسْتَحَقُّ بِمَقَابَلَتِهَا مَالٌ ، يَصْلُحُ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا ^(١) .

٤٤٧ - ولا يشترط أن يكون المهر من الذهب أو الفضة ، بل ما كان مقوّمًا بمال يصلح تسميته مهرا ، سواء كان هذا الشيء من : العقار كقطعة من الأرض أو بيت ، أو من العُروض كقطعة من الحرير أو الصوف مثلا ، أو من المجوهرات كخاتم من الماس ،

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٠٢/١) : « المهر إما يصح بكل ما هو مال متقوم ، والمنافع تصلح مهرا » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٣٦٨/٤) : « كل (ما صح) كونه (ميّقا) عوضًا أو معوضًا عينًا أو دينًا أو منفعة كثيرا أو قليلا ما لم ينته في القلة إلى حد لا يتحول (صح) كونه (صدقا) وما لا فلا . فإن عقد بما لا يتحول ولا يقابل بمتحول ، فسدت التسمية ، ورجع لمهر المثل . ومثّل له الصيمري بالنواة ، والحصاة ، وقشرة البصلة ، وقمع الباذنجانة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٤٢٨/٢ ، ٤٢٩) : « (والصدّاق كالنمن ، وأقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوم بها) أو عرض مقوم بربع دينار أو ثلاثة دراهم ، أي : قيمته ذلك . ثم بين ما يقوم بهما بقوله : (من كل متحول) شرعا من عرض أو حيوان أو عقار (طاهر) لا نجس ؛ إذ لا يقع به تقويم شرعا (منفع به) إذ غيره - كعبد أشرف على الموت - لا يقع به تقويم ، وكآلة لهو ؛ لأن المراد : ما يُنتفع به شرعا ، أي : ما يحل الانتفاع به (مقدور على تسليمه) للزوجة (معلوم) قَدْرًا وصنفاً وأجلا » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٢٩/٨) : « (ولا يتقدر أقله ولا أكثره ، بل كل ما جاز أن يكون نمنا أو أجرة ، جاز أن يكون صدقا) هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به ، واشترط الحنفي أن يكون له نصف يحصل ، فلا يجوز على فُلْس ونحوه . وتبعه على ذلك ابن عقيل في الفصول والمصنف والشارح . وفسروه بنصف يتحول عادة . قال الزركشي : وليس في كلام الإمام أحمد هذا الشرط ، وكذا كثير من أصحابه ، حتى بالغ ابن عقيل في ضمن كلام له ، فجوز الصدّاق بالحبّة والتمرة التي يتبذرها مثلها . قال الزركشي : ولا يعرف ذلك » .

أو من الأنعام كجمل أو حصان ، أو المكيلات كعشرين إزدباً من الخنطة ، أو من الموزونات كخمسة قناطير من القطن ، أو منافع الأعيان التي يُستَحَقُّ المألُ في مقابلتها كما إذا أعطاهما غزبةً لتركبها مدة معينة أو بيتاً لتؤجره وتأخذ الأجرة . ويصح أيضاً أن يكون المهر ديثاً ، فلو تزوجها على عَشْرَةِ دين له على فلان ، صحت التسمية ؛ لأن الدين مال ، فإن شاءت أخذته من الزوج ، وإن شاءت يُمِّنُ عليه الدين .

٤٤٨ - فظهر من هذا أنه ليس الغرض عَشْرَةَ دراهم ؛ بل هي أو ما يقوم مقامها ، بأن تكون قيمته مساويةً لها .

٤٤٩ - واختلف في وقت القيمة : هل هو وقت العقد ، أو وقت القبض ؟ والظاهر الأول ، فلو كانت قيمته يوم العقد عشرة ، وصارت يوم التسليم ثمانية ، فليس لها غيره . ولو كان على عكسه، فلها العرض المسمى ودرهمان . ولا فرق في ذلك بين الملبوس ، والمكيل ، والموزون ؛ لأن ما يُجْعَل مهراً لم يتغير في نفسه ، وإنما التغير في رغبات الناس .

٤٥٠ - ولو تزوجها على ثوب وقيمته يوم العقد عشرة ، فقبضته وقيمته عشرون ، وطلقها قبل الدخول والخلوة والثوب مُسْتَهْلَكٌ ، رُدَّتْ إليه عَشْرَةٌ ؛ لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض ، فتعتبر قيمته يوم القبض ، فيعتبر يوم العقد في حق التسمية ، ويوم القبض في حق دخوله في ضمانها .

(مادة ٧٢)

كُلُّ مَا لَيْسَ مَقْرُوماً بِمَالٍ فِي ذَاتِهِ أَوْ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، لَا يَصْلُحُ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا . وَإِنْ سُمِّيَ ، فَالْعَقْدُ صَاحِحٌ وَالتَّسْمِيَةُ فَاسِدةٌ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٧٦/٢) : « ولنا قوله تعالى : ﴿ وَأَجْرٌ لَكُمْ تَأْتِيكُمْ رِزْقًا ﴾ ، فلا يصلح مهراً . »
قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٣٦٨/٤) : « فإن عقد بما لا يتم ولا يقابل بتمول ، فسدت التسمية ، ورجع مهر المثل . وتثل له الصيغري بالنواة ، والحصاة ، وقشرة البصلة ، وقمع الباذنجانة . »
قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٣٠٣/٢) : « (أو) تزوجها بما لا يتمول (كقصاص) وجب له عليها أو على غيرها ، فيفسخ قبل ، ويثبت بعد بصدوق المثل . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٥/٧) : « وما لا يجوز أن يكون ثمتاً في البيع ، كالهرم ، والمعدوم ، =

٤٥١ - وكل ما ليس مقومًا بمال في ذاته ، أو في حق المسلم ، لا يصح تسميته مهرًا .

٤٥٢ - فالأول : كالدّم المسفوح ، ولحم الميتة التي ماتت خنثفَ أنفها .

٤٥٣ - والثاني : كالخمر ، والخنزير .

٤٥٤ - فإن كلاً منهما ليس بمال في حق المسلم ، وإن كان مالاً في حق غيره . فإن

سعى شيئاً مما ذكر ، فلا تؤثر تسميته على العقد ، بل هو صحيح ، والتسمية فاسدة ، فيجب على الزوج مهرٌ المثل ^(١) .

(مادة ٧٣)

يَصِحُّ تَفْجِيلُ الْمَهْرِ كُلِّهِ وَتَأْجِيلُهُ كُلَّهُ إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيدٍ، وَتَفْجِيلُ بَعْضِهِ وَتَأْجِيلُ الْبَعْضِ الْآخَرَ ، عَلَى حَسَبِ عَزْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ ^(٢) .

= والجهول ، وما لا منفعة فيه ، وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء ، والسماك في الماء ، وما لا يتمول عادة كحبة جنطة ، وقشرة جوزة ، لا يجوز أن يكون صدأً .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٥٥) : يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تعجيل المهر وتأجيله : المادة (٤٥) : يجوز تعجيل المهر المسمى وتأجيله كله أو بعضه على أن يؤيد ذلك بوثيقة خطيّة وإذا لم يصرح بالتأجيل يعتبر المهر مُعَجَّلاً .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٤) أ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً حين العقد .

ب - يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول ، أو الخلوّة الصحيحة ، أو الوفاء ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البيونة ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك .

ج - تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى ؛ فإن لم يكن مسمى أو كانت التسمية فاسدة حكم لها القاضي بتمتعاً وفقاً لحكم المادة (١٢١/ب) من هذا القانون .

(٢) قول الخنفيّة : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٨/١) : لا خلاف لأحد أن تأجيل المهر إلى غاية معلومة نحو شهر أو سنة صحيح . وإن كان لا إلى غاية معلومة ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يصح . وهو الصحيح ؛ وهذا لأن الغاية معلومة في نفسها ، وهو الطلاق أو الموت ، ألا يرى أن تأجيل البعض صحيح ، وإن لم ينص على غاية معلومة . كذا في المحيط .

قول الشافعية : جاء شرح المحلى على المنهاج (٢٨٤/٣) : (ويجوز فرض مؤجل في الأصح) كالسمى . =

٤٥٥ - ويصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل ، سواء كان الأجل قريباً كعشرة أيام أو عشرين يوماً ، أو بعيداً كشهْر وسنة ، أو أكثر .

٤٥٦ - وكما أنه يصح تعجيل الكل وتأجيل الكل ، يجوز تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر على حسب اتفاق الزوجين ، إن كان هناك اتفاق على ذلك . فإن لم يكن ، يُبْعُ عرف البلد الذي وَقَعَ فيه العقد ؛ لأن بعض البلاد يُعْجَلُ أهلها النصفَ وَيُؤَجَّلُونَ الباقي ، والبعضُ الثلثين والثلث وهكذا .

٤٥٧ - فلا يلزم دَفْعُ المهر أو بعضه مُعْجَلاً قبل الدخول .

٤٥٨ - وبعضهم يقول : لا بد من ذلك ؛ لأن سيدنا علياً لما تزوج فاطمة بنت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وأراد أن يدخل ، منعه عليه السلام حتى يعطيها شيئاً ، فقال : يا رسول الله ، ليس لي شيء . فقال : « أعطها دِرْعَكَ » . فأعطاهما دِرْعَهُ ، ثم دخل بها ^(١) .

٤٥٩ - لكن المختار جواز الدخول قبل الدفع ، لما روي عن عائشة قالت : أمرني رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أن أُذْخِلَ امرأةً على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً ^(٢) . وحينئذ يُحْتَمَلُ المنع المذكور على الندب ، أي : يستحب تقديم شيء ، إدخالاً للمسترة عليها وتأليفاً لقلبها ^(٣) .

= والثاني : لا ، بناء على وجوب مهر المثل ابتداء ، ولا مدخل للتأجيل فيه ، فكذا بدله .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢٩٧/٢) : « (و) جاز تأجيل الصداق أو بعضه (إلى الدخول إن عُلمَ الدخول ، أي : وقته بالعادة عندهم كالنيل ؛ فإن لم يُعْلَمَ ، فسد قبل الدخول (أو) تأجيله إلى (المسرة) للزوج فيجوز (إن كان) الزوج (مليئاً) كمن عنده سلع يرصد بها الأسواق ، أو له استحقاق في وَقْف ونحوه . فإن لم يكن مليئاً ، فكمؤجل بمجهول » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٧) : « ويجوز أن يكون الصداق مُعْجَلاً ومُؤَجَلاً ، وبعضه مُعْجَلاً وبعضه مؤجلاً ؛ لأنه عوض في معاوضة ، فجاز ذلك فيه كالثمن » .

(١) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً / ٢١٢٦) .

(٢) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئاً / ٢١٢٨) .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٥٣) : يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء

أسمي عند العقد أم لم يسم أو نفي أصلاً .

الفصل الثاني

في وجوب المهر

(مادة ٧٤)

يَجِبُ لِلزَّوْجَةِ الْمَهْرُ شَرْعًا بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَيْهَا ، سَوَاءَ سَمِيَ الزَّوْجُ أَوْ الْوَلِيُّ مَهْرًا عِنْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ لَمْ يُسَمَّ ، أَوْ نَفَاهُ أَصْلًا ^(١) .

• • •

٤٦٠ - اعلم أن المهر يجب على الزوج للزوجة شرعًا بمجرد العقد الصحيح عليها ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء احتل بها خلوة صحيحة أو لم يحتل وسواء سُمي الزوج أو الولي مهرًا عند العقد أو لم يسم أو نفاه أصلًا .

٤٦١ - ولكن هذا الوجوب ليس متأكدًا ؛ لأنه على شرف سقوط النصف أو الكل ، فيسقط نصفه بالفرقة التي أتت من قبله قبل الدخول ، وكله بالفرقة التي أتت من قبلها قبل الدخول .

٤٦٢ - ويتأكد هذا الوجوب بالدخول بها ، أو بالخلوة الصحيحة ، أو موت أحد الزوجين ولو قبل الدخول ، كما ستعرفه - إن شاء الله تعالى - في الفصل الآتي .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٨٧/٢) : « المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد ؛ لأنه إحداء الملك ، والمهر يجب بمقابلة إحداء الملك ؛ ولأنه عقد معاوضة ، وهو معاوضة البضع بالمهر ، فيقتضي وجوب العوض كالبيع ، سواء كان المهر مفروضًا في العقد أو لم يكن عندنا » .
قول الشافعية : جاء في الأشباه والنظائر (ص ٣٢٢) : « يملك الضداق بالعقد ، لا أعلم في ذلك خلافًا عندنا » .
قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٦/٢) : « يجوز النكاح على ضداق المثل ، فيجب بالعقد » .

قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (٢٦١/٨) : « وتملك المرأة الضداق المسمى بالعقد (هذا المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب . قال الزركشي : هذا المذهب المعروف المجزوم به عند الأكثرين . انتهى . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع وغيره . وعنه : لا تملك إلا نصفه . ذكره القاضي ومن بعده » .

(مادة ٧٥)

إِذَا سُمِّيَ الزَّوْجُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ دُونَهَا مَهْرًا لِامْرَأَتِهِ ، وَجِبَتْ لَهَا الْعَشْرَةُ بِتَمَامِهَا . وَإِنْ سُمِّيَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَجِبَ لَهَا مَا سُمِّيَ بِالْعَاقِدَةِ مَا بَلَغَ ^(١) .

٤٦٣ - والمهر الذي وجب بمجرد العقد يختلف على حسب الأحوال الآتية :

٤٦٤ - فإن سُمِّيَ الزوج عَشْرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ أَقَلَّ مِنْهَا مَهْرًا لِامْرَأَتِهِ وَقْتُ الْعَقْدِ ، وَجِبَتْ لَهَا الْعَشْرَةُ بِتَمَامِهَا فِي الصَّوْرَتَيْنِ ، أَمَا الْأُولَى فَبِالِاتِّفَاقِ ؛ لِأَنَّهَا اتَّفَقَا عَلَى مَا يَصْلِحُ تَسْمِيَتِهِ مَهْرًا شَرْعًا ، وَقَدْ رَضِيَتْ بِهِ ، فَيَجِبُ ، وَأَمَا الثَّانِيَةُ فَخَالَفَ فِيهَا زَفْرُ وَقَالَ : يَجِبُ لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ ؛ لِأَنَّ تَسْمِيَتَهُ مَا لَا يَصْلِحُ مَهْرًا كَانْعِدَامِهَا ، كَمَا فِي تَسْمِيَتِهِ الْخَمْرَ وَالْحِنْزِيرَ . وَوَجْهُ قَوْلِ غَيْرِ زَفْرٍ : أَنَّ فِسَادَ هَذِهِ التَّسْمِيَةِ لِحَقِّ الشَّرْعِ ، فَقَدْ صَارَ مَقْضِيًّا بِالْعَشْرَةِ ، وَأَمَّا مَا يَرْجَعُ إِلَى حَقِّهَا فَقَدْ رَضِيَتْ بِالْعَشْرَةِ لِرِضَاهَا بِمَا دُونِهَا ، وَلَا عِبْرَةَ بِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ رَضِيَتْ بِالتَّمْلِيكِ مِنْ غَيْرِ عِيُوضٍ تَكَرَّرَ مَا ، وَلَمْ تَرُوضْ فِيهِ بِالْعِيُوضِ الْيَسِيرِ ، فَلَا يَكُونُ عَدَمُ التَّسْمِيَةِ دَلِيلًا عَلَى رِضَاهَا بِالْعَشْرَةِ ، فَلِذَلِكَ لَمْ تَجِبْ الْعَشْرَةُ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ بِخِلَافِ الرِّضَا بِمَا دُونَ الْعَشْرَةِ ؛ فَإِنَّهُ رِضًا بِهَا لَا مُحَالَةَ .

٤٦٥ - وَإِنْ سُمِّيَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَجِبَ مَا سُمِّيَ بِالْعَاقِدَةِ مَا بَلَغَ ؛ إِذْ لِلزَّوْجِ أَنْ يُسَمِّيَ لِرُؤُوسِهِ مَا شَاءَ عَلَى حَسَبِ مَقْدِرَتِهِ .

(١) قول الخنفي : جاء في الدر المختار (١٠١/٣ ، ١٠٢) : « أقله عشرة دراهم) لحديث البيهقي وغيره : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » ، ورواية الأقل تحمل على المعجل (فضة وزن سبعة) متاقل كما في الزكاة (مضروبة كانت أو لا) ولو دينًا أو عرضًا قيمته عشرة وقت العقد ، أما في ضمانها بطلاق قبل الوطاء فيوم القبض (وتجب) العشرة (إن سماها أو دونها) (و) يجب (الأكثر منها إن سُمِّيَ) (الأكثر) .

قول الشافعي : جاء في الإقناع (٤٤٤/٣) : « (وليس لأقل الصداق ولا لأكثره حد) بل ضابطه : كل ما صح كونه مبيحًا عوضًا أو معوضًا ، صح كونه صدقًا ، وما لا فلا » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (١٨٦/٥ ، ١٨٧) : « أقل المهر ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما هو قيمة أحدهما ، وأما أكثره فلا حد له . ومن نكح بأقل من أقله ، أتم وإلا أُبْسِحَ إن لم يَنْبِ . وإن دخل ، أتمَّ جِيزًا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦١/٧) : « (الصداق غير مُقَدَّرٍ لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مألًا ، جاز أن يكون صدقًا) » .

(مادة ٧٦)

إِذَا لَمْ يُسَمَّ الزَّوْجُ أَوْ وَلِيُّهُ مَهْرًا وَقَتَّ الْعَقْدَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرُ الْمَثَلِ . وَكَذَا لَوْ سُمِّيَ تَسْمِيَةً فَايْدَةً ^(١) أَوْ حَيْرَانًا مَجْهُولَ التَّرْعِ أَوْ مَكْبِيلاً أَوْ مَوْزُونًا كَذَلِكَ ^(٢) . أَوْ نَفَى الْمَهْرَ أَصْلاً ^(٣)

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٨٩/٥) : « ولو تزوجها على خمر أو خنزير - وهما مُسلمان - ، كان لها مهر مثلها عندنا » .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٣٤٢/٦) : « (نكحها) بما لا يملكه كأن نكحها بخمر أو جزٍ أو مغسوب) سواء أصرح بوصفه كما ذكر أم أشار إليه فقط وقد علمه أو جهله (وجب مهر مثل) لفساد التسمية » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٥/٢) : « (كل ما) أي : نكاح (فسد لصداقه) أي : لخلل فيه ، ككونه لا يملك شرعاً كخمر وخنزير ، أو لكونه لا ينتفع به ، أو غير مقدور على تسليمه ، أو مجهولاً أو نحو ذلك ، فيفسخ قبل البناء فقط ، ويثبت بعده بمهر المثل » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٧) : « وإذا تزوجها على محرم - وهما مُسلمان - ، ثبت النكاح ، وكان لها مهر المثل ، أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول » .

(٢) قول الحنفية : وجاء في بدائع الصنائع (٢٨٢/٢) : « فإن كان مجهولاً كالحَيوان والدابة والثوب والدار ، بأن تزوج امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار ولم يعين ، لم تصح التسمية ، وللمرأة مهر مثلها بالغاً ما بلغ ؛ لأن جهالة الجنس متفاحشة » .

قول الشافعية : جاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٤٤٥/٣) : « المنفعة المجهولة فلا يصح أن تكون صداقاً ، ولكن يجب مهر المثل » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٥/٢) : « (كل ما) أي : نكاح (فسد لصداقه) أي : لخلل فيه ، ككونه لا يملك شرعاً كخمر وخنزير ، أو لكونه لا ينتفع به ، أو غير مقدور على تسليمه ، أو مجهولاً أو نحو ذلك ، فيفسخ قبل البناء فقط ، ويثبت بعده بمهر المثل » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٣٧ ، ٢٣٦/٨) : « ويشترط أن يكون معلوماً كالثمن ، فإن أصدقها داراً غير معينة أو دابة ، لم يصح) وهذا المذهب مطلقاً . اختاره أبو بكر وغيره ، وجزم به في الوجيز وغيره ، وقدمه ابن منجا في شرحه ، وهو ظاهر ما قدمه الشارح ، وقال القاضي : يصح مجهولاً ، ما لم ترد جهالته على مهر المثل » .

(٣) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٣٩/٢) : « وإن لم يسم المهر في العقد أو نفاه ، فلها مهر مثلها إن وُطئ أو مات عنها ؛ وكذا إذا ماتت هي ؛ لأن الواجب بالعقد في مثله مهر المثل . ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول ، فبتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٦٤/٢) : « قلت : أرأيت لو أن رجلاً تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، قال : النكاح جائز عند مالك ، ويفرض لها صداق مثلها إن دخل بها ، وإن طلقها قبل أن يتراضيا على صداقي =

..... وَيَجِبُ أَيْضًا مَهْرُ الْمَثَلِ فِي الشُّغَارِ ^(١) ، وَفِي تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ لِلْإِنْفَهَارِ ^(٢) .

٤٦٦ - فإذا لم يُسَمَّ الزوج إن كان هو المبايئز لعقد الزواج بأن كان بالغًا عاقلًا ، أو وليه بأن كان صغيرًا أو مُلْحَقًا به مهرًا وقت العقد ، فالواجب بالعقد هو مهر المثل .
٤٦٧ - ويجب أيضًا مهر المثل إن كان هناك تسمية ولكنها فاسدة ، سواء كان فساد التسمية آتيا من جهة كون المسمى ليس بمال أصلاً ، كالحم الميتة التي ماتت ختف أنفها ،

= فلها التمتع ، وإن مات قبل أن يراضيا على صداقي فلا تمتع لها ولا صداق ، ولها الميراث .
قول الحنابلة : جاء في (١٨٢/٧) : « وإذا تزوجها بغير صداق ، لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا التمتع » .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٤٥/٢) : « يجب مهر المثل لبطلان التسمية في هذه الصور الثلاث : في نكاح الشُّغَار ، وفي التزويج على خدمة الزوج الحر ، وعلى تعليم القرآن » .
قول الشافعية : جاء في الفرر البهية (١٨٧/٤) : « (أو أن يجعلن بُضْعًا لامرأة (صداقًا) لأخرى ، وهو نكاح الشُّغَار ، فيفسد النكاحان » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٥/٢) : « (وجه الشُّغَار) يفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده بصداق المثل » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (١٣/٢) : « نكاح الشغار منقذ ، والشرط باطل ، ولكل واحدة من المرأتين مهر مثلها ، وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الزوج أخته أو أمه على أن يكون بُضْعُ كُلِّ واحدة منهما صداق الأخرى . فعندنا يجوز النكاح ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها » .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٤٥/٢) : « يجب مهر المثل لبطلان التسمية في هذه الصور الثلاث : في نكاح الشُّغَار ، وفي التزويج على خدمة الزوج الحر ، وعلى تعليم القرآن » .
قول الشافعية : جاء في الفرر البهية (١٨٥/٤) : « يوجب مهر المثل (تعذر) لتسليم الصداق (كما لو أصدقها تعليمها) بنفسه (القرآن) كله أو بعضه » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٧٧/٣) : « وقوله **بِضْعٍ** : « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » .
يحتمل أيضًا وجهين ، أحدهما : وهو الأظهر أن يعلمها ما معه من القرآن أو مقدارًا ما منه ، فيكون ذلك صداقها ، وهذا إباحة تجفل منافع الأعيان مهرا . والوجه الثاني : ما ذهب إليه الشيخ أبو بكر والشيخ أبو محمد أن معناه : زوجتكها بما معك من القرآن . وأن هذا خاصٌ لذلك الرجل دون غيره من الناس . وهذا التخصيص يحتاج إلى دليل ، والتأويل الأول أظهر من جهة اللفظ والمعنى » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٣/٧) : « فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صداقًا ، فقال في موضع : أكرهه . وقال في موضع : لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين ، وهذا مذهب الشافعي . قال أبو بكر : في المسألة قولان . يعني : روايتين » .

أو من جهة كونه ليس بمال في حق المسلمين كالحمر والخنزير ، أو من جهة جهالة نوعه وإن كان مالاً في حق الكل ، كبيت أو دار أو حيوان أو دابة أو ثوب ، ولم يُبَيِّن نوعها ؛ لأن الأثواب أجناس شتى كالحيوان والدابة ، فليس البعض أولى من البعض بالإرادة ، فصارت الجهالة فاحشة ؛ وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار والجمل وغيرها . وكذلك الدار فإنها تختلف اختلافاً فاحشاً بالبلدان والمحالّ والسعة والضيق وكثرة المرافق وقتلتها . فتكون هذه الجهالة أفحش من جهالة مهر المثل ، فمهر المثل أولى .

٤٦٨ - ويجب مهر المثل أيضاً إذا نفى الزوج المهر أصلاً ، بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها . وقال الشافعي : لا يجب لها شيء . واستدل بأن المهرَ خالصُ حَقِّهَا ، فتمتلك من نفية ابتداءً ، كما تتمكن من إسقاطه انتهاءً .

ولنا : أن المهر حق الشرع من حيث الوجوب كما عرّفَتْ مما تقدم ، وإنما يصير حَقِّهَا في حالة البقاء ، فتملك الإبراء دون النفي ؛ لأن الأصل أن يُلَاقِي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه .

٤٦٩ - ويجب أيضاً مهر المثل في الشُّغَار ، فإذا زَوَّجَ كُلُّ من الولين مُوَلِيَتَهُ لِلآخِرِ على أن يكون بُضْعُ كُلِّ منهما مهراً للآخرى ، صح العقد ، ووجب لكل منهما مهرٌ مثلها بالعقد كما تقدم لك تفصيله في شرح مادة (١٥) .

٤٧٠ - ويجب أيضاً مهر المثل في تعليم القرآن للإمهار ، يعني : إذا تزوج رجل امرأة وجعل مهرها أن يعلمها شيئاً من القرآن ، فالعقد صحيح ، والتسمية غير صحيحة ، وحيثُ يجب عليه مهر المثل .

٤٧١ - وقال الشافعي : التسمية صحيحة ، ويعلمها القَدْرُ المُتَّفَقُ عليه بينهما ؛ لأن ما يَصِحُّ أَخْذُ العوض في مقابلته بالشرط ، يصح تسميته مهراً ، وهنا يصح أخذ الأجرة في مقابلة تعليم القرآن ، فيصح تسميته مهراً .

٤٧٢ - وينبغي أن يكون مذهبنا مثل مذهبه ؛ لأن المتأخرين أفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، والفقهاء فينبغي أن يصح تسميته مهراً ؛ لأن ما جاز أخذ الأجر في مقابلته من المنافع ، جاز تسميته صدقاً ، ولهذا ذكر في فتح القدير في هذا الموضوع : أنه لما جَوَّزَ الشافعي أخذ الأجر على تعليم القرآن ، صح تسميته صدقاً ، فكذا نقول : يلزم على المفتي به صحة تسميته صدقاً ، ولم أرَ من تعرض له ^(١) . والله الموفق . وهو

(١) ينظر : فتح القدير (٣/٣٢٩) ، (١٧٩/٩) ، والبحر الرائق (٣/١٦٨) ، ونص الكلام المنقول من =

(مادة ٧٧)

مَهْرُ الْمَثَلِ لِلْحَرَّةِ : هُوَ مَهْرُ امْرَأَةٍ تَمَثَّلُهَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا ، كَ : أُنْحِيهَا ، أَوْ عَمِّيَّتَهَا ، أَوْ بِنْتَ عَمِّهَا أَوْ عَمِّيَّتَهَا . وَلَا تَمَثَّلُ بِأَمِّهَا أَوْ خَالَئِهَا إِذَا لَمْ تَكُونَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا (١) . وَتُعْتَبَرُ الْمَثَلَةُ وَقْتُ الْعَقْدِ : سِنًا ، وَجَمَالًا ، وَمَالًا ، وَبَلَدًا ، وَعَصْرًا ، وَعَقْلًا ، وَصَلَاحًا ، وَعِفَّةً ، وَبِكَارَةً ، وَثِيوبَةً ، وَعِلْمًا ، وَأَدَبًا ، وَعَدَمَ وُلْدٍ . وَيُعْتَبَرُ أَيْضًا حَالُ الزَّوْجِ (٢) . فَإِنْ

= البحر الرائق ، وكلام ابن الهمام يقتصر على نقل مذهب الشافعي فقط ، أما ما بعده من كلام من قوله : « فكذا نقول ... » فهو من كلام ابن نجيم ، فأمل .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦١) : ١ - يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية .

٢ - إذا وقع الطلاق قبل الدخول والحلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم مهر المثل : المادة (٥٤) : إذا لم يسم المهر في العقد الصحيح أو تزوجها على أنه لا مهر لها أو سمي المهر وكانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل .

(٢) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٣ / ٣٦٧ ، ٣٦٨) : « ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها) لقول ابن مسعود : لها مهر مثل نسايتها ، لا وكس فيه ولا سخط . وهن أقارب الأب ؛ ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه ، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه (ولا يعتبر بأبها وخالئها إذا لم تكونا من قبيلتها) لما بينا . فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه ، فحينئذ يعتبر بمهرها لما أنها من قوم أبيها » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣ / ٢١٠) : « (حيث أوجبت مهر المثل فهو ما يرغب به في مثلها) عادة (من) نساء (عصباتها) وهن المنسوبات إلى من تُنسب هي إليه ، كالأخت ، وبنت الأخ ، والعمه ، وبنت العم » . قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٣ / ٢٨٢) : « وأما ما يعتبر في مهر المثل ؛ فإنه أربع صفات : الدين ، والجمال ، والمال ، والحسب . ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات ، رُدَّت إليها في مهر المثل ، وإن لم تكن من أقاربها » .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٥ / ١٥٩) : « ومهر المثل معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها من جهة أبيها وأمها ، كأختها وعمتها وبنت أخيها وبنت عمها وأمها وخالئها وغيرهن القريب فالقريب » .

(٣) قول الحنفية : جاء في الهداية شرح بداية المبتدي (٣ / ٣٦٨) : « (ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن ، والجمال ، والمال ، والعقل ، والدين ، والبلد ، والعصر) ؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر ، قالوا : ويعتبر التساوي أيضًا في البكارة ؛ لأنه يختلف بالبكارة والثيوبه » ، وجاء في فتح القدير (٣ / ٣٦٨) : « يعتبر حال الزوج أيضًا ، أي : بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسايتها في المال والحسب وعدمهما . فإن لم تكن واحدة من قوم الأب بهذه =

لَمْ يُؤَخَذَ مَنْ يُمَاتِلُهَا مِنْ قَبِيلَةِ أَبِيهَا فِي هَذِهِ الْأَوْصَافِ كُلَّهَا أَوْ بَعْضِهَا ، فَمِنْ قَبِيلَةِ أُخْرَى مُمَاتِلٌ قَبِيلَةَ أَبِيهَا ^(١) . وَيُسْتَرْطُ فِي ثُبُوتِ مَهْرِ الْمَثَلِ إِخْتِارُ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ

= الصفات ، فأجيبه موصوفة بذلك .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٠/٣) : « وتراعى المماثلة) بينها وبينهن (في النسب) ؛ لأنه الركن الأعظم للمهر (وفي الأمة) أمة (مثلها في حصة السيد وشرفه) وفي العتيقة عتيقة مثلها ، وفي العرية عربية مثلها ، وفي البدوية بدوية مثلها ، وفي القروية قروية مثلها (وتعتبر البلد) ؛ لأن القبيلة تختلف باختلاف الأمكنة ، فلو كن يبلدتين وهي بأحدهما اعتبر بمن يبلدتها (لكن نساؤها) أي : نساء عصباتها (وإن غبن) عن بلدها (يُقَدَّمَنَّ عَلَى نِسَاءِ بِلْدِهَا) الأجنبيات (نعم من ساكنتها ممنهن في البلد) أي : بلدها قبل انتقالها إلى الأخرى (قَدَّمَ عَلَيْهِنَ) إذا لم يُسَاكِنَهَا فِي بِلْدِهَا ، وهذا من زيادته ، وبه صرح ابن الصباغ . وإن تفرقت في البلاد اعتبر أقربها إلى بلدها (ويراعى) مع ذلك (العفة والجمال وسائر الخصال المقصودة) أي : المرغوبة (ولو يسارًا) كبكاوة وفصاحة وسرٍّ ؛ لأن المهر يختلف باختلافها ؛ وجاء في حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢١٠/٣) : « إذا وجد من النساء المعتبرات من بصفتها ، وزوجها مثل زوجها في الصفات المذكورة ، اعتبر بها ، وإلا فلا يعتبر بها .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٢/٣) : « وأما ما يعتبر في مهر المثل ؛ فإنه أربع صفات : الدين ، والجمال ، والمال ، والحسب . ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات ، رُدَّتْ لِيهَا فِي مَهْرِ الْمَثَلِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَقَارِبِهَا .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (١٩٥/٥) « وتعتبر المساواة في : المال ، والجمال ، والعقل ، والأدب ، والسن ، والبكاوة ، والثبوية ، والبلد ، وصراحة نسبها ، وكل ما يختلف لأجله الصداق ؛ لأن مهر المثل بدل متلف ، فاعتُبرت الصفات المقصودة .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٤٠/٣) : « فإن لم يوجد من قبيلة أبيها فمن الأجانب) أي : فمن قبيلة تماثل قبيلة أبيها (فإن لم يوجد فالقول له) أي : للزوج في ذلك يمينه كما مر .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٠/٣) : « (وإن متن فتراعى) القريبى فالقريبى فثَقَّدَمُ (الأخوات من الأبوين ثم من الأب) ، ثم بنات الأخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم عمات كذلك (على ترتيب الإرث) في الأقربة . والتصريح بهذا من زيادته (فإن قُيِّدَ) أي : نساء عصباتها (أو لم ينكحن) أو جهل مهرهن (فنساء الأرحام) تُقَدَّمُ (القريبى فالقريبى من الجهات وكذا من الجهة الواحدة كجدات) وختالات . قال الماوردي : ويقدم من نساء الأرحام : الأم ، ثم الأخت للأم ، ثم الجدات ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخوات ، ثم بنات الأخوال ، وعلى هذا . قال : ولو اجتمعت أم أب وأم أم ، فأوجة تالفة : التسوية (ثم) إن تعذرت نساء الأرحام اعتبرت (الأجانب) أي الأجنبية .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٢/٣) : « وأما ما يعتبر في مهر المثل ؛ فإنه أربع صفات : الدين ، والجمال ، والمال ، والحسب . ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات ، رُدَّتْ لِيهَا فِي مَهْرِ الْمَثَلِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَقَارِبِهَا .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (١٥٩/٥ ، ١٦٠) : « (فإن لم يوجد) في نساها (إلا دونها زيدت =

وَأَمْرَاتَيْنِ عُدُولٍ ، وَلَفْظَ الشَّهَادَةِ . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ ، فَأَلْقُولُ لِلزَّوْجِ بِبَيْمِنِهِ ^(١) .

٤٧٣ - ومهر المثل يعتبر بعشيرتها التي من قبيلة أبيها ، كالأخوات ، والعمات ، وبنات الأعمام .

٤٧٤ - وقال بعضهم : يعتبر بأماها وقوم أمها ؛ لأن المهر قيمة لبضع النساء ، فيعتبر بالقرابات من جهة النساء . وليس بشيء .

٤٧٥ - وإنما اعتُبر بقوم الأب ؛ لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فيمن تزوجت بلا مهر : لها مهرٌ مثل نسائها ^(٢) . وهن أقارب الأب ؛ لأنه أضاف إليها ، وإنما يضاف إلى أقارب الأب ؛ لأن النسب إليه ؛ ولأن قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه ، والإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمه ، ألا ترى أن الأم قد تكون جارية ، والبت تكون قرشية تَبَعًا لأبيها .

٤٧٦ - ولا تُمَثَّلُ بأماها أو خالتها إذا لم تكونا من قبيلة أبيها . فإن كانتا كذلك ، مُثِّلَتْ بهما ، بأن يكون أبوها قد تزوج بنت عمه ، فإن أمها وخالتها تكونان من قبيلتها .

٤٧٧ - ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان ، وهي المَيِّسَةُ والمَيِّسُ عليها ، وقت العقد : سَنًا ، وجمالًا ، ومالًا ، وبلدًا ، وعصرًا ، وصلاحًا ، وعقلًا ، وعفةً ، وبكارةً ، وثبوبةً ، وعلماً ، وأدبًا ، وعدمً وولد ؛ لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، لاختلاف الرغبات فيها .

٤٧٨ - ويعتبر أيضًا حال الزوج ، بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها ، أي : في المال ، والحسب وعدمهما ؛ لأن لهما مَدْخَلًا في عُلُوِّ المهر ورُخْصِهِ . وكذا :

= بقدر فضيلتها القريبى فالقريبى) منهن لزمية القرب ؛ لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر (وإن لم يوجد) في نسائها (إلا فوقها نقصت بقدر نقصها) كأرش العيب بقدر نقص المبيع ؛ ولأن له أثرًا في تنقيص المهر ، فوجب أن يرتب بحسبه (وإن لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها بنساء بلدها) ؛ لأن ذلك له أثر في الجملة (فإن عُذِمَتْ) أي : بلدها بأن لم يكن فيها من يشبهها (فبأقرب النساء شبهها بها من أقرب البلاد إليها) ؛ لأنه لما تعذر الأقارب اعتبر أقرب النساء شبهها بها من غيرهن ، كما اعتبر قرابتها البعيدة إذا لم يوجد قريب .
(١) قول الخفنية : جاء في الدر المختار (١٣٩/٣) : « (ويشترط فيه) أي : في ثبوت مهر المثل لما ذكر (إخبار رجلين أو رجل وامرأتين ولفظ الشهادة) ؛ فإن لم يوجد شهود عدول ، فالقول للزوج بيمينه .
(٢) معجم الصحابة لابن القانع (٨٠/٣) .

للجمال ، والعقل ، والتقوى ، والسن مُدخَل من جهة الزوج أيضاً . فينبغي اعتبارها في حقه ؛ لأن الشاب يتزوج بأرخص من الطاعن في السن ، وكذا التقى بأرخص من الفاسق .

٤٧٩ - فإذا لم يوجد من يمثّلها من قوم أبيها في هذه الأوصاف كلها أو بعضها ، يُنظَر إلى امرأة تماثلها في هذه الأوصاف من قبيلة تماثل قبيلة أبيها في : الشرف ، والرّفعة ، ويُفَرَضُ لها مهرها الذي تزوجت به ؛ لأنه هو مهر مثلها .

٤٨٠ - وعندما يراد إثبات مهر مثل امرأة ، يشترط إخبار رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ، بأن يقولوا : نشهد أن مهر مثلها مائة جنيـه - مثلاً - ؛ لأن فلانة التي هي من قبيلة أبيها تساويها في الأوصاف المعتبرة من كذا وكذا ، وقد تزوجت بهذا المبلغ .

٤٨١ - ولما كانت هذه الأوصاف قَلَمًا تتحد في امرأتين ، سواء كانت من قبيلة واحدة أو من قبيلتين ، فإن اتفق الزوجان على أن مهر مثلها مائة جنيـه مثلاً ، فلا كلام ؛ لأن الزوج قد رَضِيَ بدفع هذا المبلغ لها ، وهي رَضِيَتْ بأخذه . وإن اختلفا فمن البديهي أن الزوجة لا بد وأن تَدَّعي الأكثر ، بأن تَدَّعي أن مهر مثلها مائتا جنيـه ، والزوج يقول : إنه مائة وخمسون . وحيثُ يكون القول للزوج يمينه ؛ لأنه ينكر الزيادة . والقول لمن ينكرها ، فإن حلف ، لزمه ما تَدَّعيه فقط . وإن امتنع عن اليمين ، لزمه ما تَدَّعيه هي . وأيهما أقام البينة على ما تَدَّعيه ، قُبِلَتْ بيته .

٤٨٢ - وهذا كله بالنسبة للحرّة ، وأما في الجوّاري ؛ فإنه ينظر إلى مثل تلك الجارية : جمالاً ، وسيداً ، بكم تتزوج ، ويعتبر مهر مثلها بذلك ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثامن :

المهر .

المهر المسمى ومهر المثل

المادة (٤٤) : المهر مهراّن مهر مسمّى : وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلاً كان أو كثيراً ، ومهر المثل : وهو مهر مثل الزوجة وأقربانها من أقارب أبيها وإذا لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها فمن مثيلاتها وأقربانها من أهل بلدتها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٧) أ - إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فعلى الزوج إقامة البينة فإن عجز فالقول قولها يمينها .

ب - إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر بعد تأكيده وعجز المدعي عن الإثبات قضى بالمسمى عند النكول وبمهر المثل عند الحلف .

ج - يقدّر مهر المثل بمهر من يمثّل المرأة من نساء عصبانها .

(مادة ٧٨)

المَفْرُوضَةُ الَّتِي زُوِّجَتْ بِهَا مَهْرٌ إِذَا طَلَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ أَنْ يَفْرِضَ لَهَا مَهْرًا بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَهَا ذَلِكَ ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَفْرِضَ لَهَا . فَإِذَا امْتَنَعَ وَرَفَعَتْ الْمَرْأَةُ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، يَأْمُرُهُ بِالْفَرَضِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، نَابَ مَنَابَهُ وَفَرَضَ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا بِالنَّظَرِ إِلَى مَنْ يَمَثِّلُهَا مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا بِنَاءً عَلَى شَهَادَةِ الشُّهُودِ . وَيُلْزَمُ الزَّوْجُ مَا فَرَضَ لَهَا ، سَوَاءً كَانَ بِالْتَّرَاضِي أَوْ بِأَمْرِ الْقَاضِي .

٤٨٣ - وقد علمت مما تقدم أن المهر إما أن يُسَمَّى في العقد أو لا . فإن سُمِّي في العقد ، فإما أن تكون التسمية صحيحة ، أو غير صحيحة . وإذا لم يُسَمَّ في العقد ، فإما أن يكون مسكوتاً عنه ، أو منقياً .

٤٨٤ - فإن سُمِّي وكانت التسمية صحيحة ، فهو الواجب .

٤٨٥ - وإن سُمِّي وكانت التسمية غير صحيحة لأي سبب من الأسباب المتقدمة ، أو كان مسكوتاً عنه ، أو منقياً في العقد ، وجب مهر المثل .

٤٨٦ - فالمهر على العموم يجب بمجرد العقد ، وينبني عليه أنه إذا تزوجت امرأة بلا مهر ، وتسمى المفروضة بكسر الواو ؛ لأنها فوضت نفسها إلى الزوج بلا مهر^(١) ، وَجِبَ لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ فِي الْإِبْتِدَاءِ لَيْسَ خَالِصًا حَقَّقَهَا ، بَلْ فِيهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى إِلَى الْعِشْرَةِ ، وَفِيهِ حَقُّ الْأَوْلِيَاءِ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ ، وَفِيهِ حَقُّهَا ابْتِدَاءً وَبَقَاءً ، فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَسْقُطَهُ .

٤٨٧ - ويترتب على ذلك أن لها أن تطلب من الزوج فَرَضَ مَهْرٍ لَهَا ، وَلَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَمَتَى طَلَبَتْ مِنْهُ ذَلِكَ ، يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَفْرِضَ لَهَا . فَإِنْ قَامَ بِهَذَا الْوَجِبِ ، وَاتَّفَقَ مَعَهَا عَلَى شَيْءٍ ، فِيهَا ، وَلَوْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ هُنَاكَ وَكَلِيٌّ عَصَبِيٌّ فَلَهُ حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ كَمَا عَرَّفْتُهُ مِمَّا تَقَدَّمَ .

(١) مفروضة بالكسر كأنها فوضت زوجها ، ويجوز فيها فتح الواو أيضاً . فمن كسر ، أضاف الفعل إليها على أنها فاعلة مثل : مُفَوِّضَةٌ . ومن فتح ، أضافه إلى وليها . والتفويض : الإهمال . كأنها أهملت أمر المهر ؛ لأنه لم تسمه . ينظر : المغني لابن قدامة (١٨٣/٧) ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢٥/٣) ، وكشاف القناع للبهوتي (١٥٦/٥) ، ومطالب أولي النهى للرحبياني (٢١٧/٥) .

٤٨٨ - وإن امتنع فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ؛ لأن ولايته عامة ، ونُصِّبَ ناظرًا لشؤون الناس . والحاكم يُحْضِرُهُ ويأمره بفرض شيء لها . فإن امتثل ورَضِيَتْ بما فرضه ، فيها . وإن لم يمتثل ، ناب منابه ، وفرض لها مهر مثلها بالطريقة التي عرَفَتْهَا مما تقدم . وحينئذ يُلْزَمُ الزوج بما فَرَضَ لها في هذه الحالة ، سواء كان المفروض بالتراضي أو بقضاء القاضي .

(مادة ٧٩)

يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَوْ أَبِيهِ أَوْ جَدِّهِ الزِّيَادَةُ فِي الْمَهْرِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، وَتَلَزُمُهُ الزِّيَادَةُ ، بِشَرَطِ : مَعْرِفَةِ قَدْرِهَا ، وَقَبُولِ الزَّوْجَةِ أَوْ وَلِيِّهَا فِي الْجُلُوسِ ، وَبَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ (١) .

٤٨٩ - فإن سئى المهر في العقد ، وكانت التسمية صحيحة ، يُلْزَمُ الزوج بدفع المسئى فقط .

٤٩٠ - إلا إذا حصلت زيادة على المهر بعد العقد ، بأن سئى مائة جنينه ، وزيدَ بعد العقد خمسون ؛ فإنه يُطَالَبُ بالمسئى والزيادة ، أي : بمائة وخمسين . ولا يملك هذه الزيادة كلُّ من وَلِيَ العَقد ، وإنما يَمْلِكُهَا الزوج إن كان بالغًا عاقلًا ؛ لأنه - والحالة هذه - تكون له الولاية على ماله ، فله أن يتصرف بما أراد .

٤٩١ - فإن كان صغيرًا أو مُلْحَقًا به ، مَلِكَهَا الأبُّ والجدُّ فقط ؛ لأن كلاً منهما لَوْفُورِ شَفَقَتِهِ يكون ناظرًا لمصلحة تَرْبُوهُ على هذه الزيادة ، فلا يملك غير الزوج والأب والجد هذه الزيادة ، ولو كان القاضي أو الأم .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١٤/٢) : « وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة » يعني : إذا قبلت المرأة بالزيادة ، وقال زفر : هي جبة مبتدأة ، إن قبضتها صحت ، وإن لم تقبضها لم تصح . قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٧٩/١) : « من عقد على امرأة بضدق مسئى ، ثم زادها بعد العقد على ما سئى لها حين العقد ؛ فإنه إن دخل ، لزمته تلك الزيادة كاملة طَلَّقَ أو لم يُطَلِّقْ عاش أو مات . وإن طلق قبل البناء لزمه نصفها ، وإن مات قبل البناء سقطت الزيادة ؛ لأنها كهية لم تقبض » . قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٠٤/٧ ، ٢٠٥) : « الزيادة في الضدق بعد العقد تلحق به . نص عليه أحمد ، قال في الرجل يتزوج المرأة على مهر ، فلما رآها زادها في مهرها : فهو جائز ، فإن طلقها قبل أن يدخل بها ، فلها نصف الضدق الأول والذي زادها » .

٤٩٢ - وإنما جازت الزيادة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاصَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ ﴾^(١) ؛ ولأن ما بعد العقد زمنٌ لقرضِ المهر ، ولهذا جاز فرضه فيه إذا لم يُفرض عند العقد . فكانت حالة الزيادة كحالة العقد ، فتستند إلى حالة العقد .

٤٩٣ - ويشترط في صحتها ثلاثة شروط :

٤٩٤ - الأول : معرفة قدرها : فلو قال : زِدْتُكَ فِي مَهْرِكِ . ولم يُعَيِّنِ الزيادة ، لم تصح الزيادة للجهالة .

٤٩٥ - الثاني : قبول الزوجة : إن كانت مكلفة أو قبول وليها إن كانت قاصرة الزيادة في المجلس الذي حصلت فيه ؛ لاشتراط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول .

٤٩٦ - الثالث : بقاء الزوجية : بأن حصلت الزيادة وعقد الزواج باقي ، بأن لم يقع منه طلاق أصلاً ، أو وقع منه طلاق رجعي ، ولكن العدة لم تنقُض . فإن انقضت العدة في الطلاق الرجعي ، أو حصلت الزيادة بعد الطلاق البائن وإن لم تنقُض العدة ، فلا تصح ؛ لأن عقد الزوجية قد انتهى . ومن باب أولى ما إذا حصلت الزيادة بعد موت الزوجة ، فقبلت الورثة ؛ فإنه لا يصح ؛ لانتهاء عقد الزوجية بالموت .

٤٩٧ - وتصح الزيادة على المهر ، ولو كانت بعد هبته أو الإبراء منه ، سواء كانت من جنس المهر أو من غير جنسه .

٤٩٨ - ومن فروع الزيادة على المهر : ما لو راجع المطلقة رجعيًا على ألف ، فإن قبلت لزمَتْ ، وإلا فلا . ومن فروعها أيضًا : أنها لو وَهَبَتْ مهرها لزوجها ، ثم إن الزوج أشهد أن لها عليه كذا من مهرها ، فإن قبلت جاز ، ووجهه أنه يجب تصحيح التصرف ما أمكن ، وقد أمكن بأن يُجْعَلَ كأنه زاد على المهر^(٢) .

(١) النساء / ٢٤ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الزيادة في المهر والحط منه : المادة (٦٣) : للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللرأفة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل به الطرف الآخر في مجلس الزيادة أو الحط منه .

(مادة ٨٠)

كَمَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ الزِّيَادَةُ فِي الْمَهْرِ ، يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ الْبَالِغَةِ أَنْ تَحْطُ بِرِضَاهَا فِي خَالِ صِحَّتِهَا كُلِّ الْمَهْرِ أَوْ بَعْضَهُ عَنْ زَوْجِهَا إِنْ كَانَ مِنَ التَّقْدِينِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهَا حَطُّ شَيْءٍ مِنْ الْأَعْيَانِ . وَلَيْسَ لِأَبِي الصَّغِيرَةِ أَنْ يَحْطُ شَيْئًا مِنْ مَهْرِهَا ، وَلَا مِنْ مَهْرِ بِنْتِهِ الْكَبِيرَةِ إِلَّا بِرِضَاهَا (٦١) .

• • •

٤٩٩ - وكما يجوز للزوج الزيادة في المهر للزوجة ، كذلك يجوز للزوجة أن تحط كل المهر أو بعضه عن زوجها ، إن كان من التقدين ، بأن تقول له : أبرأتك من كل المهر أو من نصفه ؛ لأن المهر حالة البقاء حَقُّها ، والحط يلاقيه حالة البقاء .

٥٠٠ - والحط - في اللغة - : الإسقاط .

٥٠١ - فيصح سواء قبل الزوج أو سكت ؛ لأن الإسقاط لا يُحتاج فيه إلى القبول ، بل ينفرد به المُسْقِطُ ، بخلاف الزيادة ؛ فإنه لا بد من قبولها في المجلس ؛ ولكن الإسقاط يرتد برد المُسْقِطِ عنه .

٥٠٢ - ويشترط في صحة هذا الحط شروط :

٥٠٣ - الأول : أن تكون بالغة ؛ لأنها ، والحالة هذه ، تكون لها الولاية في مالها ، فلها أن تتصرف بما شاءت . فلو كانت صغيرة ، فليس لها ذلك ، لعدم ولايتها على مالها . وليس لأحد من الأولياء ذلك أيضًا ، ولو كان أبًا أو جدًّا ؛ لأن تَصَرُّفَ كُلِّ مِنْهُمَا فِي مَالِ الصَّغِيرَةِ مَقْيَّدٌ بِالْمَصْلَحَةِ ، وَلَا مَصْلَحَةَ فِي تَرْكِ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الصَّغِيرَةِ بَعْدَ ثبُوتِهِ بِالْعَقْدِ (تأمل) . وكذا لو كانت كبيرة ؛ لأنها هي ولية مالها لا الأب والجد . فإذا حطَّ كُلُّ مِنْهُمَا شَيْئًا مِنْ مَهْرِهَا ، فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهَا صَحَّ ؛ لأنه وكيل ، وإن كان بغير إذنها ، توقف على إجازتها ، فإن أجازته نَفَذَ ، وَإِنْ رَدَّتْهُ بَطَلَ .

٥٠٤ - الشرط الثاني : أن تكون راضية مختارة ، حتى لو كانت مكرهة ، لم يصح . فلو خَوَّفَهَا بِالضَّرْبِ حَتَّى وَهَبَتْ لَهُ مَهْرَهَا ، لَمْ تَصَحَّ هَذِهِ الْهَبَةُ .

٥٠٥ - الثالث : أن تكون في حال صحتها ، فلو كانت مريضة مرض الموت ، فلا يصح إبرؤها زوجها من المهر ولا شيء منه ، إلا إذا أجاز هذا الإبراء بقية الورثة ؛ لأن جميع التصرفات الإنشائية في مرض الموت وصية ، ولا تنفذ الوصية لو ارت

ولو كانت بأقل من الثلث ، إلا إذا أجازها بقية الورثة .

٥٠٦ - الشرط الرابع : أن يكون المهر من النقدين ، فلو كان من الأعيان ، لم يصح ؛ لأن الحطَّ لا يصح في الأعيان . ومعنى عدم صحته فيها أنه لا يفيد التملك ولكنه يكون وديعة عند الزوج ، فإذا أبرأته من المهر وكان حصاناً مثلاً ، فلها أن تطالبه به ما دام موجوداً في يده . فإن هلك بدون تعديه ، فلا يضمن لها شيئاً . وإن استهلكه هو ، ضَمِنَ قيمته .

الفصل الثالث

في الأسباب التي تؤكد وجوب المهر
بتمامه للمرأة والأحوال التي يجب لها فيها
نصف المهر والتي لا تستحق فيها شيئاً منه

(مادة ٨١)

بِالْوَطْءِ فِي نِكَاحِ صَاحِبِ أَوْ فَاسِدِ أَوْ بِشَيْئَةٍ ، وَبِالْحَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ،
وَيَمْتَدُّ أَخَذَ الزُّوجِينَ وَلَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ ، يَتَأَكَّدُ لُزُومُ كُلِّ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى وَالزِّيَادَةُ الَّتِي زِيدَتْ
فِيهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ^(١) . وَكُلُّ مَهْرٍ الْمَثَلِ فِي الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشَيْئَةٍ وَعَدَمِ

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٥٢٤/٣) : « (نكح) نكاحاً صحيحاً (معتدته) ولو من فاسد
(وطلقها قبل الوطء) ولو حُكْمًا (وجب عليه مهر تام) » ، وجاء في مجمع الضمانات (٧٢٤/٢) :
« الواجب في النكاح الفاسد الأقل من المسمى ، ومن مهر المثل إن كان تسمية » ، وجاء في البحر الرائق
(١٦٢/٣) : « للسبب المكمل للمهر الحلوة الصحيحة ؛ لأنها سلمت المبدل ، حيث رفعت الموانع
وذلك مُشْتَقًا ، فيتأكد حقها في البذل اعتباراً بالبيع » ، وجاء فيه أيضاً (١٨١/٣) : « (وفي النكاح
الفاسد إنما يجب مهر المثل بالوطء) ؛ لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء
منافع البُضْعِ » . وجاء فيه أيضاً (١٨٦/٣) : « لو زُفَّت إليه غير امرأته فوطئها ، لزمه مهر مثلها » .
قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٣٧٢/٤) : « (ولو بادر) أي : الزوجة (فمكنت) أي : الزوج
(طالبته) بالمهر على كل قول ، لأنها بذلت ما في وسعها ، ولها حينئذ أن تستقل بقبض الصداق بغير إذن
الزوج كمنظيره في البيع » ، وجاء فيه أيضاً (٣٧٣/٤) : « (ويستقر المهر) على الزوج (بوطء) ولو في الدبر
بتفسيب حشفة أو قدرها من مقطوعها ، سواء أوجب بنكاح أو فرض كما في المفوضة » .
قول المالكية : جاء في المتقى شرح الموطأ (٢٩٤/٣) : « الموجب عندنا في كمال الصداق البناء هو الوطء ،
بغيب الحشفة وإن لم يكن غير ذلك » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٢٩٥/٥) : « لو أقر بوطئها بشبهة ، فلها المهر ولو سكنت ؛ لأنه لا يتضمن
إسقاطاً » ، وجاء في الإنصاف (٢٤٦/٨) : « يجب المهر بمجرد العقد على الصحيح من المذهب » ، وجاء
فيه أيضاً (٢٨٣/٨) : « وما يقرر المهر كاملاً وطؤه في فرج حية لا ميتة » ، وجاء فيه أيضاً (٣٠٦/٨) :
« (وإن دخل بها ، استقر المسمى) هذا المذهب (ولا يستقر بالحلوة) . هذا اختيار المصنف ، والشارح .
وذكره في الانتصار ، والمذهب ، رواية عن الإمام أحمد رحمته . قال ابن رزين : ويحتمل أن لا يجب ، لظاهر
الخبر . وهو قول الجمهور . ومراده والله أعلم جمهور العلماء ، لا جمهور الأصحاب . وقال أصحابنا :
يستقر . وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من مفردات المذهب . لكن هل يجب
مهر المثل ، أو المسمى ، مبني على الذي قبله . وجزم به في الوجيز وغيره . وأطلقهما في الرعاية . وقيل :
يجب لها شيء ؛ ولا يكمل المهر » .

صِحَّة التَّسْمِيَةِ^(١) ، وَمَا فُرِضَ لِلْمَفْهُوسَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالتَّرَاضِي أَوْ بِفَرَضِ الْقَاضِي^(٢) .
وَلَا يَنْقُطُ الْمَهْرُ بَعْدَ تَأْكِيدِ لُزُومِهِ بِأَحَدِ هَذِهِ الْمَعَانِي الثَّلَاثَةِ ، وَلَوْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قِبَلِ الرُّوْحَةِ
مَا لَمْ تُبْرِئُهُ .

• • •

٥٠٧ - اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد على شَرَفِ السقوط كلاً
أو بعضاً ، وإنما يتأكد هذا الوجوب ويلزم كلُّ المهر بأحد أمورٍ ثلاثة :

٥٠٨ - الأول : الوطء : سواء كان في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة ، فمتى
حَصَلَ الوطءُ ، وجب كل المهر . ولا يُيَالَى بما إذا كان هذا الوطءُ حَصَلَ بعد عقد
صحيح أو فاسد أو لم يحصل بعد عقد أصلاً ، كالوطء بشبهة . فإذا رُفِتِ امرأةٌ إلى
رجل ، وقيل له : هي زوجتُك . فدخل بها ، وتبين بعد ذلك أنها غير زوجته ، فَفُرِقَ
بينهما ، وَجِبَ عليه المهر .

٥٠٩ - الثاني : الخلوَّة الصحيحة في النكاح الصحيح : فلا يتأكد لزوم كل المهر إلا
إذا كانت الخلوَّة صحيحةً ، وكان النكاح صحيحاً . فلو كانت الخلوَّة غير صحيحة ،
ولو كان العقد صحيحاً ، أو كانت الخلوَّة صحيحة ، ولكن العقد غير صحيح ، لم

(١) قول الخنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٤٦/١) : « وإن سكت عنه (أي : المهر (أو نفاه) بأن عقد
على أن لا مهر لها (لزم مهر المثل بالدخول ، أو الموت) » .

قول الشافعية : وجاء فيه أيضاً (٣٨٦/٤) : « (و) يجب (في وطء نكاح) أو شراء (فاسد مهر مثل)
لاستيفائه منفعة البضع كوطء الشبهة (يوم) أي : وقت (الوطء) ؛ لأنه وقت الإلتلاف ، ولا اعتبار بالعقد ؛
إذ لا حرمة له لفساده (فإن تكرر) وطء فيما ذكر (فمهر) واحد كما في النكاح الصحيح ؛ إذ فاسد كل
عقد كصحيحه ، والشبهة شاملة للكل ، فأشبهت النكاح » .

قول الخنابلة : جاء في الفروع (٢٩٣/٥) : « وللموطوءة بشبهة مهر المثل » .

(٢) قول الخنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٤٩/١) : « (وللمفوضة) (ما فرض لها بعد العقد إن دخل)
بها (أو مات) عنها زوجها » .

قول الشافعية : وجاء في مغني المحتاج (٣٨١/٤) : « أما التفويض الفاسد فيه مهر مثل بنفس العقد ، وعلى
الأظهر (فإن وطئ) المفوضة (فمهر مثل) يجب لها ، وإن أذنت له في وطئها بشرط أن لا مهر ؛ لأن الوطء
لا يباح بالإباحة لما فيه من حق الله تعالى » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٢/٣) : « حكم نكاح التفويض بعد المسمى ، وأما أنه إذا دخل
بها بعد أن سُمي لها مهر المثل أو ما اتفقا عليه فإن لها ذلك كله بالمسيس وإن دخل بها قبل التسمية وجب لها
بالمسيس مهر المثل رواه ابن عبد الحكم عن مالك » .

يتأكد لزوم كل المهر . ومن باب أولى ما إذا كان كل من الخلوة والعقد غير صحيح ، فإن المهر لا يتأكد لزومه .

٥١٠ - الثالث : موت أحد الزوجين : ولو قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة ، فإذا تزوج رجل امرأة ، ولم يدخل بها ولم يختل بها خلوةً صحيحةً ، ومات أحدهما ، استحققت المرأة جميع المهر . فإذا مات هو ، أخذت كل المهر من تركته . وإن ماتت هي ، أخذ ورثتها المهر من الزوج بعد إسقاط نصيبه منه ؛ لأنه وارث .

٥١١ - والمهر المتأكد بأحد هذه الأمور الثلاثة يختلف باختلاف الأحوال ، وبيانه :

٥١٢ - أن المهر إن كان مسئى في العقد ، وكانت التسمية صحيحةً والعقد صحيحاً ، فهو الواجب .

٥١٣ - وإن حصلت زيادة على المهر ، وكانت مستوفية للشروط المتقدمة في شرح مادة (٧٩) ، وجبت مع المسئى .

٥١٤ - فإن لم يُسَمَّ المهر في العقد ، وفرض بعده ، فالواجب هذا المفروض ، سواء كان فَرَضُهُ بتراضي الزوجين أو بقضاء القاضي .

٥١٥ - ويتأكد مهر المثل كله في ثلاثة أحوال :

٥١٦ - الحالة الأولى : إذا كان النكاح فاسداً ، وحصل الدخول بالفعل ولم يسم المهر أو كانت التسمية غير صحيحة ؛ فإذا كانت صحيحة وجب أقل الشئين وهما المسمى ومهر المثل .

٥١٧ - الثانية : عند حصول وطءٍ بشبهة .

٥١٨ - الثالثة : إذا كانت التسمية غير صحيحة .

٥١٩ - ومتى حصل واحدٌ من الأمور الثلاثة التي تؤكد لزوم المهر بتمامه ، فلا يسقط منه شيء ، ولو حصلت الفرقة من جهة الزوجة ، كما إذا كانت صغيرةً زوّجها غير الأب والجد ، ودخل بها الزوج ، واختارت نفسها عند البلوغ ؛ إلا إذا أبرأته الزوجة منه ، فإنه يسقط ؛ لأن المهر في حالة البقاء حَقُّها كما تقدم ، فلها أن تنازل عنه بالشروط المتقدمة في المادة التي قبل هذه .

٥٢٠ - وإنما تأكد كل المهر بحصول واحدٍ من هذه الأمور الثلاثة ؛ لأن الدخول يتحقق به تسليم المبدل ، وهو منافع البضع . وبتسليم المبدل يتأكد البذل ، وهو المهر

كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب الثمن ، فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكداً ، لكونه على عَرَضِيَّةٍ أن يهلك المبيع في يد البائع ، فيفسخ العقد . ويتسلمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري . وكذلك وجوب المهر كان على عَرَضِيَّةٍ أن يسقط بحصول الفرقة من جهتها ، وبال دخول تأكد . هذا بالنسبة للدخول .

٥٢١ - وأما الموت فلأن الزواج ينتهي به ، حيث لم يَتَقَّ قابلاً للرفع ، والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد ، فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه التي يمكن تقريرها لوجود ما يقتضي ذلك ، وليس هناك ما يمنع منه . وتلك المواجب ، هي : الإرث ، والعدة ، والمهر ، والنسب . وروى علقمة ^(١) أن ابن مسعود رضی الله تعالى عنه سئل عن رجل تزوج المرأة ، ولم يفرض ولم يَمَسَّ حتى مات ، فرددهم ثم قال : أقول فيها رأبي ، فإن كان صواباً فمن الله ، وإن كان خطأً فمني ومن الشيطان ، أرى لها مهر امرأة من نساها ، لا وَكَسَ ولا شَطَطَ ، وعليها العدة ، ولها الميراث . فقام ناس من أشجع فيهم الجراح ^(٢) ، وأبو سنان ^(٣) ، فقالوا : يابن مسعود ، نحن نشهد أن رسول الله ﷺ قضاهنا فينا في

(١) هو : علقمة بن قيس أبو شبل النخعي الكوفي عن عمر وعبد الله ، روى عنه إبراهيم والشعبي ، قال أبو نعيم : مات سنة إحدى وستين . وقال عمر بن حفص : نا أبي قال : نا الأعمش عن عمارة عن أبي معمر عن عمرو بن شرحبيل قال : أشبه الناس بعبد الله هدياً ودلاً علقمة ، وسئل عمارة عن الأسود فقال : كنت إذا نظرت إليه كأنه راهب . وقال أحمد بن سليمان : سمعت يحيى بن سعيد يقول : علقمة عم إبراهيم وعم الأسود بن يزيد وأم إبراهيم أخت الأسود يعني وهو خال إبراهيم . انظر: التاريخ الكبير للبخاري (٤١/٧) .

(٢) هو : الجراح الأشجعي ترجم له الطبراني ولم يسق له نسباً ، ويقال : أبو الجراح روى حديث أحمد وأبو داود من طريق عبد الله بن عتبة بن مسعود قال : أخبرني عبد الله بن مسعود في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الحديث قال : فقام رجل من أشجع فقال : قضى فينا رسول الله ﷺ بذلك في بروع بنت واشق قال : هلم شاهداك على هذا قال فشهد أبو سنان ، والجراح رجلان من أشجع . انظر: الإصابة - ابن حجر (ج ١) (ص ٥٧٧) .

(٣) هو : أبو سنان الأشجعي شهد قضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق ، قيل : اسمه معقل بن سنان ، أخبرنا الخطيب عبد الله بن أحمد بإسناده عن أبي داود الطيالسي ، حدثنا هشام عن قتادة عن جلاس ابن عمرو عن عبد الله بن عتبة قال : أتى عبد الله بن مسعود في امرأة توفي عنها زوجها ولم يدخل بها ولم يفرض لها فأبى أن يقول فيها شيئاً فأبى فيها بعد شهر فقال : اللهم إن كان صواباً فمناك وإن كان خطأً فمني ، لها صدقة إحدى نساها ولها الميراث وعليها العدة فقام رجل من أشجع فقال : قضى رسول الله ﷺ فينا بذلك في بروع بنت واشق فقال : هلم شاهداك على ذلك فشهد أبو سنان والجراح الأشجعي . انظر : أسد الغابة (٢٢٢/٥) .

بِرُؤُوعِ بِنْتِ وَاشِقِ^(١) وَإِنْ زَوْجَهَا هَلَالُ بْنُ مَرْوَةَ الْأَشْجَعِيِّ^(٢) كَمَا قَضَيْتْ . فَرَحَ ابْنُ مَسْعُودٍ فَرَحًا شَدِيدًا حِينَ وَافَقَ قَضَاؤُهُ قَضَاءَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ^(٣) .

٥٢٢ - وأما الحلوة الصحيحة فإنها تؤكد لزوم المهر عندنا مثل موت أحد الزوجين ، ولو قبل الدخول ، وقال الإمام الشافعي رضى الله تعالى عنه : لا يتأكد لزوم كل المهر ، إلا بالدخول الحقيقي ؛ لأن المعقود عليه ، وهو منافع البضع ، إنما يصير مستوفى بالوطء ، فلا يتأكد المهر بدونه ؛ لأن التأكد إنما يكون بتسليم المبدل ، وتسليمه بالوطء ، ولم يوجد .

٥٢٣ - ونحن نوافق على أنه لا يجب البديل إلا بعد تسليم المبدل ، ولكن نقول : إن التسليم وجدّ منها . وبيانه : أن الواجب لا يكون إلا مقدورًا ، والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع ، وقد وجدّ منها ذلك ، فيتأكد حقها في البديل ، كما في البيع فإن التخليّة فيه برفع الموانع تسليم ، يجب على المشتري به تسليم الثمن .

٥٢٤ - وأما ما قاله من أن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء ، فصحيح ؛ لكنه تسليم ليس في قُدْرَةِ المرأة ، فلا تكون مكلفة به ، وقال تعالى : ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾^(٤) ؛ فإنه أوجب جميع المهر بعد الإفضاء وهو الحلوة ؛ لأنه من الدخول في الفضاء . وقال عليه الصلاة والسلام : « من كشف خمار امرأة ، ونظر إليها ، وَجَبَ الصَّدَاقُ دَخْلًا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ »^(٥) (٦) .

(١) هي : بروع بنت واشق الرؤاسية الكلاية أو الأشجعية زوج هلال بن مرة لها ذكر في حديث معقل الأشجعي وغيره وأخرج حديثه ابن أبي عاصم من روايتها فساق من طريق المنثى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن بروع بنت واشق أنه نكحت رجلاً وفوضت الله نفوي قبل أن يجامعها فقضى لها رسول الله ﷺ بصدقات نسائها . انظر : الإصابة - ابن حجر (٤٩/٨) .

(٢) هو : هلال بن مرة الأشجعي له ذكر في حديث صحيح أخرجه الحارث بن أبي أسامة والطبراني والطحطاوي كلاهما عن عبد الله بن عتبة أن ابن مسعود أتى في امرأة فذكر قصة بروع بنت واشق وفيها فقام رهط من أشجع فيهم الجراح بن سنان ، وأبو سنان ، فقالوا : نشهد أن رسول الله ﷺ قضى فينا في بروع بنت واشق وكان زوجها هلال بن مرة مثل ما قضيت . انظر : الإصابة - ابن حجر (ج ٦) (ص ٤٢٩) .

(٣) سنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت قبل أن يفرض لها / ١١٤٥) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : إباحة الزوج بغير صداق / ٣٣٥٤) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : فيمن لم يسم صداقًا حتى مات / ٢١١٤) .

(٤) النساء : ٢١ .

(٥) السنن الكبرى للبيهقي (كتاب : النكاح / باب : من قال : من أغلق بابًا أو أرغى سترا فقد وجب الصداق وما روي في معناه / ١٤٢٦٤) .

(٦) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم المهر المسمى بالعقد : المادة (٤٨) : إذا سمي مهر في =

(مادة ٨٢)

الْحَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ الَّتِي تَقُومُ مَقَامَ الوَطْءِ وَتُوَكَّدُ لُزُومُ كُلِّ الْمَهْرِ هِيَ : أَنْ يَجْتَمِعَ الزَّوْجَانِ فِي مَكَانٍ ، آمِنَيْنِ مِنْ اِطْلَاعِ الْغَيْرِ عَلَيْهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا ، وَأَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ بِحَيْثُ يَتِمَّكُنُ مِنَ الوَطْءِ بِلاَ مَانِعٍ جِسْمِيٍّ أَوْ طَبِيعِيٍّ أَوْ شَرْعِيٍّ (١) .

٥٢٥ - فالشرط في الحَلْوَةِ أَنْ تكون بلا مانع من الوطء ؛ لأنه لا يتمكن من الوطء مع المانع . والحلوة إنما جُعِلَتْ كالدخول ، للتمكن منه . ومع المانع لا يتمكن ، فلا تكون صحيحة .

٥٢٦ - والموانع ثلاثة أنواع : حسيٌّ : كالمرض ، وطبيعيٌّ : كوجود ثالث ، وشرعيٌّ : كحيض وصومٍ فرضٍ . فمتى كان أحدهما مريضًا مَرَضًا يمنع الجماع أو يَلْحَقُهُ به ضرر ، فلا تصحُّ الحلوة .

٥٢٧ - وقيل هذا التفصيل في مرضها ، وأما مرضه فمانع من صحتها مطلقًا ؛ لأنه لا يخلو عن تَكْشُرٍ وَتُقُورٍ عادة ، وهو الصحيح .

٥٢٨ - والحيض مانعٌ طَبِيعًا وَشَرْعًا ، وكذا النفاس . والإحرام بالحج فَرَضًا أَوْ نَفْلًا مانع شرعًا ، لما يلزمه بالجماع من الدم والقضاء لفساد الإحرام . وصوم رمضان مانع بالاتفاق ، لما يلزمهما بالجماع من القضاء والكفارة ، وأما صوم التطوع ، والمنذور ، والكفارات ، والقضاء ، فالصحيح أنه لا يمنع صحة الحلوة ؛ لعدم وجوب الكفارة بالإفساد . والصلاة كالصوم فَرَضًا كَفَرُضِهِ وَنَفْلًا كَنَفْلِهِ .

٥٢٩ - ومن الموانع من صحة الحلوة : أَنْ تكون الزوجة صغيرة لا تُطَبِّقُ الجماع ، أو يكون الزوج صغيرًا لا يقدر على الجماع .

= العقد الصحيح لزم أداؤه كاملاً بوفاء أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الحلوة الصحيحة أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء والحلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسئى .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٠٥/١) : « والحلوة الصحيحة أن يجتمعا في مكانٍ ، ليس هناك مانع يمنعه من الوطء جسماً أو طبعاً . والمكان الذي تصح فيه الحلوة أن يكونا آمنين من اطلواع الغير عليهما بغير إذنهما كالدار والبيت . »

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منہج الطلاب (١٢٥/٤) : « وضابط الحَلْوَةِ : اجتماع لا تُؤْمَنُ معه الزبية عادة ، بخلاف ما لو قُطِعَ بانتفائها عادة ، فلا يعد تحلوة . »

٥٣٠ - ومن الموانع : وجود ثالث معها ، سواء كان الثالث بصيراً أو أعمى ، يقظاناً أو نائماً ، بالغاً أو صبيّاً يعقل ؛ لأن الأعمى يُحسُّ ، والنائم يستيقظ أو يتناوم . وإن كان صغيراً لا يعقل أو مجنوناً أو مغمى عليه ، فلا ينعى صحة الخلوة . وقيل : المجنون والمغمى عليه ينعان .

٥٣١ - ومتى كان العقد صحيحاً ، وجبت بالخلوة العدة على المرأة ، سواء كانت الخلوة صحيحة أو فاسدة احتياطاً واستحساناً لتوهم الشغل . ولكل من الشرع والولد حق في العدة ، فلا يُصدَّق الزوجان في نفيها بإقرار كلِّ منهما أنه لم يحصل وطء . والدليل على أن للشرع حقاً فيها : أن الزوجين لا يَمْلِكَانِ إسقاطها . والدليل على أن الولد له حق فيها : قوله عليه الصلاة والسلام : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يَشْفِيَنَّ ماؤه زرعَ غيره » (١) ، والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه ، بخلاف المهر ، فإنه لا يجب إلا بالخلوة الصحيحة ؛ لأنه مال لا يُختاطُ في إيجابه . وذكر القُدوري في شرحه : أن المانع إن كان شرعياً كالصوم والحيض ، تجب العدة ؛ لثبوت التمكن من الوطء حقيقةً . وإن كان حقيقياً كالمرض والصُّغر ، فلا تجب العدة ؛ لانعدام التمكن حقيقةً (٢) . وهو واضح .

(مادة ٨٣)

حُكْمُ الْخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ كَحُكْمِ الزَّوْجِ فِي تَأْكِدِ لُزُومِ الْمَهْرِ كُلِّهِ فِي التَّكَاحِ الصَّحِيحِ
وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ عَيْنِيًّا (٣) ،

(١) سبق تخريجه .

(٢) ينظر : تبين الحقائق (١٤٤/٢) ، والعناية شرح الهداية (٣٣٥/٣) ، والهداية شرح بداية المبتدي (٣٣٥/٣) ، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٤٤/١) ، والبحر الرائق (١٦٦/٣) ، ومجمع الأنهر (٣٥١/١) .
(٣) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٣/٢) : « ولها كمال المهر إذا كان قد خلا بها » ؛ لأن خلوة العنين صحيحة تجب بها العدة .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى على المنهاج (٢٧٩/٣) : « ويستقر المهر بوطء وإن حرم كحائض لاستيفاء مقابله (لا بخلوة في الجديد) والقديم يستقر بها ؛ لأنها مظنة الوطء .
قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٩٢/٣) : « يجب إكمال المهر مع خلوة الزوج في التكااح الصحيح .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٨٣/٨) : « اعلم أن المهر يتقرر كاملاً سواء كانت الزوجة حرة أو أمة بأثنياء ... ومنها : الخلوة على الصحيح من المذهب . عليه الأصحاب ، وهو من المفردات . قال =

..... وفي ثبوت النسب^(١)، والثففة^(٢)، والسكنى^(٣)، وخزمة نكاح أخت الزوجة^(٤)، وأربع سواها في عدتها^(٥). ولا تكون الخلوّة الصحيحة كالوطء في الإحصان، وخزمة البنات، وحل المرأة للزوج الأول، والرجعة، والميراث من الزوج إذا ماتت والمرأة في عدة الخلوّة^(٦).

٥٣٢ - والخلوة الصحيحة ليست كالوطء في جميع الأحكام ؛ بل في البعض .

= في الفروع : وعنه أو لا . اختاره في عمد الأدلة بزيادة « أو » قبل « لا » . والذي يظهر : أنها سهو ، وقال في القاعدة الخامسة والخمسين بعد المائة : من الأصحاب من حكى رواية بأن المهر لا يستقر بالخلوة بمجرد ما بدون الوطاء ، وأنكر الأكترون هذه الرواية . وحملوها على وجه آخر وذكره . فعلى المذهب : يتقرر كاملاً ، إن لم تمنعه ، بشرط أن يعلم بها على الصحيح من المذهب .
(١) قول الحنفية : جاء في الميسوط (٥٠/٦) : « لما جعلنا الخلوّة بمنزلة الدخول في إيجاب العدة ، فكذلك فيما يبنى عليه ، وهو ثبوت نسب الولد » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٨٢/٨) : « الزوجة تكون فرأشاً بمجرد الخلوّة بها ، حتى إذا ولدت للإمکان من الخلوّة بها ، لحقّه ، وإن لم يعترف بالوطء » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٨٠/٨) : « الخلوّة التي مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فأنت بولد لمدة الحمل ، لحقه نسبه ، وإن لم يطلأ » .

(٢) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٥٠/١ ، ٣٥١) : « اعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوّة الصحيحة مقام الوطاء في بعض الأحكام : لتأكد المهر ، وثبوت النسب ، والعدة ، والثففة ، والسكنى في مدة العدة ، وحرمة نكاح أختها ، وأربع سواها ما دامت العدة قائمة ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها ، وحرمة نكاح الأمة عليها في هذا العقد عن طلاق بائن على قياس قول الإمام » ، وانظر : فتح القدير (٣٣٣/٣) .

قول المالكية : جاء في حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (١٣٤/٢ ، ١٣٥) : « المراد بالدخول الخلوّة وإن لم يحصل وطء ، والحاصل أن نفقة الأنثى تستمر على أيها حتى يدخل بها زوجها البالغ المؤسر ، أي : يختلي بها ، ولو غير مطيقة ، أو يُدعى للدخول ، أي : بشرط الإطاعة » .

(٣) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٥٠/١ ، ٣٥١) : « اعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوّة الصحيحة مقام الوطاء في بعض الأحكام : لتأكد المهر ، وثبوت النسب ، والعدة ، والثففة ، والسكنى في مدة العدة ، وحرمة نكاح أختها ، وأربع سواها ما دامت العدة قائمة ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها ، وحرمة نكاح الأمة عليها في هذا العقد عن طلاق بائن على قياس قول الإمام » . وانظر : فتح القدير (٣٣٣/٣) .

(٦) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٥١/١) : « ولم يقيمها - أي : الخلوّة - مقام الوطاء في حق الإحصان ، وحرمة البنات ، وحلها للأول ، والرجعة ، والميراث ، وأما في حق وقوع طلاق آخر فبها روايتان ، والأقرب أن يقع » ، وانظر : فتح القدير (٣٣/٣) .

٥٣٣ - فمن الأحكام التي أقاموها فيها مقام الوطاء : تأكد لزوم كل المهر ولو كان الزوج عينياً بالاتفاق . فلو كان مَجْبُوتاً ، فقال أبو حنيفة : يجب كمال المهر أيضاً . وقال الصحابان : لا يتأكد كلُّ المهر بخلوته ؛ لأنه أعجز من المريض بوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع ، بخلاف المَجْبُوب ، والمريض مانع من صحة الخلوة فالجب أولى ، بخلاف العنين فإن الوقوف على حقيقة العُتَّة متعذرٌ ، وسلامة الآلة وجوداً سبب للوطء ؛ إذ الأصل السلامة في الوصف أيضاً ، فيدار الحكم عليه .

٥٣٤ - ولأبي حنيفة : أن المُشْتَحَقَّ عليها التسليم في حق المَجْبُوب ^(١) ، لأنه وُشِعَ مثلها في هذه الحالة ، وقد أتت بما وجب عليها . وأما عدم التسليم، فذلك ليس من جهتها لما عرف في الخلوة .

٥٣٥ - ومن المسائل التي أقاموا الخلوة الصحيحة فيها مقام الوطاء : ثبوت النسب . فإذا أتت بولدٍ بعد الخلوة الصحيحة ، ثبت نسبه من الزوج ، كما إذا أتت به بعد الدخول الحقيقي .

٥٣٦ - ومنها : النفقة الشاملة للشكْنَى . فإذا طلق رجلٌ امرأته بعد الخلوة الصحيحة ، وجبت عليه نفقتها ما دامت في العدة ، كما إذا طلقها بعد الدخول الحقيقي .

٥٣٧ - ومنها : حرمة نكاح أخت الزوجة في العدة . فإذا تزوج رجل امرأة ، واختلى بها خلوة صحيحة ، ثم طلقها ، يَحْرُمُ عليه ما دامت في العدة أن يتزوج أختها . ومثُلُ أختها غيرها من محارمها كما تقدم لك في أسباب تحريم المرأة على الرجل ، كما إذا كان هذا الطلاق بعد الدخول الحقيقي .

٥٣٨ - ومنها : حرمة تزوج أربعٍ غير مطلقته في عدة الخَلْوَةِ . فإذا تزوج رجل امرأة ، واختلى بها خَلْوَةٌ صحيحة ، ثم طلقها ، فلا يجوز له ، ما دامت في عدة الخَلْوَةِ ، أن يتزوج بأربعٍ سواها ، كما إذا كانت في العدة من الدخول الحقيقي .

٥٣٩ - وبالتأمل نرى أنه لا لزوم إلى ذِكْرِ كلِّ هذه المسائل وجعلها من قيام الخَلْوَةِ الصحيحة مقام الوطاء ؛ لأن ثبوت النسب ليس من أحكام الخَلْوَةِ القائمة مقام الوطاء ؛ لأنها من أحكام العقد ، ألا ترى أن النسب يترتب على العقد ، سواء حَصَلَ دخول أم لا ، وسواء حَصَلت خلوة أم لا ؛ ولأن كلاً من النفقة والشكْنَى وحرمة نكاح الأخت

(١) كذا في الأصل ، والهداية شرح بداية المبتدي (٣/٣٤٤) ، والعناية شرح الهداية (٣/٣٤٤) ، والبحر الرائق (٣/١٦٦) ، وتبيين الحقائق (٢/١٤٤) ، ولعل الصواب : [المستحق] .

وأربع سواها في العدة ليس من أحكام الخلوّة الصحيحة القائمة مقام الوطاء ، بل هي من أحكام العدة ، فَيُذَكَّرُ العدة يعني عن كل هذه المسائل .

٥٤٠ - ولذلك قال بعضهم : إن الخلوّة الصحيحة لا تقوم مقام الدخول الحقيقي ، إلا في حق تكميل المهر ، ووجوب العدة ، ولم تقم مقامه في بقية الأحكام ^(١) ، وهذا هو التحقيق .

٥٤١ - ولا تكون الخلوّة الصحيحة مثل الوطاء في مسائل :

٥٤٢ - منها : الإحصان . فلو زنى رجل بامرأة بعد الخلوّة بزوجه ، لا يرجم ، لفقده شرط الإحصان ، وهو الوطاء . بخلاف ما إذا دخل بزوجه دخولاً حقيقياً ثم زنى بامرأة ؛ فإنه يرجم . والمرأة مثل الرجل فيما ذُكِرَ . ومحل ذلك إن تصادقا على عدم الدخول الحقيقي ، فإن أقرأ به ، لزمهما حكم الإحصان . وإن أقر به أحدهم ، صدّق في حق نفسه دون صاحبه ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا يتعداه إلى غيره .

٥٤٣ - ومنها : حرمة البنات . أي : لم يقيموا الخلوّة الصحيحة مقام الوطاء في حرمة البنات ، فلو خلا بزوجه بدون وطاء ولا مسّ بشهوة ، لم تحرم عليه بناتها ، بخلاف الوطاء .

٥٤٤ - ومنها : جلُّ المطلقة ثلاثاً للزوج الأول . فإذا تزوجت بغيره ، واختلى بها خلوّة صحيحة ، فلا تحلُّ للأول . وإذا دخل بها دخولاً حقيقياً ، حلّت له .

٥٤٥ - ومنها : الرجعة . يعني : أنه لو طلق رجل امرأته طلاقاً رجعيّاً ، واختلى بها في العدة ، لم تكن هذه الخلوّة رجعةً ، مع أن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل ، ولكن لو وُطِّقها في العدة ، يصير مراجعاً . أو نقول : إن الرجل لو اختلى بزوجه خلوّة صحيحة ، ثم طلقها ، لم تثبت له الرجعة عليها ، مع أنه لو دخل بها دخولاً حقيقياً ، وطلقها طلاقاً رجعيّاً ، ثبتت له الرجعة ما دامت في العدة . فلم يقيموا الخلوّة الصحيحة مقام الوطاء في الرجعة .

٥٤٦ - ومنها : الميراث . فإذا طلقها طلاقاً رجعيّاً بعد ما اختلى بها ، ومات أحدهما ، وهي في عدة الخلوّة ، فلا يرثه الآخر . ولكن لو دخل بها دخولاً حقيقياً ، وطلقها رجعيّاً ، ومات أحدهما في عدة الدخول الحقيقي ، ورثه الآخر . وهذا ليس مُتَّفَقاً عليه ؛

(١) ينظر : البحر الرائق (١٦٥/٣) ، ورد المختار (١١٨/٣) .

إذ هناك رأي يقول بالميراث في عدة الخلوة^(١) (٢) .

(مادة ٨٤)

إِذَا طَلَّقَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الطَّوْءِ وَالْخَلْوَةَ الصَّحِيحَةَ مِنْ بَكَاحٍ صَحِيحٍ ، وَكَانَ قَدْ سَمِيَ لَهَا مَهْرًا وَقَدْ تَعَقَّدَ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا نِصْفُهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَلَّمَهُ إِلَيْهَا ، عَادَ النَّصْفُ الْآخَرَ إِلَى مَلَكَهِ بِالطَّلَاقِ مُجَرَّدًا عَنِ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا^(٣) .

وَإِنْ كَانَتْ حَصَلَتْ زِيَادَةٌ فِي الْمَهْرِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَكَانَتْ مُتَوَلِّدَةً مِنَ الْأَصْلِ ، تَنْتَصِفُ بَيْنَ

(١) جاء في رد المحتار (١٢٠/٣) : وحكى ابن الشحنة في عقد القرائد قولاً آخر : أنها ترث ، وإن تصادقا على عدم الدخول بعد الخلوة ، وهذا مذهب الحنابلة . ينظر : المغني (٢٦٩/٧) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٥٨) : إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٤) أ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً حين العقد .

ب - يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الخلوة الصحيحة أو الوفاة ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البينونة ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك .

ج - تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى ؛ فإن لم يكن مسمى أو كانت التسمية فاسدة حكم لها القاضي بتمتع تُقدر وفقاً لحكم المادة (١٢١/ب) من هذا القانون .

(٣) قول الحنفية : جاء في الجوهر النيرة (١٣/٢) : « وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى) فإن تزوجها على أقل من عشرة ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف ما سُمي وتمام خمسة . واختلفوا في نصف المسمى ، فمنهم من قال : إن الطلاق يُشَقِّطُ نصف المهر ، ويُثَبِّتُ نصفه . ومنهم من قال : يُشَقِّطُ جميعه ، وإنما يجب نصفه على طريق التمتع » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٦٥/٥) : « وإذا أصدق الرجل المرأة ديناراً أو دراهم ، فدفعها إليها ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، والدينارين والدرهم قائمة بأعيانها لم تغير ، وهما يتصادقان على أنها هي بأعيانها ، رجع عليها بنصفها ، وهكذا إن كانت يتيماً من فضة أو ذهب » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٥٢/٢) : « قلت لابن القاسم : أرأيت إن طلقها قبل البناء بها ، أتجعل لها نصف الدرهمين أم التمتع أم نصف ربع دينار ، قال : لها نصف الدرهمين . قلت : لِمَ ، قال : لأنه صدق قد اختلف فيه ، وإن الزوج لو لم يرضَ أن يبلغها ربع دينار لم أجبره على ذلك ، إلا أن يكون قد دخل بها . فهو إذا طلق ، فليس لها إلا نصف الدرهمين ، لاختلاف الناس في أنه صدق » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٣٣/٨) : « (وإن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها ، فعليه نصف الأجرة) وهو المذهب » .

الرُّؤُجَيْنِ ، سَوَاءَ كَانَ حُضُورُهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ أَوْ بَعْدَهُ (١) .

فَإِنْ كَانَ قَدْ سَلَّمَ الْمَهْرَ كُلَّهُ إِلَيْهَا ، فَلَا يَعْرُدُ النُّصْفُ إِلَى مَلِكِهِ بِالطَّلَاقِ ، بَلْ يَتَرَقَّفُ عَزْدُهُ إِلَى مَلِكِهِ عَلَى الرِّضَا أَوْ الْقَضَاءِ ، فَلَا يَنْفَدُ تَصْرُفُهُ فِيهِ قَبْلَهُمَا ، وَيَنْفَدُ تَصْرُفُهَا فِي الْكُلِّ قَبْلَ ذَلِكَ بِجَمِيعِ التَّصْرِفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ .

وَإِذَا تَرَاضِيَ عَلَى النُّصْفِ أَوْ قَضِيَ لِلرُّؤُجِ بِهِ ، وَكَانَتْ قَدْ حَصَلَتْ زِيَادَةُ فِي الْمَهْرِ قَبْلَ الطَّلَاقِ أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ الْقَضَاءِ بِنُصْفِهِ لِلرُّؤُجِ ، فَلَا يَلْزَمُهَا إِلَّا بِنُصْفِ قِيَمَةِ الْأَصْلِ يَوْمَ قَبْضِهِ ، وَالزِّيَادَةُ الَّتِي زِيدَتْ فِيهِ مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُتَّفَصِّلَةً مُتَوَلِّدَةً أَوْ غَيْرَ مُتَوَلِّدَةً تَكُونُ لَهَا خَاصَّةً . وَلَا يَنْتَصِفُ مَا زِيدَ بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى الْمَهْرِ الْمُسَمَّى ، بَلْ يَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ (٢) .

• • •

٥٤٧ - فقد علمت مما تقدم أنه يتأكد لزوم كل المهر : بالوطء ، وبالخلوة الصحيحة ، وبموت أحد الزوجين . فإذا طلق الزوج امرأته قبل واحد من المذكورات ، فلا يجب عليه كل المهر ، وإنما الواجب النصف إن كان قد سمى لها مهرًا وقت العقد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَمِنْهُنَّ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (٣) . وهو نص صريح في الباب ، فيجب العمل به .

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٥٥/٣) : « ولو زاد المهر زيادة منفصلة ، كالولد ، والنسر ، والأرض والعقر قبل القبض ، فكلها تنتصف بالطلاق قبل الدخول ، وبعد القبض لا تنتصف ، وعليها نصف قيمة الأصل يوم قبضت . والزيادة المتصلة قبل القبض ، تنتصف بالإجماع . وبعد القبض تنتصف عند محمد ، خلافا لهما . والزيادة المنفصلة بعد القبض إذا هلكت ، ينتصف الأصل دون الزيادة . ثم اعلم أن حاصل الزيادة في المهر أنها إذا حدثت بعد قبض المرأة ثم طلقها قبل الدخول ، فإنها لا تنتصف سواء كانت متصلة متولدة أو منفصلة متولدة أو لا ، إلا متصلة متولدة عند محمد ، وأما إذا حدثت قبل القبض ، فإن المتولدة تنتصف متصلة أو منفصلة ، وغير المتولدة لا تنتصف » .

(٢) نبي الحنفية : جاء في المبسوط (٦٥/٥) : « الزيادة بعد العقد تسقط كلها بالطلاق . وهو قول أبي حنيفة ومحمد ، رحمهما الله تعالى » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٧٩/١) : « من عقد على امرأة بصدق مسمى ، ثم زادها بعد العقد على ما سمى لها حين العقد ؛ فإنه إن دخل لزمته تلك الزيادة كاملة ، طلق أو لم يطلق ، عاش أو مات . وإن طلق قبل البناء ، لزمه نصفها . وإن مات قبل البناء ، سقطت الزيادة ؛ لأنها كهيئة لم تقبض » .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٢٦٧/٥ ، ٢٦٨) : « وتلحق الزيادة بعد العقد بالمهر على الأصح فيما يقرره وينصفه » .

٥٤٨ - وإنما وجب النصف ؛ لأن معنا قياسين متعارضين ، أحدهما يقتضي ثبوت كل المهر ، والآخر يقتضي عدم ثبوت شيء منه . فإننا لو نظرنا إلى المعقود عليه عاد لها سالماً ، أسقطنا كل البديل . ولو نظرنا إلى أن الزوج فوت ما ملكه باختياره ، أوجبنا كل المهر ، فوجب النصف لتعارض الأقيسة . فإذا تزوج رجل امرأة بمهر معلوم فإنها تستحقه بمجرد العقد كما عرفته أول الفصل المتقدم ، وإن كان هذا الاستحقاق غير متأكد ؛ إذ بالطلاق قبل الدخول يتنصف هذا المسمى ، فكل من الزوجين يستحق النصف ، وهذا لا كلام فيه . وإنما الكلام في أنه هل يعود النصف إلى ملك الزوج بمجرد الطلاق ، أو يتوقف عوده إلى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف أو تراضي الزوجين على ذلك ، وإن كانت حصلت زيادة في المهر، فهل تكون للزوجة وحدها أو للزوج وحده أو تتنصف بينهما ؟ .

٥٤٩ - يلزمنا قبل الجواب أن نعرف أولاً أنواع الزيادة ، وما إذا كان المهر مقبوضاً للزوجة أو غير مقبوض ؛ لأن الحكم يختلف باختلاف هذه الأحوال ، فلا يمكن الجواب إلا بعد التفصيل .

٥٥٠ - فالزيادة أربعة أنواع :

٥٥١ - الأول : زيادة متصلة متولدة من الأصل ، كسمن الجارية وجمالها والثمر قبل قطعه .

٥٥٢ - الثاني : زيادة متصلة غير متولدة ، كصبغ الثوب والبناء والزرع في الأرض .

٥٥٣ - الثالث : زيادة منفصلة متولدة ، كالثمر بعد قطعه وكالولد ، كما إذا كان المهر بقره مثلاً فولدت ، فولدها زيادة منفصلة متولدة من الأصل .

٥٥٤ - الرابع : زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، وهي بدل المنافع كالكسب والعلة والموهوب للمهر .

٥٥٥ - وكل من هذه الأقسام إما أن يحصل والمهر غير مقبوض بأن كان في يد الزوج ، أو يحصل وهو مقبوض بأن كان في يد الزوجة .

٥٥٦ - فإن كان المهر غير مقبوض ، بأن لم يكن سلمه إليها ، عاد النصف الذي يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول إلى ملكه بمجرد الطلاق ، ولا يتوقف عوده إلى ملكه على القضاء أو الرضا ؛ لأن الزوجة وإن استحققت المهر بمجرد العقد إلا أن هذا الاستحقاق ليس متأكداً وهو على شرف السقوط كلاً أو بعضاً ، ولم يتصل بهذا

الاستحقاق ما يؤكد من قبَل الزوج وهو تسليمه لها ، فيعود إلى ملكه ما تبين أنه مستحق له بمجرد الطلاق .

٥٥٧ - وإن كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة ، فإن كانت متولدة من الأصل سواء كانت متصلة أو منفصلة ، تنتصف بين الزوجين ؛ لأنها نماء ملكهما ، فكل يأخذ منها بقدر استحقاقه في الأصل وهو النصف ، سواء كان حصول هذه الزيادة قبل الطلاق أو بعده . وإن كانت منفصلة غير متولدة من الأصل ، بأن لم تكن بدلاً عن جزء من الشيء نفسه ، بل كانت بدل منافعه كالكسب والغلة ، فقال أبو حنيفة : إنها للمرأة ، وليست بمهر . وقال الصحابان : تنتصف مع الأصل . وهذا هو الظاهر ؛ لأنها نماء ملكهما أيضاً .

٥٥٨ - وعلى هذا الخلاف كسب المبيع قبل القبض ، فعند أبي حنيفة هو للمشتري ، وعندهما ينتصف .

٥٥٩ - وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، مثل الصبغ والبناء مثلاً ، فلا تنتصف بالاتفاق ، وهي للزوج في هذه الحالة ؛ لأن الموضوع أن المهر باقي في يده لم يسلمه للزوجة ، فالظاهر أنه هو الذي أوجدها ، فهي له .

٥٦٠ - وإن كان المهر مقبوضاً بأن كان قد سلم المهر كله إليها، فلا يعود النصف إلى ملكه بمجرد الطلاق ، بل يتوقف عوده إلى ملكه على قضاء القاضي له بالنصف أو تراضي الزوجين على ذلك ؛ لأن المهر يجب للزوجة بالعقد فهي تملكه به . وهذا الملك وإن لم يكن متأكداً ، إلا أنه قد تَقَوَّى نوعاً بالقبض الحاصل بتسليم الزوج لها المهر؛ ولكن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف ، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك بالقبض كما في البيع الفاسد ، فالأولى ألا يمنع بقاءه ، فلم يَزَلْ في ملكها إلى أن يقضي القاضي له بالنصف أو تَرْضَى بذلك .

٥٦١ - ويترتب على كون النصف لا يعود إلى ملكه إلا بالقضاء أو الرضا أن الزوج لو تصرف في النصف قبل ذلك بأي تصرف كان ، لم يكن تصرفه نافذاً ، بل يكون موقوفاً على إجازة الزوجة ، فإن إجازته نفذ ، وإن رده بطل ، وأن الزوجة لو تصرفت في المهر قبل حصول أحدهما بجميع التصرفات الشرعية نفذ تصرفها لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء أو الرضا ، وإذا نفذ تصرفها وقُضِيَ للزوج بالنصف أو حصل التراضي على ذلك ، يلزمها أن تعطي الزوج نصف قيمته يوم قبضه ؛ لأنه تعذر رد النصف بعد

وجوبه ، فتضمّن نصف قيمته للزوج . وإنما اعتبرت القيمة يوم القبض لا يوم العقد ؛ لأنه لم يَصِرْ مضموناً عليها إلا بالقبض .

٥٦٢ - وإن كانت حصلت زيادة في المهر في هذه الحالة - وهي حصولها بعد التسليم - : فإما أن يكون حصولها قبل الطلاق، أو بعده . فإن كانت بعده : فإما أن يكون قبل القضاء ، أو الرضا له بالنصف ، أو بعد أحدهما .

٥٦٣ - فإن كان حصولها قبل الطلاق أو بعده ولكن قبل القضاء أو الرضا بنصفه للزوج ، كانت الزيادة كلها للزوجة ، سواء كانت متصلة أو منفصلة ، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة ؛ لأن الكل نماء ملكها إلا الزيادة المتصلة الغير المتولدة ، فإنها وإن لم تكن نماء ملكها لكن الظاهر أنها هي التي أوجدتها ؛ إذ الموضوع أن المهر في يدها ، وحيثيذ يُلزِمها أن تعطي للزوج نصف قيمة المهر يوم قبضه كما تقدم .

٥٦٤ - وإن كان حصولها بعد الطلاق وبعد القضاء أو الرضا ، تنصف بينهما ؛ لأنها نماء ملكهما إلا المتصلة الغير المتولدة فهي لها ؛ لأن الظاهر أنها هي التي أوجدتها ؛ إذ المهر مقبوض في يدها .

٥٦٥ - والذي يتنصف بالطلاق قبل الدخول هو المهر المسمى في العقد للآية المتقدمة ، وحيثيذ لا تنصف الزيادة التي زيدت بعد العقد على المهر المسمى في العقد ، بل تسقط بالطلاق قبل الدخول .

٥٦٦ - فصار حاصل وجوه الزيادة ثمانية : لأنه إما أن تكون متصلة متولدة، أو غير متولدة . أو منفصلة متولدة ، أو غير متولدة . وكلّ منها إما أن يكون في يده ، أو في يدها ، كذا قالوا .

٥٦٧ - ولكن بالتأمل نرى أن الأقسام تزيد على ذلك ؛ لأن المهر إن كان في يدها : فإما أن تكون الزيادة حصلت قبل الطلاق، أو بعده . وإن كانت بعده : فإما أن تكون قبل القضاء ، أو الرضا ، أو بعد واحد منهما ، وقد علمت أحكام الكل (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم المهر المسمى بالعقد : المادة (٤٨) : إذا سمي مهر في العقد الصحيح لزم أدائه كاملاً بوفاء أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الحلوة الصحيحة ، أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء والحلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى .

(مادة ٨٥)

الْفُرْقَةُ الَّتِي يَجِبُ بِنَفْسِ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى بِوُقُوعِهَا قَبْلَ الْوَطْءِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا هِيَ الْفُرْقَةُ الَّتِي جَاءَتْ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجِ ، سِوَاءَ كَانَتْ طَلَاقًا أَوْ فُسْحًا ، كَالْفُرْقَةِ بِالْإِبْلَاءِ ، وَاللَّعَانِ ، وَالْعَنَةِ ، وَالزَّوْدَةِ ، وَإِبَائِهِ الْإِسْلَامَ إِذَا أَسْلَمَتْ زَوْجَتُهُ ، وَفِعْلِهِ مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ بِأَصُولِهَا وَفُرُوعِهَا .

فَإِنْ جَاءَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ قَبْلِهَا كَرَدِّيَهَا ، وَإِبَائِهَا الْإِسْلَامَ إِذَا أَسْلَمَ زَوْجُهَا وَكَانَتْ غَيْرَ كِتَابِيَّةٍ ، وَفِعْلِهَا مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ بِفِرْعِ زَوْجِهَا أَوْ بِأَصْلِهِ ، فَلَا يَجِبُ لَهَا بِنَفْسِ الْمُسَمَّى ، بَلْ يَسْقُطُ . وَإِنْ كَانَتْ قَبِضَتْ شَيْئًا مِنْهُ ، تَرَدُّدًا مَا قَبِضَتْ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٦٢/٥) : « كل فرقة جاءت من قبل المرأة ، فلا شيء لها من المهر ولا من التمتع ؛ لأن التمتع بمنزلة نصف المسمى » ، وجاء فيه أيضًا (٣٠/٣) : « رجل له عبد للتجارة ، فحال الحول وهو عنده ، ثم تزوج عليه امرأة ، ودفعه إليها ، ثم فجر بها ابن زوجها قبل الدخول ، فعليها ردُّ العبد ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول ، فيلزمها ردُّ الصداق » .

وجاء في تبين الحقائق (١٧٨/٢) : « وإن كانت المرتدة قبل الدخول هي المرأة ، لا يجب لها شيء ؛ لأن الفرقة من جهتها قبل الدخول بمعضية توجب سقوطه لحصول التفويت منها . والإباء نظير الارتداد ، حتى إذا كان بعد الدخول من أيهما ، كان يجب المهر كله . وإن كان قبل الدخول ، فإن كان منه يجب النصف به ، وإن كان منها لا يجب شيء » .

وجاء في الجوهرة النيرة (٢٣/٢) : « (وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية ، غرض عليها الإسلام . فإن أسلمت فهي امرأته ، وإن أبت فَرُقَ القاضي بينهما ، ولم تكن الفرقة طلاقًا) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها ، والمرأة ليست بأهل للطلاق (فإن كان دخل بها ، فلها المهر) يعني : إذا فرق بينهما بإبائها (وإن لم يكن دخل بها ، فلا مهر لها) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول ، فصارت مانعة لنفسها كالمطوعة لابن زوجها قبل الدخول . قال الحنفي : إباء الإسلام وردة أحد الزوجين إذا حصل من المرأة فهو فسخ إجماعًا ، وإن كان من جهته فهو فسخ أيضًا عند أبي يوسف في كليهما ، وفي قول محمد كلاهما طلاق ، وفي قول أبي حنيفة الردة فسخ وإباء الزوج الإسلام طلاق » .

قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (٣٨٨/٤) : « (الفرقة) في الحياة (قبل وطء منها) أي : الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها ، كإسلامها بنفسها ، أو بالتبعية كإسلام أحد أوبرها كما جزم به الرافعي في باب التمتع ، أو فسحها بعيبه ، أو بعثها تحت رقيق ، أو ردتها ، أو إرضاعها زوجة له صغير (أو) لا من جهتها بل (بسببها كفسحها بعيبها ، تسقط المهر) المسمى ابتداءً والمفروض الصحيح ومهر المثل في كل ما ذُكر ؛ لأنها إن كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة ، فكأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط المعوض ، كما لو أتلفت المبيع قبل التسليم ، وإن كان هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة » ، وجاء فيه أيضًا =

٥٦٨ - وليس الطلاق شرطاً في تنصيف المهر قبل الوطاء حقيقةً أو حكماً ، بل كل فرقة أنت من قبيل الزوج قبل الدخول يترتب عليها تنصيف المهر ، سواء كانت الفرقة طلاقاً أو فسحاً .

٥٦٩ - والفُرُق بينهما : أن الفُرقة التي هي طلاق تُنقص عدد الطلاق ، والفُرقة التي هي فسح لا تُنقص عدده ، وحيثُ تشمل هذه الفرقة الفرق الآتية :

٥٧٠ - أولاً : الفرقة بالطلاق : بأن يقول الرجل لزوجته قبل أن يدخل بها : أنت

= (٣٥٢/٤) : « فإن فَسَخْتَ من عُيْقَتِ تحت رقيق النكاح (قبل وطاء ، فلا مهر) ولا منعة ، وجاء فيه أيضًا (٣٧٤/٤) : « الأمة لو قتلت نفسها ، أو قتلها سيدها ، أو قتلت الأمة أو الحرّة زوجها قبل الدخول ، لم يستقر المهر » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٨/٣) : « الكتابة إذا أسلمت تحت الكتابة . فلا يخلو أن تسلم قبل البناء ، أو بعده . فإن أسلمت قبل البناء فلا يخلو أن تسلم قبل قبض المهر ، أو بعده . فإن أسلمت قبل البناء والقبض ، فلا شيء لها من المهر ؛ لأن الفرقة من قبلها تتيقن ، كما لو أعتقت الأمة تحت العبد قبل البناء ، أو وجدت الزوجة بالزوج عينا فاخترت فراقه قبل البناء ، وكذلك كل موضع يتيقن فيه عذر الزوج . فأما الإعسار بالنفقة ، فلها نصف المهر ؛ لأنه لا يتيقن عسره ، وكذلك المعترض عن امرأته ، لأنها لا تتيقن ، ولعله يمتنع من الوطاء إضراراً بها . فإن أسلمت قبل البناء وبعد قبض المهر فلا يخلو أن يكون المهر مما يجلُّ للمسلم تملكه أو مما لا يجلُّ له تملكه . فإن كان مما يجلُّ له تملكه كالدينار ، والدرهم ، والحياض ، والثياب ، وأنواع الطعام ، زدّت ذلك كله إلى الزوج ، ووجه ذلك أنها فرقة قبل البناء من جهة الزوجة ، فلم يكن لها شيء من المهر كما لم تقبضه . فإن كان المهر مما لا يملكه المسلم كالحمر والخنزير ، لم يكن للزوج عليها شيء مما قبضته لا نصف ولا غيره ، وذلك ساقط عنها ؛ لأن المسلم لا يملك ذلك ولا يقوم عليه قاله ابن حبيب . وهذا مطرد على قول من يقول من أصحابنا : إن من أتلف خمراً أو خنزيراً لذمي أنه لا قيمة له عليه ، وأما على قول من يقول : إن عليه القيمة . فقد روى عيسى عن ابن القاسم أن له عليها قيمة ذلك كله . ولو أن نصرانيا ابتاع من نصراني خمراً أو خنزيراً ثم أسلم المبتاع قبل دفع الثمن ، لم يسقط عنه الثمن عندي . فإن أسلمت بعد البناء وقبل القبض ، وكان المهر مما يجلُّ تملكه ، فلها مطالبته به وأخذته منه ، وإن كان مما لا يجلُّ لها تملكه كالحمر والخنزير ، فلا شيء لها من المهر وهي مصيبة حلت ، ووجه ذلك أنها لا يجلُّ لها تملك شيء من الحمر والخنزير ، فلا يقضى لها به ، ولا يقضى لها عليه بغير ذلك ؛ لأنه لم يشتخ بضعها إلا به » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١١/٧) : « وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة ، مثل : إسلامها ، أو ردها ، أو إرضاعها من بنفس النكاح بإرضاعه ، أو إرضاعها وهي صغيرة ، أو فَسَخَتْ لإعساره ، أو عيبه ، أو لعنتها تحت عبد ، أو فسخه ببيها ؛ فإنه يَشَقُّطُ به مهرها ، ولا يجب لا منعة ؛ لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه ، فسقط البذل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه . وإن كانت بسبب الزوج ، ك : طلاقه ، وحلعه ، وإسلامه ، وردته ، أو جاءت من أجنبي كالرضاع ، أو وطاء يفسخ به النكاح ، سقط نصف المهر ، ووجب نصفه أو المنعة لغير من سمي لها ، ثم يرجع الزوج على من فسح النكاح إذا جاء الفسح من قبل أجنبي » .

طالق ، أو : أنتِ بائن .

٥٧١ - ثانياً : الفرقة بالإيلاء : وهو في اللغة : الحليف . وفي اصطلاح الفقهاء : هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر . فإذا تزوج رجل امرأة وقبل أن يدخل بها قال لها : والله لا أقربك أربعة أشهر . فإن قَرَبَهَا في المدة ، يلزمه ما حلف به . ففي هذا المثال يقع عليه اليمين بالله ، وتلزمه كفارة اليمين . وإن مضت المدة ولم يقربها طَلَّقَتْ منه طلاقاً بائناً . فإن كان لها مهر مسمى في العقد ، وجب عليه نصفه لها . وهذه الفرقة طلاق ، فإذا تزوجها بعد ذلك ، ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً .

٥٧٢ - ثالثاً : الفرقة باللعان : وهو في اللغة : مصدر لَاعَنَ - كقاتل - من اللعن ، وهو : الطرد والإبعاد . وفي الشرع : هو شهادات مؤكدة بالأيمان ، مقرونة شهادة الزوج باللعن وشهادتها بال غضب ، قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه وشهاداتها مقام حد الزنى في حقها . فإذا تزوج رجل امرأة وقبل أن يدخل بها رماها بصريح الزنى ، ورفعت الأمر إلى القاضي ، فإن القاضي يُحْضِرُهُ . فإن أثبت دَعْوَاهُ بالبينة ، حُدَّت الزوجة حد الزنى . وإن عجز ، لاعن بأن يقول : أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى (أربع مرات) ، ويقول في الخامسة : عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى . وبعد لعانه تلاعن هي بأن تقول : أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنى (أربع مرات) ، وفي الخامسة تقول : عليها غضب الله إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى . وإنما اختير الغضب في حقهن ؛ لأنهن يُكْتَبِرْنَ اللعن ، فكان الغضب أودع لهن . ومتى حصلت الملاعنة ، فَرَّقَ القاضي بينهما ، وهذه الفرقة طلاق لا فسخ ، فإذا تزوجها بعد ذلك ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً ، وسيأتي لك تفصيل هذا المقام في مادة (٣٢٤) وما بعدها .

٥٧٣ - رابعاً : الفرقة بالعتة : فإذا تزوج رجل امرأة ، ووجدته عتيباً ، ورفعت أمرها إلى الحاكم ، وأَجَّلَهُ سنة ولم يصل إليها في هذه المدة ، وعادت إلى القاضي ، وثبت لديه ذلك ، فَرَّقَ بينهما . وهذه الفرقة طلاق أيضاً ، وهي آية من قِبَلِهِ ، فإذا كانت قبل الدخول ، تنصف المسمى .

٥٧٤ - خامساً : الفرقة بالردة : وهي الخروج عن الإسلام - والعياذ بالله تعالى - ، فإذا أرتد الزوج قبل أن يدخل بزوجه ، انفسخ عقد الزواج . وهذه الفرقة فسخ لا تُنْقِصُ عدد الطلاق ، وقد أتت من قِبَلِهِ . فإذا كانت قبل الدخول ، وكان لها مهر مسمى في

العقد ، وجب عليه نصفه .

٥٧٥ - سادساً : الفرقة بإبء الزوج الإسلام : فإذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلمت الزوجة قبل الدخول ، يُغرض الإسلام على الزوج ، فإن أسلم فيها ، وإن امتنع فَوَقَّ القاضي بينهما ؛ لأن غير المسلم لا يجوز له أن يتزوج مسلمة . فهذه فرقة أتت من قبلة قبل الدخول ، فينتصف المسمى في العقد .

٥٧٦ - سابقاً : الفرقة بفعله بأصول الزوجة وفروعها ما يوجب حرمة المصاهرة : فإذا زنى بأم امرأته قبل أن يدخل بها ، أو قبَّلها بشهوة ، أو فعل بيئتها ذلك ، حُرِّمَتْ عليه زوجته حرمة مؤبدة كما عرفته في مادة (٢٤) ، فيجب عليه نصف المسمى في العقد ؛ لأنها فرقة أتت من قبله قبل الدخول .

٥٧٧ - فهذه هي الأحوال التي يجب فيها نصف المهر للزوجة .

٥٧٨ - وأما الأحوال التي يسقط فيها المهر بتمامه ، فنحصر في كل فرقة أتت من قبيل الزوجة قبل الدخول ، فتشمل الفُرُق الآتية :

٥٧٩ - أولاً : الفرقة بارتدادها : فإن ارتداد أحد الزوجين ، فُسخ في الحال ، وقد عرفت الردة مما تقدم .

٥٨٠ - ثانياً : الفرقة بامتناعها عن الإسلام : إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية ، فإذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلم الزوج ، فإن كانت زوجته كتابية لا يعرض عليها الإسلام ^(١) ، بل الزوجية باقية ؛ لأن المسلم له أن يتزوج كتابية ابتداءً ، بقاءً من باب أولى . وإن كانت غير كتابية ، عُرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت أو دخلت في دين سماوي ، بقيت الزوجية ، وإلا فَوَقَّ القاضي بينهما ، ولا يجب لها شيء .

٥٨١ - ثالثاً : الفرقة بفعلها بأصوله وفروعه ما يوجب حرمة المصاهرة : فإذا طاعت الزوجة قبل الدخول أبا الزوج أو ابنه فزنى بها أو قبَّلها بشهوة ، حُرِّمَتْ على زوجها حرمة مؤبدة كما عرفته في مادة (٢٤) ، فلا يجب لها شيء من المسمى ؛ لأن هذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول ^(٢) .

(١) المراد : لا يعرض الإسلام كشرط لاستمرار الزوجية أو عدم استمرارها ، وليس المراد : أننا لا نعرض الإسلام عليها أبداً ؛ فالدعوة لكل إنسان .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفرقة المرجحة لسقوط المهر : المادة (٥١) : الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطاء حقيقةً أو حكماً هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت =

(مادة ٨٦)

إِذَا بَلَغَتِ الصَّبِيَّةُ الَّتِي زَوَّجَهَا غَيْرُ أَبِيهَا وَالْجَدُّ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ زَوْجًا كُفًّا لَهَا وَبِمَهْرِ الْبَيْلِ ،
وَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا بِالْبُلُوغِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، فَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَى زَوْجِهَا وَلَا مُنْتَعَةً
كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْمَادَّةِ الْحَامِسَةِ وَالْثَمَانِينَ ^(١) .

• • •

٥٨٢ - رابعًا : الفرقة بخيار البلوغ : فإذا بلغت الصغيرة التي زوّجها غير الأب والجد
بزوج كفاء وبمهر المثل ، واختارت نفسها وفسخت العقد عند البلوغ قبل الدخول
حقيقةً أو حكمًا ، فهذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول ، فتسقط جميع المهر .
٥٨٣ - فإن كانت المرأة لم تقبض المهر ، فلا يلزم الزوج إعطاؤها شيئًا . فإن قبضت
منه شيئًا ، يلزمها رده إلى الزوج .

= طلاقًا أو فسحًا كالفرقة بالابلاء ، واللعان ، والعنة ، والردة ، وبإبائه الإسلام إذا أسلمت زوجته وبفعله ما
يوجب حرمة المصاهرة سقوط المهر كله
المادة (٥٢) : يسقط المهر كله إذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة كردتها أو إبائتها الإسلام إذا أسلم زوجها
وكانت غير كاتبة أو بفعله ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله وإن قبضت شيئًا من المهر ترده .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٦) يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من
الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة .
(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٦٢/٥) : « كل فرقة جاءت من قبل المرأة ، فلا شيء لها من المهر
ولا من المتعة ؛ لأن المتعة بمنزلة نصف المسمى » .
قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٣٨٨/٤) : « (الفرقة) في الحياة (قبل وطء منها) أي : الفرقة
الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها (أو) لا من جهتها بل (بسببها كفسخه بعيها ، تُسقط المهر)
المسمى ابتداءً والمفروض الصحيح ومهر المثل في كل ما ذكر ؛ لأنها إن كانت هي الفاسخة فهي المختارة للفرقة ،
فكانها أتلفت الموعوض قبل التسليم فسقط الموعوض ، كما لو أتلفت المبيع قبل التسليم ، وإن كان هو الفاسخ
بعيها فكانها هي الفاسخة » .
قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٨٨/٣) : « الكتائية إذا أسلمت تحت الكتائي . فلا يخلو أن
تسلم قبل البناء ، أو بعده . فإن أسلمت قبل البناء فلا يخلو أن تسلم قبل قبض المهر ، أو بعده . فإن أسلمت
قبل البناء والقبض ، فلا شيء لها من المهر ؛ لأن الفرقة من قبلها تتيقن » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١١/٧) : « وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة ، فإنه ينسقط به مهرها ،
ولا يجب لا متعة ؛ لأنها أتلفت الموعوض قبل تسليمه ، فسقط البديل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه » .

(مادة ٨٧)

مَهْرُ الْمَثَلِ وَمَا فُرِضَ لِلْمَفْرُوضَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا لَا يَتَنَصَّفُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ
النُّطْقِ وَالْحَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ . فَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ قَبْلَهُمَا ، وَلَمْ يَكُنْ سَمَى لَهَا مَهْرًا وَقَتَ الْعَقْدِ ،
أَوْ سَمَى تَشْمِيَةً فَائِدَةً مِنْ كُلِّ التَّوَجُّهِ حَتَّى وَجِبَ لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ ، أَوْ فُرِضَ لَهَا فَرَضًا بَعْدَ
الْعَقْدِ ، سَقَطَ عَنْهُ مَهْرُ الْمَثَلِ كُلُّهُ وَمَا فُرِضَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، وَوَجِبَتْ لَهَا عَلَيْهِ الْمَتَعَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ
الْفُرْقَةُ مِنْ قَبِيلِهَا (١) .

* * *

(١) قول الخنفيّة : جاء في مجمع الأنهر (٣٤٩/١) : « وللمفوضة (وهي - بكسر الواو - : من فَوُضْتُ
أمرها إلى وليها وزوجها بلا مهر . - وبفتحها - : من فوضها وليها إلى الزوج بلا مهر ثم تراضيا على مقدار
(ما فُرِضَ لها بعد العقد إن دخل) بها (أو مات) عنها زوجها كذا في أكثر المتون والشروح ، وقال يعقوب
باشا : لكن الظاهر أن المسألة على حالها في موتها أيضًا ، كما صُرح به في بعض الكتب . ويمكن أن يجاب
عنه بـ : كون مطمح النظر في هذا الباب بيان ما يجب لها عليه لا بيان نصيب ورثتها من مهرها ، تدر .
وكذا إذا فرضه الحاكم بعد العقد قام مقام فرضهما (والمتعة إن طلق قبل الدخول) ولا يتنصف ؛ لأن السبب
مختص بالمفروض في العقد بالنص ؛ وهو قوله تعالى : ﴿ فَيَصِفْ مَا قَوَّضْتُمْ ﴾ ، والمفروض بعده ليس في
معناه (وعند أبي يوسف) لها في قوله الأول كما صُرح به في أكثر المعتمرات ، فالأولى أن يقول : وعن أبي
يوسف . كما لا يخفى (نصف ما فرض) بعد العقد ، وهو قول الشافعي ؛ لأنه صار مفروضًا فيتناوله النص .
قول الشافعية : جاء في الأم (٧٤/٥) : « التفويض الذي إذا عقد الزوج النكاح به عُرِفَ أنه تفويض في
النكاح : أن يتزوج الرجل المرأة الثيب المالكة لأمرها برضاها ، ولا يُسَمَّى مهرًا ، أو يقول لها : أتزوجك على
غير مهر . فالنكاح في هذا ثابت ، فإن أصابها فلها مهر مثلها ، وإن لم يصبها حتى طلقها فلا متعة ولا نصف
مهر لها » .

قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٦٩/٢ ، ٧٠) : « ونكاح التفويض جائز من غير خلاف (وهو أن
يعقداه) بلفظ الثنية ، أي : الزوج والولي (ولا يذكران صدقًا) وكلامه صادق بصورتين ؛ لأنه إذا لم يذكر
صدقًا ، إما أن يصرحا مع ذلك بالتفويض نحو : أنكحتك وليتي على التفويض . ولا نحو : زوجتك وليتي من غير
ذكر مهر . والنكاح صحيح في الوجهين . أما لو صُرحا باشتراط إسقاط المهر ، لمَّا جاز ، وقُيِّعَ قبل الدخول .
واختلف قول ابن القاسم في فسحة بقْدُ (ثم) إذا قلنا بجواز نكاح التفويض وصحته ، ووقع ومنعت الزوج من
الدخول ؛ فإنه (لا يدخل بها حتى يفرض لها) صدقًا مثلها ، وتستحقه بالدخول ولا بالموت ، فإن مات
أحدهما توارثًا ولا صدقًا إلا بفرض ، وأثبت بعضهم بالموت (فإن فرض) الزوج (لها) أي : الزوجة
المتكوحة على التفويض (صدقًا المثل لزمها) ما فُرِضَ لها على المذهب (وإن كان) ما فرض لها (أقل) من
صدق مثلها ، مثل أن يفرض لها خمسين دينارًا ، وصدق مثلها مائة (فهي مخيرة) في الرضا به ورَّده (فإن)
رَضِيَتْ به وكانت ثيبًا رشيدةً لزمها ذلك ، ما لم ينقص عن ربع دينار ، وإن لم تُرَضَ به بأن (كرهته فُرِضَ =

٥٨٤ - وقد علمت مما تقدم أن الذي يتنصف بالفرقة قبل الدخول هو المهر المسمى في العقد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَوَيْفٌ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (١) . وحيثئذ فلا يتنصف مهر المثل ؛ لأنه إنما وجب عند عدم التسمية في العقد أو عند فساده ، فلا يكون هناك شيء مفروض في العقد ، فوجب مهر المثل ، فلا يتنصف .

٥٨٥ - ومثل مهر المثل في عدم التنصيف ما فُرِضَ للمفوضة بعد العقد ، سواء كان فرضه بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين .

٥٨٦ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى : ما فرض بعد العقد يتنصف ؛ لقوله تعالى :

بينهما (بطلقة بائنة ؛ لأنها قبل الدخول . وأما ذات الأب والوصي فاختلف هل لهما الرضا بأقل من صداق المثل ؟ . على ثلاثة أقوال مشهورها : الصحة من الأب قبل البناء وبعده ، ومن الوصي قبل البناء فقط . ثم استثنى من المسألة التي تخير فيها صورتين فقال : (إلا أن يُرْضِيَهَا) بزيادة شيء على ما سماه ما لم يبلغ صداق المثل (أو يفرض لها صداق مثلها) بعد أن فرض لها دونه (فيأزمها) ما أرضاها به في الصورة الأولى ، وصداق للمثل الذي فرضه ثانيًا في الثانية .

وجاء في الفواكه الدواني (٣٦/٢ ، ٣٧) : (وإن مات) الزوج (عن) زوجته (التي) نكحها تفويضًا ومات (ولم يفرض لها) صداقًا ورُضيت به (و) الحال أنها (لم يَنْبَئْ بها فلها الميراث) لاستحقاقها إياه بالعقد ولو فاسدًا ، حيث اختلف فيه (ولا صداق لها) كما لو طُلِّقَتْ قبل البناء ، لأنه لا يتشطر بالطلاق ، ولا يتكامل بالموت إلا المفروض .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٣/٧) : (وإذا تزوجها بغير صداق ، لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المنعة ، وسواء تركا ذكر المهر ، أو شرطًا نفيه ، مثل أن يقول : زوجتك بغير مهر . فيقبله كذلك . ولو قال : زوجتك بغير مهر في الحال ، ولا في الثاني . صح أيضًا . والتفويض على ضربين : تفويض يُضْع ، وتفويض مهر ، فأما تفويض البضع : فهو الذي ذكره الحنفي وفسرناه ، وهو الذي ينصرف إليه إطلاق التفويض ، وأما تفويض المهر ؛ فهو : أن يُجْعَلَ الصداق إلى رأي أحدهما ، أو رأي أجنبي ، فيقول : زوجتك على ما شئت ، أو على حكمك أو على حكمي ، أو حكمها ، أو حكم أجنبي . ونحوه . فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الحنفي ؛ لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول ؛ فسقط لجهالة ، ووجب مهر المثل . والتفويض الصحيح : أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر ، أو بتفويض قدره ، أو بزواجها أبوها كذلك . فأما إن زُوِّجَتْ غير أبيها ولم يذكر مهرًا بغير إذنها في ذلك ؛ فإنه يجب مهر المثل . فإذا طُلِّقَتْ المفوضة البُضْع قبل الدخول ، فليس لها إلا المنعة . نص عليه أحمد ، في رواية جماعة ، وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي ، والزهري ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى : أن الواجب لها نصف مهر مثلها ؛ لأنه نكاح صحيح فيوجب مهر المثل بعد الدخول ، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سُئِيَ محرماً .

﴿ فَيَصِفُ مَا قَرَضْتُمْ ﴾^(١) . ولنا : أن هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل ، وهو لا يتنصف ، فكذا ما نزل منزلته . والمراد بقوله تعالى : ﴿ فَيَصِفُ مَا قَرَضْتُمْ ﴾^(٢) . المفروض في العقد ؛ لأنه هو المتعارف . والظاهر مذهب الشافعي .

٥٨٧ - فإذا حصلت الفقرة بين الزوجين في الأحوال التي وجب فيها مهر المثل أو المهر المفروض بعد العقد ، فإن كانت بموت أحدهما أو بعد الوطء أو الحلوة الصحيحة ، لزم مهر المثل وما فرض بعد العقد . وإن كانت قبلهما وكانت بغير الموت ، فإن كانت من قبلها فلا تستحق شيئاً ، وإن كانت من قبله فلا يتنصف كل منهما ، بل تجب لها عليه المتعة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِمِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ الْمَعْتَرِ قَدَرُهُ ﴾^(٣) . أي : على الغني بقدر حاله ، وعلى الفقير المثل بقدر حاله^(٤) .

(مادة ٨٨)

الْحَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ لَا تَقُومُ مَقَامَ الْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الْفَائِدِ . فَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا ، وَوَقَعَ التَّفْرِيقُ أَوْ الْمَتَارَكَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ حَقِيقَةً ، فَلَا مَهْرَ لِلْمَرْأَةِ ، وَلَوْ خَلَا بِهَا الزَّوْجُ حَلْوَةً صَّحِيحَةً . وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ الدُّخُولِ وَكَانَ قَدْ سُمِّيَ لَهَا الزَّوْجُ مَهْرًا ، فَلَهَا الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سُمِّيَ لَهَا مَهْرًا ، أَوْ سُمِّيَ مَا لَا يَصْلُحُ مَهْرًا ، فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بَالِغًا قَدْرُهُ مَا بَلَغَ^(٥) .

(١) البقرة : ٢٣٧ .

(٢) البقرة : ٢٣٦ .

(٤) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦٣) : إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم به مهر فللمرأة مهر المثل ، وإذا كان مسمى فلها الأقل من المسمى ومهر المثل .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٥٦) : إذا وقع الاقتراق بعد الدخول في العقد الفاسد ينظر فإن كان المهر قد سمي يلزم الأقل من المهرين المسمى والمثل ، وإن كان المهر لم يسم أو كانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل بالغا ما بلغ ، أما إذا وقع الاقتراق قبل الدخول فلا يلزم المهر أصلاً .

(٥) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢ / ١٩ ، ٢٠) : (وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها) ؛ لأن المهر لا يجب فيه بمجرد العقد ، وإنما يجب باستيفاء منافعه (وكذلك بعد الحلوة) يعني : أن المهر لا يجب فيه بالحلوة ، وكذا لو لمستها أو قبّلها أو جامعها في الدبر ؛ لأن الحلوة غير صحيحة كالحلوة بالحنائض ، وهو معنى قول المشايخ : الحلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالحلوة الفاسدة في النكاح الصحيح (فإن دخل بها ، فلها مهر مثلها لا يزداد على المسمى) هذا إذا كان ثمة مُسَمَّى . أما إذا لم يكن ، =

٥٨٨ - والحلوة الصحيحة إنما تقوم مقام الوطء في النكاح الصحيح ، كما عرفته من الأسباب التي تؤكد لزوم المهر .

٥٨٩ - فلو كان النكاح فاسداً ، فلا تقوم مقامه . فإن حصل التفريق فيه بين الزوجين من القاضي ، أو كانت المتاركة من الزوجين ، فإن كان قبل الدخول الحقيقي ، فلا مهر للمرأة أصلاً ، ولو كان بعد الحلوة الصحيحة . وأما إذا كانت الفرقة بين الزوجين بعد الدخول ، فإما أن يكون هناك مهر مسمى في العقد أو لا . فإن كان : فإما أن تكون التسمية صحيحة ، أو لا .

٥٩٠ - فإن كانت هناك تسمية في العقد وكانت صحيحة ، وجب على الزوج الأقل من المسمى ومهر المثل . فإذا فرضنا أن المسمى ثمانون جنيهاً ومهر المثل مائة ، وجب المسمى لأنه الأقل ، ولو كان بالعكس بأن كان مهر المثل ثمانين والمسمى مائة ، وجب مهر المثل .

٥٩١ - وإن لم تكن هناك تسمية أصلاً أو كانت ، ولكنها فاسدة ، وجب مهر المثل بالقدر ما بلغ .

= وجب مهر المثل بالقدر ما بلغ . ويعتبر الجماع في القبل ، حتى يصير مستوفياً للمعقود عليه .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٣٧٤/٤) : « ويستقر المهر بوطء ، وإن حرم كحائض ، وبموت أحدهما لا بخلوة في الجديد) لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَسُوهُنَّ ﴾ الآية . والمراد بالمس : الجماع . وكما لا يلحق ذلك بالوطء في سائر الأحكام من حَدْ وَعُشَل ونحوهما . والقديم : يستقر بالحلوة في النكاح الصحيح ، حيث لم يكن مانع حسي كرتق ، ولا شرعي كحيض ؛ لأنها حينئذٍ مَطِيئَةُ الوطء . أما النكاح الفاسد فلا يستقر بها قطعاً .

قول المالكية : جاء في المدونة (٢٨/٢ ، ٢٩) : « قلت : فالنكاح الفاسد إذا دخل بها زوجها إلا أنه لم يطأها أو تصادقا على ذلك ، ثم فرقت بينهما ، كم تعدت المرأة ، قال : كما تعدت المطلقة من النكاح الصحيح ، ولا يصدق على العدة للخلوة ؛ لأنه لو كان ولد لبيت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ، وأرى أن لا صداق لها ؛ لأنها لم تطلبه ولم تدعه . وكذلك قال مالك : وتماض من تَلَذَّذِيْهَا إن كان تَلَذَّذَ مِنْهَا بشيء . قال مالك : ولا يكون في هذا صداق ، ولا نصف صداق .

قول الحنابلة : جاء في المعني (١٩٣/٧) : « والحلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر ؛ لأن الصداق لم يجب بالعقد ، وإنما يوجبه الوطء ، ولم يوجد ؛ ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، فأشبه ذلك الحلوة بالأجنبية . وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الحلوة فيه كالحلوة في الصحيح ؛ لأن الابتداء بالحلوة فيه كالابتداء بذلك في النكاح الصحيح ، فيتقرر به المهر كالصحيح ، والأولى أَوْلَى .

(مادة ٨٩)

إِذَا تَزَوَّجَ صَبِيٌّ مَخْجُورٌ عَلَيْهِ امْرَأَةٌ بِلَا إِذْنِ وَلِيِّهِ ، وَدَخَلَ بِهَا ، فَزَدَ الْوَلِيُّ نِكَاحَهَا ، فَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ ، وَلَا مُتْعَةً ^(١) .

٥٩٢ - ومحل كون المهر يتأكد وجوبه بالدخول إذا كان الزوج يملك مباشرة عقد الزواج ، فإن كان لا يملك ذلك ، فلا يتأكد المهر ، ولو حصل الدخول . فإذا تزوج صبي مميز غير مأذون له من قبل الولي بالتزوج ، فهذا العقد يكون موقوفاً على إجازة الولي ، فإن أجازته نفذ ، وإن رده بطل .

٥٩٣ - فإذا دخل هذا الصبي بزوجه قبل إجازة الولي العقد ، وبعد الدخول رده ، فلا يُلْزَمُ الولي ولا الصبي بمهر ولا متعة ؛ لأن هذا الفعل غير مأذون فيه ، فكان اللازم البحث عن حالة الصبي إن كان يملك ذلك أو لا . فإذا لم يحصل ، يكون التقصير حاصلاً من جهة الزوجة ، فلا تستحق شيئاً ^(٢) .

(١) قول الخطابة : جاء في المغني (٣٠٥/٤) : « وإن تزوج ، أي : المحجور عليه - ، صُغَّ النكاح بإذن وليه وبغير إذنه . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال : أبو الخطاب : لا يصح بغير إذن وليه . وهو قول الشافعي وأبي ثور ؛ لأنه تصرف يجب به مال ، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء . ولنا : أنه عقد غير مالي ، فصح منه كخلعه وطلاقه ، وإن لزم منه المال ، فحصله بطريق الضمن ، فلا يُتَمَتَّعُ من العقد ، كما لو أُرِّمَ ذلك من الطلاق » . وجاء فيه أيضاً (٤١/٧) : « إذا تزوج بغير إذن . فقال أبو بكر : يصح النكاح ، أو ما إليه أحمد . قال القاضي : يعني إذا كان محتاجاً ، فإن عُجِدَتِ الحاجة لم يُجْزَ ؛ لأنه إتلاف لماله في غير فائدة .

وقال أصحاب الشافعي : إن أمكنه استئذان وليه ، لم يصح إلا بإذنه ؛ لأنه محجور عليه ، فلم يصح منه التصرف بغير إذنه كالعبد ، وإن طلب منه النكاح ، فأبى أن يزوجه ، ففيه وجهان . ولنا : أنه إذا احتاج إلى النكاح ، فحقه متعين فيه ، فصح استيفاءه بنفسه ، كما لو استوفى ذنبه الحال عند امتناع وليه من استيفائه . فأما إن تزوج من غير حاجة ، لم يصح . فإن وطئ الزوجة ، فعليه مهر المثل ؛ لأنه أتلف بضعها بشبهة ، فلزمه عوض ما أتلف ، كما لو أتلف مالها » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦٢) : المتعة هي كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : وجوب المتعة : المادة (٥٥) : إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة ، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل .

(مادة ٩٠)

الْمُنْتَبِزِ فِي الْمُنْعَةِ عَزُفَ كُلِّ بَلَدَةٍ لِأَهْلِهَا فِيمَا تَكْتَسِي بِهِ الْمَرْأَةُ عِنْدَ الْخُرُوجِ ، وَاعْتِبَارُهَا عَلَى حَسَبِ خَالِ الزَّوْجَيْنِ . وَيَجُوزُ دَفْعُ بَدَلِ الْمُنْعَةِ نَقْدًا ، وَلَا تَزِيدُ عَلَى نِصْفِ مَهْرِ الْبَيْتْلِ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَيْبًا ، وَلَا تَنْقُصُ عَنْ خَمْسَةِ دَرَاهِمٍ إِنْ كَانَ فَقِيرًا . وَلَا تَجِبُ الْمُنْعَةُ لِمَنْ طَلَّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ وَلَهَا مَهْرٌ مُسَمًّى ، وَلَا لِلْمُنْتَرَفِي عَنْهَا زَوْجِهَا . وَتُسْتَحَبُّ لِلْمُطَلَّغَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، سِوَاءَ سُمِّيَ لَهَا مَهْرٌ أَوْ لَا (١) .

* * *

= وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢١) أ - تستحق كل مطلقة المنعة إذا كان الطلاق بسبب من جهة الزوج .

ب - تقدر المنعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة بما لا يجاوز نفقة سنة .

ج - تستثنى من أحكام الفقرة (أ) الحالات التالية :

١ - التطلاق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج .

٢ - التطلاق لعيب في الزوجة .

(١) قول الخفيفة : جاء في الفتاوى الهندية (٢/٣٠٣ ، ٣٠٤) : (المنعة ثلاثة أنواع) : قميص ، وملحفة ،

ومثقعة ، وسط لا جيد غاية الجودة ولا رديء غاية الرداءة كذا في المحيط . هذا في عرفهم . وأما في عرفنا

فيعتبر عرفنا . ولو أعطها قيمة الأنواب دراهم أو دنانير ، تجبر على القبول . ثم لا تزداد على نصف مهر مثلها

ولا تنقص من خمسة دراهم . ويعتبر فيها حالها ، لقيامها مقام مهر المثل على قول الكرخي . فإن كانت من

السفلة يُثَقِّفُهَا مِنَ الْبِكْرَانَسِ ، وإن كانت من الوسطى يمتعها من القُرِّ ، وإن كانت مرتفعة الحال يمتعها من

الإبريسم وهو الأصح . والصحيح أنه يعتبر حاله . وقيل : يعتبر بحالهما ، وهذا القول أشبه بالفقه . قال

الولوالجي : وهو الصحيح وعليه الفتوى . ولا منعة للمنتوفى عنها زوجها ، سُمِّيَ لَهَا مَهْرًا أَوْ لَمْ يُسَمَّ ، دخل بها

زوجها أو لم يدخل ، وكذلك كل نكاح فاسد فُزِقَ الْقَاضِي فِيهِ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا وَقَبْلَ الْخُلُوعِ أَوْ بَعْدَ

الخلوع والزواج منكر للدخول فلا منعة فيها . والعبد بمنزلة الحر في وجوب المنعة إذا كان النكاح بإذن المولى

(المنعة عندنا على ثلاثة أوجه) : منعة (واجبة) : وهي للمطلقة قبل الدخول ولم يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا ، (ومستحبة) :

وهي للمطلقة بعد الدخول (ولا واجبة ولا مستحبة) وهي للمطلقة قبل الدخول وقد سُمِّيَ لَهَا مَهْرًا .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٤/٣٩٩) : (ويستحب ألا تنقص) المنعة (عن ثلاثين درهماً)

أو ما قيمته ذلك . قال في البويطي : وهذا أدنى المستحب . وأعلى خادم ، وأوسطه ثوب . ويسن ألا تبلغ

نصف مهر المثل كما قاله ابن المقرئ . فإن بلغته أو جاوزته ، جاز لإطلاق الآية . قال البلقيني وغيره : ولا يزيد

وجوباً على مهر المثل ، ولم يذكره . ومحل ذلك ما إذا فرضه الحاكم ، ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر :

منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضي مقدرة ، ومنها أن لا يبلغ بالتعزير الحد وغير ذلك . أما إذا اتفق عليها

الزوجان فلا يشترط ذلك . ويحمل على هذا كلام من اعترض على البلقيني وقال : الأوجه خلاف كلامه ، =

= بل مقتضى النظائر ألا يصل إلى مهر المثل إذا فرضها القاضي وهو ظاهر ، ثم إن تراضيا على شيء فذاك . وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٥٢٥) : « ما افترق فيه الصداق والمتعة . افتراقا في أمور ، أحدها : أن الصداق يراعى فيه حال المرأة قطعاً ، والمتعة يراعى فيها حال الزوج على المختار وحال كليهما على المرجح عند الشيخين . الثاني : أن الصداق يستحب ألا ينقص عن عشرة دراهم ، والمتعة يستحب ألا تنقص عن ثلاثين درهماً . الثالث : أن الصداق يجب على الزوج وغيره ، ولا تجب المتعة إلا عليه ، وأوجبها القديم على شهود طلاق المفوضة قبل الدخول إذا رجعوا » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٤١١/٥) : « المتعة مستحبة ، ومشروعيتها لجبر قلب المرأة من فجعة الطلاق (والمتعة على قدر حاله) ابن عرفة : المتعة ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة ، لطلاقه إياها . المعروف أنها مستحبة يؤمر بها ولا يقضى بها . ابن شاس : والمستحب أن تكون على قدر حاله من عُسرهِ ويُسره (بعد العدة للرجعية) ابن محرز عن ابن وهب وأشهب : إن لم يتمتع حتى ارتجعها ، سقطت . قال : فضل . وعلى هذا لا تجب في الطلاق الرجعي إلا بعد العدة (أو ورثتها) ابن رشد عن ابن القاسم : تجب لورثتها إن ماتت . ابن رشد : وتبطل بجمته (لكل مطلقة في نكاح لازم) هذه عبارة ابن الحاجب ، وعبارة ابن عرفة : هي لكل مطلقة في عصمة لأيام فيها ، ولا خيار على الزوج (لا فسخ كلمان وملك أحد الزوجين لأمر اختلعت أو فرض لها وطلقت قبل البناء ومختارة لعتقها أو لعيه) وفي المدونة : لا متعة لـ : مختلفة ، ولا مصالحة ، ولا ملاعبة ، ولا مطلقة قبل البناء وقد سمي لها ، ولا من اختارت نفسها لعتقها . اللخمي : ولا من قامت لعيب ، ولا من فسخ نكاحها ولو لعارض حدث . اللخمي : وإن اشترى زوجته لم يتمتع لبقائها معه ، ولو اشترى بعضها متئمة (أو مخيرة أو مُملَكة) روى ابن وهب عن مالك : للمخيرة والملكة المتعة . ابن رشد : ووجه ذلك أن الطلاق فيها إنما هو من الزوج الذي جعل ذلك إليها ، ولعلها تحتشم من اختياره وهو قد عرضها للفراق ، فنختار نفسها وهي كارهة لذلك مريدة للبقاء مع زوجها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٦/٧ ، ١٨٧) : « المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره . نص عليه أحمد . وهو وجه لأصحاب الشافعي . ولنا قول الله تعالى : ﴿ عَلَى الْمَوْسِمِ قَدَرٌ وَعَلَى الْفَقْرِ قَدَرٌ ﴾ . وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ، وأنها تختلف . ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره . إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها ، فروي عنه مثل قول الخزقي : أعلاها خادم ، هذا إذا كان مُوسراً . وإن كان فقيراً متئمة كسوتها درعاً وخمازاً وثوباً تصلي فيه . ونحو ذلك قال ابن عباس ، والزهرى ، والحسن . قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الفقعة ، ثم دون ذلك الكسوة . ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري ، والأوزاعي ، وعطاء ، وملك ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . قالوا : دِرْعٌ وخمازٌ وملْحَفَةٌ .

والرواية الثانية : يرجع في تقديرها إلى الحاكم ، وهو أحد قولي الشافعي ؛ لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره ، وهو مما يُحتاج إلى الاجتهاد ، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات .

وذكر القاضي في المجرّد رواية ثالثة : أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل ؛ لأنها بدل عنه ، فيجب أن تنقُدر به . وهذه الرواية تضعف لوجهين ، أحدهما : أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج ، وتقديرها بنصف =

٥٩٤ - وعندما يراد إعطاء المتعة للزوجة سواء كانت واجبة أو مستحبة ، فلا تنقيد بشيء مخصوص ، بل المعتبر فيها عُرف كل بلدة لأهلها فيما تنكسي به المرأة عند الخروج ، فإن الملابس تختلف في القرى والأمصار ، فينظر إلى البلدة التي حصل فيها العقد وتُعطى بما يناسبها من أنواع الملابس .

٥٩٥ - وبعد مراعاة عرف البلد ، يقول بعضهم : يعتبر حال الزوجين ، فإن كانا غنيين ؛ فمتعة الأغنياء ، وإن كانا فقيرين ؛ فمتعة الفقراء ، وإن كانا متوسطي الحال أو مختلفيه ؛ فمتعة الوسط . ومع كلِّ فهذا أمر لا ينضبط ؛ لأن كلاً من الأحوال الثلاثة له درجات .

٥٩٦ - وبعضهم يقول : يعتبر حال الزوج ، اتباعاً للنص ؛ وهو قوله تعالى : ﴿ وَمَتْمُوهُنَّ عَلَى التُّؤبِيعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾ ^(١) . أي : على الغني بقدر حاله ، وعلى الفقير المقل بقدر حاله . وهذا هو الظاهر .

٥٩٧ - ويخير الزوج بين إعطائها الأتواب التي تليق بحاله ، وما تساويه من النقود . فإن امتنعت من أخذ النقود ، تجبر على القبول ؛ لأن الأتواب ما وجبت لعينها ، بل من حيث إنها مال .

٥٩٨ - ولكن هذا ليس على الإطلاق ، بل بشرط ألا تزيد على نصف مهر المثل إن كان الزوج غنياً ؛ لأن الحق عند التسمية أكد وأثبت منه عند عدم التسمية ، وعند التسمية لا يزداد على نصف المسمى في المتعة الواجبة ؛ فلأن لا يزداد عند عدمها على نصف مهر المثل أولى ، وألا تنقص المتعة عن خمسة دراهم ؛ لأنها تجب على طريق العوض ، وأقل عوض ثبت في النكاح نصف عشرة ، فلا بد في المتعة من ملاحظة هذين الأمرين .

٥٩٩ - والمتعة على ثلاثة أقسام : واجبة ، ومستحبة ، وغير مستحبة ؛ لأن المطلقة ؛ إما

= مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة ؛ لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها . الثاني : أنا لو قدرناها بنصف المهر ، لكانت نصف المهر ؛ إذ ليس المهر معيّن في شيء ولا المتعة . ووجه قول الخريفي قول ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الكسوة . رواه أبو حفص بإسناده . وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ؛ لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تنقدر بذلك ، كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة . وروى كئيب السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تَمَاضِرَ الكلبية ، فَحَسَّتْهَا بجارية سوداء . يعني : نَقَّتْهَا . قال إبراهيم النخعي : العرب تسمي المتعة التحميم . وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها . فإن سمح لها بزيادة على الخادم ، أو رَضِيَتْ بأقل من الكسوة ، جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، وهو مما يجوز بذلُّه ، فجاز ما اتفقا عليه كالصداق . وقد روي عن الحسن بن علي عليه السلام أنه شَتَّ امرأة بعشرة آلاف درهم . فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق .

(١) البقرة : ٢٣٦ .

أن تكون مدخولاً بها أولاً . فإن لم تكن مدخولاً بها : فإما أن يكون مهرها مسمى ، أو لا .
٦٠٠ - فإن لم يكن مهرها مسمى ، فهي التي وجبت لها المتعة . وإن كان لها مهر مسمى ، فلا تستحب لها المتعة . وإن كانت مدخولاً بها ، تستحب لها المتعة سواء كان لها مهر مسمى أو لا .

٦٠١ - ومثل المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى المتوفى عنها زوجها ، فلا تستحب لها المتعة . وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه : تجب المتعة لكل مطلقة ، إلا للمطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى ؛ لأنها وجبت لإيحاش الزوجة بالفراق ، فتجب لكل من أوحشت به ، إلا أنه في المطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى يجب نصف المهر بطريق المتعة ؛ لأن الطلاق أزال العقد ، ففي هذه الحالة يعود بُضعها إليها سالمًا ، وذلك يقتضي سقوط المهر كله ، لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة ، وهي لا تتكرر ، فلا تجب المتعة لهذه وتجب لغيرها .

٦٠٢ - ولنا : أن المتعة خَلَفَ عن مهر المثل في المفوضة ؛ لأنه سقط مهر المثل ، فوجبت المتعة ، والعقد يوجب العوض وهو مهر المثل ، فكانت المتعة خَلَفًا عنه ، والخلف لا يجامع الأصل وجوبًا وهو مهر المثل إذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ، ولا يجامع شيئًا متصلًا بالأصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله .

الفصل الرابع

في شروط المهر

(مادة ٩١)

إِذَا سُمِّيَ الزَّوْجُ لِلْمَرْأَةِ مَهْرًا أَقْلَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا ، وَاشْتَرَطَ فِي نَظِيرِ ذَلِكَ مَنَفَعَةً . فَإِنْ كَانَتْ مُبَاخَعَةَ الْإِنْتِصَاعِ ، وَوُفِّيَ بِالشَّرْطِ ، فَلَهَا الْمُسْمَى . وَإِنْ لَمْ يُؤْفَ بِهِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ تَكْمِيلُ مَهْرِ الْمَثَلِ .

وَإِنْ كَانَتْ الْمَنَفَعَةُ الَّتِي شَرَطَهَا غَيْرَ مُبَاخَعَةِ الْإِنْتِصَاعِ ، بَطَلَ الشَّرْطُ ، وَوَجَبَ الْمُسْمَى ، وَلَا يَكْمَلُ مَهْرُ الْمَثَلِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية: جاء في البحر الرائق (١٧١/٣): « قوله: ولو نكحها بألف على أن لا يخرجها أو على أن لا يتزوج عليها أو على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن وُفِّي وأقام فلها الألف والا فمهر المثل (بيان المسألتين: الأولى: ضابطها: أن يسمي لها قدرًا، ومهر مثلها أكثر منه، ويشترط منفعة لها أو لأبيها أو لذي رَجْمٍ مخزوم منها. فإن وُفِّي بما شرط، فلها المسمى؛ لأنه صلح مهرًا، وقد تمَّ رضاها به. والا فمهر المثل؛ لأنه سُمِّيَ ما لها فيه نفع، فعند فواته ينعدم رضاها بالمسمى، فيكمل مهر مثلها، كما إذا شرط أنه لا يخرجها من البلد، أو لا يتزوج عليها، أو أن يكرمها ولا يكفلها الأعمال الشاقة، أو أن يُهْدِي لها هدية، أو أن يطلق ضرتها أو على أن يُتَيْقَ أحماءها، أو على أن يزوج أباها ابنته. وعلة في المحيط بأنها تنتفع بما لأخيها وابنتها، فصارت كالمنفعة المشروطة لها. ولا بد أن يكون بصيغة المضارع في العتق والطلاق ليكون وعدًا إن وفى به فيها، وإلا لا يلزمه الإعتاق والتطليق ويكمل لها مهر المثل.

أما إذا شرطه بالمصدر كما إذا تزوجها على ألف وعتق أخيها أو طلاق ضرتها، عُتِقَ الأخ وَطُلِّقَتِ المرأة بنفس النكاح، ولا يتوقف على أن يُوقِعَهُمَا. وللمرأة المسمى فقط. وأما ولاء الأخ، فإن قال الزوج: وعتق أخيها عنها. فهو لها؛ لأنها المعتقة، لتقدم الملك لها، وبصير العبد من جملة المهر المسمى. وإن لم يقل الزوج: عنها. فهو المعتق والولاء له، والطلاق الواقع رجعي؛ لأنه قبيل البتُّع وهو ليس بمنقوم، وتقومه بالعقد لضرورة التملك، فلا يعدوها، فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضرة، فيقي طلاقًا بغير بَدَل، فكان رجعيًا. كما لو قال مولى المنكوحه للزوج: طلقها على أن أزوجهك أمتي الأخرى. ففعل، طلقت رجعية، ولا شيء له إن لم يزوجه؛ لأن البضع عند خروجه لا قيمة له كما في المحيط. فيد يكون المنفعة المشروطة لها؛ لأنه لو شرط مع المسمى منفعة لأجنبي ولم يُؤْفَ، فليس لها إلا المسمى؛ لأنها ليست بمنفعة مقصودة لأحد المتعاقدين. ولا يخفى أن حكم ما إذا شرط مع المسمى ما يضرها كالزوج عليها أنه ليس لها إلا المسمى مطلقًا بالأولى. وبقيدنا بأن يكون مهر مثلها أكثر من المسمى؛ لأن المسمى لو كان مثل مهر المثل أو أكثر منه ولم يُؤْفَ بما وعدَّ، فليس لها إلا المسمى.

٦٠٣ - إذا تزوج رجل امرأة وجعل لها مهرًا أقل من مهر مثلها ، ولكنه اشترط شيئًا لها فيه منفعة في مقابلة النقص الذي حصل من مهر المثل ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين : إما أن يكون ما اشترط لها يباح الانتفاع به ، وإما ألا يباح .

٦٠٤ - فإن كان الأول ، كما إذا كان مهر مثلها ألفًا وخمسمائة ، وتزوجها على ألف ، بشرط أن لا يخرجها من بلدها أو بشرط أن لا يتزوج عليها ، أو بشرط أن يطلق ضَرْبَتَهَا أو بشرط أن يُكْرِمَهَا ولا يكلفها الأعمال الشاقة ، أو بشرط أن يهدي لها الثياب الفاخرة مع الألف ، أو بشرط أن لا يخرجها من منزل أبيها . فلا يخلو الحال من أحد أمرين : إما أن يفي بالشرط ، وإما ألا يفي به .

= وأشار بما ذكره إلى أن المنفعة المشروطة لها مما يباح لها الانتفاع به ؛ لأنه لو شرط لها مع المسمى ما لا يباح الانتفاع به شرعًا كالخمر والخنزير ، فإن كان المسمى عشرة فصاعدًا ، وجب لها ، وبطل الحرام ، ولا يكمل مهر المثل ؛ لأن المسلم لا ينتفع بالحرام ، فلا يجب عوض بقواته . ثم اعلم أن صاحب الهدية ذكر أن من هذه المسألة ، أعني مسألة شرط المنفعة مع المسمى ، ما إذا شرط الكرامة والهدية مع الألف ، فظاهره أنه إن وُفِّي ، فلها المسمى . وإلا ، فلها مهر المثل كما صرح به في غاية البيان في مسألة ما إذا ظهر أحد العبدین حرًا مع أن الهدية والكرامة مجهولتان ، ولا يمكن الوفاء بالمجهول . والظاهر أنها ليست داخلية في هذه المسألة ، وإنما التسمية فاسدة ، فيجب مهر المثل ؛ ولذا قال الروالحي في فتاويه وصاحب المحيط : لو تزوجها على ألف ، وكرامتها أو على أن يهدي لها هدية ، فلها مهر مثلها لا ينقص من الألف ؛ لأن الكرامة والهدية مجهولة القدر ، وهذه الجهالة أكثر من جهالة مهر المثل ، فيصار إلى مهر المثل ؛ فإن طلقها قبل الدخول بها ، فلها نصف الألف ؛ لأن ما زاد على الألف يثبت على اعتبار مهر المثل ، ومهر المثل لا يتنصف . ويُقَيَّدُ بكونه شرط لها منفعة ولم يشترط عليها رَدُّ شيء فلو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة وعلى أن ترد عليه عبدًا ، فقد بذلت البُضْعَ والعبد ، والزواج بذل الألف وشرط الطلاق ، فينقسم الألف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد ، فإذا كانا سواء صار نصف الألف ثمنًا للعبد ونصفها صدقًا لها . فإذا طلقها قبل أن يدخل بها ، فلها نصف ذلك ، وإن دخل بها نُظِرَ إن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل ، فليس لها إلا ذلك . وإن كان أكثر ، فإن وُفِّي بالشرط ، فليس لها إلا الخمسمائة ، وإن أبى أن يطلق ، فلها كمال مهر المثل وتماه . وقد علم أن وجوب مهر المثل إنما هو عند الدخول . أما إن طلقها قبله ، فلها نصف المسمى ، وبطل شرط المنفعة لها ؛ ولذا قال في المبسوط : يجوز أن يُضَارَ إلى مهر المثل قبل الطلاق ، ولا يُضَارَ إلى المنفعة بعد الطلاق كما إذا تزوجها على ألف وكرامتها . وقد يقال : إن هذه المسألة على وجوه ثلاثة ؛ لأن الشرط : إما أن يكون نافعا لها أو لأجنبي ، أو ضارًا . وكل منها : إما أن يكون الوفاء حاصلًا بمجرد النكاح ، أو متوقفًا على فعل الزوج ، فهي ستة . وكلٌّ من الستة إما أن يكون مهر المثل أكثر من المسمى أو أقل أو مساويًا ، وكلٌّ من الثمانية عشر إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ، وكل من الستة والثلاثين إما أن يباح الانتفاع بالشرط أو لا ، وكل من الاثنين والسبعين إما أن يشترط عليها رد شيء إليه أو لا ، وكل من المائة والأربعة والأربعين إما أن يحصل الوفاء بالشرط أو لا ، فهي مائتان وثمانية وثمانون فليتمل .

٦٠٥ - فإن كان الأول بأن وفي بما شرط ، فلها المهر المسمى ؛ لأنه سمي ما صلح مهراً ، وقد تَمَّ رضاها به .

٦٠٦ - وإن كان الثاني بأن لم يَفِ بالشرط ، فلها مهر مثلها ؛ لأنه سمي ما لها فيه نفع حتى رضيت بتتقيص المسمى عن مهر المثل ، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف ، فيكمل مهر مثلها .

٦٠٧ - ولا بد أن تكون هذه الشروط بصيغة المضارع بأن يقول لها : تزوجتك على أن لا أخرجك من منزل أبويك (مثلاً) . ليكون وعدًا إن وفي به فيها ، وإلا فلا يلزمه ويكمل لها مهر المثل . أما إذا اشترط بالمصدر كما إذا تزوجها على ألف وطلاق ضررتها أو عتق أخيها ، عُتِق الأخ وطلّقت المرأة بنفس العقد . ولا يتوقف على أن يُوقِعَهُمَا . وللمرأة المسمى فقط ، وولاء الأخ يكون لها إن قال الزوج : وعتق أخيها عنها ؛ لأنها - والحالة هذه - هي المعتقة لتقدم الملك لها ، ويصير العبد من جملة المهر المسمى . وإن لم يقل الزوج : عنها . فهو المعتق والولاء له . والطلاق الواقع رجعي ؛ لأنه قُوبِلَ بالبضع وهو ليس بمتقوم وتقومه بالعقد لضرورة التملك ، فلا يتجاوزها ، فلم يظهر في حق الطلاق الواقع على الضرورة ، فبقي طلاقاً بغير بدل فكان رجعيًا .

٦٠٨ - ولا يخفى أن حكم ما إذا اشترط مع المسمى ما يضرها كالتزوج عليها ، أنه ليس لها إلا المسمى مطلقاً بالأولى ، أي: سواء وَفَى بالشرط أو لم يَفِ . وكذلك لو كان المسمى مساوياً لمهر مثلها أو أكثر ، ولم يَفِ بما وَعَدَ ، فليس لها إلا المسمى .

٦٠٩ - وإن كان الثاني ، وهو أن يكون المشروط لها مع المسمى لا يباح الانتفاع به شرعاً ، كالخمر والخنزير . فإن كان المسمى عشرة فصاعداً ، وجب لها ، وبطل الحرام ، ولا يكمل مهر المثل ؛ لأن المسلم لا ينتفع بالحرام ، فلا يجب عِوَضُ بفواته . وقال الإمام أحمد : إذا فات الشرط فلها الخيار في الفسخ .

٦١٠ - فإذا تزوجها على أن يطلق ضُرَّتْها في أسبوع ، أو بشرط ألا يخرجها من منزل أبويها ، فإن وَفَى فيها ، وإن لم يُوفِّ ، فلها فسخ العقد ؛ لأنها لم تتزوج به إلا على شيء مرغوب فيه ، فصار كما إذا باع حِصَانًا على أنه للسبق وهو بخلافه ، فللمشتري رده لفوات الوصف المرغوب فيه ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « أحق الشرط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » ^(١) . وهو ظاهر .

(١) صحيح البخاري (كتاب : الشروط / باب : الشروط في المهر عند عقدة النكاح / ٢٧٢١) ، وسنن الترمذي =

٦١١ - ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ، فهو باطل » ^(١) . وليست هذه الشروط فيه .

٦١٢ - وقال عليه الصلاة والسلام : « المسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ^(٢) . وهذه الشروط تحرم الحلال كالتزوج عليها والمسافرة بها ونحو ذلك ، فكانت مردودة .

(مادة ٩٢)

إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا عَلَى أَنَّهَا بَكَرٌ ، فَإِذَا هِيَ تَيْتٌ ، وَجَبَ عَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ لَا الزُّيَادَةَ ^(٣) .

• • •

(مادة ٩٣)

إذا اشترط الزوج بكارة المرأة فوجدها تيتاً يلزمه كل المهر المسمى وإن لم يكن مسمى يلزمه مهر المثل ولا ينقص لثيبتها .

٦١٣ - ومثل اشترط الزوج شيئاً لها فيه منفعة في نظير النقص عن مهر المثل ، اشترطه وصفاً مرغوباً فيه عند الزوجة في نظير الزيادة على مهر المثل . فإذا تزوج رجل امرأة بأزيد من مهر مثلها ، واشترط في مقابلة الزيادة وصفاً يُرَغَّبُ فيه كالبكارة والجمال . فإن وجد ما اشترطه لزمه كل المسمى ، وإن لم يوجد فلا يلزمه إلا مهر المثل ، وتسقط عنه الزيادة ؛ لأنه ما أتى بها إلا في مقابلة وصف ولم يوجد ، فلا تستحق .

= (كتاب : النكاح عن رسول الله / باب : ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح / ١١٢٧) ، وسنن النسائي (كتاب : النكاح / باب : الشروط في النكاح / ٣٢٨٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في الرجل يشترط لها دارها / ٢١٣٩) .

(١) سنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك / ٣٤٥١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : المكاتب / ٢٥٢١) .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : الأحكام عن رسول / باب : ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس / ١٣٥٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الأفضية / باب : في الصلح / ٣٥٩٤) .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٠٨ / ١) : « ولو تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر فإذا هي تيب ، لا تجب الزيادة » .

٦١٤ - فإذا لم يقابل الوصف المرغوب فيه بشيء من المهر ، بل اشترطه كما إذا تزوج امرأة بشرط أنها بكرٌ أو جميلة مثلاً ، فوجدها بخلاف ما اشترط . فإن كان هناك مهر مسمى في العقد لزمه ، وإن لم يكن هناك مسمى وجب مهر المثل ولا ينقص منه شيء ؛ لأن النكاح لا يثبت فيه خيار العيب كما عرفته في مادة (١٦) ، فارجع إليه تجد شرح هذه المشكلة وأقوال الأئمة فيها بما لا مزيد عليه .

(مادة ٩٤)

إِذَا تَرَدَّدَ الزَّوْجُ فِي الْمَهْرِ كَثْرَةً وَقَلَّةً بَيَّنَّ صَبَاحَةَ الْمَرْأَةِ وَقَبَاحَتَهَا ، صَحَّ الشَّرْطَانِ ، وَوَجِبَ الْمُسَمَّى فِي أَيِّ شَرْطٍ وَجَدَ ^(١) .

• • •

٦١٥ - فيؤخذ مما تقدم أنه ليس هناك إلا تسمية واحدة سواء كانت أقل من مهر المثل أو مساوية له أو أكثر منه على حسب الأحوال المتقدمة . أما إذا سمي لها مهرًا على تقدير وآخر على تقدير آخر ، كما إذا تزوجها على ألف إن أقام بها في هذا البلد وعلى

(١) قول الحنفية : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٤٥) : « تزوج امرأة على ألفي درهم إن كانت جميلة ، وعلى ألف إن كانت قبيحة . قالوا : يصح النكاح والشيطان عندهم بالاتفاق ، حتى لو كانت جميلة كان المهر ألفي درهم ، وإن كانت قبيحة كان المهر ألفاً ؛ لأنه لا يخطر في التسمية ؛ لأنها إما أن تكون قبيحة أو جميلة . »

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/١٧٨) : « إذا شُرِّطَ في العقد (في أحد الزوجين حرية أو نسب ، أو جمال ، أو ينسار ونحوها من صفات الكمال) ك شباب وبكارة (أو ضدها) من صفات النقص ، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال كما فهم بالأولى وصرح به الأصل (أو السلامة) من العيوب أو (إسلام المنكوحه) أو إسلام الزوج والزوجة كناية (فإن خلافه ، صحح النكاح) ؛ لأن تبدل الصفة ليس كتبدل العين ، فإن البيع لا يفسد بخُلْفِ الصفة مع تأثره بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولى . »

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٨/١٦٨) : « (وإن شرطها بكراً ، أو جميلة ، أو نسيية ، أو شرط نفني العيوب التي لا يَنْقُصُ بها النكاح ، فبانت بخلافه فهل له الخيار ، على وجهين) وهما روايتان . وأطلقهما في : الكافي ، والمعني ، والشرح ، والمحزر ، والفروع ، والحاوي الصغير ، وابن رزين في غير البكر . إحداهما : له الخيار . واختاره صاحب الترغيب ، والبلغة ، والناظم ، وابن عبدوس في تذكرته ، والشيخ تقي الدين بكتفتة ، وقدمه في الراعيين . وهو الصواب . »

والثاني : ليس له الخيار . جزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأرجي ، وقدمه ابن رزين في البكر ، وجزم به في المستوعب في النسبية . »

ألفين إن أخرجها منه ، أو على ألف إن طلق ضررتها وعلى ألفين إن أبقاها على ذمته ، أو على ألف إن كانت قبيلة وعلى ألفين إن كانت جميلة ، صح الشرطان ووجب المسمى في أي شرط وجد . فإن أقام بها في المثال الأول فلها الألف ، وإن أخرجها فلها الألفان ، وهكذا في كل مثال من هذا القبيل ، لرضا كل منهما بمهر مخصوص في حالة مخصوصة ، فيسري عليهما هذا الرضا ، وهو مذهب الصاحبين ، وهو في غاية الظهور .
٦١٦ - وقال أبو حنيفة : إن وَفَى فلها الألف ، وإلا فمهر المثل ، ولكن لا يزيد عن الألفين لرضاها .

٦١٧ - وفي هذا المقام خبط وتشويش في بعض الكتب ، ولكن هذا أحسن ما قيل (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦٠) : ١ - المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلاً خاصاً بقبضه .
٢ - لا تسري على المهر المعجل أحكام التقادم ولو حرر به سند ما دامت الزوجية قائمة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٦٤) : ينفذ على البكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض ولها مهرها إذا كان أباً أو جدّاً لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه .

الفصل الخامس

في قبض المهر وما للمرأة من التصرف فيه

(مادة ٩٥)

لِلأَبِ وَالْجَدِّ وَالْوَصِيِّ وَالْقَاضِيِ وَوَلَايَةُ قَبْضِ الْمَهْرِ لِلْقَاصِرَةِ، بِكِرَا كَانَتْ أَوْ تَيْتَا ، وَقَبْضُهُمْ مُعْتَبَرٌ يَتَرَأً بِهِ الزَّوْجُ ، فَلَا تُطَالِبُهُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ بُلُوغِهَا .

وَالْمَرْأَةُ الْبَالِغَةُ تَقْبِضُ مَهْرَهَا بِنَفْسِهَا ، فَلَا يَجُوزُ لِأَخِيذٍ مِنْ هَؤُلَاءِ قَبْضُ مَهْرِ التَّيْبِ الْبَالِغَةِ إِلَّا بِتَوْكِيلٍ مِنْهَا ، وَلَا قَبْضُ مَهْرِ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ إِذَا نَهَتْ عَنْ قَبْضِهِ ، فَلَوْ لَمْ تَنْهَ فَلَهُمْ قَبْضُهُ (١) .

(١) قول الخليفة : جاء في بدائع الصنائع (٢/٢٤٠) : « ولأب قبض صداق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة ، ويرأ الزوج بقبضه .

أما الصغيرة فلا شك فيه ؛ لأن له ولاية التصرف في مالها . وأما البالغة فلأنها تستحي من المطالبة به بنفسها كما تستحي عن التكلم بالنكاح ، فنجعل سكوتها رضا بقبض الأب كما نجعل رضا بالنكاح ؛ ولأن الظاهر أنها ترضى بقبض الأب ؛ لأنه يقبض مهرها فيضم إليه أمثاله ، فيجهزها به . هذا هو الظاهر ، فكان مأذوناً بالقبض من جهتها دلالة حتى لو نهته عن القبض لا يملك القبض ولا يرأ الزوج .

وكذا الجد يقوم مقامه عند عدمه ، وإن كانت ابنته عاقلة وهي تيب فالقبض إليها لا إلى الأب ، ويرأ الزوج بدفعه إليها ، ولا يرأ بالدفء إلى الأب .

وما سوى الأب والجد من الأولياء ليس لهم ولاية القبض ، سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، إلا إذا كان الولي وهو الوصي ، فله حق القبض إذا كانت صغيرة كما يقبض سائر ديونها . وليس للوصي حق القبض إلا إذا كانت صغيرة .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (٣/٢٩٢) : « وقبضه مجبر ووصي المراد بالمجبر : الأب في البكر وإن عتقت وفي التيب إن صُفرت ، والسيد في أمته تيبث أم لا تلبثت أم لا ، وأيضاً للوصي قبض الصداق ولو لم يجبر ، لكن عطفه على المجبر يشعر بأنه غير مجبر .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/١٩٩) : « ولا يرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها ؛ فإن كانت رشيدة ، لم يرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها . ولا يرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره ، بكراً كانت أو تيبثا . قال أحمد : إذا أخذ مهر ابنته وأنكرت ، فذلك لها ، ترجع على زوجها بالمهر ، ويرجع الزوج على أبيها . فقيل له : أليس قال النبي ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » ، قال : نعم ، ولكن هذا لم يأخذ منها ، إنما أخذ من زوجها .

٦١٨ - قد علمت مما تقدم أن الولاية تنقسم إلى : ولاية على النفس ، وولاية على المال . وأن الشخص متى كان مكلفاً ، ثبتت له الولاية على نفسه . فإن كان غير مكلف ، ثبتت الولاية لغيره . وقد عرفت ذلك الغير من ترتيب الأولياء في عقد الزواج .

٦١٩ - وأما الولاية على المال ، فثبتت لصاحبه ، فكل شخص سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ثبتت له الولاية على ماله ، إذا لم يكن هناك سبب من أسباب الحجر . فإن وجد واحد منها ، ثبتت لغيره الولاية على ماله ، وذلك الغير ينحصر في ستة وليس لغيرهم ولاية على المال أصلاً ، وهم مرتبون على هذا الترتيب : الأب ، ثم وصيُّه ، ثم الجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ، ثم وصيُّه ، ثم القاضي ، ثم وصيُّه .

٦٢٠ - ومن ضمن أسباب الحجر : الصُّغر ، فمتى كان الشخص صغيراً سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ، ثبتت الولاية على ماله للأب . فإن لم يكن الأب موجوداً ، فوصيه ، فإن مات الأب ولم يُوصَ إلى أحد ، أو كان الأب موجوداً ولكن ليس أهلاً للولاية ، فالولي هو الجد الصحيح ؛ فإن لم يكن موجوداً فوصيه ؛ فإن مات ولم يُوصَ إلى أحد ، فالولي هو القاضي لما له من النظر العام ؛ فإن شاء القاضي تولى بنفسه ، وإن شاء أقام وصياً يتصرف في أموال الصغار بما فيه المصلحة لهم .

٦٢١ - وبما أن المهر ملك للزوجة ومن ضمن أموالها ، والصغر من أسباب الحجر ، فإن كانت الزوجة صغيرة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا ، فولاية قبض مهرها تكون لمن دُكرُوا على الترتيب الذي عرفته . ومتى قبضه واحد منهم ، برئت ذمة الزوج منه ، فليس للزوجة مطالبته به ولو بعد البلوغ ، بل تأخذه ممن قبضه من الزوج ؛ لأن الزوج قد دفعه لمن له الولاية شرعاً ، فيكون هذا الدفع معتبراً تبرأ به ذمته ، ومتى برئت ذمة شخص من دين فلا يعود هذا الدين إليه ، فليس للزوجة إذن حق في مطالبته .

٦٢٢ - وإن كانت بالغة عاقلة غير سفية ، فلها أن تقبض مهرها بنفسها بدون معارضة لها من أحد ولو كان الأب ؛ لأن ولاية أموالها لها في هذه الحالة . فإن شاءت تولت هي قبض المهر بنفسها ، وإن شاءت وكلت من تختاره في قبض مهرها ، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا .

٦٢٣ - إلا أنه لا يجوز لواحد من هؤلاء قبض مهر الثيب إلا بتوكيل صريح منها . وأما البكر فلهم قبضه إذا لم يحصل منها نهي صريح عن قبضه . والفرق بينهما : أن العادة جارية بأن الأب يقبض مهر البكر ليضم إليه شيئاً من ماله ويجهزها به ، بخلاف

التيب فإن كانت في العادة التيب كذلك ، كانت مثل البكر .

(مادة ٩٦)

لَيْسَ لِأَحَدٍ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ غَيْرِ مَنْ ذُكِرَ فِي الْمَادَّةِ السَّابِقَةِ وَلَا لِلْأُمِّ قَبْضُ صَدَاقِ الْقَاصِرَةِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ وَصِيًّا عَلَيْهَا . فَإِذَا كَانَتِ الْأُمُّ وَصِيَّةً ابْنَتِهَا وَقَبِضَتْ مَهْرَهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ ثُمَّ أَدْرَكَتْ ، فَلَهَا أَنْ تُطَالِبَ أَمَّهَا بِهِ دُونَ زَوْجِهَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْأُمُّ وَصِيَّةً ، وَقَبِضَتْهُ عَنْ بِنْتِهَا الْقَاصِرَةِ ، فَلِلْبَنَتِ بَعْدَ الْإِذْرَاقِ أَنْ تُطَالِبَ زَوْجِهَا ، وَهِيَ يَرْجِعُ عَلَى الْأُمِّ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ غَيْرِ مَنْ ذُكِرَ قَبْلَ (١) .

٦٢٤ - فيؤخذ مما تقدم أنه ليس لغير الأب والجد والقاضي ووصيهم ولاية قبض المهر أصلاً وإن ثبتت له الولاية في التزويج ، كالأخ والعم والأم . فكل منهم ليس له ولاية قبض المهر من حيث كونه أختاً أو عمّاً أو أماً .

٦٢٥ - فإذا اتصف واحد منهم بصفة تُثبِت له الولاية على المال ، مَلَكَ ذَلِكَ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ ، كَمَا إِذَا أُقِيمَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَصِيًّا ، سِوَاءَ كَانَتْ إِقَامَتُهُ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ أَوْ الْجَدِ أَوْ الْقَاضِي . فَإِذَا تَوَفَّى شَخْصٌ وَلَهُ أَخٌ وَأَوْلَادٌ صِغَارٌ ، وَأَقَامَ أَخَاهُ وَصِيًّا عَلَى أَوْلَادِهِ ، كَانَتْ لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَى نَفْسِ الْأَوْلَادِ مِنْ جِهَةِ كَوْنِهِ عَمًّا ، وَعَلَى مَا لَهُمْ مِنْ جِهَةِ كَوْنِهِ وَصِيًّا . وَإِذَا كَانَ لِهَذَا الرَّجُلِ الْمَتَوَفَّى ابْنٌ كَبِيرٌ وَأَقَامَهُ وَصِيًّا ، ثَبِتَتْ لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَى نَفْسِ الْمَالِ عَلَى الصِّغَارِ وَهُمْ إِخْوَتُهُ . وَإِذَا أَقَامَ زَوْجَتَهُ الَّتِي هِيَ أُمُّ الْأَطْفَالِ وَصِيَّةً ، ثَبِتَ لَهَا عَلَيْهِمُ الْوِلَايَتَانِ .

٦٢٦ - فإذا أعطى الزوج المهر إلى واحد من هؤلاء أو غيرهم ، وكان وصيًّا ، برئت ذمة الزوج من المهر . فإذا بلغت البنت ، فليس لها أن تطالبه به ، وإنما تطالب من أخذها ؛ لأن الزوج أعطاه إلى من يستحق أخذه ، فتبرأ ذمته ، فلا يدفعه .

٦٢٧ - أما إذا أعطاه إلى واحد من هؤلاء ، ولم يكن وصيًّا ، فالبنت بعد البلوغ تخير مرة ثانية في أخذ المهر ممن استلمه أو من الزوج وهو ظاهر ؛ لأنه قَصُرَ فِي هَذِهِ

(١) قول الحنفية : جاء في الفناوى الهندية (٣١٩/١) : « امرأة زُوِّجَتْ بِبِنْتِهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ ، وَقَبِضَتْ صَدَاقَهَا ، ثُمَّ أَدْرَكَتْ . فَإِنْ كَانَتِ الْأُمُّ وَصِيَّتَهَا ، فَلَهَا أَنْ تُطَالِبَ أَمَّهَا بِالصَّدَاقِ دُونَ زَوْجِهَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْأُمُّ وَصِيَّتَهَا ، لَهَا أَنْ تُطَالِبَ زَوْجَهَا ، وَالزَّوْجُ يَرْجِعُ عَلَى الْأُمِّ ، وَكَذَا فِي غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ » .

الحالة ؛ إذ أعطاه إلى من ليست له الولاية عليه ، فلا تبرأ ذمته أمام الزوجة ، فتطالبه به . فإن أخذته من غير الزوج فيها ؛ لأنه أعطاهما ما استلمه من الزوج، وإن أخذته من الزوج فله أن يرجع على من دفعه إليه ، سواء كان الأم أو غيرها ؛ لأنه حينئذ يكون دفع المهر مرتين ، الأولى لغير المستحق والثانية للمستحق وهي الزوجة ، فيرجع على غير المستحق بما أعطاه له ^(١) .

(مادة ٩٧)

الْمَهْرُ مِلْكُ الْمَرْأَةِ ، تَتَصَرَّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَتْ بِلَا أَمْرٍ زَوْجِهَا مُطْلَقًا ، وَبِلَا إِذْنِ أَبِيهَا أَوْ جَدِّهَا عِنْدَ عَدَمِهِ أَوْ وَصِيَّهِمَا إِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً . فَيَجُوزُ لَهَا : بَيْعُهُ ، وَرَهْنُهُ ، وَإِجَارَتُهُ ، وَإِعَارَتُهُ ، وَهَبْتُهُ بِلَا عَوَظٍ مِنْ زَوْجِهَا وَمِنْ وَالِدَيْهَا وَمِنْ غَيْرِهِمْ ^(٢) .

٦٢٨ - وبما أن المهر ملك الزوجة فلها أن تتصرف فيه ، ولا يكون للزوج حق في معارضتها أصلاً ؛ لأنه لا ولاية له على أموالها ولا على نفسها إلا بما يحفظ شرفه ونسبه ، فلها أن تتصرف بغير إذنه ، سواء كانت رشيدة أو غير رشيدة ، وبلا إذن أبيها أو جدها عند عدمه أو وصيها إن كانت رشيدة .

٦٢٩ - فإن لم تكن رشيدة بأن كانت صغيرة أو بالغة غير عاقلة أو عاقلة ولكنها مبذرة في أموالها ، فالولاية تكون للأب ووصيه إلى آخر من عرفتهم، وحينئذ فهو الذي يتصرف ، فإن أرادت التصرف بنفسها وكانت صغيرة مميزة أو كبيرة معتوهة أو سفية ،

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٣) المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ولا يعتد بأي شرط مخالف .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٩٠/٢) : « المهر ملك المرأة وحققها ؛ لأنه بدل بُضْعِهَا ، وَبُضْعُهَا حَقُّهَا وَمِلْكُهَا . والدليل عليه قوله ﷺ : ﴿ وَأَنَا أَلَيْسَ سَدَقَاتٍ بَعْلَةٌ ﴾ . أضاف المهر إليها ، فدل أن المهر حَقُّهَا وَمِلْكُهَا ، وقوله ﷺ : ﴿ إِنْ يَلَيْتُ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ بَيْنَهُ نَسًا فَكَلِمَةٌ مَبِيحَةٌ تَرْتَابُ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ بَيْنَهُ ﴾ . أي : من الصداق ؛ لأنه هو المكسب السابق ، أباح للأزواج التناول من مهور النساء إذا طابت أنفسهن بذلك ؛ ولذا علق الإباحة بطلب أنفسهن ، فدل ذلك كله على أن مهرها ملكها وحققها ، وليس لأحد أن يهب ملك الإنسان بغير إذنه ، ولهذا لا يملك الولي هبة غيره من أموالها ، فكذا المهر .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٢٦/٧) : « الصداق ملك المرأة ، وليس لأحد أن يتنفع بملك غيره إلا بإذنه ، ذكره المتولي ، وانظر : أسنى المطالب (١٢٠/٣) .

فلا ينفذ تصرفها إلا إذا أذن لها صاحب الولاية . فإن تصرفت بغير إذنه ، كان تصرفها موقوفًا على إجازته ؛ فإن أجازته نفذ ، وإن رده بطل .

٦٣٠ - فلها إن كانت رشيدة أن تتصرف في المهر بما شاءت وكيف شاءت ، ولها أن تملك نفس الشيء أو منفعة لغيرها ، سواء كان زوجها أو أبها أو أمها أو غيرهم ، وسواء كان هذا التملك بعوض أو بغير عوض . فإذا ملكت الشيء نفسه إلى غيرها بعوض سمي بيعًا ، وإذا ملكته إلى غيرها بغير عوض كان هبة ، وإن ملكت منفعة إلى الغير بعوض فهو إجارة ، وإن ملكتها بغير عوض فهو إعارة ؛ لأن الإعارة هي : تملك المنفعة بغير عوض . وإذا كانت مدينة لشخص في مبلغ وأعطت له المهر مشرطة عليه أنها متى دفعت له مبلغ الدين يعطيه لها ، كان هذا رهناً ؛ لأن الرهن هو : حبس شيء مالي بحق مالي يمكن استيفاء الحق من هذا الشيء كلاً أو بعضاً .

(مادة ٩٨)

إِذَا وَهَبَتِ الْمَرْأَةُ مَهْرَهَا كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ لِزَوْجِهَا بَعْدَ قَبْضِهِ بِتَمَامِهِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا بِبُضْفِهِ إِنْ كَانَ مِنَ التَّقْدِينِ أَوْ مِنَ الْمَكِيلَاتِ أَوْ الْمَزُونَاتِ . فَلَوْ لَمْ تَقْبِضْهُ أَوْ قَبِضَتْ بِنُصْفِهِ ، فَوَهَبَتْ الْكُلَّ فِي الْأُولَى أَوْ مَا بَقِيَ وَهُوَ النُّصْفُ فِي الثَّانِيَةِ ، لَا رُجُوعَ .

وَلَوْ وَهَبَتْ لِأَخْتَيْهِ ، وَسَلَطَتْهُ عَلَى قَبْضِهِ ، فَقَبِضَهُ مِنْ زَوْجِهَا أَوْ مِنْ ضَامِيهِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا الزَّوْجَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهَا بِبُضْفِهِ أَيْضًا .

فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ بِمَا يَتَّيْنُ بِالتَّعْيِينِ كَالْعُرُوضِ ، وَوَهَبَتْ زَوْجِهَا النُّصْفَ أَوْ الْكُلَّ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ مُطْلَقًا .

وَلَيْسَ لِأَبِي الصَّغِيرَةِ أَنْ يَهَبَ شَيْئًا مِنْ مَهْرِهَا (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٦٤/٦ - ٦٦) : « وإذا وهبت المرأة لزوجها مهرها ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، ولم تكن قبضت منه شيئاً ، لم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء . وفي القياس : يرجع عليها زوجها بنصفه ، وهو قول زفر بن يحيى . ووجه القياس : أنها بالهبة استهلكت الصداق ، فكأنها قبضته ثم استهلكته ، فلزوج أن يرجع عليها بنصفه . ووجه الاستحسان : أن مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له عند الطلاق من غير عوض ، وقد حصل له هذا المقصود قبل الطلاق ، فلا يستوجب شيئاً آخر عند الطلاق ، كمن عليه الدين المؤجل إذا عجله لم يجب لصاحب الدين عند حلول الأجل شيء ، وهذا لأن الأسباب غير =

= مطلوبة لأعيانها ، بل لمقاصدها ، فإذا كان ما هو المقصود واجباً حاصلاً ، فلا عبرة باختلاف السبب .
وعلى هذا لو كان الصداق عيناً قبضته ، ثم وهبه من الزوج ، القياس : أن هذا وهبتها من الأجنبي سواء
فعدت الطلاق يرجع الزوج عليها بنصفه ، وفي الاستحسان : مقصود الزوج قد حصل بعود الصداق إليه بعينه
من غير عوض .

ولو كان الصداق ديناً قبضته ، ثم وهبه من الزوج ، رجع الزوج عليها بنصفه عند الطلاق ؛ لأن حق الزوج
عند الطلاق هنا ليس في عين المقبوض ولكن الخيار إليها تعطيه من أي موضع شاءت ، فهبتها هذا المقبوض منه
كهبتها مالاً آخر . وفي الأول حق الزوج عند الطلاق في نصف المقبوض بعينه ، وقد عادت إليه بالهبة .
وشككي عن زُفر رحمته أنه قال : إذا تزوجها على ألف درهم بعينها ، قبضتها ، ثم وهبتها منه ، ثم طلقها قبل
الدخول بها ، لم يرجع عليها بشيء بناءً على أصله أن النفوذ في العقود يتعين . ولكن هذا لا يستقيم إلا أن
يكون في المسألة روايتان عن زفر ، إحداهما مثل جواب الاستحسان ، فيخرج هذا على تلك الرواية .

ولو قبضت من النصف ، ووهبت له النصف ، ثم طلقها لم يرجع واحد منهما على صاحبه في قول أبي حنيفة
رحمته . وعندهما يرجع عليها بنصف المقبوض . وجه قولهما : أن هبة نصف الصداق قبل القبض حط منه ،
والحط يلتحق بأصل العقد ويخرج به المحطوط من أن يكون عوضاً ؛ فكأنه تزوجها على ما بقي وقبضت منه
ثم طلقها ، والجزء معتبر بالكل فيما وهبت وفيما قبضت ، وأبو حنيفة رحمته يقول : لو قبضت النصف ، ولم
تهب منه الباقي حتى طلقها ، لم يرجع عليها بشيء ، فلو رجع عليها بعد الهبة إما يرجع بسبب الهبة ، والهبة
تبرع ، فلا توجب الضمان على المتبرع فيما تبرع به ؛ ولأن ملكها في نصف الصداق قبل الدخول قوي وفي
النصف الآخر ضعيف يسقط بالطلاق ، فيجفل المقبوض مما قوي ملكها فيه ؛ لأن القبض مقرر للملك . وإما
ينقرر ملكها في المقبوض إذا تعين فيه النصف الذي سلّم لها بعد الطلاق ، فتبين أنها وهبت النصف الذي كان
للزوج بالطلاق ، وقد سلّم له قبل الطلاق متجاناً . وعلى هذا لو قبضت ستمائة ، ووهبت له أربعمائة ، ثم
طلقها قبل الدخول ، عند أبي حنيفة رحمته : يرجع عليها بمائة ؛ لأن الموهوب من النصف الذي كان يُسلّم
للزوج بالطلاق ، وقد سلّم له قبل الطلاق متجاناً ؛ لأن الموهوب من النصف الذي هو حق الزوج بعد الطلاق
فإنما بقي إلى تمام حقه مائة درهم . وعندهما : يرجع عليها بثلاثمائة درهم ؛ لأن المحطوط صار كأن لم يكن ،
وإما يرجع عليها بنصف المقبوض .

ولو قبضت الصداق كله ، ووهبت لأجنبي ، ثم وهبه الأجنبي من الزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، رجع
عليها بنصفه ، العين والدين سواء في ذلك ؛ لأن مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند
الطلاق ، ولم يسلم له ذلك ، وإما سلم له مال من أجنبي آخر بالهبة . وتبدل المالك بمنزلة تبدل العين ،
فكانت مشتقّةً للصداق . وكذلك لو كانت باعت الصداق من زوجها ، ثم طلقها ، رجع عليها بنصفه ،
فإن مقصوده لم يحصل ، فإن العين إما وصلت إليه بيد عقد ضمان .

ولو وهبت الصداق لأجنبي قبل القبض ، قبض الأجنبي ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، رجع عليها بنصفه ؛
لأن قبض الأجنبي بتسليطها كقبضها بنفسها ، وجاء في الفتاوى الهندية (١/٢٩٠) : ليس للأب أن
يهب مهر ابنته عند عامة العلماء .

= قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٩/٣) : (من وهبت صداقها) لزوجها (ثم طلقت قبل الدخول ، فإذا أصدقها عيناً ووهبتها له ، ثم طلقها قبل الدخول ، رجع) عليها (بنصف البذل) من يثقل أو قيمة ؛ لأنه تملكها قبل الطلاق عن غير جهته ، فأشبه لو ملكها من أجنبي . ولأنها صرفتها بتصرفها إلى جهة مصلحةها ، فأشبه ما لو وهبتها من أجنبي سواء أكانت الهبة بلفظها أم بلفظ التملك أو العفو . وإنما استعمل العفو في هبة المهر مع أنه لا يستعمل في هبة غيره لظاهر القرآن (ولو شرطت) في هبتها له (ألا يرجع) في البذل (إن طلق فسدت الهبة) لوجود الشرط الفاسد (إذا وهبته نصف الصداق المعين) ثم طلقها قبل الدخول (رجع) عليها (بنصف الباقي وبذل ربع الكل) ؛ لأن الهبة وردت على مطلق النصف ، فيشيع فيما أخرجه وما أبقتة (ومتى كان) الصداق (ذئناً فأبرأته) منه (أو وهبته له) ثم طلقها قبل الدخول (لم يرجع) عليها بشيء بخلاف هبة العين . والفرق : أنها في الذئب لم تأخذ منه مالا ولم تحصل على شيء بخلافها في هبة العين (فإن سلمه) أي : الدين ، أي : بذله لها (ثم وهبته) له ثم طلقها قبل الدخول (فكالمعين) أي : فكهبة الصداق المعين في عقد النكاح (وإن أبرأته من النصف) ثم طلقها قبل الدخول (فهل يسقط عنه نصف الباقي أم يلزمه لها) الباقي فلا يسقط عنه شيء منه فيكون ما أبرأته منه محسوباً عن حقه كأنها عجلته ، (وجهان) أوجههما : الثاني ، أخذاً مما رجحوه في هبة نصف العين على القول بأن هبتها كلها تمتع الرجوع . ووقع في الروضة التعبير بالنصف الباقي بأل ، قال في المهمات : وهو غلط ، وصوابه نصف الباقي كما في الرافعي ، وبه عبر المصنف كما رأيت .

قول المالكية : جاء في التاج والإكلیل (٢١٨/٥ - ٢٢٣) : (وإن وهبت له الصداق أو ما يصدقها به قبل البناء ، مجر على دفع أقله قبله وبعده أو بعضه ، فالهوب كالعدم) سيأتي أن هذا بشرط أن يشهد على الزوج بالقبول . للخصي : هبة المرأة مهرها لزوجها ولو قبل البناء جائزة ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنْ طَلَّقَ لَكُمْ ﴾ الآية . ويؤمر الزوج إن وهبته إياه قبل البناء ألا يبني حتى يقدم ربع دينار ؛ لئلا يتدرع للنكاح على غير مهر . وفي المؤازرة : يُجْبَر على دفع ربع دينار . المتَّطِيبِي : ويذكر في عقد الهبة قبول الزوج ذلك ، وهو معنى الحيازة فيه إن لم تكن قبضته ، ولو سقط ذكر قبوله ، وماتت قبل أن يشهد الزوج بالقبول ، بطلَّت الهبة على قول ابن القاسم وبه العمل (إلا أن نهبه على دوام العشرة) من المدونة : إن وهبت جائزة الأمر مهرها لزوجها ، وطلقها قبل البناء ، لم يرجع عليها بشيء ، ولو وهبت نصفه ، فله الرجوع عليها إن قبضته أو لها عليه إن لم تقبضه . عبد الحميد : هذا إن كانت الهبة ليست لأجل الزوجية وإرادة بقائها ، فلا ترجع عليه في طلاقها بشيء ، وإن كان لإرادة البقاء للزوجية فسارع فطلقها ، فلها الرجوع . المتَّطِيبِي : إن كانت الهبة بعد العقد على ألا يتزوج أو لا يتسرى أو لا يُخْرِجها ، نُتِمَّت له ما أقام على شرطه ، وله مخالفة شرطه ، فترجع عليه بما وضعه (كعطيته لذلك) للخصي : إن أعطته مالا على إمساكها ، ففارقها بالقرب ، فلها الرجوع في عطيتها ، وإن فارقها بعد طول يرى أنه غرضها ، فلا رجوع لها ، وإلا فله بقدر ذلك فيما يرى . قال ابن رشد : لا فرق في وضع المرأة صداقها عن زوجها أن تضعه عنه وتسكت ، أو تقول له : على ألا تطلقني أبداً ، فإنها ترجع عليه متى ما طلقها كان ذلك بالقرب أو بعد طول من الزمان (فيفسخ) ، وإن أعطته سفينة ما ينكحها به ثبت النكاح ويعطيه من ماله مثله (سمع عيسى بن القاسم) إن أعطته بكر دنائير على أن يتزوجها فسخ نكاحه قبل البناء =

٦٣١ - فقد بان لك أن المرأة متى كانت رشيدة فلها أن تتصرف في مهرها بما أرادت ، فيجوز لها هبة المهر لزوجها .

٦٣٢ - فإن وهبته له ، وطلقها بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة ، فلا يرجع واحد منهما على الآخر بشيء ؛ لأنها قبضت كل ما تستحقه ، وتصرفت فيه . وقد تأكد بعد الاستحقاق بالدخول ، فلا رجوع لواحد منهما على الآخر .

= ثم رجع إلى ثبوته وإن لم يبق وعليه ما أصدقها من ماله ، وإن أعطته ثيب ذلك ؛ فإن زادها عليه ربع دينار ، فلا بأس (وإن وهبته لأجنبي ، وقبضه ، ثم طلق ، اتبعتها ولم ترجع عليه) ابن عرفة : خامس الأقوال من المدونة : إن وهبت مهرها لأجنبي ، وقبض الموهوب له جميعه قبل الطلاق ، لم يرجع عليه الزوج بشيء ، وكانت الزوجة يوم الهبة مؤسرة أو ميسرة أو الآن يتبعها الزوج بنصفه (إلا أن تبين أن الموهوب صدق وإن لم يقبضه ، أجزرت هي والمطلق إن أسرت يوم الطلاق) من المدونة : إن وهبت مهرها لأجنبي ، فلم يقبضه الموهوب له حتى طلقت قبل البناء ، فإن كانت موسرة يوم طلقها فللموهوب أخذ الزوج به ، وللزوج الرجوع عليها بنصفه ، وإن كانت يوم طلقها معسرة ، نحس الزوج نصفه ودفع نصفه إلى الموهوب له .

قول الخنابلة : جاء في المعنى (١٩٧/٧) : « إذا أصدق امرأته عينا ، فوهبتها له ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فمن أحمد فيه روايتان ، إحداهما : يرجع عليها بنصف قيمتها . وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي ؛ لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف ، فلا تُنْتَجِجُ واستحقاقها بالطلاق ، كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له . والرواية الثانية : لا يرجع عليها . وهو قول مالك ، والمزني ، وأحد قولي الشافعي ، وهو قول أبي حنيفة ، إلا أن يزيد العين أو تنقص ثم تهبها له ؛ لأن الصداق عاد إليه ، ولو لم تهبه لم يرجع بشيء ، وعقد الهبة لا يقتضي ضماناً ؛ ولأن نصف الصداق تُعَجَّلُ له بالهبة .

فإن كان الصداق ذنباً ، فأبرأته منه . فإن قلنا : لا يرجع ثم ، فهاننا أولى . وإن قلنا : يرجع ثم . خرج هاننا وجهاً ، أحدهما : لا يرجع ؛ لأن الإبراء إسقاطٌ حقٌ وليس بتملك كتمليك الأعيان ، ولهذا لا يفترق إلى قبول . والثاني : يرجع ؛ لأنه عاد إليه بغير الطلاق ، فهو كالعين ، والإبراء بمنزلة الهبة ، ولهذا يصح بلفظها . وإن قبضت الدين منه ، ثم وهبته له ، ثم طلقها ، فهو كهبه ؛ لأنه تعين بقبضه . وقال أبو حنيفة : يرجع هاننا ؛ لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه ، فوجب الرجوع عليها ، كما لو وهبت أجنبيًا . ويحتمل ألا يرجع ؛ لأنه عاد إليه ما أصدقها ، فأشبه ما لو كان عينا فقبضتها ، ثم وهبتها ، أو وهبته العين ، أو أبرأته من الدين ، ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها ، كإسلامها أو ردها أو إرضاعها لمن يفسخ نكاحها برضاها . ففي الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء .

وإن أصدقها عبداً ، فوهبته نصفه ، ثم طلقها قبل الدخول ، اتبنت ذلك على الروايين . فإن قلنا : إذا وهبت الكل ، لم يرجع بشيء . رجح هاننا في ربه . وعنى الرواية الأخرى ، يرجع في النصف الباقي كله ؛ لأنه وَجَدَهُ بعينه . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والمزني ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشيء ؛ لأن النصف حصل في يده ، فقد استعمل حقه . وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا . والثاني : له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب . والثالث : يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف . ولنا : أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه ، فأشبه ما لم تهبه شيئاً .

٦٣٣ - وأما إذا وهبته له ، وطلقها قبل الدخول ، فللمسألة صور وأحكام مخصوصة ؛ لأنه : إما أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين : كالنقود ، أو على ما يتعين بالتعيين : كالبيت ، والفرس ، وقطعة من الأرض .

٦٣٤ - المهر في كلِّ إما أن يكون كله مقبوضاً أو غير مقبوض ، أو بعضه مقبوضاً والبعض غير مقبوض . وكل واحد على وجهين ؛ لأن المرأة : إما أن تهب الكل ، أو البعض .

٦٣٥ - وإليك الأحكام :

٦٣٦ - فإن تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين ، بأن تزوجها على ألف جنيه مثلاً ، وقبضته ، ثم وهبته للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، يرجع عليها بخمسائة جنيه ؛ لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت بالطلاق قبل الدخول ؛ فإنه ينصف الصداق بالنصف ، ولم يصل إليه عين ما يستوجه بالهبة ؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ ؛ لأن الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد .

٦٣٧ - ولهذا لو سمي لها دراهم وأشار إليها ، كان له أن يحبسها ويدفع مثلها جنساً ونوعاً وقدرًا وصفةً . ولا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول ، فكانت هبة هذا الألف كهبة ألف آخر ، وهي إذا وهبت له ألف جنيه غير الألف الذي قبضته مهرًا وطلقها قبل الدخول ، فلا شك في أن يرجع عليها بنصف ما قبضت فكذا هنا . وإذا لم يصل إليه عين ما استوجه ، ثبت له الرجوع .

٦٣٨ - فلو لم تقبض الزوجة الألف وهو المهر في الصورة المتقدمة ، ثم وهبته كله له ، فطلقها قبل الدخول ، لم يرجع عليها بشيء لحصول المقصود وهو براءة ذمته . وفي القياس : يرجع عليها بنصف الصداق ، وهو قول زفر ؛ لأن المهر سَلِمَ له بالإبراء ، وما سَلِمَ له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته مما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ، فالزوج سلم له غير ما يستحق ، فلا تبرأ المرأة عما يستحقه .

وجه الاستحسان : أن ما يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول هو براءة ذمته عن نصف المهر ، وقد وصل إليه ذلك ، لكن بسبب آخر وهو الإبراء ، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ؛ لأنه غير مقصود بنفسه كمن يقول لغيره : لك علي ألف جنيه ثمن هذا البيت الذي اشتريته منك . فقال له الآخر : البيت بيتك ، ولي عليك ألف جنيه قرصًا . لزمه المال لحصول المقصود ، وإن كذبه في السبب وهو بيع البيت .

٦٣٩ - ولو قبضت النصف وهو خمسمائة ، ثم وهبته الألف كله - أي : المقبوض

وغيره - ، ثم طلقها قبل الدخول ، لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة . وقال الصحابان : يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارًا للبعث بالكل ؛ لأنها لو قبضت الكل ووهبته للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول ، يرجع عليها بنصف ما قبضت ، فيكون الأمر كذلك إذا قبضت البعض .

٦٤٠ - ولأن هبة البعض الذي لم تقبضه حطًّا ، والحطُّ يلتحق بأصل العقد ، فكأنه تزوجها ابتداءً على الخمسمائة المقبوضة ؛ ولأبي حنيفة : أن مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض ، وقد حصل له ، فلا يستوجب أخذ شيء منها . والحطُّ لا يلتحق بأصل العقد في النكاح ، ألا ترى أنه يجوز عقد الزواج وإن بقي بعد الحطُّ أقل من عشرة دراهم ، ولو كان يلتحق بأصل العقد لما جاز كما لا يجوز الإنشاء على أقل من عشرة دراهم ، ولهذا لا تنصف الزيادة على المهر بعد العقد إذا طلقها قبل الدخول بها ، ولو كانت تلتحق لتنصف . وعقد الزواج مخالف لعقد البيع ؛ إذ الحط والزيادة يلتحقان بعقد البيع لا بعقد النكاح ، والسبب في ذلك أن النكاح ليس عقد مبادلة ومغابنة ، فلا تمس الحاجة إلى رفع الغبن ، والبيع عقد مغابنة ومراوحة فتقع الحاجة إلى رفع الغبن ، ولا يمكن ذلك إلا بالالتحاق بأصل العقد . والظاهر مذهب الإمام .

٦٤١ - وعلى هذا الخلاف : لو وهبت النصف الباقي في ذمته ، ولم تهب من المقبوض شيئًا ووجه كل ما تقدم ؛ فإن قبضت أكثر من النصف ووهبت الباقي ، فإنها ترد عليه ما زاد على النصف عنده كما لو قبضت ستمائة ووهبت أربعمائة ؛ فإنه يرجع بمائة ، وعندهما يأخذ منها نصف المقبوض ، فترد ثلاثمائة . ولو وهبت مائتين ، يرجع عليها بثلاثمائة تميمًا للنصف . وأما إذا قبضت أقل من النصف ، ووهبت الباقي ، فهو معلوم بالأولى .

٦٤٢ - ولو كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر غير الدراهم والدنانير في الذمة فحكّمه في جميع ما ذكرناه كحكّمها ؛ لعدم تعينه . وهذا كله إذا وهبته للزوج ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت .

٦٤٣ - وهذا كله إذا وهبته للزوج فإذا وهبته لغير الزوج ، وسلطته على قبضه منه ، فأعطاه الزوج له أو استلمه ممن كان ضامناً للزوج في دفعه ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول ، فله الرجوع عليها بنصفه أيضًا ؛ لأن الزوج أو ضامنه سلم المهر إلى من ملكته الزوجة له بالهبة ، فكان كلاً منهما أعطاه لها ، فيرجع الزوج عليها بالنصف بالطلاق قبل الدخول ؛ لأنه تبين أنها لا تستحق إلا النصف وهو قد سلمها الكل .

٦٤٤ - فإن كان المهر مما يتعين بالتعيين كالبيت مثلاً ، فوهبت لزوجها الكل ، ثم طلقها قبل الدخول ، فلا يرجع عليها بشيء ، سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده . والقياس : أنه يرجع عليها بنصف قيمته ، وهو قول زفر ؛ لأن استحقاقه لجهة الطلاق كما مر ، ولم يحصل له من تلك الجهة . وجه الاستحسان : أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعيينه في الفسخ كما تعين في العقد ، ولهذا لم يكن لكل واحد منهما دفع شيء آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً وكانت الهبة بعد القبض ، حيث يرجع عليها بالنصف ؛ لأن حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين . ولهذا لو دفعت شيئاً آخر مكانه ، جاز بخلاف ما إذا باعت الصداق الذي يتعين بالتعيين من زوجها فطلقها قبل الدخول ؛ فإنه يرجع عليها بالنصف ؛ لأنه وإن كان وصل إليه عين ما يستحقه إلا أنه وصل إليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل ، فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول ؛ فلذلك يرجع عليها بنصف المهر . فإذا وهبت له أقل من النصف والموضوع أن المهر يتعين بالتعيين ، وقبضت الباقي ، فإنها ترد ما زاد على النصف . ولو وهبت له أكثره أو النصف ، فلا يرجع عليها بشيء .

٦٤٥ - ولو وهبت المهر لأجنبي وسلطته على قبضه ، فقبضه من الزوج ، ثم وهبه الأجنبي للزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، رجع عليها بنصف الصداق مطلقاً ، أي : سواء كان المهر مما يتعين بالتعيين أو لا يتعين ؛ لأنه لم يسلم إليه النصف من جهتها . هذا كله إن كانت رشيدة كما عرفت .

٦٤٦ - فإن كانت غير رشيدة ، بأن كانت صغيرة أو بالغة غير رشيدة ، فلا يجوز لها أن تهب شيئاً من مالها ، لأن تصرفات الصغير المميز إن كانت ضارة له ضرراً محضاً تقع باطله مثل الهبة ؛ فإن فيها إخراج الشيء عن الملك بلا عوض أصلاً ، وأي ضرر أشد من ذلك .

٦٤٧ - ولا يجوز لأبيها أن يهب شيئاً من مهرها لا للزوج ولا لغيره ؛ لأن تصرفات الولي مقيدة بالمصلحة ، ولا مصلحة هنا . ومثل الأب غيره من أولياء المال بالطريق الأولى .

(مادة ٩٩)

لَا تُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى فَوَاتِ شَيْءٍ مِنْ مَهْرِهَا لَا لِزَوْجِهَا وَلَا لِأَخِيهَا وَلَا لِوَالِدَيْهَا .
وَإِذَا مَاتَتْ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ مَهْرِهَا ، فَلِوَرَثَتِهَا مُطَابِقَةٌ لِزَوْجِهَا أَوْ وَرَثَتُهُ بِمَا يَكُونُ بَاقِيًا
بِذَمَّتِهِ مِنْ مَهْرِهَا ، بَعْدَ إِسْقَاطِ نَصِيبِ الزَّوْجِ الْأَيْلِ لَهُ مِنْ إِرْثِهَا ، إِنْ عَلِمَ مَوْتَهَا قَبْلَهُ .

• • •

٦٤٨ - والشخص لا يجبر على تركه ملكه لغيره أصلاً ، إلا إذا كان لمصلحة عامة ،
كالطريق العام مثلاً فإنه يؤخذ منه ملكه بقيمته - ولو ججزاً عليه - ، وحينئذ لا تجبر المرأة
على فوات شيء من مهرها لأحد ما ، سواء كان زوجها أو أباً أو أمّاً أو غيرهم .

٦٤٩ - فإن استلمت جميع المهر من زوجها فيها ، وإلا فلها الحق في طلبه منه في
أي وقت شاءت دون سواها ؛ إلا إذا كانت غير رشيدة ، فإن الطلب يكون لوليها لا لها .

٦٥٠ - وإذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها ، فحينئذ يكون للورثة الحق في مطالبة
الزوج بالمهر إن كان الزوج حيّاً موجوداً . فإن مات طالبت ورثتها ورثته بما يكون باقياً بذمته من
مهرها ، ولكن بعد إسقاط نصيب الزوج الأيل له من إرثها ؛ لأنه من ضمن الورثة . فإذا فرضنا
أن المهر كان مائتي جنيه ، وماتت الزوجة قبل أن تستوفي شيئاً منه ، وتركت زوجها وأمها
وبنتها وأختها الشقيقة ، فللورثة الحق في أن يطلبوا الزوج بالمهر بعد إسقاط نصيبه ، وهو هنا
خمسون جنيهاً ؛ لأن الزوج له الربع عند وجود الفرع الوارث للمتوفى وهي البنت هنا .

٦٥١ - ولو كانت الزوجة استوفت نصف المهر قبل وفاتها ، طالبت الورثة الزوج إن كان
حيّاً أو ورثته بالباقي بعد إسقاط نصيبه ، وهو هنا خمسة وعشرون جنيهاً ، والأم تأخذ
السدس لوجود الفرع الوارث ، والبنت لها النصف ، والأخت لها الباقي بطريق التعصيب ؛
لأنها صارت عصبية مع البنت . ومحل إسقاط نصيب الزوج من المهر أو ما بقي منه إن كان
وارثاً لها ، بأن عليم موتها قبله ؛ لأن شرط التوريث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو
إلحاقه بالأحياء تقديراً ، فإن لم يعلم ذلك بأن سقط بيت على الزوجين أو غرقاً في سفينة
فأخرجاً ميتين من تحت الردم أو من البحر ، ولم يُدْرَ من الذي مات منهما أولاً ، فلا نورث
أحدهما من الآخر ، وحينئذ لا نسقط له شيئاً من المهر ، بل يؤخذ بتمامه إن لم تكن قبضت
منه شيئاً ، أو ما بقي منه ويعطى لغيره من ورثتها .

الفصل السادس في ضمان المهر وهلاكه واستهلاكه واستحقاقه

(مادة ١٠٠)

وَلِيُّ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةُ يَصِحُّ ضَمَانُهُ مَهْرَهَا فِي حَالِ صِحَّتِهِ ، صَغِيرَةً كَانَتْ الزَّوْجَةُ أَوْ كَبِيرَةً . بِشَرْطِ قَبُولِهَا الضَّمَانَ فِي الْجُلُوسِ إِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً ، أَوْ قَبُولِ وَلِيِّهَا إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً . وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، إِنْ كَانَ الْمَكْفُولُ لَهُ أَوْ عَنْهُ وَارِثًا لَهُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثًا ، صَحَّ ضَمَانُهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ مَالِهِ ^(١) .

* * *

(١) قول الخلفية : جاء في البحر الرائق (٣/١٨٧ ، ١٨٨) : (وصح ضمان الولي المهر) ؛ لأنه من أهل الالتزام ، وقد أضافه إلى ما يقبله ، فيصح . والمراد به أنه في الصحة .

أما في مرض الموت فلا ؛ لأنه تبرع لوارثه في مرض موته ، وكذلك كل دين ضمنه عن وارثه أو لوارثه كما في الذخيرة . وأما إذا لم يكن وارثًا له فالضمان في مرض الموت من الثلث ، كما صرحوا به في ضمان الأجنبي ، وأطلق في الولي ، فشمل ولي المرأة وولي الزوج الصغيرين والكبيرين . أما ولي الزوج الكبير فهو وكيل عنه كالأجنبي ، وولايته عليه ولاية استحباب ، وحكم ضمان مهره كحكم ضمان الأجنبي ، فإن ضمن عنه بإذنه رجع ، وإلا فلا كما في فتح القدير .

وأما إن كان صغيرًا بأن زوج ابنه ، وضمن للمرأة مهرها ؛ فلأن الولي سفير ومُعْتَرٍ فيه وليس بمباشر ، بخلاف ما إذا اشترى له شيئًا ، ثم ضمن عنه الثمن للبائع ، حيث لا يصح ضمانه ؛ لأنه أصيل فيه ، فيلزمه الثمن ضمن أو لم يُضمَّن .

ولا بد في صحته من قبول المرأة كما في الذخيرة كغيره من الكفالات . والمجانين كالصبيان في ذلك كذا في الحانية . واستفيد من صحة الضمان أن لها مطالبة الولي ومطالبة الزوج ، وإذا بلغ لا قبله ؛ لأنه ليس من أهله ، وأنه لو أذى الأب من مال نفسه ؛ فإنه لا رجوع له على الصغير ؛ لأن الكفيل لا رجوع له إلا بالأمر ، ولم يوجد ، لكن ذكر في الذخيرة أنه إن شرط الرجوع في أصل الضمان فله الرجوع كأنه كالإذن من البالغ في الكفالة . وفي فتاوى اللؤلؤي : لا رجوع له إلا إذا أشهد عند الأداء أنه يؤدي ، ليرجع عليه . وفي فتح القدير : ولا يخفى أن هذا - أعني عدم الرجوع إذا لم يُشْهَد - مفيد بما إذا لم يكن للصغير مال . اهـ . وفي البرازية : أنه إذا أشهد عند الأداء أنه أدى ليرجع ، رجع وإن لم يشهد عند الضمان .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣/١٣٦ ، ١٣٧) : (دين الصداق) بأن كان دينًا لا عينًا في نكاح صبي أو مجنون واجب (في مال الصبي والمجنون) ودمتهما وإن لم يشرطه الأب عليهما (ولا يضمه الأب) بغير ضمان كالثمن فيما إذا اشترى لها شيئًا (فإن ضمن ليرجع) بما يؤديه (فقصده الرجوع) هنا (كإذن المضمون عنه) فإن ضمن بقصد الرجوع وغرم رجع ، وإلا فلا (ولو ضمن بشرط براءة الابن فسد الضمان والصداق) لفساد الشرط كما في نظيره في الضمان والرهن .

٦٥٢ - اعلم أن الضمان هو الكفالة التي هي : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالذئبن أو بغيره . فإذا كان شخص مدينًا لآخر في خمسين جنيهاً مثلاً ، وكفل المدينَ شخصٌ آخرٌ بهذا المبلغ ، وقِيلَ الدائئُ ذلك ، كان هذا كفالة ؛ لأن الشخص الذي ضمن الدين ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بالدين ، فبعد أن كان الدائئ ليس له إلا مطالبة مدينه ، صار بهذا الضمان له الحق في مطالبة الضامن أيضًا ، الأول : بطريق الأصالة والثاني : بطريق الكفالة ، فالمدين الأصلي يسمى مكفولاً عنه ، والدائئ يسمى مكفولاً له ، والدين يسمى مكفولاً به ، والشخص الذي ضمن المدين يسمى كفيلاً ، وهذا العقد يسمى كفالة .

= قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (٢٠٤/٣) : « ورجع لأب وذئ قَدَّرَ زَوْجٌ غيره وضامن لابنته النصف بالطلاق يعني أن الأب إذا زوج ولده الصغير أو الرشيد وضمن صداه ، أو ذا القَدَّرَ إذا زوج غيره على أن الصداق عليه ، أو الأب زوج ابنته لأجنبي وضمن الصداق لها عنه ، فطلق الولد بعد بلوغه أو من معه قبل الدخول ، فأخذت الزوجة نصف الصداق ، فإن النصف الآخر يرجع للأب المزوج ولده ، أو لذئ القدر المزوج غيره ، والضامن لابنته ، وليس للزوج فيه حق ، لأن المعطي إنما قصد بالالتزام أن يكون على حكم الصداق . ولو اطلع على فساد النكاح ، رجع لمن ذكر جميع الصداق . يريد : إذا وقع التفريق قبل البناء ، وإلا فلها المسمى بالدخول كما مرَّ وإليه الإشارة بقوله : (والجميع بالفساد) ففاعل رجع في كلام المؤلف هو النصف ، وبالطلاق متعلق برجع ، وكذلك للأب ، والتقدير : ورجع للأب نصف الصداق بالطلاق . وذئ القدر وضامن لابنته معطوفان على المجرور وهو لأب ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحَمالة أو يكون بعد العقد أي : ولا يرجع أحد من الأب وذئ القدر والضامن لابنته على الزوج بما أخذت منه الزوجة من نصف أو كل على ما مرَّ إن كان التزام من ذُكر عن الزوج بلفظ الحمل كان في العقد أو بعده ؛ إذ الحمل لا يقصد به إلا القرية ؛ لأنه عطية لا رجوع فيها لمعطيها . وإن كان التزام من ذُكر عن الزوج بلفظ الحَمالة يرجع كان في العقد أو بعده كحَمالة الديون ، وإن كان التزام من ذُكر عن الزوج بغير اللفظين ، بل كان بلفظ الضمان أو عليٍّ أو عندي أو نحو ذلك ، فإن كان حين العقد محجَّل على الحمل ، وإن كان بعده محجَّل على الحَمالة . فقوله : أو يكون ، أي : الدفع أو الضمان ونحوه بعد العقد . ثم إن كلام المؤلف حيث لا عُزْفٌ ولا قرينة تخالف ما ذكره من التفصيل . وأما إن وُجد عُزْفٌ يخالفه ، كما إذا جرى العرف بأن من دفع عن شخص صداه أو تحمل به عنه بأي لفظ يرجع به ؛ فإنه يعمل بذلك . وكذا إن قامت قرينة تدل على ذلك » . قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (١٣٨/٥) : « ولو قيل له : ابنتك فقير ، من أين يؤخذ الصداق ، فقال : عندي . ولم يزد على ذلك لزمه (وإن دفع الأب الصداق عن ابنه الصغير أو الكبير ، ثم طلق الابن قبل الدخول ، فنصف الصداق) الراجع (للابن دون الأب ، وكذا لو ارتدت) الزوجة (قبل الدخول فرجع) الصداق (جميعه) فهو للابن دون الأب ولو قيل بلوغ ؛ لأن الابن هو المباشر للطلاق الذي هو سبب استحقاق الرجوع بنصف الصداق ، فكان ذلك لمعاطي السبب دون غيره ؛ ولأنه بانفساخ العقد عاد إليه عرضه (وليس للأب الرجوع فيه) أي : فيما عاد إلى الابن بالطلاق أو الردة ونحوهما من الصداق (بمعنى الرجوع في الهبة) لأن الابن ملكه من غير أبيه ؛ لأنه ملكه من الزوجة ، وله تملكه من حيث إنه يتملك من مال ولده ما شاء بشرطه ، وما تقدم من أن الراجع للابن قال ابن نصر الله : محله ما لم يكن زَوْجُهُ لوجوب الإعفاف عليه فإنه يكون للأب » .

٦٥٣ - فمتى كان شخص مدنيًا لغيره ، وكفل هذا الدين ثالث وكان من أهل الالتزام ، وقيل الكفالة الدائن ، صح هذا ، ويطالب الدائن من شاء منهما بالدين ، فإن أخذه من المدين الأصلي فلا رجوع له على أحد ؛ لأنه دفع ما عليه ، وإن أخذه من الكفيل يرجع على المدين ويأخذه منه إن كان أمره بالضمان ؛ لأنه صار قاضيًا دينٍ غيره بإذنه ، فيأخذه منه ، وإن لم يأمره بالضمان فلا يأخذ منه شيئًا بغير رضاه ؛ لأنه قضى دين غيره بغير إذنه ، فهو متبرع فلا يأخذ منه شيئًا جبرًا عنه .

٦٥٤ - ولا يخفى أن الزوج مدين لزوجته في المهر ؛ إذ هو الملزوم بدفعه . فإذا ضمنه شخص ، صح هذا الضمان ، سواء كان الضامن أجنبيًا من الزوجين أو وليًا لأحدهما أو لهما .

٦٥٥ - فإن كان أجنبيًا وضمن المهر ، وأداه للزوجة ، يرجع به على الزوج إذا كان الضمان بأمره . فإن لم يكن بإذنه ، فلا يأخذ منه شيئًا جبرًا لما عرفته مما تقدم .

٦٥٦ - وإن كان ولي أحدهما أو وليهما ، وضمن المهر للزوجة : فإما أن يكون الضمان في حال صحته ، وإما أن يكون في حال مرضه مرض الموت . وعلى كلٍّ : فإما أن يكون المكفول له - وهو الزوجة - أو عنه - وهو الزوج - وارثًا للضامن ، أو غير وارث له .

٦٥٧ - فإن كان الضمان في حال الصحة ، فلا كلام في صحته ، سواء كان المكفول له وارثًا أو غير وارث ، وسواء كان الزوج كبيرًا أو صغيرًا ؛ لأن الولي من أهل الالتزام ، وقد أضافه إلى ما يقبله ، فيصح . إلا أنه إن كان الضامن ولي الزوج ، يشترط لصحته قبول الزوجة في مجلس الضمان إن كانت مكلفة ، فإن كانت غير مكلفة يشترط قبول وليها في المجلس أيضًا .

٦٥٨ - فإن كان الضامن ولي الزوجة ، فلا يشترط قبول أحد في المجلس ؛ لأن إيجابه يقوم مقام القبول عنها ، وينفذ الضمان في هذه الحالة التي هي حالة الصحة من كل مال الضامن . فإذا فرضنا أن المهر مائة جنيه ، وضمنه الولي ، وماله لا يساوي إلا هذا المبلغ ، فللزوجة أخذه . ولو كان أكثر ، أخذت منه بقدر المهر . فلو كان ماله أقل من المضمون ، أخذت الكل ، ورجعت بما بقي على الزوج ، ولا حق لأحد من الورثة في المعارضة ؛ لأن الشخص متى كان صحيحًا فله أن يتصرف في جميع أمواله بكل ما أراد لمن أراد ، ما لم يكن محجورًا عليه بسبب من أسباب الحجر .

٦٥٩ - وإن كان ضمان الولي المهر في حال مرضه مرض الموت ، فإن كان المكفول عنه وارثًا ، فلا يصح هذا الضمان إلا بإجازة بقية الورثة . فإذا زوج رجل ابنه وهو مريض وكان له أولاد سواه ، وضمن عنه المهر ، فلا يصح إلا إذا أجازته الورثة ؛ لأن

الضمان في مرض الموت يعتبر وصية ، ولا وصية لوارث ، وحيثيذ فلا حق للزوجة في أخذ المهر من مال أبي الصغير إذا لم تُجيز الورثة ؛ لأن الضمان غير صحيح . فإن أجازته ، فلها هذا الحق ؛ لأن المنع لحقهم ، وقد أسقطوه .

٦٦٠ - وهكذا الحكم فيما إذا كان المكفول له وارثاً . فإذا زوج رجل بنته وهو مريض ، وضمن لها المهر ، فهو كما تقدم . ولا يخفى أنه لو انحصر إرث الضامن في المكفول له أو عنه ، صح ؛ لأن المنع كان لحق الورثة ، ولم يوجد سواه .

٦٦١ - ومثل هذا ما إذا كان كلٌّ من المكفول له والمكفول عنه وارثاً ، كما إذا زوج رجل بنته لابن أخيه الذي هو وليه ، وضمن عنه المهر ، وليس له وارث يحجب ابن الأخ ، فإن الضمان لا يصح إلا بإجازة بقية الورثة .

٦٦٢ - فإن كان كلٌّ من المكفول له والمكفول عنه غير وارث للضامن ، نفذ الضمان من كل المال إن أجازته الورثة ، وإن لم يجيزوه نفذ من الثلث فقط . فإذا زوج رجل له ابن أخيه الذي هو وليه - وهو مريض - بنت رجل آخر بمائة جنيه مثلاً ، وضمن المهر عنه ، فإن أجاز ابنه هذا الضمان نفذ من كل المال ، وللمرأة أخذ هذا المهر من كل ماله ؛ لأن الابن الذي هو مستحق أسقط حقه ، وإن لم يجزه ، نفذ من ثلث مال الضامن ؛ لأن ابن الأخ في هذه الحالة غير وارث ؛ إذ هو محجوب بالابن ، وحيثيذ ينظر إلى أموال الضامن ، فإن كانت المائة المضمونة تخرج من ثلثه بأن كان ماله ثلاثمائة جنيه أو أكثر ، أخذت كل المهر . وإن كانت لا تخرج من الثلث بأن كانت جميع أمواله مائة وخمسين جنيهاً مثلاً ، أخذت خمسين ، وترجع بالباقي على الزوج .

(مادة ١٠١)

لِلْمَرْأَةِ الْمَكْفُولِ مَهْرُهَا أَنْ تُطَالَبَ بِهِ أَيًّا شَاءَتْ مِنْ الزَّوْجِ بَعْدَ بُلُوغِهِ أَوْ الضَّامِنِ ، سِوَاءَ كَانَتْ وَلِيِّهَا أَوْ وِلِيِّهِ . وَإِذَا أَدَّى الضَّامِنُ ، رَجَعَ عَلَى الزَّوْجِ إِنْ أَمَرَهُ بِالضَّمَانِ عَنْهُ ، وَإِلَّا فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ .

٦٦٣ - والمكفول له مُخِيرٌ فِي أَخْذِ دِينِهِ مِمَّنْ أَرَادَ مِنَ الْكَفِيلِ أَوْ الْأَصِيلِ ، فَالْمَرْأَةُ إِنْ كَانَتْ بِاللُّغَةِ فَهِيَ مُخِيرَةٌ فِي هَذَا ، فَلَهَا أَنْ تُطَالَبَ زَوْجُهَا بَعْدَ بُلُوغِهِ أَوْ الضَّامِنِ ، سِوَاءَ كَانَتْ وَلِيًّا أَوْ وَلِيِّهَا مَتَى كَانِ الضَّمَانُ صَحِيحًا ، سِوَاءَ كَانِ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا ، وَمِثْلُهُ الزَّوْجَةُ .

٦٦٤ - فإن كان الضامن هو ولي الزوج وكان كبيرًا ، صح الضمان ؛ لأنه وكيل فهو كالأجنبي ، وولايته عليه ولاية استحباب ، فحكم ضمانه مهرها كحكم ضمان الأجنبي ، فإن ضمن عنه بإذنه رجع ، وإلا فلا .

٦٦٥ - وأما إن كان الزوج صغيرًا ، والضامن هو وليه أيضًا ، بأن زوج ابنه وضمن للمرأة مهرها ، فإن الضمان يصح أيضًا ؛ لأن الولي سفير ومعبّر فيه ، فلا ترجع حقوق العقد إليه وإن كان مباشرًا ، بخلاف ما إذا اشترى له شيئًا ، ثم ضمن عنه الثمن للبائع ، حيث لا يصح ضمانه ؛ لأنه أصيل فيه ، فيلزمه الثمن ضمن أو لم يضمن .

٦٦٦ - وأما إذا كان الضامن ولي الزوجة وكانت كبيرة ، فصحة الضمان ظاهرة ؛ لأنه كالأجنبي إذا ضمن لها المهر ، وبثبت لها الخيار إن شاءت طالبت زوجها إن كان كبيرًا وهي أهل للمطالبة أو الولي ، ويرجع الولي بعد الأداء على الزوج إن ضمن بأمره ، سواء كانت الكبيرة عاقلة أو مجنونة .

٦٦٧ - وأما إذا كانت صغيرة ، وزوجها الأب ، وضمن لها مهرها ، صح في هذه الحالة ؛ لأنه سفير ومعبّر ، فلا ترجع إليه الحقوق ، وإنما ملك قبض مهر الصغيرة بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد . ولهذا لا يملكه بعد بلوغها إلا برضاها صريحًا أو دلالة ، بأن تسكت وهي بكر ، بخلاف ما إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري ؛ فإنه لا يصح ؛ لأنه أصيل فيه ؛ ولذا ترجع حقوق العقد إليه ، ويصح تأجيله الثمن وإبراؤه المشتري عندهما خلافاً لأبي يوسف ؛ لكنه يضمن للولد لتعديده بالتأجيل والإبراء ، ويملك قبض الثمن بعد بلوغه ، فلو صح الضمان لصار ضامناً لنفسه .

(مادة ١٠٢)

إِذَا زَوَّجَ الْأَبُ ابْنَهُ الصَّغِيرَ الْفَقِيرَ امْرَأَةً ، فَلَا يُطَالَبُ بِمَهْرِهَا إِلَّا إِذَا ضَمَّنَهُ . فَإِنْ ضَمَّنَهُ وَأَدَاهُ عَنْهُ ، فَلَا يَرْجَعُ بِهِ عَلَيْهِ ، إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ عِنْدَ التَّادِيَةِ أَنَّهُ أَدَاهُ لِيَرْجِعَ بِهِ . وَلَوْ مَاتَ أَبُو الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ قَبْلَ آدَاءِ الْمَهْرِ الَّذِي ضَمَّنَهُ عَنْهُ ، فَلِلْمَرْأَةِ أَخْذُهُ مِنْ تَرْكِهِ وَبِئَابِي الْوَرَثَةِ حَقَّ الرُّجُوعِ بِهِ فِي نَصِيبِ الصَّغِيرِ مِنْ مِيرَاثِ أَبِيهِ . وَلَوْ كَانَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ يُطَالَبُ أَنْوَءُ - وَلَوْ لَمْ يَضْمَنْ الْمَهْرَ عَنْهُ - بِدَفْعِهِ مِنْ مَالِ ابْنِهِ لَا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ ، لِأَنَّ لَهُ مِنْ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ .

- ٦٦٨ - فقد بان لك مما تقدم أن الأب إذا زوج ابنه الكبير ، وضمن مهر امرأته ، أو ضمن المهر أجنبي ، طُوبى كلُّ منهما بالمهر بحكم الكفالة . فإن أداه رجع على الزوج ، سواء أشهد كلُّ منهما عند الأداء أنه أداه ليرجع أو لم يُشهد إذا كان الضمان بإذن الزوج .
- ٦٦٩ - وأما إذا زوج الأب ابنه الصغير : فإما أن يكون له مال ، أو لا .
- ٦٧٠ - فإن كان له مال ، طُوبى الأب بدفع المهر منه ، سواء ضمن أو لم يضمن ؛ لأنه له الولاية في مال أولاده الصغار ، وما دام لهم مال فلا يلزمه شيء لهم حتى النفقة عليهم ، فإنها تكون في مالهم .
- ٦٧١ - وإن لم يكن له مال بأن كان فقيرًا ، فإن لم يضمن المهر عنه ، فلا يطالب به ؛ لأن النكاح وإن لم ينفك عن لزوم المال ، ينفك عن إيفاء المهر في الحال ، فلم يكن من ضرورة الإقدام على تزويجه ضمان المهر عنه .
- ٦٧٢ - فإن ضمن المهر ، صح ضمانه لما عرفته مما تقدم ، ويطالب به بحكم الضمان .
- ٦٧٣ - فإن سكتت الزوجة حتى بلغ الزوج ، وطالبت بالمهر ، ودفعه لها ، فلا يرجع به على أحد ؛ لأنه قضى دينًا واجبًا عليه .
- ٦٧٤ - وأما إن طالبت الأب به وأعطاه لها ، وأراد الرجوع به على ابنه ؛ فالقياس أنه يرجع ؛ لأن غير الأب لو ضمن بإذن الأب وأدى ، يرجع في مال الصغير ، فكذا الأب ؛ لأن قيام ولاية الأب عليه في الصَّغَر بمنزلة أمره بعد البلوغ .
- وفي الاستحسان : لا رجوع له ؛ لأن الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ، ولا يطمعون في الرجوع ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص ، إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان أو عند التأدية ، فحينئذ يرجع ؛ لأن الصريح يفوق الدلالة ، أعني : دلالة الغرف ، بخلاف الوصي إذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان ؛ فإنه يرجع لأن التبرع من الوصي لا يوجد عادة ، فصار كبقية الأولياء غير الأب فإن لهم حق الرجوع على الصغير إذا ضمنوا عنه المهر .
- ٦٧٥ - ومحل اشتراط الإشهاد في الرجوع ، إذا لم يكن على الأب دين لابنه . فلو كان على الأب دين للصغير ، فأدى مهر امرأته ، ولم يشهد ، ثم قال بعد ذلك : إنما أديتُ مهره عن دينه الذي عليّ . صدَّقَ هذا إذا أدى الأب بعد الضمان .
- ٦٧٦ - أما إذا مات قبل الأداء ، فللمرأة الخيار إن شاءت أخذت المهر من الزوج ، وإن شاءت استوفت ذلك من تركة الأب ؛ لأن الكفالة كانت صحيحة ، فلا تبطل بالموت .
- ٦٧٧ - ثم إذا استوفت من التركة ، رجع باقي الورثة بذلك في نصيب الابن ،

إن لم يكن استلمه . فإن كان قبضه ، رجعوا عليه .

٦٧٨ - وقال زفر : ليس لباقي الورثة حق الرجوع على الابن في نصيبه . وعن أبي يوسف مثله ؛ لأن الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا أمر من المكفول عنه ؛ إذ لا يفيد إذن ، ولو أذن فلا تنقلب موجبة له . ولهذا لو أدى الأب حال حياته وصحته ، لم يرجع إلا إذا أشهد ، فكذا لا رجوع بعد الموت .

٦٧٩ - قلنا : هذه الكفالة صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه ؛ لثبوت ولاية الأب عليه ، فإذا الأب إذن منه معتبر ، وإقدامه على الكفالة دلالة على ذلك من جهته ، بخلاف ما إذا أدى عنه في حال حياته ؛ لأن تبرع الآباء بالمهر معتاد ، وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع ، فيرجعون . وكذا يرجعون إذا أدى في مرض موته ، ولو كان الضمان في حال الصحة .

٦٨٠ - فإن كان الضمان في مرض الموت ، فهو غير نافذ ؛ لأنه وصية ، ولا وصية لوارث إلا بإجازة باقي الورثة ، والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك ؛ لأنه مؤلّى عليه كالصغير ، سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً .

(مادة ١٠٣)

إِذَا كَانَ الْمَهْرُ مَعِيًا ، فَهَلَكَ فِي يَدِ الزَّوْجِ ، أَوْ اسْتَهْلِكَ قَبْلَ التَّنْصِيمِ ، أَوْ اسْتَحَقَّ بَعْدَهُ ، فَلِلْمَرْأَةِ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ قِيَمِيًّا .
وَلَوْ اسْتَحَقَّ يَنْصِفُ الْعَيْنَ الْمُتَحَوِّلَةَ مَهْرًا ، فَلِلْمَرْأَةِ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَتْ أَخَذَتْ الْبَاقِي وَنَصْفَ الْقِيَمَةِ ، وَإِنْ شَاءَتْ رَدَّتْهُ وَأَخَذَتْ كُلَّ الْقِيَمَةِ .
فَإِنْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ، فَلَهَا النَّصْفُ الْبَاقِي (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٤/١ ، ٣١٥) : « وإذا انتقص المهر في يد الزوج ، ثم طلقها قبل الدخول بها ، فهذا على وجوه :

(أحدها) : أن يكون النقصان بأفة سماوية ، وإنه على وجهين : إن كان النقصان يسيرًا كان لها نصف الخادم معيًّا من غير ضمان النقصان ، ليس لها غير ذلك . وإن كان النقصان فاحشًا ، فلها الخيار إن شاءت تركت المهر على الزوج وضمن نصف قيمته يوم العقد ، وإن شاءت أخذت نصف الخادم معيًّا من غير أن يضمن الزوج ضمان النقصان .

(الوجه الثاني) : أن يكون النقصان بفعل الزوج ، وإنه على وجهين أيضًا : إن كان النقصان يسيرًا ، فإنها تأخذ نصف الخادم ، ويضمن الزوج نصف قيمة النقصان ، وليس لها أن تترك الخادم على الزوج وتُضْمَنَتْهُ =

٦٨١ - ثم إن الشيء المجموع مهراً إن سلم للمرأة فيها ، وإن لم يسلم لها بأن هلك أو استهلك أو استحق ، فله أحكام ستلقى عليك . وهلاك الشيء : زواله من غير أن يكون لأحد من الخلق مدخل في ذلك . والاستهلاك : زواله أيضاً ولكن بسبب التعدي عليه . والاستحقاق : ظهور الشيء مملوكاً لغير من ملكه .

= نصف قيمة الخادم . وإن كان النقصان فاحشاً ، إن شاءت أخذت نصف قيمة الخادم يوم العقد وتركت الخادم ، وإن شاءت أخذت نصف الخادم وصنعت الزوج نصف قيمة النقصان .

(الوجه الثالث) : أن يكون النقصان بفعل المرأة ، وفي هذا الوجه لها نصف الخادم ، لا شيء لها غير ذلك ، ولا خيار لها سواء كان النقصان يسيراً أو فاحشاً .

(الوجه الرابع) : أن يكون النقصان بفعل الصداق ، ففي ظاهر الرواية هذا كالتقصان بأفة سماوية .

(الوجه الخامس) : أن يكون النقصان بفعل الأجنبية ، وإنه على وجهين : إن كان يسيراً ، فإنها تأخذ نصف الخادم ، وتضمن الأجنبية نصف قيمة النقصان ليس لها غير ذلك . وإن كان فاحشاً إن شاءت أخذت نصف الخادم واتبعت الأجنبية بنصف قيمة النقصان ، وإن شاءت تركت الخادم على الزوج وأخذت من الزوج نصف قيمة الخادم يوم العقد ، ثم الزوج يتبع الجاني بجملة النقصان .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٣٦٨/٤ - ٣٧٠) : « وإذا أصدقها عينا يمكن تقويمها كعبد موصوف (فتلقت) تلك العين (في يده) قبل القبض (ضمنها) وإن عرضها عليها وامتنعت من قبضها (ضمان عقد) لأنها مملوكة بعقد معاوضة ، فأشبهت المبيع في يد البائع (وفي قول ضمان يد) كالمعار والمستام ؛ لعدم انفساخ النكاح بالتلف . أما إذا لم يمكن تقويم عين الصداق فهو مضمون ضمان عقد قطعاً كما في الروضة ، وأصلها في الكلام على الصداق الفاسد أن الفاسد فيما لو أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف . قالاً فالتسمية فاسدة ؛ وعليه مهر المثل قطعاً .

نتبه : إنما فرض المصنف كالروضة وأصلها الخلاف في العين مع أنه لا يختص بها ، لأنه أكثر ما يظهر أثر الخلاف المتقدم فيها . والفرق بين ضمانتي العقد واليد في الصداق أنه على الأول يضمن بمهر المثل وعلى الثاني بالبدل الشرعي وهو المثل إن كان مثلباً ، والقيمة إن كان متقوماً . ثم فرع المصنف على القولين مسائل . فقال : (فعلى الأول ليس لها يعة) أي : المذكور من العين ولا غير البيع من سائر التصرفات الممتنعة ثم (قبل قبضه) كالمبيع ، وعلى الثاني يجوز . وما يتفرع على القولين الإقالة فيصح على الأول دون الثاني وهي مسألة نفيسة ذكرها القاضي الحسين . نتبه : لو عبر المصنف بالتصرف في العين لشمل ما قدرته ، ومع هذا يرد عليه ما لو كان ديناً ، فإنه لا يجوز الاعتياض عنه على الأصح (ولو تلف في يده) بأفة سماوية : (وجب مهر مثل) على القول الأول لانفساخ عقد الصداق حتى لو كان رقيقاً لزمه تجهيزه بخلافه على الثاني لا ينفسخ فيتلف على ملكها فيلزمه تجهيزه ، وعليه بدله من مثل أو قيمة ويحترق أقصى القيم من الإصداق إلا التلف لاستحقاق التسليم في كل وقت من ذلك . نتبه : لو طالبته بالتسليم فامتنع لم ينتقل إلى ضمان اليد كما صححاه . وقيل : ينتقل ، ونسبه الزركشي إلى نص البوطي . (ولوثغيب) الصداق المعين في يد الزوج بأفة سماوية كعمى العبد أو بجنابة غير الزوجة كقطع يده (قبل قبضه تخيرت) أي : الزوجة (على المذهب) بين فسخ الصداق وإبقائه . نتبه : قضية كلامه أن ذلك مفرع على ضمان العقد ، ولا خلاف في ثبوت الخيار حيثنذ فكيف يقول على المذهب ، ولا يصح أن يقال : إنه فرعه على القولين كما صرح به الإمام وغيره ؛ لأن قوله : (فإن فسخت فمهر مثل وإلا) بأن أجازت (فلا شيء لها) غير المعيب كالمشترى يرضى بالعيب مختص بضمان العقد ، وعلى مقابله لها ، إن فسخت ، بذل الصداق ، وإن أجازت فلها أرش العيب . =

٦٨٢ - فالمهر إن كان غير متعين ، فلا يتأتى فيه أن ترتب أحكاماً على كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة ؛ لعدم تأنيها في المهر بالنسبة للمرأة ؛ لأنه إذا تزوجها على مائتي جنيه مثلاً أو على عشرين قنطاراً من القطن الفلاني ، وفرضنا أن الزوج عنده ألف جنيه أو خمسمائة قنطار من القطن الموصوف في تسمية المهر ، فاحترق القطن قضاءً وقدرًا أو أحرق بالتعدي أو سُرقت النقود أو ادعى شخص أن هذا القطن ملكه وأثبت استحقاقه له ، فلا يمكننا أن نقول : إن المهر هلك أو استهلك أو استحق . وترتب على هذه الأشياء أحكاماً بالنسبة للزوجة ؛ لأن حقها لم يتعين في شيء مخصوص ، وإنما هو قائم بذمة الزوج ، فهو ملزم بتسليمه لها .

٦٨٣ - فإن كان المهر متعيناً في العقد ، بأن تزوجها وأمهرها هذا البيت أو هذه القناطير من القطن أو هذا الحصان مثلاً ، وهلك أو استهلك أو استحق ، يمكننا أن نرتب على هذه الأشياء أحكاماً ، فنقول :

٦٨٤ - إن هلك بعد ما استلمته الزوجة ، فلا ترجع على أحد بشيء ما ؛ لأنه سلمها وقد هلك تحت يدها . وإن استهلك بعده أيضاً . فإن كانت هي المستهلكة له ، فكذلك ، وإن كان غيرها ، ترجع على ذلك الغير بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيميّاً ، سواء كان هو الزوج أو غيره ؛ لأنه تعدى على ملكها ، وإن استحق ترجع على الزوج بالمثل أو بالقيمة .

٦٨٥ - وإما إن كان هلاكه قبل أن تقبضه من الزوج ، بأن هلك تحت يده ، فإنها تأخذ منه مثله أو قيمته ؛ لأنه مضمون عليه ما لم يسلمه لها ، ولا تبرأ ذمته من ضمانه إلا بالتسليم .

٦٨٦ - وإن استهلك في هذه الحالة ، فإما أن يكون المستهلك له هو الزوجة أو الزوج أو المهر أو أجنبيّاً . فإن كان الزوجة ، بأن قتلت الحصان الذي جعل مهرًا مثلاً ، فقد

= نعم على الأول لها الأرض أيضاً فيما إذا عيّنه أجنبي ، وليس لها مطالبة الزوج وعلى مقابله لها مطالبته (والمنازع الفاتحة في يد الزوج لا يضمنها وإن طلبت) منه الزوجة (التسليم) للصدّاق (فامتنع) منه (ضمن) على قول (ضمان العقد) كما لو اتفق ذلك من البائع ، فقول الزركشي ، والصواب عند الامتناع من التسليم التضمن ممنوع ، وأما على ضمان اليد فيضمنها من وقت الامتناع بأجرة المثل ، فحيث لا امتناع لا ضمان على القولين (وكذا) المنازع (التي استوقفاها) الزوج (بركوب) الدابة أصدقها (ونحوه) كلبس ثوب أو استخدام رفيق أصدقها لا يضمنها (على المذهب) بناء على أن جنايته كالأفة وهو الأصح كما نرى . ومقابل المذهب : يضمنها بأجرة المثل ، بناء على أن جنايته كجناية الأجنبي ، أو بناء على ضمان اليد . وإن زاد الصّدّاق زيادة متصلة أو منفصلة فهي ملك للزوجة .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٤٥٧/٢) : « (وضمانه) أي : الصّدّاق (إن هلك) بعد العقد كما لو مات أو حرق أو سُرق أو تُلّف من غير تفریط أحد من الزوجين ، وثبت هلاكه (بينة) أو بإقرارهما عليه ، كان مما يغاب عليه أم لا . كان بيد الزوجة أو الزوج أو غيرهما (أو) لم تقم على هلاكه بينة (و) كان مما لا يغاب عليه) كالحواط ، والزرع ، والحويان (منهما) معاً إذا طلق قبل البناء ، فلا رجوع لكل منهما على الآخر . ويحلف من هو بيده أنه ما فرط إن اتهم (وإلا) بأن كان مما يغاب عليه ولم تقم على هلاكه بينة (فمن الذي بيده) ضمان فيغرم النصف لصاحبه . »

صارت مستوفية حقها ، فلا ترجع على أحد . وإن كان الزوج أو المهر ، بأن كان عبداً فقتل نفسه ، رجعت على الزوج بالمثل أو القيمة . وإن كان أجنبيًا، تُخَيَّرت بين أمرين ، الأول : أن تُضَمَّنَ الزوج مثله أو قيمته وهو يرجع على المستهلك بها ، الثاني : أن تأخذ ما ذُكِرَ من المستهلك وحينئذٍ تبرأ ذمة الزوج .

٦٨٧ - وإن استحق في هذه الحالة رجعت على الزوج ببده - فقد علم مما ذكر أن الاستحقاق لا يختلف حكمه بالنسبة إلى ما قبل القبض أو بعده بخلاف الهلاك والاستهلاك .

٦٨٨ - هذا إن استحق كل المهر ، فإن استحق النصف مثلاً : فإما أن يكون المهر مثلياً أو قيميًا .

٦٨٩ - فإن كان مثلياً ، فلا حق لها إلا في أخذ نصفه ، والرجوع على الزوج بمثل النصف المستحق . وإن كان قيميًا ، تُخَيَّرت بين أمرين ، الأول : أخذ قيمة نصفه من الزوج وتصير شريكة للمستحق ، الثاني : أخذ قيمة الكل من الزوج وهو يشارك المستحق ، لأن الشركة عيب في القيمي لا المثلي . وهي استحققت الشيء وحدها ، فإذا طرأت الشركة بالاستحقاق تضررت ، فتخير ؛ إذ الخيار ينفي الضرر ، ويمكنك أن تستخرج من هذا حكم استحقاق الأقل والأكثر من النصف .

٦٩٠ - ومحل تخييرها في القيمي بين الأمرين المتقدمين : إذا لم يطلقها قبل الدخول . فإن حصل ذلك ، فلا حق لها إلا في أخذ النصف ؛ لأن الشركة حاصلة ، سواء استحق النصف أو لم يستحق ؛ إذ الزوج مستحق للنصف بالطلاق قبل الدخول ، فهو مشترك على كل حال ، سواء كان الشريك هو الزوج أو المستحق ، فلا يثبت لها التخيير ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الاختلاف في تسمية المهر : المادة (٥٧) : إذا وقع خلاف في تسمية المهر ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل ولكن إذا كان الذي ادعى التسمية هي الزوجة فالمهر يجب أن لا يتجاوز المقدار الذي ادعته ، أما إذا كان المدعي هو الزوج فالمهر لا يكون دون المقدار الذي ادعاه . وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٧) أ - إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فعلى الزوج إقامة البينة فإن عجز فالقول قولها يمينها .

ب - إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر بعد تأكيده وعجز المدعي عن الإثبات قضى بالمسمى عند النكول وبمهر المثل عند الحلف .

ج - يقشّر مهر المثل بمهر من ميثال المرأة من نساء عصباتها .
المادة (٤٩) إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعت الزوجة المهر ، وادعى الزوج الوديعة ، فأيهما أقام البينة قضى له ، فإن لم يقدم أحدهما البينة وكان المال المختلف فيه من جنس المهر ، فالقول قولها يمينها وإلا فالقول قوله يمينه .
المادة (٥٠) إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعى الزوج المهر ، وادعت الهدية ، فأيهما أقام البينة قضى له بها ، وإن عجزا عن إقامة البينة ، قضى بغرف الصلاحية ، ويقضى لمن يشهد له العرف يمينه ، فإن لم يشهد العرف لأحدهما فالقول قول الزوج يمينه .

الفصل السابع

في قضايا المهر

(مادة ١٠٤)

بَعْدَ تَسْلِيمِ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا لِلزَّوْجِ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهَا عَلَيْهِ بِعَدَمِ قَبْضِهَا كُلِّ مُعْجَلٍ مَهْرَهَا ، إِلَّا إِذَا كَانَ التَّعْجِيلُ غَيْرَ مُتَعَارَفٍ عِنْدَ أَهْلِ الْبَلَدِ . فَإِنْ ادَّعَتْ بَعْضُ الْمُعْجَلِ ، تُسْمَعُ دَعْوَاهَا . وَمَا يَتَنَعَّ الْمَرْأَةُ مِنَ الدَّعْوَى ، يَتَمَتَّعُ وَرَثَتُهَا .

• • •

٦٩١ - العادة الجارية أن المرأة لا تُسلم نفسها إلى الزوج إلا بعد أن تأخذ شيئاً من المهر ، وهذا الشيء يختلف باختلاف البلاد ، فالبعض يُعجل النصف ، والآخر يعجل الثلثين ، والبعض الآخر يعجل ثلاثة أرباع المهر ، وهكذا .

٦٩٢ - فإذا سلمت امرأة نفسها لزوجها ، وقامت بعد ذلك تدعي أنها لم تأخذ شيئاً من مهرها أصلاً ، وهو ينكر ذلك ، لا تسمع دعواها ؛ لأن العادة الجارية تكذبها . فإذا فرض أن البلد الذي حصل فيه التزوج تخالف عادته العادة المتقدمة ، تسمع دعواها بلا نزاع . ولذلك لو ادعت ببعض المعجل ، تسمع الدعوى ؛ لأن العادة أنه بعد اشتراط تعجيل الثلثين مثلاً ، يدفع النصف ، وتزف المرأة إلى الزوج ، وتطالب بالسدس بعد ذلك مع أنه من ضمن المعجل .

٦٩٣ - وكل ما عرفته بالنسبة للزوجة يقال بالنسبة لورثتها ، فإذا ماتت بعد تسليمها نفسها ، وادعت الورثة أنها لم تأخذ شيئاً في حياتها ، لم تسمع دعواهم للعادة الجارية .

٦٩٤ - فلو اختلفت العادة ، تسمع دعواهم . فمعنى سماع الدعوى وعدم سماعها على العادة الجارية ؛ إذ العرف له اعتبار ويعول عليه في بعض الأحكام .

(مادة ١٠٥)

إِذَا اختلفَ الرُّؤجَانِ فِي أَضَلِّ تَسْمِيَةِ الْمَهْرِ ، فَأَدْعَى أَحَدُهُمَا تَسْمِيَةَ قَدْرٍ مَعْلُومٍ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرَ التَّسْمِيَةَ بِالْكَلِيَّةِ ، وَلَيْسَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، يُحْلَفُ مِنْكَرُ التَّسْمِيَةِ . فَإِنْ نَكَلَ ، ثَبِتَ مَا ادَّعَاهُ الْآخَرُ . وَإِنْ حَلَفَ ، يُقْضَى بِمَهْرِ الْمِثْلِ ، بِشَرْطِ أَلَّا يَزِيدَ عَلَى مَا ادَّعَتْهُ الْمَرَأَةُ إِنْ كَانَتْ هِيَ الْمُدَّعِيَةَ لِلتَّسْمِيَةِ ، وَلَا يَنْقُصُ عَمَّا ادَّعَاهُ الرُّؤجَانُ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُدَّعِي لَهَا . وَإِذَا وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، تَجِبُ لَهَا الْمُنْتَعَةُ ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في العنابة (٣٧٣/٣ ، ٣٧٤) : (ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر) فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل .
وان طلقها قبل الدخول بها ، فالقول قوله في نصف المهر ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : القول قوله قبل الطلاق وبعده ، إلا أن يأتي بشيء قليل . ومعناه : ما لا يُتفاوَضُ مهرا لها ، هو الصحيح . لأبي يوسف : أن المرأة تدعي الزيادة ، والزوج ينكر ، والقول قول المنكر مع بيئته ، إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه ، وهذا لأن تقوم منافع البضع ضروري ، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسعى لا يصار إليه . ولهما : أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل ؛ لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح ، وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر ، يحكم فيه القيمة الصبغ . ثم ذكر هاهنا أن بعد الطلاق قبل الدخول ، القول قوله في نصف المهر ، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل . وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها ، وهو قياس قولهما ؛ لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كهمر المثل قبله ، فتحكم كهو . ووجه التوفيق : أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين ، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة ، فلا يفيد تحكيمها ، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون ، فيفيد تحكيمها . والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار ، فيحمل على ما هو المذكور في الأصل .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٥/٣ ، ٢٠٦) : (لو ادعت تسمية) لمهر (وينكرها) الزوج (والمدعى من مهر مثل أكثر) أي : والحالة أن مدعاها أكثر من مهر المثل ، تحالفا كما في البيع لتضمنته اختلافهما في القدر ؛ لأنه يقول : الواجب مهر المثل . وهي تدعي أكثر منه ، فأشبه ما لو قالت : أصدقني ألفًا . فقال : بل خمسمائة . وهي دون مهر المثل . وخرج بقوله من زيادته : والمدعى ... إلى آخره . ما إذا لم يكن المدعى أكثر من مهر المثل ، فلا تحالَفَ لوجوب مهر المثل بدونه . نعم إن كان المدعى من غير نقد البلد تحالفا ، وإن كان قدر مهر المثل لاختلاف الفرض بأعيان الأموال ذكره ابن الرفعة . وقضية تعليقه : أن الحكم كذلك ، وإن كان المدعى مما ذكره دون مهر المثل وهو ظاهر ، ولو ادعى تسمية وأنكرتها ، والمدعى دون مهر المثل ، أو كان من غير نقد البلد نظير ما مرَّ تحالفا ، ويتحالف وارثاها وأحدهما ووارث الآخر ، ويحلف الوارث على التَّبَتِّ في الإثبات ، وعلى نفي العلم في النفي . وبعد التحالف يفسخ عقد الصداق ، ويجب مهر المثل . ومن يبدأ به ومن يتولى الفسخ ولا يؤثر في وجوبه مجاوزته ما ادعته في بعض الصور ، كأن ادعت أنه أصدقها ألفًا ، فقال : بل خمسمائة . وكان مهر مثلها ألفين ؛ لأن التحالف يُشَقِّطُ مَا يُدَّعِيَانِيهِ ، ويصير كأن لم يذكر شيء أصلاً .

٦٩٥ - وهذا إذا حصل اتفاق على المسمى بعد تسليم المرأة نفسها . فإن كان هناك اختلاف : فإما أن يكون بين الزوجين بأن كان في حياتهما ، وإما أن يكون بين أحد الزوجين وورثة الآخر بأن كان بعد موت أحدهما ، وإما أن يكون بين ورثتهما بأن كان بعد موت الزوجين . وعلى كل : فإما أن يكون الاختلاف في أصل التسمية ، أو في القدر المسمى .

٦٩٦ - فإن كان الاختلاف بين الزوجين في أصل التسمية بأن ادعى أحدهما تسمية قدر معلوم كمائة جنيه مثلاً ، وأنكر الآخر التسمية بالكلية بأن قال : لم نُسَمَّ شيئاً في العقد . فلا يخلو الحال عن أحد أمور أربعة :

٦٩٧ - الأول : أن يكون الاختلاف بينهما قبل الطلاق وقبل الدخول .

= قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٣٣٥ ، ٣٣٤/٢) : (ولو) (ادعى) الزوج أنه نكحها (تفويضاً) وادعت هي تسمية ، فالقول له يمين حيث كان ذلك (عند معتاده) أي : معتادي التفويض . أما وحده أو هو مع التسمية بالسوية ، فإن كانا من قوم اعتادوا التسمية أو غلبت عندهم ، فالقول لها يمين . فقوله : ولو ادعى ... إلخ شرط ، وحذف جوابه . أي : فكذلك ، أي أن القول له يمين بعد الفوات (في القدر والصفة) متعلق بقوله : فقوله يمين ، أي : وأما اختلافهما في الجنس بعد الفوات ، فإن الزوج يُرَدُّ إلى صدق المثل بعد خليفهما من غير نَظَرٍ إلى شبه ما لم يكن صدق المثل أكثر مما ادعت المرأة ، فلا تزداد على ما ادعت ، وما لم يكن دون ما ادعاه الزوج فلا تنقص عن دعواه ، ويثبت النكاح بينهما . وإليه أشار بقوله : (ورد) الزوج (المثل) أي : صدق المثل للزوجة (في) تنازعهما في (جنسه) والمراد به : ما يشمل النوع بعد بناء أو طلاق أو موت بعد حلفهما ، ونكولهما كحلفهما ، ويُفَضَّى للحالف على التاكل (ما لم يكن ذلك) أي : مهر المثل (فوق قيمة ما ادعت) فلا يزداد على ما ادعت . ولو حذف قيمة لكان أحسن ، ولشموله للمثلي (أو دون دعواه) فلا ينقص عن دعواه . وقوله : (ثبت النكاح) راجع لجميع ما مرَّ بعد إلا ما عدا الطلاق ، أي : وإذا كان القول له يمين في القدر والصفة ، ورُذِّتْ مهر المثل في الجنس ، ثبت النكاح ولا فسخ (ولا كلام لسفيهة) في تنازع الزوجين في أصل النكاح ، أو في قدر المهر ، أو صفته أو جنسه ، وأولى لا كلام لصبية ، وكذا السفية والصغير . فلو قال لمحجور ، لشمّل الأربع . وإنما الكلام للولي أو الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه وتتوجه عليه اليمين دون المحجور .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٢/٧) : « إذا أنكر الزوج تسمية الصداق ، وادعى أنه تزوجها بغير صداق . فإن كان بعد الدخول نظرنا : فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه ، وجب ذلك من غير يمين ؛ لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل ، فلا فائدة في الاختلاف . وإن ادعت أقل من مهر المثل ؛ فهي مقروّة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج ؛ فيجب أن يقبل قولها بغير يمين . وإن ادعت أكثر من مهر المثل ؛ لزمته اليمين على نفي ذلك ، ويجب لها مهر المثل .

وإن كان اختلافهما قبل الدخول ، انبنى على الروابيتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق ، فإن قلنا : القول قول الزوج ، فلها المئمة . وإن قلنا : القول قول من يدعي مهر المثل . فقبل قولها ما ادَّعت مهر مثلها . هنا إذا طلقها . وإن لم يطلقها ، فَرِضَ لها مهر المثل على الروابيتين . وكل من قلنا : القول قوله . فعليه اليمين .

٦٩٨ - الثاني : أن يكون قبل الطلاق وبعد الدخول .

٦٩٩ - الثالث : أن يكون بعد الطلاق وبعد الدخول .

٧٠٠ - الرابع : أن يكون بعد الطلاق وقبل الدخول .

٧٠١ - ففي الثلاثة الأول : يكون أحدهما مدعيًا وهو من يدعي التسمية ، والآخر : منكرًا لها . والواجب في هذه الأحوال هو المسمى إن ثبت وإن لم يثبت فمهر المثل ، والقاعدة أن : البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر . فإن أقام المدعي بينة على دعواه ، لزم صاحبه ما يدعيه ؛ لأنه نُورُ دعواه بالحجة . وإن عجز عن إقامة البينة ، فله تحليف الآخر ؛ لأنه منكر واليمين عليه . فإن وجهت اليمين إليه : فإما أن يمتنع عنها ، وإما أن يحلف . فإن امتنع ، ثبتت دعوى صاحبه . وإن حلف أنه لم تحصل تسمية أصلاً ، يقضى بمهر المثل ؛ لأن مدعي التسمية عجز عن إثباتها ، ومنكرها حلف على نفيها ، فلم تثبت فراجع إلى الأصل وهو مهر المثل ؛ لأن العادة أن النساء يتزوجن بمهور أمثالهن ، فيحكم به . ولكن لا يحكم به بالقأ ما بلغ ، بل يشترط ألا يزيد على ما ادعته المرأة إن كانت هي المدعية للتسمية ، ولا ينقص عما ادعاه الزوج إن كان هو المدعي لها .

٧٠٢ - فإذا فرضنا أن المرأة هي المدعية لها بأن قالت : سَمَّينا المهر مائة وعشرين جنيهاً . وحصل ما أوجب الرجوع إلى مهر المثل ، فإن كان مهر مثلها مساويًا لما ادعته ، حُكِمَ به ، وإن كان أقل منه بأن كان مائة ، حُكِمَ بها ، وهو ظاهر . وإن كان زائدًا عليه بأن كان مائة وخمسين جنيهاً ، حُكِمَ بما ادعته أيضًا ؛ لأنها رضيت بهذا المبلغ ، فلا يُزَادُ عليه . وإذا فرضنا أن الزوج هو المدعي لها وهي المنكرة بأن قال : سَمَّينا المهر ثمانين جنيهاً . وحصل ما أوجب الرجوع إلى مهر المثل ، فإن كان مهر مثلها مساويًا لهذا المقدار ، حُكِمَ به . وإن كان زائدًا بأن كان مائة جنية مثلاً ، حُكِمَ بها . وإن كان أقل بأن كان ستين ، حُكِمَ بشمانين ؛ لأن الزوج قد اعترف بأن هذا هو الواجب لها ، فيحكم به بدون نقص .

٧٠٣ - وفي الحالة الرابعة ، وهي ما إذا كان الاختلاف بعد الطلاق وقبل الدخول ، ولم تثبت التسمية تجب المتعة ؛ لأنه تعذر القضاء بنصف المسمى لعدم ثبوته ، فرجعنا إلى مهر المثل ، وهو لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، فأوجبنا المتعة ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٥٨) : إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرًا لمثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل ؛ وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه .

(مادة ١٠٦)

إِذَا اِخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ أَوْ بَعْدَ الطَّلَاقِ
وَالدُّخُولِ ، يُجْعَلُ مَهْرُ الْبَيْتَانِ حَكْمًا بَيْنَهُمَا . فَإِنْ شَهِدَ لَهَا بِأَنْ كَانَ كَمَا قَالَتْ أَوْ أَكْثَرَ ، يُقْبَلُ
قَوْلُهَا بَيْنَهُمَا ، مَا لَمْ يَقِمِ الزَّوْجُ بَيِّنَةً عَلَى دَعْوَاهُ .

وَأِنْ شَهِدَ لَهُ بِأَنْ كَانَ كَمَا ادَّعَى أَوْ أَقَلَّ ، يُصَدَّقُ بِبَيِّنِهِ ، مَا لَمْ يَقِمِ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ .
وَأِنْ كَانَ مَهْرُ الْبَيْتَيْنِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لَا شَاهِدًا لَهُ وَلَا لَهَا ، تَحَالَفَا ، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ ،
وَتَهَاوَزَتِ الْبَيِّنَاتِ ، يُقْضَى بِمَهْرِ الْبَيْتِ . وَمَنْ نَكَلَ مِنْهُمَا عَنِ الْبَيِّنِ فِي الصُّورَتَيْنِ ، حُكِمَ عَلَيْهِ بِمَا
ادَّعَاهُ صَاحِبُهُ . وَمَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ مِنْهُمَا ، قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَقُضِيَ لَهُ بِهَا .
وَأِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، تُحْكَمُ مُتَعَةً الْبَيْتِ عَلَى التَّصْصِيلِ الْمُتَقَدِّمِ ^(١) .

= وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٤٨) إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فالبينة على
الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه ، إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً مثلها عرفاً ، فيقضى
بمهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٩/١ - ٣٢١) : « إذا اختلف الزوجان في قدر المهر حال
قيام النكاح ، عند أبي حنيفة ومحمد ، رحمهما الله تعالى - : يُحْكَمُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ ، فَإِنْ شَهِدَ لِأَحَدِهِمَا ، كَانَ
القول قوله مع اليمين على دعوى الآخر . فإن قال الزوج : المهر ألف . وقالت هي : ألفان . ومهر مثلها ألف
أو أقل ، كان القول قوله مع اليمين بالله ما تزوجها بألفي درهم . فإن نكلت الزيادة . وإن حلف ، لا تثبت .
وأيهما أقام البينة قُضِيَ لَهُ . وإن أقاما جميعاً يقضى ببينتها .

وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر ، كان القول قولها مع اليمين بالله ما تزوجت بألف . فإن نكلت ، ثبتت
الألف . وإن حلفت ، فلها ألفان ألف بالتسمية لا خيار للزوج فيها ، وألف بحكم مهر المثل له الخيار فيها ، إن
شاء أدى من الدراهم ، وإن شاء من الدينار . وأيهما أقام البينة يقضى ببينته . وإن أقاما جميعاً يُقْضَى بِبَيِّنَةِ الزَّوْجِ .
وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسائة ، تحالفا . فإن نكل الزوج ، لزمه ألفان بطريق التسمية . وإن نكلت هي ، يُقْضَى
بألف . وإن حلفا جميعاً يُقْضَى بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةِ أَلْفٍ بِطَرِيقِ التَّسْمِيَةِ ، وَخَمْسِمِائَةِ بِحُكْمِ مَهْرِ الْمَثَلِ ، وَبِخِيَارِ الزَّوْجِ
فِي الْخَمْسِمِائَةِ . وأيهما أقام البينة ، قبلت بيئته . وإن أقاما ، يُقْضَى بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةِ أَلْفٍ بِطَرِيقِ التَّسْمِيَةِ ،
وَخَمْسِمِائَةِ بِطَرِيقِ الْمَثَلِ كَذَا فِي فَتَاوَى قَاضِي خَانَ . ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِي رحمته الله أَنَّ التَّحَالَفَ فِي فَصْلِ وَاحِدٍ ، وَهُوَ
مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَهْرُ الْمَثَلِ شَاهِدًا لِأَحَدِهِمَا . أَمَا إِذَا كَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ شَاهِدًا لِأَحَدِهِمَا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ شَهِدَ لَهُ مَهْرُ
الْمَثَلِ مَعَ بَيِّنَةٍ ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ كَذَا فِي شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ لِقَاضِي خَانَ . وَذَكَرَ الْكِرْحَنِيُّ إِذَا لَمْ تَكُنْ
لَهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ أَوَّلًا ، فَإِذَا حَلَفَا يُحْكَمُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ الشَّيْخُ
الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي : وهو الأصح . هكذا في المحيط . وهو الصحيح . كذا في محيط السرخسي . =

= ولو اختلفا بعد الطلاق فإن كان بعد الدخول أو قبل الدخول بعد الخلوة ، فالجواب فيه كالجواب فيما لو اختلفا حال قيام النكاح .

وإن كان قبل الدخول بها وقبل الخلوة ، فإن كان المهر دَيْثًا فاختلغا في الألف والألفين ، فالقول قول الزوج ، ويتنصف ما يقول الزوج ، ولم يذكر الخلاف ، ذكر الكرخي وحكى الإجماع وقال : نصف الألف في قولهم . وذكر محمد رحمته في الجامع وقال : ينبغي أن يكون القول قول المرأة إلى متعة مثلها ، والقول قول الزوج في الزيادة على قياس أبي حنيفة رحمته ، والصحيح هو الأول . وقيل : لا خلاف بين الروايين في الحقيقة ، وإنما اختلفت لاختلاف وضع المسألة ، فوضع المسألة في كتاب النكاح في الألف والألفين فلا وجه لتحكيم المتعة ، ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة بأن قال الزوج : تزوجتك على عشرة دراهم . وقالت المرأة : تزوجتني على مائة درهم . ومتعة مثلها عشرون ، وإن كان المهر عتينا كما في مسألة العبد والجارية ، فلها المتعة ، إلا أن يرضى الزوج أن يأخذ نصف الجارية كذا في البدائع .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٢٠/٣ ، ٢٢١) : (فإن اختلفا) أي : الزوجان (أو وارثاهما) أو أحدهما ووارث الآخر (في قدر الصداق) وكان مُدْعَى الزوج الأقل ، كأن قالت له : نكحتني بألف . فقال : بخمسائة (أو) في (صفته) الشاملة لجنسه ، كأن قالت : بألف دينار . فقال : بألف درهم . أو قالت : بألف صحيحة . فقال : بِمُكْتَشِرَةٍ (تحالفا كما في البيع) سواء اختلفا قبل الدخول أم بعده ، قبل انقطاع الزوجية أو بعده ، فيحلفان (على البتِّ) في النفي والإثبات (إلا الوارث في النفي فإنما عليه نفي) أي : الحلف على نفي (العلم) على القاعدة في الحلف على فعل الغير ، فيقول وارث الزوج : والله لا أعلم أن مورثي نكحها بألف ، إنما نكحها بخمسائة . ويقول وارث الزوجة : والله لا أعلم أنه نكح مورثي بخمسائة ، إنما نكحها بألف (ثم نفي) الصداق (ويجب) لها (مهر المثل ولو زاد على ما ادعت) لمصير الصداق بالتحالف مجهولاً (فلو ادعى أحدهما مسمى) وكان فوق مهر مثل الزوجة فيما إذا ادعته أو دونه فيما إذا ادعاه الزوج (وأنكر الآخر التسمية ولم يدع تفويضًا تحالفاً) لتضمن ذلك اختلافهما في القدر ؛ لأن المنكر يقول : الواجب مهر المثل . والآخر يدعي أكثر منه أو دونه على ما عرف . وكذا يتحالفاً وإن لم يكن مدعى الزوجة أكثر من مهر مثلها ، إن كان من غير نقد البلد ، لاختلاف الغرض بأعيان الأموال ، ذكره ابن الرفة .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشني على مختصر خليل (٢٩٨/٣ ، ٢٩٩) : إذا اتفقا على ثبوت الزوجية ، واختلفا في قَدْر المهر ، بأن قالت : قدره عشرون درهماً . مثلاً ، وقال هو : بل بعشرة فقط . أو اختلفا في صفته ، فقالت هي : بعبد حبشي . مثلاً ، وقال هو : بل بعبد تركي . أو اختلفا في جنسه ، بأن قالت : بدينار مثلاً ، وقال هو : بل لغرض صفته كذا . فإنها تحلف على دعواها إن كانت مالكة لأمر نفسها ، ولا كلام لسفيهة . ويحلف هو على دعواه إن كان مالكاً لأمر نفسه ، وإلا فوليهما . ويفسخ النكاح بينهما بطلاق . وموضوع المسألة قبل الدخول ، ولم يحصل موت ولا طلاق ، بديل ما يأتي . ويُقَضَى للحالف على الناكل ، ونكولهما كحلفهما . ويتوقف الفسخ على حكم الحاكم ، ويقع ظاهرًا وباطنًا ، ولا ينظر إلى دعوى شبه منهما ولا من أحدهما . وتبدأ الزوجة باليمين ؛ لأنها بائعة ، أشار إلى ذلك كله بقوله : (والرجوع للأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره) بالرفع عطف على الرجوع ، وأُفرد ضميره ملاحظة لما ذكر ، فيندرج فيه كل ما ذكرناه والغرض الذاتي من التشبيه بقوله :

٧٠٤ - وإن كان الاختلاف بين الزوجين في القدر المسمى ، ولا بد من أن الزوجة تدعي الأكثر بأن ادعى الزوج أن المسمى مائة جنيه مثلاً ، وهي تدعي مائتين ، فلا يخلو الحال من الصور الأربعة المتقدمة ؛ إذ الاختلاف : إما أن يكون حال قيام الزوجية سواء كان قبل الدخول أو بعده ، أو بعد الطلاق والدخول ، أو بعد الطلاق قبل الدخول .

٧٠٥ - ففي الأحوال الثلاثة الأول : لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧٠٦ - الأول : أن يقيم أحدهما بينة .

٧٠٧ - الثاني : أن يعجز كل منهما عن إقامة البينة .

٧٠٨ - الثالث : أن يقيم كل منهما بينة .

٧٠٩ - فإن كان الأول وهو ما إذا أقام أحدهما بينة ، قبلت بينته وقضى له بما ادعاه ، سواء كان هو الزوج أو الزوجة ، وسواء كان مهر المثل شاهداً لها أو له أو لم يكن شاهداً

= (كالبيع) الإحالة عليه في المشهورة . فقوله : والرجوع ، أي : وعدم الرجوع للأشبه وعدم انفساخ النكاح بتمام التحالف كالبيع ؛ لأنه لا ينظر فيه لشبه قبل الفوات ، وأما بعده فينظر فيه للشبه .

إلا بعد بناء أو طلاق أو موت فقوله يمين يعني : أن الاختلاف فيما ذكر إذا وقع بعد البناء أو بعد الطلاق أو بعد موتها ، أو بعد موته ، أو موتها واختلف الورثة مع الحي أو ورثته ، فإن القول قول الزوج مع يمينه (في القدر والصفة) بشرط أن يشبه ؛ لأنه كفوت السلمة في البيع ؛ ولأن الزوج قد استوفى منفعة البضع حين مكنته الزوجة من نفسها ، وفوت سلعتها ، وأيضاً الزوج غارم ، فكان القول قوله . فإن نكل الزوج عن اليمين ، فإن القول قول الزوجة مع يمينها أو ورثتها في الموت . وإحالة ما ذكر على البيع يفيد شرط الشبه للزوج أشبهت هي أم لا ، وإن انفردت بالشبه فالقول قولها يمين . وإن لم يشبها حلفاً ، وكان فيه صدق المثل ونسخة أو موت أولى من نسخة أو موتها ، لشمولها لموتها ولموت أحدهما .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٩/٧ ، ١٨٠) : « وإذا اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينة على تَبَيُّه ، فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها . وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في قدر المهر ولا بينة على تَبَيُّه ، فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما . فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل ، فالقول قولها . وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر ، فالقول قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة . وعن الحسن ، والنخعي ، وحماد بن أبي سليمان ، وأبي عبيد نحوه ، وعن أحمد رواية أخرى : أن القول قول الزوج بكل حال . وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شُبَيْمَةَ وأبي ثور . وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستكبراً ، وهو أن يدعي مهراً لا يَبْرُؤُ بِمِثْلِهِ في العادة ، لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه ، فيدخل تحت قوله ~~فصل~~ : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . فإن ادعى أقل من مهر المثل ، وادعت هي أكثر منه ، رُدُّ إلى مهر المثل . ولم يذكر أصحابنا يميناً . والأولى أن يتحالفا ، فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة ، فلا يعدل عنه إلا يمين من صاحبه كالمكر في سائر الدعاوى ؛ ولأنهما تساوى في عدم الظهور ، فيشرع التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . وهذا قول أبي حنيفة ، والباقون على أصلهم . »

لواحد منهما ؛ لأنه نور دعواه بالحجة . وأما وجه قبول بينة المرأة فظاهر ؛ لأنها تدعي الزيادة وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج ؛ لأنه منكر الزيادة ، فكان عليه اليمين لا البينة بمقتضى القواعد الفقهية ، ولكنها قبلت ؛ لأنه مدع في الصورة ، وهي كافية في قبولها .

٧١٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا عجز عن إقامة البينة ، قال أبو حنيفة ومحمد : نجعل مهر المثل حكماً بينهما ، وحينئذ لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧١١ - الأول : أن يكون مهر المثل شاهداً لها .

٧١٢ - الثاني : أن يكون شاهداً له .

٧١٣ - الثالث : أن يكون مشتركاً بينهما .

٧١٤ - فإن كان مهر المثل شاهداً لها ، بأن كان مائتين كما ادعت أو أكثر ، كان القول قولها يمينها ؛ لأن القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه . فإن حلفت ، لزم الزوج ما ادعت به . وإن امتنعت عن اليمين ، وجب لها ما ادعاه الزوج ؛ لأن امتناعها إقرار بما ادعاه .

٧١٥ - وإن كان مهر المثل شاهداً له بأن كان مائة كما ادعى أو أقل صدق قوله مع يمينه : « بالله ما تزوجتها على مائتين » فإن حلف لزمه ما أقر به ، وإن امتنع لزمه ما ادعت به المرأة ؛ لإقراره بالامتناع عن اليمين وإن أقامت هي البينة قبلت كما تقدم ؛ لأنها نورت دعواها بالحجة وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينتها لأنها تثبت أمراً زائداً على ما يدعيه .

٧١٦ - وإن كان مهر المثل مشتركاً بين ما تدعيه هي وما يدعيه هو ، أي : لا يكون شاهداً لها ولا له ، بأن كان مائة وخمسين . فممكن أقام منهما بينة على دعواه قضى له به كما تقدم لرجحان دعواه بإقامته البينة وإلا لم يقم أحدهما بينة تحالفاً ، أي : حلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات دعواه ؛ لأن الزوج يدعي عليها الأقل من مهر المثل وهي تنكر ، والمرأة تدعي عليه الزيادة عنه وهو ينكر ، فاستويا .

٧١٧ - ويتحالفان أيضاً إذا أقام كل منهما بينة للتعارض المتقدم ، فلو قدمت إحدى البينتين لزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وإن كان محمد يقول بتقديم بينتها لإثباتها الزيادة ، ولكن الصحيح الأول .

٧١٨ - وعند التحالف لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧١٩ - الأول : أن يحلف واحد منهما ويمتنع الآخر .

٧٢٠ - الثاني : أن يحلف الاثنان .

٧٢١ - الثالث : أن يمتنع الاثنان .

٧٢٢ - فإن كان الأول ، حكم على الممتنع بقول من حلف ؛ لأن امتناعه عن اليمين إقرار بدعوى صاحبه .

٧٢٣ - وإن كان الثاني أو الثالث نطرح دعوى الاثنتين ، ونحكم بمهر المثل ؛ لأننا لو حكمنا بقول واحد منهما ، لزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وهذا لا يجوز .

٧٢٤ - وقال أبو يوسف : لا نجعل مهر المثل حكماً ؛ بل القول قول الزوج مع يمينه ، إلا أن يأتي بشيء لا يتعارف مهراً لها ، فيوافقهما لأن المرأة مدعية للزيادة وهو ينكرها ، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر . ولهما : أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل ؛ لأن العادة أن المرأة تزوج بمهر مثلها .

٧٢٥ - وعند التحالف يبدأ القاضي بمن شاء منهما ، وكثير من الفقهاء يقول : يحلف الزوج أولاً ؛ لأن أول التسليمين عليه ، يعني : أنه يجب عليه تسليم المهر أولاً ، وبعد ذلك يجب عليها تسليم نفسها .

٧٢٦ - وفي الصورة الرابعة وهي ما إذا كان الاختلاف بين الزوجين في مقدار المهر قبل الدخول وبعد الطلاق ، تجعل متعة المثل حكماً بينهما على التفصيل المتقدم . فإن شهدت لها بأن كانت متعة المثل كنصف ما قالت أو أكثر ، كان القول قولها مع يمينها . وإن كانت شاهدة له بأن كانت كنصف ما قال أو أقل ، فالقول قوله مع يمينه . وإن كانت بين نصف ما يدعيه ونصف ما تدعيه ، حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح ، ولزمت المتعة .

٧٢٧ - وأيهما أقام بينة ، قبلت . فإن أقامها ، فبينتها أولى إن شهدت له المتعة ، وبينته إن شهدت لها ؛ لأن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر .

٧٢٨ - وإن كانت المتعة بينهما ، تحالفاً فإن حلفا وجبت متعة المثل . وعند أبي يوسف : القول قول الزوج مع يمينه ، إلا أن يأتي بشيء لا يصلح . وصحح بعضهم أنه يتنصف ما ادعاه الزوج ، ورجحه في الفتح قائلًا : إن المتعة إنما تجب إذا لم تكن هناك تسمية ، وهنا اتفقا على التسمية ، فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه ، وهو نصف ما أقر به الزوج^(١) ، ويحلف

على نفي دعواها الزائد (١) .

(مادة ١٠٧)

مَوْتُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ كَحَيَاتِهِمَا فِي الْحُكْمِ أَضْلًا وَقَدْرًا . فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، وَوَقَعَ
الِاخْتِلَافُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ وَبَيْنَ الْحَيِّ فِي أَضَلِّ الْمَهْرِ أَوْ فِي قَدْرِهِ ، يُحْكَمُ عَلَى الزَّوْجِ الْمُتَقَدِّمِ فِي
الْمَادَّةِ السَّالِفَةِ . فَإِذَا مَاتَ الزَّوْجَانِ ، وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُمَا فِي قَدْرِ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى ، فَالْقَوْلُ لَوَرَثَةِ
الزَّوْجِ ، وَتَلَزَمُهُمْ مَا يَغْتَرِفُونَ بِهِ . وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي أَضَلِّ التَّشْمِيَةِ ، يُقْضَى بِمَهْرِ الْمِثْلِ عَلَى
وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، إِنْ جَحَدُوا التَّشْمِيَةَ وَنَكَلُوا عَنِ الْيَمِينِ . وَكَذَلِكَ إِذَا اتَّفَقُوا عَلَى عَدَمِ التَّشْمِيَةِ
فِي الْعَقْدِ (٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٥٨) : إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى
فالبينة على الزوجة ؛ فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لملئها عرفاً
فيحكم بمهر المثل وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما لأب ولم تنه
الزوج عن الدفع إليه .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٦٧/٥) : « فأما إذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتها ،
فعلى قول محمد بكثرة : يُضَار إلى تحكيم مهر المثل ؛ لأن من أصله أن مهر المثل لا يسقط بموتها ، فيكون
هذا كالاختلاف الواقع بين الزوجين . وعند أبي يوسف بكثرة : القول قول ورثة الزوج ، إلا أن أتوا بشيء
مستنكر جداً ، كما لو وقع الاختلاف في حياتهما . وعند أبي حنيفة بكثرة : القول قول ورثة الزوج أيضاً ؛
لأن مهر المثل عنده لا يبقى بعد موتها ، فلا يمكن المصير إلى التحالف وتحكيم مهر المثل ، فيبقى ظاهر
الدعوى والإنكار ، فيكون القول قول ورثة الزوج ، إلا أن يقوم لورثة المرأة بينة على ما ادَّعَوْا من المسمى ،
فحينئذ يُقْضَى بذلك ، ويستوي في هذا كله إن دخل بها أو لم يدخل بها ؛ لأن ما قبل الدخول إنما يفارق ما
بعد الدخول عند الطلاق ، أما عند الموت لا فرق ؛ لأن النكاح ينتهي بالموت » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى على المنهاج (٢٩٢/٣ ، ٢٩٣) : « اختلفنا ، أي : الزوجان (في قدر مهر)
مسمى كأن قالت : نكحتني بألف . فقال : بخمسائة (أو) في (صفته) كأن قالت : بألف صحيحة . فقال :
بل مكسرة (تحالفاً) فتحلف الزوجة أنه ما نكحها بخمسائة وإنما نكحها بألف ، ويحلف الزوج أنه ما نكحها
بألف وإنما نكحها بخمسائة (ويتحالف وارثاها أو وارث واحد) منها (والآخر) إذا اختلفا فيما ذكر ،
ويحلف الوارث في طرف النفي على نفي العلم ، وفي طرف الإثبات على البت ، فيقول وارث الزوج : والله
لا أعلم أن مورثي نكحها بألف ، وإنما نكحها بخمسائة . ويقول وارث الزوجة : والله لا أعلم أنه نكح مورثي
بخمسائة ، وإنما نكحها بألف (ثم) بعد التحالف (يفسخ المهر) يفسخه ، أو أحدهما أو الحكم ، ولا يفسخ
بالتحالف (ويجب مهر مثل) وإن زاد على ما ادعته الزوجة . وقيل : ليس لها في ذلك إلا ما ادعته » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٦٦/٢) : « قلت : أرأيت إن ماتا جميعاً الزوج والمرأة ، ولم يدخل الزوج
بالمرأة ، فادعى ورثة الزوج أن الزوج قد دفع الصداق . وقال ورثة المرأة : إن أمنا لم تقبض شيئاً ؟ =

٧٢٩ - وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، بأن مات أحدهما وحصل الاختلاف بين الحي منهما وورثة المتوفى ، فالحكم في هذا كالحكم فيما إذا كان الاختلاف بين الزوجين ، سواء كان الاختلاف في أصل تسمية المهر أو في قدر المسمى ، فما عليك إلا مراجعة المادتين المتقدمتين ومعرفة الأحكام التي فيهما بالنسبة لاختلاف الزوجين ، وأجربها على الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر .

٧٣٠ - ولو كان الاختلاف بين ورثتهما ، بأن مات الزوجان واختلفت الورثة ، فعند أبي حنيفة : القول لورثة الزوج ، سواء كان الاختلاف في القدر أو في أصل المهر ، فإن كان في القدر لزمهم ما اعترفوا به ، وإن كان في الأصل بأن ادعى ورثتها المهر وأنكره ورثته ، فلا شيء عليهم . وعندهما : الاختلاف بعد موتهما كالاختلاف في حياتهما ، فإن اختلفا في القدر قال محمد : يُحْكَمُ مهر المثل . وقال أبو يوسف : القول لورثة الزوج . وإن اختلفا في الأصل ، يقضى بمهر المثل إذا كان النكاح ظاهراً ، إلا إذا أقامت ورثته البينة على إيفاء المهر أو على إقرارها أو إقرار ورثتها به ؛ لأنه كان ديناً في ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى .

٧٣١ - فإن عُلم أن الزوجة ماتت أولاً ، سقط نصيب الزوج من المهر ؛ لأنه - والحالة هذه - من ضمن الورثة ، فيسقط من المهر ما يستحقه بطريق الميراث ؛ ويدفع الباقي لورثة الزوجة .

٧٣٢ - وإن عُلم أنهما ماتا معاً أو لم يُعْلَم أيهما مات أولاً ، أو علم أن الزوج مات أولاً ، فلا يسقط شيء من المهر ، بل يُقْضَى كله من تركته ؛ لأن الزوج في هذه الأحوال لا يرث الزوجة ، فلا يسقط شيء من المهر .

٧٣٣ - واستدل الإمام على قوله : بأن موت الزوجين يدل على انقراض أقرانها ظاهراً ، فبمهر مَنْ يُقَدَّر القاضي مهر المثل ؛ وهذا لأن مهر المثل يُقَدَّر كحالها وكحال نساء عشيرتها ، وموتها يدل على موت نساء عشيرتها وموت نساء زمانها ظاهراً ، فلا يمكن تقدير مهرها ؛ ولأنه لو سمعت الدعوى في ذلك ، لسمعت من وارث وارث

= قال : أرى أن القول قول ورثة المرأة إن لم يكن دخل بها ، وإن كان قد دخل بها فالقول قول ورثة الزوج . قلت : فإن قال ورثة الزوج : قد دفع صداقها ، أو قالوا : لا علم لنا . وقد كان الزوج دخل بالمرأة . وقال ورثة المرأة : لم تقبض صداقها .

قال : لا شيء على ورثة الزوج . فإن ادعى ورثة المرأة أن ورثة الزوج قد علموا أن الزوج لم يدفع الصداق ، أُخْلِفُوا على أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق ، وليس عليهم البين إلا في هذا الوجه الذي أخبرتك . ومن كان منهم غائب أو أحد يعلم أنه لا يعلم ذلك ، لم يكن عليه بين ، وهذا رأيي .

وارث من ماتت في العصر الأول إن كان نكاحها ظاهرًا مشهورًا في زماننا ، ولهذا احتج أبو حنيفة قائلًا : أرأيت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت علي رضي الله تعالى عنهما على ورثة عمر رضي الله تعالى عنه ، أكنثُ أسمع البينة في ذلك وأقضي فيه بشيء ، وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد وانقرض أهل ذلك العصر ، يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل ؛ ولأن القضاء به قد يؤدي إلى استيفاء مهر المثل مرارًا ؛ لأن النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة ، فيقضى بمهر المثل ، ثم يأتي قوم آخرون فيدعون ذلك ، فيقضى لهم بمهر المثل ، ثم وثم فيتسلسل إلى آخر الدهر .

٧٣٤ - وهذا يدل على أن المسألة مصورة في التقادم ، فلو كان العهد قريبًا ، قضي به . ويدل أيضًا على أنه لو أقيمت البينة على المهر ، قضي به على ورثة الزوج وهو مُسَلَّمٌ ، فقد نقل عن أبي حنيفة أنه قال : لا أقضي بشيء حتى يثبت بالبينة أصل التسمية . وبهذا اندفع ما علل به بعضهم مذهب الإمام من أن مهر المثل من حيث هو قيمة البُضْع يشبه المسمى ، ومن حيث إنه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة ، فباختبار الشُّبْه الأول لم يسقط بموت أحدهما ، وباختبار الشُّبْه الثاني يسقط فسقط بموتهما ؛ فإنه يقتضي أنه لا تسمع البينة عليه بعد موتها لسقوطه أصلًا ، والمنصوص عن الإمام خلافه كما علمت ، والفتوى في هذا المقام على قول الصحابين .

(مادة ١٠٨)

إِنَّمَا يُقْضَى بِجَمِيعِ مَهْرِ الْمِثْلِ لِلْمَرْأَةِ فِي الصُّورِ الْمُتَقَدِّمَةِ إِذَا وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ قَبْلَ تَسْلِيمِهَا نَفْسَهَا .
فَإِنْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، سَوَاءَ كَانَ وَقُوعُهُ فِي حَيَاتِهِمَا أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا ، وَادَّعَى الزَّوْجُ أَوْ وَرَثَتُهُ إِضَالَ شَيْءٍ مِنَ الْمَهْرِ إِلَيْهَا ، وَقَدْ جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ الْبَلَدِ بِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تُسَلَّمُ نَفْسَهَا إِلَّا بَعْدَ قَبْضِ شَيْءٍ مِنْ مَهْرِهَا ، تَقَرَّرَ بِمَا وَصَلَهَا مُعْجَلًا . فَإِنْ لَمْ تَقْرُ بِهِ يُقْضَى عَلَيْهَا بِاسْقَاطِ قَدْرِ مَا يَتَعَارَفُ تَعْجِيلُهُ لِمِثْلِهَا ، وَيُعْطَى لَهَا الْبَاقِي مِنْهُ إِنْ حَصَلَ اتِّفَاقٌ عَلَى قَدْرِ الْمُسَمَّى . وَإِلَّا فَإِنَّ أَنْكَرَ وَرَثَةَ الزَّوْجِ أَضْلَ التَّسْمِيَةِ ، فَلَهَا بِقِيَّةِ مَهْرِ الْمِثْلِ . وَإِنْ أَنْكَرُوا الْقَدْرَ ، فَالْقَوْلُ لِمَنْ شَهِدَ لَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَبَعْدَ مَوْتِهِمَا الْقَوْلُ فِي قَدْرِهِ لَوَرَثَةِ الزَّوْجِ (١) .

• • •

(١) قول الخليفة : جاء في الفتاوى الهندية (٣٢١/١) : « فإن سلمت نفسها ، ثم وقع الاختلاف في حال الحياة أو بعد المات ، فإنه لا يحكم مهر المثل ؛ لأننا نعلم أن المرأة لا تسلم نفسها من غير أن تستعجل شيئًا من مهرها عادة ، فيقال : لا بد أن تقر بما استعجلت ، وإلا قضينا عليك بالمتعارف . ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا ، كذا في محيط السرخسي . »

٧٣٥ - فقد بان لك مما تقدم أن الاختلاف سواء كان بين الزوجين أو بين الورثة : تارة يكون قبل تسليم المرأة نفسها للزوج ، وتارة يكون بعد التسليم . وأنه يقضى بجميع مهر المثل في كل الأحوال التي يكون المهر فيها مُستحقًا ، ولكن هل تأخذ المرأة أو ورثتها جميع المقضي به أو بعضه .

٧٣٦ - إن كان الاختلاف قبل تسليم المرأة نفسها للزوج ، اشترج كل المقضي به ، وإن كان بعد التسليم ، سواء كان وقوعه في حياتهما أو بعد موتهما أو موت أحدهما .

٧٣٧ - فإن لم يدع الزوج أو ورثته إيصال شيء من المهر إلى الزوجة أو ورثتها ، استحق كل المقضي به أيضًا .

٧٣٨ - وإن ادعى الزوج أو ورثته ذلك ، وقد جرت عادة أهل البلد بأن المرأة لا تسلم نفسها إلا بعد قبضها شيئًا من مهرها ، فحينئذ يقال لها : لا بد أن تقري بما وصلك معجلًا ، وإلا قضينا عليك بالمتعارف . فإن أقرت بأنها قبضت شيئًا معلومًا ، وصادقها الزوج أو الورثة على ذلك ، سقط هذا المقدار من مهر المثل ، واستحق الباقي منه .

٧٣٩ - وإن لم تقر بما وصلها معجلًا يقضي عليها بإسقاط قدر ما يتعارف تعجيله لمثلها ، ويعطي لها الباقي . فإن كان هناك اتفاق على القدر المسمى ، وإنما الخلاف في أنه : هل وصل إليها شيء أو لم يصل ، فهذا ظاهر ؛ إذ يقضى بإسقاط النصف أو الثلثين مثلاً ، على حسب ما يتعارف تعجيله لمثلها ، ويعطي لها الباقي منه .

٧٤٠ - وإن لم يكن بينهما اتفاق على ذلك ، فإن كان الاختلاف في أصل التسمية والمنكرهم ورثة الزوج ، فلها بقية مهر المثل . وإن كان الاختلاف في القدر ، فالقول لمن شهد له مهر المثل . وهذا إذا كان حال حياة الزوجين أو بعد موت أحدهما .

٧٤١ - فإن كان بعد موتهما ، فإن كان الاختلاف في القدر ، فالقول لورثة الزوج ، ويلزمهم ما يعترفون به ، وإن كان في الأصل بأن ادعى ورثتها المسمى وأنكره ورثته ، فلا شيء عليهم . ولا يخفى عليك أن هذا مذهب الإمام ، والصاحبان يخالفان ، والفتوى على قولهما ، فراجع ذلك واعرفه من شرح المادة السابقة .

(مادة ١٠٩)

إِذَا انْفَقَ الْحَاطِبُ عَلَى مُعْتَدَةِ الْغَيْرِ ، وَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ بَعْدَ انْقِصَاءِ عَدَّتِهَا . فَإِنْ اشْتَرَطَ عَلَيْهَا التَّزْوِجَ بِهَا ، فَلَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِمَا دَفَعَهُ إِلَيْهَا مِنَ التَّقْدِينِ لِلْإِنْفَاقِ عَلَى نَفْسِهَا . وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ التَّزْوِجَ بِهَا ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ بِشَيْءٍ ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَزَوَّجَتْهُ . وَأَمَّا الْأَطْعِمَةُ الَّتِي أُطْعِمَهَا ،

فَلَا يَزُوجُ بِبَيْمَتِهَا، وَلَوْ اشْتَرَطَ عَلَيْهَا تَزْوِيجَ نَفْسِهَا مِنْهُ ^(١) .

- ٧٤٢ - وكل هذه الأحكام بعد حصول العقد . فإن كان قبله ، فالأحكام هي الآتية :
- ٧٤٣ - فإذا طلق رجل امرأته ، وأنفق عليها غيره وهي في العدة على طَمَعٍ أَنْ يتزوجها إذا انقضت عدتها : فإما أن تتزوجه بعد انقضاء العدة ، وإما أن تمتنع عن ذلك .
- ٧٤٤ - فإن تزوجته ، فلا يأخذ منها شيئاً من المصاريف التي صرفها ، سواء كانت نقوداً أو أطعمة ؛ لأنه أنفق لغرض مخصوص وقد حصل على مقصوده ، فلا يرجع بشيء .
- ٧٤٥ - وإن امتنعت عن تزوجه بعد انقضاء عدتها : فإما أن يشترط عليها التزوج ، أو لا يشترطه .

٧٤٦ - فإن اشترط عليها التزوج : فإما أن يكون أرسل إليها أشياء لتنفق على نفسها منها ، وإما أن يكون أرسل لها طعاماً مهياً للأكل أو أكلت معه مما يأكل .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٥٤/٣ ، ١٥٥) : « أنفق رجل (على معتدة الغير بشرط أن يتزوجها) بعد عدتها (إن تزوجته لا رجوع مطلقاً ، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها ، وإن أكلت معه فلا مطلقاً) » .
قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منہج الطلاب (١٢٩/٤) : « سئل عن خطب امرأة ثم أنفق عليها نفقة ليتزوجها ، فهل له الرجوع بما أنفقه أو لا .
فأجاب ب : أن له الرجوع بما أنفقه على ما دفعه له ، سواء أكان مأكلاً أم مشرباً أم ملبساً أم حلوى أم خبزاً ، وسواء رجع هو أم مجيبه أم مات أحدهما ؛ لأنه إنما أنفقه لأجل تزوجها ، فيرجع به إن بقي وبيدله إن تلف . وظاهر أنه لا حاجة إلى التعرض لعدم قصده الهدية لا لأجل تزوجه بها ؛ لأنه صورة المسألة ؛ إذ لو قصد ذلك لم يختلف في عدم الرجوع » ، وجاء في شرح المهمل على المنهاج (٢١٦/٣) : « دفع الخاطب بنفسه أو وكيله أو وليه شيئاً من مأكول ، أو مشروب ، أو نقد ، أو ملبوس لمخطوبته أو لوليتها ، ثم حصل إعراض من الجانبين أو من أحدهما أو موت لهما أو لأحدهما ، رجع الدافع أو وارثه بجميع ما دفعه إن كان قبل العقد مطلقاً ، وكذا بعده إن طلق قبل الدخول أو مات ، إلا إن ماتت هي ، ولا رجوع بعد الدخول مطلقاً » .
قول المالكية : جاء في منح الجليل (٢٦٤/٣) : « وجاز الإهداء للمعتدة من وفاة أو طلاق غيره الباتن ، لا الإنفاق عليها ، فيحرم كالمواعدة . فإن أهدى أو أنفق عليها ، ثم تزوجت غيره ، فلا يرجع عليها بشيء » .
قول الحنابلة : جاء في الموسوعة الفقهية (٢٠٥/١٩) : « هدية الزوج ليست من المهر نصّاً ، فما أهداه الزوج من هدية قبل عقد إن عدوه بأن يزوجه ولم يتفأ رجع بها . قاله ابن تيمية ؛ لأنه بذلها في نظير النكاح ، ولم يُسَلِّمْ له . وإن امتنع هو ، لا رجوع له . وما قبضه بعض أقارب المرأة كالذي يسمرنه مأكلة بسبب نكاح ، فحكمه كمهر فيما يقرر ويسقطه وينصفه ، ويكون لها ، ولا يملك الولي منه شيئاً ، إلا أن تهبه له بشرطه إلا الأب ، فله أن يأخذ . ومحل كون حكم المجهول مأكلة كمهر حيث قبضه أولياء المرأة » .

٧٤٧ - فإن كان الأول رجع به ؛ لأنه ما أعطاهما هذا الشيء إلا لغرض مخصوص ، فإذا لم يحصل على غرضه ، استرد ما أعطاه ، فكأنها هبة في مقابلة عوض ، ولم يحصل ، فله حق الرجوع فيها .

٧٤٨ - وإن كان الثاني ، فلا يرجع ؛ لأنه ليس بتملك ، وإنما هو إباحة ؛ إذ الشخص المقدم له طعام من عند غيره يستهلكه على ملك صاحبه لا على ملك نفسه ، وأيضًا لا يعلم قدره .

٧٤٩ - وإن لم يشترط عليها التزوج بها بعد انقضاء عدتها ، فلا يأخذ منها شيئًا ؛ لأنه إنما أنفق على قصده لا على شرطه . وبعضهم يقول : يرجع في هذه الحالة ؛ لأن المعروف كالمشروط . وهذا هو الظاهر ^(١) .

(مادة ١١٠)

إِذَا خَطَبَ أَحَدُ امْرَأَةٍ ، وَبَعَثَ إِلَيْهَا بِهَدِيَّةٍ ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا الْمَهْرَ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ ، وَلَمْ تَتَزَوَّجْهُ ، أَوْ لَمْ يُزَوِّجْهَا وَلَيْسَ مِنْهُ ، أَوْ مَاتَتْ ، أَوْ عَدَلَ هُوَ عَنْهَا قَبْلَ عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَلَهُ اسْتِزْدَادٌ مَا دَفَعَهُ مِنَ الْمَهْرِ عَيْنًا إِنْ كَانَ قَائِمًا وَلَوْ تَغَيَّرَ وَنَقَصَتْ قِيمَتُهُ بِالِاسْتِغْمَالِ ، أَوْ عَوِضِهِ إِنْ كَانَ قَدْ هَلَكَ أَوْ اسْتَهْلِكَ . وَأَمَّا الْهَدَايَا ، فَلَهُ اسْتِزْدَادُهَا إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً أَعْيَانَهَا ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ اسْتَهْلِكَتْ ، فَلَيْسَ لَهُ اسْتِزْدَادٌ قِيمَتِهَا ^(٢) .

٧٥٠ - وإذا خطب الرجل امرأة غير معتدة لغيره ، وبعث إليها بهدية ، أو دفع إليها كل المهر أو بعضه ، وامتنعت عن تزوجه إن كانت كبيرة ، أو امتنع وليها من ذلك أو ماتت هي قبل عقد الزواج ؛ فأراد الزوج أن يسترد ما أعطاه ؛ وامتنعت هي أو وليها

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٦٥) : إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح فإن كان ما دفع على حساب المهر موجودًا استرده عينا وإن كان فقد بالتصرف فيه أو تلف استرد قيمته إن كان عرضًا ومثله إن كان نقدًا ، أما الأشياء الأخرى التي أعطاهما أحدهما للآخر على سبيل الهدية فنجري عليها أحكام الهبة .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٥٤/٣ ، ١٥٥) : « (أنفق) رجل (على معتدة الغير بشرط أن يتزوجها) بعد عدتها (إن تزوجته ، لا رجوع مطلقًا . وإن أبت ، فله الرجوع إن كان دفع لها . وإن أكلت معه ، فلا مطلقًا) » .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٤٢١/٧ ، ٤٢٢) : « خطب امرأة ثم أرسل أو دفع بلا لفظ إليها مالا قبل العقد ، أي : ولم يقصد التبرع ، ثم وقع الإعراض منها أو منه ، رجع بما وصلها منه ، كما أفاده كلام البغوي ، =

من ذلك ، يحكم للزوج باسترداد ما دفعه على أنه من المهر ، سواء كان موجودًا أو غير موجود . فإن كان قائمًا ، أخذه بنفسه ، ولو تغير ونقصت قيمته بالاستعمال . وإن كان هالكًا أو مستهلكًا ، أخذ عَوْضَهُ وهو مثله إن كان مثلًا وقيمه إن كان قيمًا . وإنما رجع بالمهر مطلقًا ؛ لأنه معاوضة ، ولم تتم ، فجاز الاسترداد .

٧٥١ - وأما إن كان هدية فله استردادها إن كانت أعيانها موجودة . فإن هلكت أو استهلكت ، فليس له استرداد قيمتها ، لأنها كالهبة المشروطة بالعوض ، وهو التزوج ، فإذا لم يحصل العوض ، يرجع الواهب في هبته إن لم يكن هناك مانع من الرجوع ، وهلاك الشيء واستهلاكه من ضمن الموانع من الرجوع في الهبة .

٧٥٢ - ومن هذا تعلم حكم ما يقع كثيرًا في زماننا من أن الرجل يخطب امرأة ، ثم يأخذ يكسوها ويهدي إليها في الأعياد أو يعطيها دراهم للنفقة أو المهر إلى أن يكملها لها ، طَمَعًا في العقد عليها ليلة الزفاف . فإنها إن أبت أن تتزوجه ، يرجع عليها بغير الهدية الهالكة ، لأن ذلك مشروط بالتزوج . ولو كان هناك قول يقول بالرجوع مطلقًا إذا كان سبب العدول غير قهري لكان وجيهاً أيضًا ؛ لأن المعطى ليس هبة حقيقة ، بدليل قولهم كالهبة فلا يأخذ حكمها من كل وجه .

= واعتمده الأذرعى ، ونقله الزركشي وغيره عن الرافعي . وعبارة قواعده : خُطِبَ امرأة ، فأجابته ، فحمل إليهم هدية ، ثم لم ينكحها ، رجع بما ساقه إليها ؛ لأنه ساقه بناء على إنكاحه ، ولم يحصل . ذكره الرافعي في الصداق . وعجيب ممن ينقل ذلك عن فتاوى ابن رَزِين ، أي : وقد بان أن لا عجب ؛ لأن ابن رزين ذكره صريحًا ، والرافعي اقتضاء كما تقرر . ثم قال : ولا فرق بين كون المُهْدَى من جنس الصداق أو من غير جنسه . قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (٨/٢٩٦ ، ٢٩٧) : « الرابعة : هدية الزوجة ليست من المهر ، نص عليه . فإن كانت قبل العقد وقد وعدوه بأن يزوجه ، فزوجوا غيره ، رجع بها . قاله الشيخ تقي الدين عَنَّا . واقتصر عليه في الفروع . قلت : وهذا مما لا شك فيه ، وقال الشيخ تقي الدين عَنَّا أيضًا : ما قُبِضَ بسبب النكاح فكمهر ، وقال أيضًا : ما كتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها . وقال في القاعدة الخمسين بعد المائة : حكى الأثرم عن الإمام أحمد عَنَّا في المولى يتزوج العرية ، يفرق بينهما . فإن كان دفع إليها بعض المهر ، ولم يدخل بها ، يردوه . وإن كان أهدى هدية ، يردونها عليه . قال القاضي في الجامع : لأن في هذه الحال يدل على أنه وهب بشرط بقاء العقد ، فإذا زال ملك الرجوع كالهبة بشرط الثواب . انتهى . وهذا في الفُرقة القَهْرِيَّة لفقد الكفاية ونحوها ظاهر ؛ وكذا الفرقة الاختيارية المُشَقَطَةُ للمهر . فأما الفسخ المقرر للمهر أو لنصفه ، فنُشِيت معه الهدية . وإن كانت العطية لغير المتعاقدين بسبب العقد كأجرة الدلال والمحاطب ونحوهما ، ففي النظريات لابن عقيل : إن فسخ البيع بإلحاح ونحوها ، لم يقف على التراضي ، فلا ترد الأجرة ، وإن فسخ بخيار أو عيب ، ردت ؛ لأن البيع وقع مترددًا بين اللزوم وعدمه . وقياسه في النكاح أنه إن فُسخ لفقد الكفاية أو لعيبه ، رُدَّتْ . وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة ، لم ترد . »

٧٥٣ - وقال ابن عابدين : لم أر حكم ما لو مات هو أو أمي ، فليراجع ^(١) . وبعد المراجعة في عدة كتب ، لم أجد نصاً في ذلك ، فلا أدري من أي كتاب أتى المؤلف بالحكم فيها ؛ لأنه قال : أو عدل هو . مع أن الظاهر أنه لا يرجع في الهدايا مطلقاً ، لأنها وإن كانت كالهبة بشرط العوض ولم يحصل ، إلا أن عدم حصوله أت من جهته هو ، بل لو قيل في المهر كذلك لما عدم نصيباً من التوجيه إذا لم يكن مضطراً في الامتناع ؛ لأن المنع ليس من المخطوبة أو وليها ، بل المنع من جهته . وإن فرق بين موته وإبائه كان حسناً ، ومع كل ذلك فراجع لعلك تظفر بالنص .

٧٥٤ - وفي البحر ما يؤيد هذا البحث ، فإن فيه - في الجزء الثالث في صحيفة (١٩٩) - ما نصه : الثاني : لو خطب ابنة رجل فقال أبوها : إن نقدت إليّ المهر كذا ، أزوجه منك . ثم بعد ذلك بعث بهدايا إلى بيت الأب ، ولم يقدر على أن ينقد المهر ، فلم يزوجه فأراد الرجوع . قالوا : ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك ، يسترده ، وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم ، فأما الهالك والمستهلك فلا شيء فيه . اهـ ^(٢) .

٧٥٥ - فهذا يفيد أن المنع آت من قبل الزوج بلا اختياره بدليل قوله : ولم يقدر على أن ينقد المهر ؛ فإنه ربما يفهم منه أنه لو كان قادراً على دفع المهر وامتنع ، لم يثبت له الرجوع . وبالجملة فإني لم أر نصاً صريحاً في ذلك ^(٣) .

(مادة ١١١)

إِذَا بَعَثَ الزَّوْجُ إِلَى امْرَأَتِهِ شَيْئًا مِنَ التَّقْدِينِ أَوْ الْعَرُوضِ أَوْ بِمَا يُؤَكَّلُ قَبْلَ الزَّفَافِ أَوْ بَعْدَ الْبِنَاءِ بِهَا ، وَلَمْ يَذْكُرْ وَقْتُ بَعْثِهِ أَنَّهُ مِنَ الْمَهْرِ وَلَا غَيْرِهِ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فَقَالَ الزَّوْجُ : هُوَ مِنَ الْمَهْرِ . وَقَالَتْ : هُوَ هَدِيَّةٌ . فَأَلْقَوْلُ لَهُ يَبِينُهُ فِيمَا لَمْ يَجْرِ عَرْفُ أَهْلِ الْبَلَدِ بِإِزْسَالِهِ هَدِيَّةً لِلْمَرْأَةِ ، وَلَهَا فِيمَا جَرَى بِهِ . فَإِنْ حَلَفَ الزَّوْجُ - وَالْمَبْعُوثُ قَائِمٌ - ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ أَبَقْتَهُ مَحْسُوبًا مِنْ مَهْرِهَا ، وَإِنْ شَاءَتْ رَدَّتْهُ وَرَجَعَتْ بِبَاقِي الْمَهْرِ أَوْ كُلِّهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ لَهَا شَيْئًا مِنْهُ . وَإِنْ هَلَكَ أَوْ اسْتَهْلِكَ تَحْتَسَبَ قِيمَتُهُ مِنَ الْمَهْرِ . وَإِنْ بَقِيَ لِأَحَدِهِمَا بَعْدَ ذَلِكَ

(١) رد المحتار (١٥٥/٣) .

(٢) البحر الرائق شرح كثر الدقائق (١٩٩/٣) .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٠) إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعى الزوج المهر ، وادعت الهدية ، فأبهما أقام البينة قضى له بها ، وإن عجزا عن إقامة البينة ، قضى بعرف الصلاحية ، ويقضى لمن يشهد له العرف يمينه ، فإن لم يشهد العرف لأحدهما فالقول قول الزوج يمينه .

شَيْءٌ ، يَزْجَعُ بِهِ عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَا الْبَيْتَةَ ، فَبَيْتُهَا مُقَدَّمَةٌ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٩٨ ، ١٩٧/٣) : « (ومن بعث إلى امرأته شيئاً ، فقالت : هدية ، وقال : هو من المهر . فالقول قوله ، في غير المهيأ للأكل) ؛ لأنه الممكّل ، فكان أعرف بجهة التملك ، كيف وأن الظاهر أنه يسمى في إسقاط الواجب ، إلا فيما يُتعارف هدية ، وهو المهيأ للأكل ؛ لأنه متناقض عرفاً . وقُتِر الإمام الولولجي المهيأ للأكل بـ : ما لا يبقى ويفسد . فخرج نحو التمر ، والدقيق ، والعسل ، فإن القول فيه قوله . ا هـ . ودخل تحت غير المهيأ للأكل الثياب مطلقاً ، فالقول فيها قوله .

وقال الفقيه أبو الليث : المختار أن ما كان من متاع سوى ما يجب عليه ، فالقول له ، وإلا فلها كالدرع والخمار ومتاع البيت ؛ لأن الظاهر يكذبه ، والحُفُّ والمُلَاة لا تجب عليه ؛ لأنه ليس عليه أن يهبى لها أمر خروجها . كذا في غاية البيان . وفي فتح القدير : ثم كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع والخمار ، إنما ينفي احتسابه من المهر لا من شيء آخر كالكسوة . ا هـ . وهذا البحث موافق لما في الجامع الصغير فإنه قال : إلا في الطعام الذي يؤكل ؛ فإنه أعم من المهيأ للأكل وغيره . وفيه أيضاً ؛ والذي يجب اعتباره في ديارنا جميع ما ذُكر من الخنطة ، واللوز ، والدقيق ، والسكر ، والشاة الحية وبقاياها يكون القول فيها قول المرأة ؛ لأن المتعارف في ذلك كله أن يرسله هدية . والظاهر مع المرأة لا معه ، ولا يكون القول له إلا في نحو الثياب والجارية . وهذا كله إذا لم يذكر وقت الدفع جهة أخرى غير المهر ، فإن ذكر وقال : اصرفوا بعض الدنانير إلى الشمع ، وبعضها إلى الحياء . لا يقبل قوله بعد ذلك أنه من المهر كما في القنية .

وأشار المصنف إلى أنه لو بعث إليها ثوباً وقال : هو من الكسوة . وقالت : هدية . فإن القول قوله والبينة يثبتها . كذا في الخلاصة من كتاب الدعوى ، وهذا يدل على أن البينة يثبتها في مسألة الكتاب أيضاً ؛ لعدم الفرق بينهما . وأراد بكون القول قوله في المختصر أن يحلف ، فإن خلف إن كان المتاع قائماً كان للمرأة أن ترد المتاع ، لأنها لم ترضَ بكونه مهراً ، وترجع على الزوج بما بقي من المهر . وإن كان المتاع هالكاً إن كان شيئاً بثلياً ، رُدَّتْ على الزوج مثل ذلك . وإن لم يكن مثلياً ، لا ترجع على الزوج بما بقي من المهر . كذا في الحانية . وهذا إذا لم يكن من جنس المهر . فإن كان من جنسه ، وقع قصاصاً كما لا يخفى . وصرح في معراج الدراية : أن فيما كان القول فيه قولها وهو المهيأ للأكل ؛ فإنه مع يمينها ، وإن كان العرف شاهداً لها . وأشار المصنف إلى أن الزوج لو بتَّ إليها هدياً ، وعوضته المرأة ثم رُدَّتْ إليه ؛ ثم فارقها وقال : بعثتها إليك عارية . وأراد أن يسترده وأرادت هي أن تسترد العوض ، فالقول قوله في الحكم ؛ لأنه أنكر التملك . وإذا استرده ، تسترد هي ما عوضته . كذا في الفتاوى للسمرقندي .

قول الشافعية : جاء في حاشية الجمل على شرح منيع الطلاب (٢٧٠/٤) : « لو أعطاطها مآلاً ، وادعت أنه هدية ، وقال : بل صدق . صدَّق يمينه . وإن لم يكن المدفوع من جنس الصداق ؛ لأنه أعرف بكيفية إزالة ملكه . فإن أعطى من لا ذنَّ عليه شيئاً ، وقال الدافع بعوض وأنكر الأخذ ، صدَّق يمينه . ويفارق ما قبله بأن الزوج مستقل بأداء الدين وبقصدته وبأنه يريد براءة ذمته ، بخلاف معطي من لا دين عليه فيهما . »

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) : « (وفي تشطر هدية) تطوع بها الزوج (بعد العقد وقبل البناء) بالطلاق قبله ، فيرجع الزوج عليها بنصفها (أو لا شيء له) منها (وإن) كانت قائمة (لم تفت) وهو المذهب . فإن بنى لها ، فلا شيء له منها ، ولو قائمة . وهذا في النكاح الصحيح ، وأشار للفاسد بقوله : (إلا أن يفسخ) النكاح (قبل البناء فيأخذ) الزوج (القائم منها) أي : من الهدية ، وضاع =

٧٥٦ - وإذا تزوج رجل امرأة ، وبعث إليها شيئاً ، سواء كان هذا الشيء من الذهب والفضة أو من العروض : كالحرير ، والصوف ، والكستور ، أو خاتماً من الماس ، أو كان مما يؤكل سواء كان مهياً للأكل : كخبز ولحم مشوي ، أو غير مهياً للأكل : كالحنطة ، واللوز ، والدقيق ، والسكر ، والبن ، ولم يذكر الزوج وقت إرساله أنه من المهر ولا من غيره ، سواء كان هذا الإرسال قبل أن تزف إليه الزوجة أو بعد الزفاف ، ثم حصل خلاف بين الزوجين ، فقال الزوج : أرسلته على أنه من المهر . وقالت الزوجة : لا ، بل هو هدية . فينظر إلى العرف ، فإن كان عرف أهل البلد جارياً بإرسال الشيء المتنازع فيه على أنه من المهر ، فالقول قول الزوج يمينه ؛ لأن الظاهر يشهد له ، وهو يسعى في إسقاط ما في ذمته ؛ ولأنه هو المملوك ، فهو أعرف بجهة التملك ، كما إذا قال رجل لآخر : أودعت عندك هذا الشيء . وقال الآخر : لا ، بل وهبته لي . كان القول قول من يدعي الوديعة .

٧٥٧ - وإن كان العرف جارياً بإرسال مثل الشيء المتنازع فيه هدية ، فالقول قول

= عليه ما فات منها . فهذا الاستثناء منقطع ؛ لأنه في الفاسد وما قبله في الصحيح (لا إن فسح بعده) أي : بعد البناء ، فلا شيء له منها ، ولو قائمة ؛ لأن الذي أهدى لأجله قد حصل (روايتان) راجع لما قبل الاستثناء (وفي القضاء) على الزوج عند المنازعة (بما يهدي) للزوجة (عرفاً) قبل البناء وليس مشروطاً فيه وعدمه (قولان) وعلى القضاء قليل : يتكامل بالموت ، ويتشطر بالطلاق قبل البناء . وقيل : يسقط بهما إذا لم يقبض . وعلى عدمها فهي هبة ، لا بد فيها من الحوز ، وتكون كالهبة المتطوع بها بعد العقد . فإن تحيرت وطلّق قبله ، فأصح الروايتين لا شيء له .
قول الحابلة : جاء في المعنى (١٨١/٧) : « فإن دفع إليها ألفاً ثم اختلفا ، فقال : دفعتها إليك صدقاً . وقالت : بل هبة .

فإن كان اختلفا في نيته كأن قالت : قصدت الهبة . وقال : قصدت دفع الصداق . فالقول قول الزوج بلا يمين ، لأنه أعلم بما نواه ، ولا تَطْلُغُ المرأة على نيته .

وإن اختلفا في لفظه ، فقالت : قد قلت : خذي هذا هبة أو هدية . فأنكر ذلك ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنها تدعي عقداً على ملكه ، وهو ينكره ، فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها . لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه ، كأن أصدقها دراهم ، فدفع إليها عوضاً ثم اختلفا ، وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها ، فللمرأة ردّ العرض ومطالبتها بصداقها . قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف ، فبعث إليها ب قيمته متاعاً وثياباً ، ولم يخبرهم أنه من الصداق ، فلما دخل سأله الصداق ، فقال لها : قد بعثت إليك بهذا المتاع ، واحتسبته من الصداق . فقالت المرأة : صدقي دراهم . تزوّدت الثياب والمتاع ، وترجع عليه بصداقها . فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صدق . فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق ، وادعت هي أنه قال : هو هبة . فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ، ويتراجعا بما لكل واحد منهما . وحكي عن مالك أنه قال : إن كان مما جرت العادة بهديته : كالثوب والخاتم ، فالقول قولها ؛ لأن الظاهر معها . وإلا فالقول قوله . ولنا : أنها اختلفا في صفة انتقال ملكه إلى يدها ، فكان القول قول المالك ، كما لو قال : أودعتك هذه العين . قالت : بل وهبتها .

المرأة ييمينها ؛ لأن الظاهر يشهد لها . وبما أننا بنينا الحكم على العرف ، فلا يمكننا أن نقول : أن القول قولها فيما إذا كان المرسل فواكه مثلاً ، والقول قوله فيما إذا كان ثياباً ، لأن ذلك يختلف باختلاف البلاد والأزمان . فالحكم يختلف بالنسبة للبلد والزمن والزوج ، فلا بد من أن القاضي ينظر ويحكم حسب العرف الجاري .

٧٥٨ - فإن حلف الزوج أن ما أرسله إليها من المهر : فإما أن يكون المبعوث موجوداً ، أو غير موجود بأن كان هالكاً أو مستهلكاً .

٧٥٩ - فإن كان موجوداً ، تحيّر الزوجة بين أمرين :

٧٦٠ - الأول : أن تبقية محسوباً من المهر ، وترجع على الزوج بالباقي إن لم يَفِ

بالمهر . فإن وفى به ، فلا رجوع .

٧٦١ - الثاني : أن ترده على الزوج ، وترجع بباقي المهر إن كانت أخذت منه شيئاً

غيره ، أو ترجع بكله إن لم تكن أخذت منه شيئاً ؛ لأنه عوض عن المهر ، فلا ينفرد به الزوج ، فلا بد من رضاها . وهي لم تأخذه على أنه من المهر ، بل على أنه هدية كما ادعت ذلك .

٧٦٢ - وإن كان هالكاً أو مستهلكاً فلا يمكنها أن ترده على الزوج ، لكن إن كان

مثلياً فلها أن ترد مثله على الزوج وتأخذ المهر ، وإن كان قيمياً تحتسب قيمته من المهر .

٧٦٣ - فإن بقي لأحدهما بعد ذلك شيء ، يرجع به على الآخر .

٧٦٤ - وهذا كله إذا لم يكن المبعوث من جنس المهر . فإن كان من جنسه ، وقع

التقاض كما لا يخفى . فإن أقام أحدهما بينة ، قبلت بينته ؛ لأنه نُورٌ دعواه بالحجة . وإن أقام كلٌّ منهما بينة ، قُدِّمت بينتها ؛ لأن البيئات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، والظاهر يشهد له ؛ إذ هو يسمى في إسقاط ما في ذمته .

٧٦٥ - فإن ذكر وقت الدفع جهة أخرى غير المهر بأن قال : اصرفوا بعض هذه

الدنانير إلى الشمع وبعضها إلى الحياء . فلا يقبل قوله : إنه من المهر ؛ لأنه صُرف إلى الجهة التي عيَّنها ، فلا يتأتى صرفه لغيرها ؛ لأن الظاهر يشهد لها .

٧٦٦ - ولو ادعت المرأة أن المبعوث من المهر ، وقال : هو وديعة . فإن كان من

جنس المهر ، فالقول لها . وإن لم يكن من جنس المهر ، فالقول له بشهادة الظاهر .

٧٦٧ - ولو بعث إلى امرأته شيئاً ، وبعث إليه أبوها شيئاً ، ثم قال : هو من المهر .

فلأيها أن يرجع بما بعث إن كان من مال نفسه ، وكان قائماً . وإن كان من مال البنت

بإذنها ، فلها الرجوع أيضًا ؛ لأنه عوض عن الهبة ، وهذا ظاهر إذا كان ما بعث إلى الزوج بعد بعثه . فإن كان قبل إرساله ، فلا رجوع ؛ لأنه هبة من الزوجة للزوج .

٧٦٨ - وإذا تزوج رجل امرأة ، وبعث إليها بهدايا ، وأعطته المرأة في مقابلتها عوضًا ، ثم زفت إليه ، ثم فارقها ، وقال : إن ما بعثته إليك عارية . وأراد أن يسترد ذلك ، وأرادت المرأة أن تسترد العوض ، فالقول له في الحكم ؛ لأنه أنكر التملك . فإذا استرد ذلك منها ، كان لها أن تسترد ما عوضته . فإذا ادعى الزوج أن المرسل من الكسوة ، وقالت : هو هدية . فالقول قوله والبينة بينها (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المهر حق الزوجة : المادة (٦١) : المهر مال الزوجة فلا تجبر على عمل الجهاز منه .

الفصل الثامن في الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التي تقع بشأنها

(مادة ١١٢)

لَيْسَ الْمَالُ بِمَقْصُودٍ فِي النِّكَاحِ ، فَلَا تُجْبَزُ الْمَرْأَةُ عَلَى تَجْهِيزِ نَفْسِهَا مِنْ مَهْرَهَا وَلَا مِنْ غَيْرِهِ ، وَلَا يُجْبَزُ أَبُوهَا عَلَى تَجْهِيزِهَا مِنْ مَالِهِ . فَلَوْ زُفَّتْ بِجِهَازٍ قَلِيلٍ لَا يَلِيقُ بِالْمَهْرِ الَّذِي دَفَعَهُ الزَّوْجُ ، أَوْ بِلَا جِهَازٍ أَضَلَّ ، فَلَيْسَ لَهُ مَطَالَبَتُهَا وَلَا مَطَالَبَةُ أَبِيهَا بِشَيْءٍ مِنْهُ ، وَلَا تَنْقِصُ شَيْءٌ مِنْ مَقْدَارِ الْمَهْرِ الَّذِي تَرَاضِيَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ بَالَعَ الزَّوْجُ فِي بَدَلِهِ رَغْبَةً فِي كَثْرَةِ الْجِهَازِ (١) .

(١) قول الحنفية: جاء في الدر المختار (١٥٨/٣): « لو زُفَّتْ إليه بلا جهاز يليق به ، فله مطالبة الأب بالتقديس . فنية . زاد في البحر عن المبتنى : إلا إذا سكت طويلاً ، فلا خصومة له . ولكن في النهر عن البرازية : الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشيء ؛ لأن المال في النكاح غير مقصود ، وجاء في حاشيته رد المختار : « قوله : (يليق به) الضمير في عبارة البحر عن المبتنى عائد إلى ما بعته الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير . ثم قال : والمعتبر ما يُتَّخَذُ للزوج ، لا ما يُتَّخَذُ لها . ا هـ . قلتُ : وهذا المبعوث يسمى في عرف الأعاجم بالدستمان كما يأتي قوله : (إلا إذا سكت طويلاً) قال الشارح في كتاب الوقف : ولو سكت بعد الزفاف زماناً يُعْرَفُ بذلك رضاه ، لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك ، وإن لم يتخذ له شيء . ا هـ . ح وأشار بقوله : يعرف . إلى أن المعتبر في الطول والقصر العرف . قوله : (لكن في النهر ، إلخ) ومثله في جامع الفصولين ولسان الحكماء عن فتاوى ظهير الدين المرغيناني ، وبه أفنى في الحامدية . قلت : وفي البرازية ما يفيد التوفيق ، حيث قال : تزوجها وأعطائها ثلاثة آلاف دينار الدستمان وهي بنت ثُمُوس ، ولم يعط لها الأب جهازاً ، أفنى الإمام جمال الدين وصاحب المحيط بأن له مطالبة الجهاز من الأب على قدر العرف والعادة ، أو طلب الدستمان . قال : وهذا اختيار الأئمة ، وقال الإمام المرغيناني : الصحيح أنه لا يرجع بشيء ؛ لأن المال في النكاح غير مقصود . وكان بعض أئمة خوارجم يمترض بأن الدستمان هو المهر المعجل كما ذكره في الكافي وغيره ، فهو مقاتل بنفس المرأة ، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه ، فكيف يملك الزوج طلب الجهاز والشئىء لا يقابله عِوضان . وأجاب عنه الفقيه ناقلاً عن الأستاذ : أن الدستمان إذا أُذْرِجَ في العقد ، فهو المعجل الذي ذكرته ، وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو كالهبة ، بشرط العوض وذلك ما قلناه ، إن لم يذكره في العقد ورُفَّتْ إليه بلا جهاز ، وسكت الزوج أياً ما لا يتمكن من دعوى الجهاز ؛ لأنه لا مانعاً محتملاً وسكت زماناً يصلح للاختيار ، دَلَّ أن الغرض لم يكن الجهاز . ا هـ ملخصاً .

وحاصله : أن ذلك المعجل لا يلزم كونه هو المهر المعجل دائماً كما يوهمه كلام الكافي ، حتى يَرِدَ أنه مقابل لنفسها لا بجهازها بل فيه تفصيل ، وهو أنه إن مجل من جملة المهر المعقود عليه ، فهو المهر المعجل ، وهو مقاتل بنفس المرأة ، وإلا فهو مقاتل بالجهاز عادة ، حتى لو سكت بعد الزفاف ، ولم يطلب جهازاً ، عُلم أنه دفعه تبرعاً بلا طلب عِوض ، وهو في غاية الحسن ، وبه يحصل التوفيق ، والله الموفق .

٧٦٩ - اعلم أن المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا معارض لها إن كانت رشيدة ؛ فليس للزوج معارضتها في التصرفات التي تتصرفها في المهر ، وليس له أن ينتفع بشيء مما اشترى به إلا برضاها ، وحينئذ فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من المهر ولا غيره إن كانت رشيدة ، ولا يجبر أبوها على ذلك إن كانت غير رشيدة ؛ لأن الغرض من الزواج التناسل لا المال .

٧٧٠ - ويرتب على ذلك : أن الزوجة إذا زُفَّت إلى زوجها بلا جهاز أصلاً ، أو بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذي دفعه ، فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشيء من المهر ولا تنقيص شيء منه بعد الاتفاق ، بل يُلزم بدفع المتفق عليه ، وإن بالغ في المهر رغبة في كثرة الجهاز .

٧٧١ - وبعضهم يقول : إذا زفت إليه بلا جهاز أصلاً ، فله مطالبة الأب أو مطالبتها بما بعث من الدنانير والدراهم ، وإن كان الجهاز قليلاً فله المطالبة بما يليق بالمعوث . يعني : إذا لم تجهز بما يليق بالمعوث ؛ فله استرداد ما بعث .

٧٧٢ - والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها ، إلا إذا سكت بعد الزفاف زماناً يدل على رضاه ، فليس له أن يخاصم بعد ذلك ، وإن لم يتخذ له شيء ؛ والمعتبر في طول الزمن وقصره الغُرف ، ويظهر من كلامهم ترجيح الأول^(١) .

(مادة ١١٣)

إِذَا تَبَرَّعَ الْأَبُ وَجَهَّزَ بِنْتَهُ الْبَالِغَةَ مِنْ مَالِهِ ، فَإِنْ سَلَّمَهَا الْجَهَّازَ فِي حَالِ صِحَّتِهِ ، مَلَكَتْهُ بِالْقَبْضِ ، وَلَيْسَ لِأَبِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَلَا لِوَرَثَتِهِ اسْتِزْدَادُ شَيْءٍ مِنْهُ . وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهَا ،

= ولكن الظاهر جريان الخلاف في صورة ما إذا كان معقوداً عليه ، لأنه وإن ذُكر على أنه مهر ، لكن من المعلوم عادة أن كثرة لأجل كثرة الجهاز ، فهو في المعنى بدل له أيضاً ، ولهذا كان مهر من لا جهاز لها أقل من مهر ذات الجهاز وإن كانت أجمل منها . ويجاب ب : أنه لما صرح بكونه مهراً ، وهو ما يكون بدل الضع الذي هو المقصود الأصلي من النكاح دون الجهاز ، لم يعتبر المعنى . وهذا غير معروف في زماننا ، بل كل أحد يعلم الجهاز للمرأة إذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يُورث عنها ، وإنما يزيد المهر طمئناً في تزويج ابنته به وعوده إليه ولأولاده إذا ماتت ، وهذه المسألة نظير ما لو تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بكر فإذا هي ثيب ؛ فلذا كان المصحح هنا عدم الرجوع بشيء كما مرَّ عن المرغيناني .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٢) أ - تملك البالغة الجهاز الذي يجهزها به الأب حال صحته بالقبض .

ب - تملك القاصرة الجهاز الذي يجهزها به الأب بمجرد شرائه لها ولو لم تقبضه .

ج - إذا جهز الأب ابنته حال مرض موته فلا تملك الجهاز إلا بإجازة الورثة .

فَلَا حَقَّ لَهَا فِيهِ . وَلَوْ سَلَّمَتْ إِلَيْهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَلَا تَمْلِكُهُ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ (١) .

٧٧٣ - فإن اشترى الأب بالمهر جهازًا لابنته كما هي العادة الجارية ؛ فلا كلام في أنها تملكه بمجرد الشراء ؛ إذ هو بدل ما تملكه وهو المهر .

٧٧٤ - وأما إن اشترى شيئًا من مال نفسه لجهازها أيضًا ؛ فإما أن يصرح وقت الشراء بأنه يشتريه على ذمتها ، أو لا يصرح .

٧٧٥ - فإن صرح بذلك ؛ فإما أن تكون البنت كبيرة أو صغيرة . فإن كانت كبيرة فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٧٧٦ - الأول : أن يكون الشراء والتسليم حصلًا في حال صحته .

٧٧٧ - الثاني : أن يكون الشراء حال الصحة ، والتسليم حال المرض .

٧٧٨ - الثالث : أن يكون كل منهما حال المرض .

فإن كان الأول ملكته بالقبض ، فليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته بعد موته استرداد شيء منه أصلًا إلا برضاها ؛ لأنه صار ملكًا لها ، ولا يجبر أحد على إعطاء ملكه لغيره ، فلو فرض أن الأب مات في هذه الحالة قبل أن يدفع ثمن الجهاز ، فالدائن يأخذ ثمنه من التركة ، ويقسم ما بقي منها بعد قضاء هذا الدين بين الورثة ومنهم البنت بدون أن يَشَقُّطَ من نصيبها شيءٌ في مقابلة ثمن الجهاز .

٧٧٩ - وإن كان الثاني أو الثالث ؛ فإما أن تجيز الورثة هذا التمليك ، أو لا . فإن أجازته ملكته أيضًا ؛ لأن هذا حقهم وقد أسقطوه ، فلا اعتراض عليهم متى كان كل منهم أهلًا للتمليك . وإن لم يجيزوه ، فلا تملكه بل يكون من ضمن التركة ، فيأخذ كل من الورثة حقه فيه ؛ لأن التمليك - والحالة هذه - هبة للوارث حال المرض ، فتعتبر وصية ، ولا وصية لوارث إلا بإجازة بقية الورثة .

٧٨٠ - ولا يقال : إن هناك صورة رابعة ، وهي ما إذا كان الشراء حال المرض والتسليم

(١) قول الحنفية : جاء في العقود الدرية (٢٧/١) : « (سئل) في رجل اشترى في حال صحته لابنته الصغيرة أواني ، ليجهزها بها ، ثم مات عن ورثة ، فهل يكون ذلك للبنت خاصة ؟ »

(الجواب) : نعم ، قال في اللؤلؤالية : إذا جهز الأب ابنته ، ثم مات ، وبقيت الورثة يطلبون القسَمَ منها . فإذا كان الأب اشترى لها في صغرها أو بعدما كبرت ، وسَلَّم إليها ذلك في صحته ، فلا سبيل لورثته عليه ، ويكون للابنة خاصة ، وينظر : رد المحتار (٦٨٤/٣) .

في حال الصحة ، لأننا نقول : إن الغرض من المرض هو مرض الموت ، أي : المرض الذي يعقبه الموت . فإذا صح من المرض الذي حصل فيه الشراء ، فلا يقال : إنه مريض مرض الموت . وحيثئذ فلو حصلت هذه الصورة ، ملكته بالتسليم ، فتكون كالصورة الأولى .

(مادة ١١٤)

إِذَا اشْتَرَى الْأَبُ مِنْ مَالِهِ فِي صِحَّتِهِ جَهَازًا لِبَنْتِهِ الْقَاصِرَةِ ، مَلَكَتْهُ بِمُجَرَّدِ بَشْرَائِهِ ، سَوَاءً قَبَضَتْهُ بِنَفْسِهَا وَهِيَ مُتَمَيِّزَةٌ فِي حَالِ صِحَّتِهِ ، أَوْ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، أَوْ لَمْ تَقْبِضْهُ فِي حَيَاتِهِ . وَلَيْسَ لَهُ وَلَا لَوْرَثَتِهِ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْهُ . وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ دَفْعِ ثَمَمِهِ ، يَزْجَعُ الْبَائِعُ عَلَى تَرْكِهِ ، وَلَا سَبِيلَ لِلْوَرَثَةِ عَلَى الْقَاصِرَةِ .

٧٨١ - وإن كانت البنت صغيرة ملكته بمجرد الشراء في الصورة الأولى والثانية ، سواء قبضته بنفسها وهي مميزة في حال صحته أو في مرض موته أو لم تقبضه في حياته ، فليس له ما دام حيًّا ولا لورثته بعد موته أخذ شيء منه - والحالة هذه - ؛ لأنه صار مملوكًا لها بمجرد الشراء .
٧٨٢ - فلو مات الأب قبل أن يدفع الثمن ، فللبائع أخذ ثمنه من التركة ، ويقسم الباقي منها على الورثة ، وليس لهم أن يسقطوا من نصيب البنت شيئًا في مقابلة ثمن هذا الجهاز .
٧٨٣ - وفي الصورة الثالثة : إن أجازت الورثة ، ملكته ؛ لأن كلاً منهم أسقط حقه فيه ، فيسقط متى كان أهلاً للإسقاط . وإن لم تُجْز ، فلا تملكه ، وحيثئذ يكون من ضمن التركة ؛ فيأخذ كلٌّ من الورثة نصيبه منه .

٧٨٤ - فظهر مما تقدم : أنه متى كان الشراء والتسليم حال الصحة ، ملكته البنت ، سواء كانت كبيرة أو صغيرة . ومتى كان كلٌّ منهما حال المرض ، فلا تملكه مطلقًا . وأما لو كان الشراء في حال الصحة والتسليم في حال المرض ، ملكته الصغيرة لا الكبيرة .
٧٨٥ - والفرق بينهما : أن الأب له الولاية على أموال بنته الصغيرة ، فیده قائمة مقام يدها ، فبمجرد الشراء على ذمتها انتقل الملك لها وصار تحت يد الأب كباقي أموالها ، بخلاف الكبيرة فإن لها الولاية على مال نفسها ، فليست يد أبيها كيدها ، فلا تملك ما تبرع به الأب إليها إلا بوضع يدها عليه . ومثل الجهاز في كل الأحوال المتقدمة غيره .

(مادة ١١٥)

إِذَا جَهَّزَ الْأَبُ بِنْتَهُ مِنْ مَهْرِهَا ، وَقَدْ بَقِيَ عِنْدَهُ شَيْءٌ مِنْهُ فَاصْطَلَّ عَنْ تَجْهِيزِهَا ، فَلَهَا مَطَالِبَتُهُ بِهِ ^(١) .

• • •

٧٨٦ - وبما أنك قد علمت مما تقدم أن المهر ملك للمرأة ، وليس لأحد فيه حق ، فإذا جهزها أبوها به كله ، فلا كلام ، وأما إن جهزها ببعضه ، فلها الحق في مطالبته بما بقي منه ، سواء كان قليلاً أو كثيراً ، ويجبر على دفعه لها ^(٢) .

(مادة ١١٦)

الْجَهَّازُ مِلْكُ الْمَرْأَةِ وَخَدَّهَا ، فَلَا حَقَّ لِلزَّوْجِ فِي شَيْءٍ مِنْهُ .
وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى فَرْشِ أُمَّتِهَا لَهُ وَلَأَصْيَافِهِ ، وَإِنَّمَا لَهُ الْاِئْتِفَاعُ بِهَا بِإِذْنِهَا وَرِضَاهَا .
وَلَوْ اغْتَصَبَ شَيْئًا مِنْهُ خَالَ قِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ بَعْدَهَا ، فَلَهَا مَطَالِبَتُهُ بِهِ ، أَوْ بِقِيَمَتِهِ إِنْ هَلَكَ أَوْ اسْتَهْلَكَ عِنْدَهُ ^(٣) .

• • •

٧٨٧ - وإذا ثبت أن المهر ملك للمرأة ، فالجهاز الذي اشترى به ملكها أيضاً وحدها ؛ لأنه مقابل ملكها ، وحينئذ فلا حق للزوج في أخذ شيء منه ولا الانتفاع به إلا برضاها .
٧٨٨ - فليس له أن يجبرها على فرش أمتعتها في بيته ، سواء كان له أو لغيره .
فلورضيته بذلك ، ثبت له هذا الحق ، لأن الشخص له أن يملك غيره عين ما يملكه أو منفعته ، سواء كان بعوض أو بغير عوض .

(١) قول الحنفية : جاء في العقود الدرية (٢٨/١) : « للبتن مطالبة أبيها بما بقي معه من المهر فاضلاً عما جهَّزها به » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥١) أ - الزوج ملزم بإعداد منزل الزوجية ، فإن أعدت الزوجة شيئاً منه كان ملكاً لها .

ب - للزوج الانتفاع بالجهاز المملوك للزوجة ما دامت الزوجية قائمة فإن أتلفه متعمداً ضمن .

(٣) قول الحنفية : جاء في رد المختار (٥٨٥/٣) : « الجهاز ملك المرأة ، وإذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يُورث عنها ، ولا يختص بشيء منه » ، وجاء في الدر المختار (٥٨٤/٣) : « رأينا من يأمرها بفرش أمتعتها له ولأصيافه يجزوا عليها ، وذلك حرام كمنع كسوتها » .

٧٨٩ - فلو فرض أن الزوج طلب من زوجته فرش أمتعتها في بيته ، وامتنعت ، فأخذها قهراً واستعملها ، كان غاصباً ، أي : واضعاً يده على ملك غيره بلا حق شرعي ، ويترتب على غصبه لها أن الزوجة لها الحق في استردادها ما دامت موجودة .

٧٩٠ - فإن هلكت بنفسها أو استهلكها أحد وهي عنده ، فلها الحق في مطالبته بقيمتها ، سواء كان حال قيام الزوجية أو بعدها ، لأن يد الغاصب يد ضمان ، أي أن المغضوب يكون مضموناً عليه ما لم يردده إلى يد المغضوب منه سالمًا ^(١) .

(مادة ١١٧)

إِذَا جَهَّزَ الْأَبُ بِنْتَهُ ، وَسَلَّمَهَا إِلَى الزَّوْجِ بِجَهَّازِهَا ، ثُمَّ ادَّعَى هُوَ أَوْ وَرَثَتُهُ أَنَّ مَا سَلَّمَهُ إِلَيْهَا أَوْ بَعْضَهُ عَارِيَةٌ ، وَادَّعَتْ هِيَ أَوْ زَوْجُهَا بَعْدَ مَوْتِهَا أَنَّهُ تَمْلِكُ لَهَا . فَإِنْ غَلَبَ عَرَفَ الْبَلَدُ أَنَّ الْأَبَ يَدْفَعُ مِثْلَ هَذَا جَهَّازًا لَأَعَارِيَةٍ ، فَالْقَوْلُ لَهَا وَلِزَوْجِهَا ، مَا لَمْ يَقُمْ الْأَبُ أَوْ وَرَثَتُهُ الْبَيِّنَةُ عَلَى مَا ادَّعَوْهُ . وَإِنْ كَانَ الْعَرَفُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ ذَلِكَ ، أَوْ كَانَ الْجَهَّازُ أَكْثَرَ مِمَّا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَبِ وَوَرَثَتِهِ . وَالْأُمُّ فِي ذَلِكَ كَالْأَبِ ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٣) إذا جهز الأب ابنته وسلمها إلى الزوج بجهازها ثم ادعى هو أو ورثته أن ما سلمه إليها أو بعضه عارية وادعت هي أو ورثتها أنه تملك لها فينظر إلى عرف البلد : أ - فإن غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل المتاع المتنازع فيه جهازًا لا عارية فيكلف الأب أو ورثته البينة ؛ فإن ثبت الدعوى فيقضى بها وإلا فالقول قولها يمينها أو قول ورثتها باليمين .

ب - فإن كان العرف مشتركًا بين ذلك أو كان الجهاز أكثر مما يجهز به مثلها فتكلف هي أو ورثتها البينة ؛ فإن ثبت الدعوى قضى بها وإلا فالقول قول الأب أو ورثته باليمين .

المادة (٥٤) تأخذ الأم حكم الأب في قضايا الجهاز .

(٢) قول الخلفية : جاء في البحر الرائق (٢٠٠/٣) : لو جهز بنته ، ثم ادعى أن ما دفعه لها عارية ، وقالت : تملكها . أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه ، وقال الأب : عارية . ففي فتح القدير ، والتجنيس ، والذخيرة والمختار للفتوى : أن القول للزوج ولها إذا كان العرف مستمرًا أن الأب يدفع مثله جهازًا لا عارية كما في ديارنا ، وإن كان مشتركًا فالقول قول الأب ، وقال قاضي خان : ويتبني أن يكون الجواب على التفصيل ، إن كان الأب من الأشراف والكرام لا يقبل قوله : إنه عارية . وإن كان الأب ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك ، قُبل قوله .

والواقع في ديارنا القاهرة أن العرف مشترك ، فيفتى بأن القول للأب ، وإذا كان القول للزوج في مسألة الأولى فأقام الأب بيته قُبلت . قال في التجنيس ، والولوالجية ، والذخيرة : والبينة الصحيحة أن يشهد عند التسليم إلى المرأة أنني إنما سلّمتُ هذه الأشياء بطريق العارية ، أو يكتب نسخة معلومة ، ويشهد الأب على إقرارها أن جميع ما في هذه النسخة ملك والدي عارية في يدي منه . لكن هذا يصلح للقضاء لا للاحتياط ، لجواز أنه =

٧٩١ - هذا إذا صرح الأب وقت شراء الجهاز بأنه مملوك لبيته وأما إذا لم يصرح وقت شرائه الجهاز من مال نفسه لبيته بأنه ملك لها ، أو كان هذا الشيء موجوداً عنده قبل تزوجها وسلمها إلى الزوج بهذا الجهاز ، ثم بعد ذلك أراد استرداده منها مدعيًا أنه أعطاه لها على سبيل الانتفاع لا التمليك ، وحينئذٍ يكون عارية ؛ فله الحق في أخذه منها متى أراد ، وهي تنكر ذلك وتدعي أن الإعطاء كان على سبيل تمليك نفس الجهاز لا الانتفاع به فقط ، فليس لك حق في استرداده .

= اشترى لها بعض هذه الأشياء في حالة الصفر ، فهذا الإقرار لا يصير الأب صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى ، والاحتياط أن يشتري منها ما في هذه النسخة بشن معلوم ، ثم إن البنت تبرئه عن الشن .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٧٨/٢) : « في فتاوى القاضي حسين : لو نقل ابنته وجهازها إلى دار الزوج ، فإن قال : هذا جهاز ابنتي . فهو ملك لها ، وإن لم يقل فهو عارية ، ويُصدَّقُ بيمنه . فالحاصل أن التجهيز بمجرد ليس بتمليك وفاقاً ، ومع اللفظ تمليك . لكن قول الأب : هذا جهاز ابنتي . إقرار بالتمليك ، وليس بتمليك . »
قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (٢٨٦/٣ ، ٢٨٧) : « البكر إذا جهزها أبوها ، وأدخلها به على زوجها ، ثم ادعى بعد ذلك أن الجهاز أو بعضه عارية عند ابنته ؛ فلا يخلو حاله إما أن يدعي ذلك قبل مُضي سنة من يوم الدخول ، أو لا . »

فإن ادعى ذلك قبل مضي السنة ، فالقول قوله مع يمينه . ولو خالفته الابنة ، كان ما ادعاه بما يعرف له أم لا ، ادعى أنه لو أو استماره لها من غيره ، ومحل الكلام : حيث كان فيما أبقاه بعدما ادعاه وفاة بما أصدق الزوج . فإن لم يكن فيما بقي وفاء ، فقال ابن حبيب : يحلف الأب ، ويأخذه ، ويطلب بإحضار ما فيه كَيْفَاف بما أصدق الزوج . قاله ابن المؤازر : وقال في التثنية : لا يُقبلُ منه ، إلا أن يعرف أن أصل المتاع للأب ، فيحلف ، ويتبع بالوفاء واقتصر عليه ابن عرفة وصاحب التوضيح . والأب والأجنبي سواء فيما عُرف أصله . قال في التوضيح : ولا تقبل دعوى العارية إلا من الأب في ابنته البكر ، وأما الثيب فلا ؛ لأنه لا رضا للأب في مالها . وقال ابن رشد : ومثل البكر الثيب التي في ولايته قياساً على البكر ، ومثل الأب الوصي فيمن في ولايته من بكر أو ثيب مولى عليها ، وأما الثيب التي ليست في ولاية أبيها فهو في حقها كالأجنبي ؛ وكذا سائر الأولياء غير الأب في البكر والثيب لا يقبل قولهم إذا خالفتهم المرأة أو وافقتهم وكانت سفية . والبكر المرشدة كالثيب الرشيدة واستظهر بعض أن المهملة هنا كالمولى عليها .

لا إن بعد ولم يشهد معطوف على : في السنة . فهو عطف معنى يعني : أن الأب إذا ادعى أن ما جهَّز به ابنته البكر على ما مر عارية عندها بعد السنة من يوم الدخول ، والحال أنه لم يُشَهد عليها بالعارية عند إدخالها أو قبل مضي السنة ؛ فإنه لا يُصدَّقُ ، وسواء عُرف أصله أم لا ؛ لطول حيازة الابنة إذا كذبت الزوجة والزوج . فإن أشهد أخذه ، ولو طال ، والأب والأجنبي في هذا سواء ، وسواء علمت الابنة بالإشهاد أم لا (ص) فإن صدقته (ش) الابنة وهي رشيدة أن الذي جهزها به عارية عندها (ف) إن تصدقها (في ثلثها) فإن زاد ، فلزوج رُدُّ الجميع . وهو ظاهر كلام النوادر ، وقال ابن الهندي : إنما يُردُّ ما زاد على الثلث . واقتصر عليه في التوضيح .
قول الحنابلة : جاء في الفروع (٤/٤) : « تجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك في الأصح ، وذكر ابن عقيل وغيره صحة الهبة . »

٧٩٢ - فإن أقام أحدهما بينة على دعواه ، حكم له ؛ لأنه نور دعواه بالحجة .

٧٩٣ - وإن لم يقم أحدهما بينة ، نرجع إلى المتعارف بين الناس ؛ إذ هو الذي يرجح دعوى أحدهما .

٧٩٤ - فإن غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل هذا جهازًا لا عارية ، فالقول لها يمينها ؛ لأن الظاهر يشهد لها .

٧٩٥ - وإن غلب العرف أن الأب يدفعه عارية ، فالقول للأب يمينه .

٧٩٦ - وإن كان العرف مشتركًا ، فالقول للأب ؛ لأنه المعطي فجهة الإعطاء لا تُعلم إلا منه ، فكان القول له يمينه ، وليس هناك ما يكذب دعواه قطعًا ؛ إذ الموضوع أن العرف مشترك .

٧٩٧ - ومثل هذا : ما إذا كان الجهاز الذي يدعي إنه عارية أكثر مما يجهز به مثلها ، فإن القول له يمينه .

٧٩٨ - ولو مات الأب وادعت الورثة أن هذا الجهاز عارية ، ويقصدون بذلك أنه من ضمن التركة ؛ لأنه لم يخرج عن ملك مورثنا ، فيأخذ كل منا حقه فيه ، ولا تختص به البنت ، وأنكرت البنت ذلك قائلة : إنه ملكي ، لا يزاحمني فيه غيري ، فأستوفي نصيبي من التركة بدون أن يُشَقَطَ شيء منه في مقابلة هذا الجهاز ؛ لأن أبي ملكه لي حال حياته . كان الحكم كما لو كان الأب موجودًا وادعى أنه عارية .

٧٩٩ - ولو ماتت الزوجة وادعى الأب ما تقدم ، يقصد أن هذا ليس ملكًا لبنتي ، فلا حق للزوج في الإرث منه ، والزوج يدعي أنه ملكه لها حال حياتها فيكون تركه ، فلي الحق في أخذ نصيبي منه ، كان الحكم كما تقدم أيضًا .

٨٠٠ - ومثل هذا : ما إذا ماتت البنت والأب ، واختلفت الورثة والزوج في التملك والعارية .

٨٠١ - وكل ما تقدم مفيد بغير ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب ، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية . فلو ماتت ليلة الزفاف ، لم يكن للزوج أن يدعي أنه لها فيرث منه ، بل القول فيه للأب أنه أعاره لها أو استعاره . ولكن بالتأمل ترى أن هذا خارج من أول الأمر ؛ لأن هذا ليس من الجهاز عرفًا .

٨٠٢ - والأم والجد في جميع الأحكام المتقدمة كالأب ، بخلاف الولي غير الأب والجد ؛ لعدم جريان العرف بذلك . فإن جرى العرف بأنه يجهز الصغيرة ، كان الحكم كما تقدم أيضًا .

٨٠٣ - ولو دفعت الأم في تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرته ، وعلمه وهو ساكت ، وزفت إلى الزوج ، فليس للأب أن يسترد ذلك من البنت ؛ لجريان العرف

به . وكذا لو أنفقت الأم في جهاز ابنتها ما هو معتاد ، والأب ساكت ، لا تضمن الأم ؛ لأن السكوت هنا كالنطق ^(١) .

(مادة ١١٨)

إِذَا اختلفَ الزُّوجَانِ خَالَ قِيَامِ التَّكَاحِ أَوْ بَعْدَ الفُرْقَةِ فِي مَتَاعِ مَوْضُوعِ فِي البَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِ فِيهِ ، سَوَاءَ كَانَ مِلْكُ الزُّوجِ أَوْ الزُّوجَةِ ، فَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ عَادَةً فَهُوَ لِلنِّسَاءِ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الزُّوجُ البَيْتَ .

وَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ أَوْ يَكُونُ صَالِحًا لَهُمَا ، فَهُوَ لِلزُّوجِ مَا لَمْ يُقِيمِ الْمَرْأَةُ البَيْتَ .
وَأَيُّهُمَا أَقَامَهَا ، قَبِلَتْ مِنْهُ وَقَضِيَ لَهُ بِهَا ، وَلَوْ كَانَ الْمَتَاعُ الْمُنْتَازِعُ فِيهِ مِمَّا يَصْلُحُ لِصَاحِبِهِ ^(٢) .
وَمَا كَانَ مِنَ البَضَائِعِ التِّجَارِيَةِ ، فَهُوَ لِمَنْ يَتَعَاطَى التِّجَارَةَ مِنْهُمَا ^(٣) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٥) إذا اختلف الزوجان في متاع البيت الذي يصلح لأحدهما دون الآخر ؛ حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة فأيهما أقام البيت قضي له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح للآخر ؛ فإن أقاما البيت فترجع بينة من بيت خلاف الظاهر ، أما إذا عجزا عن إقامة البيت فيقضى للزوجة يمينها بما يصلح للنساء وللزوج يمينه بما يصلح للرجال .

المادة (٥٦) إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت الذي يصلح لهما فأيهما أقام البيت قضي له بها فإن أقاما البيت واستويا بها أو عجزا عن إقامتها فيقضى بالمتاع المتنازع فيه مناصفة بينهما بأيمانهما .
(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : المنازعة في متاع البيت : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت جاز لهما أو لأحدهما رفع الأمر إلى القضاء .

« ترفع هذه الدعوى ؛ بواسطة محام إلى المحكمة المختصة بمقال مكتوب أو تصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط » .

« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما مع بيان الأمتعة المتنازع فيها وقيمتها المالية » .
« تؤدي عن هذه الدعوى الرسوم القضائية ؛ ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .
« ترفع الدعوى بعقد الزواج أو بصورة منه مصادق عليها، وكذا بالحجج المثبتة إن كانت » .

« عند اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا حجة لهما فالقول للزوج يمينه في المعتاد للرجال وللزوجة يمينها في المعتاد للنساء » .

« أما في المتاع المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقسمانه » .
« إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت ؛ فإن حكم الوارث هو حكم الموروث وفق ما ذكر » .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الخانية (٤٠١/١) : « قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : إذا

اختلف الزوجان في متاع موضوع في البيت الذي كانا يسكنان فيه حال قيام التكااح ، أو بعدما وقعت الفرقة =

٨٠٤ - وكل ما تقدم إنما هو بالنسبة للاختلاف في المهر ، فإن وقع الاختلاف في المتاع الموضوع في البيت : فإما أن يكون الاختلاف بين الزوجين سواء كان حال قيام الزوجية أو بعد حصول الفرقة بينهما ، أو بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثة كل منهما . وعلى كل من هذه الأحوال الثلاثة : فإما أن يكون المتاع المتنازع فيه صالحاً للزوج ، أو صالحاً للزوجة ، أو صالحاً لهما .

٨٠٥ - فإن كان الاختلاف بين الزوجين في المتاع الموجود في البيت الذي يسكنانه ، سواء كان البيت ملكاً للزوج أو للزوجة أو ملكاً لغيرها والزوج مستأجره من المالك ، بأن ادعى كل منهما أن المتاع ملك له . فإن أقام أحدهما بيته على دعواه ، قبلت وحكم له

= بفعل من الزوج أو من المرأة ، فما يكون للنساء عادة كالدرع ، والحمار ، والمغازل ، والصندوق وما أشبه ذلك ، فهو للمرأة ، إلا أن يقيم الزوج البيته على ذلك ، وما يكون للرجال : كالسلاح ، والقناب ، والقنثوشة ، والميظقة ، والقوس ونحو ذلك فهو للرجل ، إلا أن تقيم المرأة البيته على ذلك . وما يكون للرجال والنساء : كالعبد ، والحامد ، والفرش ، والشاة ، والثور ، فهو للرجل ، إلا أن تقيم المرأة البيته على ذلك .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٣٩/٧) : « وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت يسكنانه قبل أن يتفرقا ، أو بعدما تفرقا ، كان البيت للمرأة أو الرجل ، أو بعدما يموتان ، واختلفت في ذلك ورثتهما بعد موتهما ، أو ورثة الميت منهما والباقي كان الباقي الزوج أو الزوجة فسواء ذلك كله . فمن أقام البيته على شيء من ذلك ، فهو له . ومن لم يقيم بيته ، فالقياس الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه على الإجماع أن هذا المتاع في أيديهما معاً فهو بينهما نصفان كما يختلف الرجلان في المتاع بأيديهما جميعاً ، فيكون بينهما نصفين بعد الأيمان . وينظر : الأم أيضاً (١٠٣/٥) ، (٤٢٧/٨) .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٩٠/١ ، ١٩١) : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت وأثائه وادعاه كل واحد منهما لنفسه ؛ فإنه يُفصل في ذلك :

فما كان منه يليق بالرجل : كالسكين ، والرمح ، والفرس ، والكتاب ، فيحكم به للرجل مع يمينه ، ما لم تقم له بيته ، فلا يمين عليه .

وما يليق بالمرأة كالحلي وما لا يلبسه الرجال ، فيحكم به للمرأة مع يمينها ، ما لم تقم لها أيضاً بيته ، فلا يمين عليها . وما يليق بكل منهما : كالرقيق ، والثياب التي يلبسها الرجال والنساء ، ففيه قولان : أحدهما : أنهما يتحالفتان ، ويُقسَم بينهما أنصافاً .

والثاني : وهو المشهور أنه يحكم به للزوج أيضاً بعد يمينه ، وبهذا القول الحكم والقضاء . ومن ادعى من الزوجين ما يليق به ولا بيته له ، وقلنا : القول قوله مع يمينه فنكحل عن اليمين ، وحلف الآخر ، فإن ذلك يكون للحالف ؛ لأن نكول المدعي كالشاهد عليه ، فيحلف المدعى عليه ويستحق ، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٣٠٩/٧) : « وإن اختلف الزوجان في متاع البيت ، رَجَحْنَا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له . »

به ، ولو كان الشيء المتنازع فيه مما يصلح للآخر ؛ لأنه نُورٌ دعواه بالحجة .

٨٠٦ - وإن لم يقدّم أحدهما بينة ينظر إلى الشيء المتنازع فيه : هل هو صالح للرجل أو صالح للمرأة أو صالح لكل منهما ؟ .

٨٠٧ - فإن كان صالحاً للرجل وحده كالثياب الخاصة به ، حكم له به يمينه ؛ لأن الظاهر يشهد له .

٨٠٨ - وإن كان صالحاً للمرأة فقط كالثياب الخاصة بها والأساور والحلي ، حكم لها به يمينها ؛ لأن الظاهر يشهد لها .

٨٠٩ - وإن كان صالحاً للثنتين كالأبيوة والأواني ، حكم للزوج به ؛ لأنه صاحب اليد ، إذ المرأة وما في يدها في يد الزوج ، والقول لصاحب اليد في الدعاوى ، بخلاف ما يختص بالمرأة ؛ لأن ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها ، فيتعارضان ، فيترجح الاستعمال من جهتها .

٨١٠ - وهذا إذا لم يكن الشيء المتنازع فيه من البضائع التجارية . فإن كان منها ؛ فهو لمن يتعاطى التجارة منهما ، سواء كان هو الزوج أو الزوجة ^(١) .

(مادة ١١٩)

إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، وَوَقَعَ النَّزَاعُ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ بَيْنَ الْحَمِيِّ وَوَرَثَةِ الْمَيْتِ ، فَالْمَشْكَلُ

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : المنازعة في متاع البيت : « إذا اختلف الزوجان في متاع البيت جاز لهما أو لأحدهما رفع الأمر إلى القضاء .

« ترفع هذه الدعوى ؛ بواسطة محام إلى المحكمة المختصة بمقال مكتوب أو تصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط .

« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما مع بيان الأمتعة المتنازع فيها وقيمتها المالية .

« تؤدي عن هذه الدعوى الرسوم القضائية ؛ ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر .

« ترفع الدعوى بمقد الزواج أو بصورة منه مصادق عليها، وكذا بالحجج المثبتة إن كانت .

« عند اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا حجة لهما فالقول للزوج يمينه في المعتاد للرجال وللزوجة يمينها في المعتاد للنساء .

« أما في المتاع المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقسمانه .

« إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحمي وورثة الميت ؛ فإن حكم الوارث هو حكم الموروث وفق ما ذكر .

الَّذِي يَضْلَعُ لِلرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ يَكُونُ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا عِنْدَ عَدَمِ الْبَيِّنَةِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢/٣٠٨ ، ٣٠٩) : « إذا ماتا ، فاختلف ورثتهما ، فالقول قول ورثة الزوج في قول أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : القول قول ورثة المرأة إلى قَدْر جَهَّاز مثلها . وقول ورثة الزوج في الباقي ؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث ، فصار كأن المورثين اختلفا بأنفسهما وهما حيان . وإن مات أحدهما ، واختلف الحي وورثة الميت :

فإن كان الميت هو المرأة ، فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنها لو كانت حية لكان القول قوله ، فبعد الموت أولى . وعند أبي يوسف : القول قول ورثتها إلى قَدْر جَهَّاز مثلها .

وإن كان الميت هو الزوج ، فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل . وعند أبي يوسف : في قَدْر جَهَّاز مثلها . وعند محمد : القول قول ورثة الزوج .

وجه : قولهما ظاهر ؛ لأن الوارث قائم مقام المورث . ولأبي حنيفة : أن المتاع كان في يدهما في حياتهما ؛ لأن الحرمة من أهل الملك واليد ، فينبغي أن يكون بينهما نصفين كما قال زفر ؛ لأن يد الزوج كانت أقوى ، فسقطت يدها بيد الزوج . فإذا مات الزوج ، فقد زال المانع ، فظهرت يدها على المتاع .

ولو طَلَّعَهَا في مرضه ثلاثاً أو بائناً فمات ، ثم اختلفت هي وورثة الزوج ، فإن مات بعد انقضاء العدة ، فالقول قول ورثة الزوج ؛ لأن القول قول الزوج في المشكل بعد الطلاق ، فكان القول قول ورثته بعده أيضاً . وإن مات قبل انقضاء العدة ، فالقول قولها عند أبي حنيفة في المشكل . وعند أبي يوسف : في قَدْر جَهَّاز مثلها . وعند محمد : القول قول ورثة الزوج ؛ لأن العدة إذا كانت قائمة ، كان النكاح قائماً من وجه ، فصار كما لو مات الزوج قبل الطلاق وبقيت المرأة . وهناك القول قولها عند أبي حنيفة في المشكل وعند أبي يوسف في قَدْر جَهَّاز مثلها . وعند محمد : القول قول ورثة الزوج كذا هاهنا .

قول الشافعية : جاء في الأم (٧/١٣٩) : « وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت يسكنانه قبل أن يتفرقا ، أو بعدما تفرقا ، كان البيت للمرأة أو الرجل ، أو بعدما يموتان ، واختلفت في ذلك ورثتهما بعد موتهما ، أو ورثة الميت منهما والباقي كان الباقي الزوج أو الزوجة فسواء ذلك كله . فمن أقام البينة على شيء من ذلك ، فهو له . ومن لم يقيم بينة ، فالقياس الذي لا يعذر أحد عندي بالغفلة عنه على الإجماع أن هذا المتاع في أيديهما مقام فهو بينهما نصفان كما يختلف الرجلان في المتاع بأيديهما جميعاً ، فيكون بينهما نصفين بعد الأيمان . » وينظر : الأم أيضاً (٥/١٠٣) ، (٨/٤٢٧) .

قول المالكية : جاء في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون اليعمرى (٢/٦٨) : « اختلاف الزوجين في متاع البيت وهما في العصمة ، أو بعد طلاق ، أو موت ، فكان التداعي بين الورثة . أو مات أحدهما ، فكان التداعي بينه وبين ورثة الآخر . وسواء كان الزوجان حريين ، أو عبيدين ، أو مختلفين مسلمين ، أو أحدهما . فإن الحكم في ذلك : أن يُقَضَى للمرأة بما يعرف للنساء ، وللرجل بما يعرف للرجال ، وما يصلح لهما قضيته به للرجال ؛ لأن البيت يته في جاري العادة ، فهو تحت يده ، فيقدم لأجل اليد . وقال ابن القاسم : ما كان من شأن الرجال والنساء قُسم بينهما بعد أيمانهما ؛ لاشتراكهما في اليد . »

٨١١ - وإن مات أحد الزوجين ووقع النزاع بين الحي منهما وورثة الآخر ، بأن كان كل منهما يدعي ملكية هذا الشيء ، فأيهما أقام البينة ، حكم له بها ؛ لأنه أثبت دعواه .
٨١٢ - فإن لم يقم أحدهما بينة ، فما يصلح للرجل وحده ، حكم له به أو لورثته إن كان هو المتوفى .

٨١٣ - وما يصلح للمرأة ، حكم لها به أو لورثتها إن كانت هي المتوفاة .
٨١٤ - وما هو صالح للرجال والنساء ، قال أبو حنيفة : يحكم به للحي منهما ، سواء كان هو الزوج أو الزوجة . وقال أبو يوسف : يدفع للمرأة في المشكل ما يجهز به مثلها ، والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته . وقال محمد : ما يصلح لأحدهما فهو له ، وما يصلح لهما فهو للزوج . وقوله هذا لا يختلف بين أن يكون في حياتهما أو بعد موت أحدهما .

٨١٥ - فحاصله : أنهم اتفقوا على أن ما يصلح لأحدهما ، فهو له في الحياة والموت ، حتى تقوم ورثته مقامه . واختلفوا فيما يصلح لهما ، فأبو حنيفة جعله للزوج في حالة حياتهما وللحي منهما في حال موت أحدهما ، ومحمد جعله للزوج في الحالتين ، وأبو يوسف جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين ، لأنها تأتي بجهاز عادة ، فكان الظاهر شاهدًا لها ، وهو أقوى من ظاهر يد الزوج ، فيبطل به ظاهره ، ولا معارضة في الباقي فيعتبر لهما في الاستواء بين الحالتين ، إلا أن الورثة يقومون مقام الميت ؛ لأنهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت ، كما لا يتغير في غير المشكل .

٨١٦ - ولأبي حنيفة رضي الله عنه : أن يد الحي منهما أسبق إلى المتاع ؛ لأن الوارث تثبت يده بعد موت المورث ؛ فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال ، بل هو أولى ، لأن الليد رُجْحَانًا مطلقًا ؛ ولذا يرجح به في غير هذا الباب ، بخلاف الصلاحية ؛ ولأن يد الحي منهما يد نفسه ، ويد الوارث تخلف عن يد المورث ، فلا يعارض الأصل .

٨١٧ - وإن حصل الاختلاف بين ورثة الزوجين ، فالظاهر أنه كالاختلاف بين الزوجين ؛ لأن ورثة كل منهما يقومون مقامه ، ولم أره . فإن وجدت نصًا فاعمل به . وهذا الموضوع يحتاج إلى فطنة القاضي وذكائه والتحري بقدر الإمكان ؛ لأنه مشكل ، والفصل فيه صعب جدًا ؛ ولذا تشعبت الآراء وكثرت فيه المذاهب .

الباب الثامن

في نكاح الكتابيات وحكم الزوجية

بعد إسلام الزوجين أو أحدهما

الفصل الأول

في نكاح المسلم الكتابيات

(مادة ١٢٠)

يَصِحُّ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَتَزَوَّجَ كِتَابِيَّةً ، نَصْرَانِيَّةً كَانَتْ أَوْ يَهُودِيَّةً ذِمِّيَّةً أَوْ غَيْرَ ذِمِّيَّةٍ وَإِنْ كَرِهَ ^(١) .
وَيَصِحُّ عَقْدُ نِكَاحِهَا مُبَاشَرَةً وَلَيْسَ الْكِتَابِيُّ ^(٢) ، وَشَهَادَةُ كِتَابِيَّتَيْنِ وَلَوْ كَانَا مُخَالَفَيْنِ
لِدِينِهِمَا . وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ بِشَهَادَتِهِمَا إِذَا جَحَدَهُ الْمُسْلِمُ ، وَيَثْبُتُ بِهَا إِذَا أَنْكَرْتَهُ الْكِتَابِيَّةُ .

* * *

(١) ينظر تعليقا على مادة (٣١ ، ٣٢) .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٣٩/٢) : « وأما إسلام الولي فليس بشرط لبوت الولاية في الجملة ، فيلي الكافر على الكافر ، لأن الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة عن تحصيل النظر في حق المؤلى عليه ، ولا في الولاية ، فإن الكافر يرث الكافر ؛ ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه ، فكذا على غيره ، وقال رحمته : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعُقُوبِهِمْ لَنْ يُعَذِّبَهُمُ اللَّهُ ﴾ . »

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٥٨/٤) : « (وبلي) على الأصح المنصوص (الكافر) الأصلي (الكافرة) الأصلية ، ولو كانت عتيقة مسلم ، واختلف اعتقادهما . فيزوج اليهودي نصرانية ، والنصراني يهودية كالإرث ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعُقُوبِهِمْ لَنْ يُعَذِّبَهُمُ اللَّهُ ﴾ . وقضية التشبيه بالإرث : أنه لا ولاية لحربي على ذمية وبالعكس ، وأن المستامن كالذمي وهو كما قال شيخنا ظاهر ، وصححه البلقيني . ومرتكب الحرم المفسق في دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا ، فلا يزوج موليته ، بخلاف ما إذا لم يرتكب ذلك ، وإن كان مستورا فيزوجها . »

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (١٨٨/٣) : « الكافر يزوج وليته الكافرة لمسلم ، وأولى لكافر . فإن لم يكن للكافرة ولي كافر ، فأساقنتهم . فإن امتنعوا ورفعت أمرها للسultan ، يجبرهم على تزويجها ؛ لأنه من رفع التظالم الذي له نظره ، ولا يجبرهم على تزويجها من مسلم . »

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٢١/٧) : « إذا تزوج المسلم ذمية ، فوليتها الكافر يزوجه إياه . ذكره أبو الخطاب . وهو قول أبي حنيفة والشافعي ؛ لأنه وليها ، فصح تزويجها لها ، كما لو زوجها كافرا . ولأن هذه امرأة لها ولي مناسب ، فلم يجوز أن يليها غيره ، كما لو تزوجه ذمي . وقال القاضي : لا يزوجه إلا الحاكم ؛ لأن أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقدة نكاح لمسلم ولا مسلمة . ووجهه : أنه عقد =

٨١٨ - اعلم أنه يجوز للمسلم أن يتزوج من هي مقرة بدين سماوي ، سواء كانت نصرانية أو يهودية ، وسواء كانت ذمية أو مستأمنة أو حربية ، وإن كان يكره تزوج الحربية .

٨١٩ - فإن لم تكن مقرة بدين سماوي كالمجوسية والوثنية ، فلا يجوز تزوجها . وقد تقدم لك شرح هذا المقام في مادة (٣١ و ٣٢) بما لا مزيد عليه ، فارجع إليه إن شئت .

٨٢٠ - وقد علمت من مادة (٣٩) أنه لا ولاية للمسلم على غير المسلم ، إلا إذا كان صاحب ولاية عامة كالسلطان . وحيث إن كانت الكتابية بالغة عاقلة فهي التي تزوج نفسها بلا توسط ولي ، وإن كانت صغيرة أو كبيرة غير عاقلة ، فالذي يتولى عقد زواجها هو وليها الكتابي .

= يفترق إلى شهادة مسلمين ، فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين . والأول أصح ، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية .

قول الحنفية : جاء في الميسر (٣٤ ، ٣٣/٥) : « ولو تزوج مسلم نصرانية بشهادة نصرانيين ، جاز النكاح في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، ولم يجز في قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى ؛ لأن هذا نكاح لا يصح إلا بشهود ، فلا يصح بشهادة الكافرين كالعقد بين المسلمين ، بخلاف أنكحة الكفار فإنها تعتقد بغير شهود . وحقيقة المعنى : أن هذا السماح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم ، فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة . وشرط الانعقاد : سماع البينة كلا شطري العقد ، ولم يوجد فكان هذا بمنزلة ما لو سمع الشاهدان كلام المرأة دون كلام الزوج ، ألا ترى أنه لو تزوجها بشهادة كافرين ومسلمين ، ثم وقعت الحاجة إلى أداء هذه الشهادة ، تقبل شهادة الكافرين بالعقد عليها إذا جحدت ، وعلى الزوج لو كان أسلما بعد ذلك . فظهر أن سماعهما كلام المسلم صحيح ، فيحصل به الإشهاد عليها بالعقد . وهذا بخلاف ما إذا تزوجها بغير شهود ، فإنه لا يجوز ذلك ، وإن كان في دينهم حلالاً ؛ لأن صاحب العقد هو الزوج ، وهو مسلم مخاطب بالإشهاد ، فلا يعتبر اعتقادها في حقه .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٣٣٩/٦) : « لا تقبل شهادة الكافر على مسلم ، ولا على كافر ، خلافاً لأبي حنيفة في قبوله شهادة الكافر على الكافر ، ولأحمد في الوصية ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ . والكافر ليس يعدل ، وليس منا . ولأنه أفسق الفساق ، وبكذب على الله تعالى ، فلا يؤمن الكذب منه على خلقه .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٤٠٨/٣) : « وإشهاد عدلين غير الولي) ظاهره اشتراط العدالة عند تحمل الشهادة في النكاح ، وهو المذهب . فشهادة غير العدل فيه كالعدم ، قال في المدونة : وإن نكح مسلم ذمية بشهادة ذميين ، لم يجز ، فإن لم يدخلها أشهدا الآن عدلين مسلمين » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٠٤/٨) : « ولا يتعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين) هذا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمته المشهور عند الأصحاب ، واختاره جماهيرهم . ويخرج أن ينقد إذا كانت المرأة ذمية ، وهو لأبي الخطاب . قال في الرعاية : وفيه بُعْدٌ . وهو مخرج من رواية قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض . قال ابن رزيق : وإن قلنا : تقبل شهادة بعضهم على بعض ، صح النكاح بشهادة ذميين إذا كانت المرأة ذمية .

٨٢١ - فلو كان لبنت صغيرة أخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي وهي كتائية ، كانت الولاية عليها في مالها وفي تزويجها لأخيها الذمي لا المسلم ، فليس لأخيها المسلم تزويجها ؛ لأنه لا ولاية له عليها .

٨٢٢ - ولكن عندما يتزوج مسلم كتائية ، لا يشترط أن يكون الشاهدان مسلمين ، بل يصح أن يكونا كتايين ، سواء كان دينهما موافقاً لدينها أو مخالفاً له .

٨٢٣ - فإن تزوج مسلم بغير مسلمة ، واستمر الزوجان على هذا العقد بلا نزاع فيها ، وأما إذا حصل النزاع في أصل العقد ، بأن ادعى عليها الزواج وهي تنكر ، وأقام عليها البينة وهي الكتايان اللذان حضرا العقد ، قبلت شهادتهما عليها وحكم بثبوت الزوجية ، لقبول شهادة الكتائي على مثله .

٨٢٤ - وإن كانت هي المدعية ، وهو المنكر ، فلا تثبت الزوجية بشهادة الكتايين ؛ لأن شهادة الكتائي على المسلم غير مقبولة .

٨٢٥ - ولا تنافي بين صحة العقد بحضورهما وعدم ثبوته بشهادتهما ؛ إذ الصحة غير الثبوت عند النزاع .

٨٢٦ - وإنما جاز تزوج الكتائية ، لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾ (١) .

(مادة ١٢١)

يَصِحُّ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ عَلَى الْمُسْلِمَةِ ، وَالْمُسْلِمَةِ عَلَى الْكِتَابِيَّةِ ، وَهَمَّا فِي الْقِسْمِ سَيِّئَانِ (١) .

٨٢٧ - وتزوج الكتائية جائز ، ولو كان من تزوجها متزوجاً بمسلمة ، كما أنه يجوز للمتزوج كتائية التزوج بمسلمة .

(١) المائدة : ٥ .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٢/١) : « ويجوز نكاح الكتائية على المسلمة ، والمسلمة على الكتائية ، وهما في القسم سواء ؛ لاستوائهما في محلية النكاح ، كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان » . قول الشافعية : جاء في الأم (٨/٥) : « وتنكح المسلمة على الكتائية ، والكتائية على المسلمة ، وتنكح أربع كتاييات كما تنكح أربع مسلمات . والكتائية في جميع نكاحها وأحكامها التي تحمل بها وتحرم كالمسلمة ، لا تخالفها في شيء ، وفيما يلزم الزوج لها » .

٨٢٨ - فإذا حصل الجمع بينهما ، فلا يفضل المسلمة على الكتابية بشيء ما ؛ لأن كلاً منهما زوجته ، فيعدل بينهما في كل ما يقدر عليه .

(مادة ١٢٢)

لَا تَتَزَوَّجُ الْمُسْلِمَةُ إِلَّا مُسْلِمًا ، فَلَا يَجُوزُ تَزْوُجُهَا مُشْرِكًا وَلَا كِتَابِيًّا يَهُودِيًّا كَانَ أَوْ نَصْرَانِيًّا ، وَلَا يَنْقَعِدُ النِّكَاحُ أَضْلًا ^(١) .

• • •

٨٢٩ - ولا يتوهم من صحة زواج المسلم الكتابية أن الكتابي يجوز له تزوج المسلمة ، فإن المسلمة لا تتزوج إلا مسلمًا .

٨٣٠ - فلا يجوز تزوجها مشركًا ، وهو من أشرك مع الله غيره ، ولا كتابيًا سواء كان يهوديًا أو نصرانيًا .

٨٣١ - ولو فرض أن تزوجت المسلمة بغير المسلم ، كان العقد باطلًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾ ^(١) .

٨٣٢ - لأن الرجل مستفرض للمرأة ، فلا يجوز أن يكون أقل منها في الاعتقاد ؛ إذ المسلمة تعتقد ما يعتقده الكتابي وزيادة ؛ لأنها تقر بالرسول الذي يقر به وبما جاء به من عند الله تعالى وبسيدنا محمد ﷺ ، وهو لا يقر إلا بالرسول الذي هو متبعه ، فلو اعتقد ما تعتقده هي ، جاز التزوج .

(١) قول الخنفة : جاء في المبسوط (٤٥/٥) : « وإذا تزوج الذمي مسلمة حرة ، فُرُقَ بينهما ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ . ولقوله ﷺ : « الإسلام يعلو ، ولا يعلى » . فاستقر الحكم في الشرع على أن المسلمة لا تحل للكافر ، وإن كان ذلك حلالًا في الابتداء فيفرق بينهما ، ويوجع عقوبة إن كان قد دخل بها ، ولا يبلغ به أربعين سوطًا ، وتعزر المرأة والذي سعى فيما بينهما » .
(٢) البقرة : ٢٢١ .

(مادة ١٢٣)

إِذَا تَزَوَّجَ الْمُسْلِمُ نَصْرَانِيَّةً فَتَهَوَّدَتْ ، أَوْ يَهُودِيَّةً فَتَنْصَرَّتْ ، فَلَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ (١) .

• • •

٨٣٣ - فإن استمرت الكتائية التي تزوجها المسلم على دينها، فيها . وإن خرجت عن هذا الدين إلى غيره ، فإن كان الدين الذي انتقلت إليه سماويًا أيضًا ، استمر العقد صحيحًا ؛ لأنه يجوز للمسلم أن يتزوجها ابتداءً لو كانت متدينة بالدين الذي انتقلت إليه ، فمن باب أولى استمرار العقد على الصحة . فإذا تزوج المسلم نصرانية فتهودت أو يهودية فتنصرت ، فلا يفسد النكاح ؛ لأنه يجوز أن يتزوج يهودية أو نصرانية ابتداءً ، فبقاء صحته من باب أولى .

٨٣٤ - وإن كان الدين الذي انتقلت إليه غير سماوي ، بأن كانت يهودية أو نصرانية فَتَمَجَّسَتْ ، انفسخ النكاح ؛ لأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج ابتداءً بمجوسية ، فلا يستمر العقد إذا حدثت صفة تمنع من العقد عليها ابتداءً .

(مادة ١٢٤)

الْأَوْلَادُ الَّذِينَ يُوَلَّدُونَ لِلْمُسْلِمِ مِنَ الْكِتَائِيَّةِ ذُكُورًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا ، يَتَّبِعُونَ دِينَهُ (٢) .

• • •

٨٣٥ - والأولاد الذين يولدون بين المسلم والكتائية ، يحكم عليهم بالإسلام تبعًا لدين أبيهم ، سواء كانت الأولاد ذكورًا أو إناثًا بخلاف ما هو مشهور عند العامة من أن الذكور يتبعون دينه والإناث دينها ؛ لأن الأصل أن الولد سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا يتبع

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٦/٢) : « وإن تزوج يهودية فتنصرت ، أو نصرانية فتهودت ، لا يفسد نكاحها . ولو تصابأت ، فسد أي حنيفة لا يفسد ، وعندهما يفسد » .

(٢) قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٣٧٨/٨) : « (وحكم بإسلام من لم يميز لصغر أو جنون بإسلام أبيه فقط كأن تميّر) هذه عبارة الأشياخ بقولون : الولد تابع لأبيه في الدين والنسب ، ولأمه في الحرية والرق . ومن المدونة : الولد الصغير تابع لأبيه في الدين ، وإسلام الأب إسلام لصغير ولده مطلقًا . قال ابن الحاجب : يحكم بإسلام المميز على الأصح تبعًا لإسلام الأب كغير المميز وكالمجنون » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٦/٩) : « الولد يتبع أبويه في الدين . فإن اختلفا ، وجب أن يتبع المسلم منهما ، كولد المسلم من الكتائية » .

خير الأبوين دينًا . ولذلك لو تزوج وثني كتائية أو كتابي مجوسية ، كان الولد كتائياً ؛ لأن المجوسي أو الوثني شر من الكتابي .

(مادة ١٢٥)

اِخْتِلَافُ الدِّينِ مِنْ مَوَانِعِ الْمِيرَاثِ ، فَلَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ زَوْجَتَهُ الْكِتَائِيَّةَ إِذَا مَاتَتْ قَبْلَ أَنْ تُسْلِمَ ، وَهِيَ لَا تَرِثُهُ إِذَا مَاتَتْ وَهِيَ عَلَى دِينِهَا (١) .

٨٣٦ - وليست كل الأحكام المترتبة على زواج المسلم بالمسلمة مترتبة على تزوج المسلم بالكتائية ؛ إذ من أحكام الزوجية الميراث فإذا مات أحد الزوجين المسلمين ولو قبل الدخول ، ورثه الآخر ، ولكن لو مات أحدهما وكانت الزوجة كتائية ، فلا يرثه الآخر ؛ لأن سبب الميراث وإن كان موجوداً - وهو الزوجية - إلا أنه منع منه مانع وهو اختلاف الدين . وبناء عليه فإن كل أولاد المسلم من الكتائية يرثون أباهم ؛ لأنهم تابعون له في الدين لا لها .

٨٣٧ - وبما أن اختلاف الدين مانع من الإرث ، فلا يرث غير المسلم من المسلم ، ولا المسلم من غير المسلم . وبعضهم يقول بتوريث المسلم من غير المسلم ولا عكس ، ولكن الصحيح هو الأول كما ستأتي لك الأدلة في الموارث إن شاء الله تعالى .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٤/١) : « واختلاف الدين يمنع الإرث ، والمراد به : الاختلاف بين الإسلام والكفر . وأما اختلاف ملل الكفار ، كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبدة الوثن ، فلا يمنع الإرث ، حتى يجري التوارث بين اليهودي والنصراني والمجوسي » .

قول الشافعية : جاء في الأشباه والنظائر (ص ٢٥٥) : « لا توارث بين المسلم والكافر ، وكذا العقل وولاية النكاح . ويرث اليهودي النصراني وعكسه ، إلا الحربي والذمي وعكسه » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٣١٣/٢ ، ٣١٤) : « الكفر والرق يمنعان من الميراث فإذا مات إنسان حر مسلم ، وله قريب كافر أو رقيق ؛ فإنه لا يرثه سواء استمر الكافر على كفره ، والرقيق على رِقِّه ، أو ارتفع الكفر والرق بعد موت قريبهما ، بإسلام الكافر ، وحرية الرقيق ؛ لأن المعتبر وقت الموت فحين زهوق الروح . وبالقريب مانع من كفر أو رق ، انتقل ذلك الإرث لغيره أو لبيت المال ، فلا يرجع بإسلام الكافر وحرية الرقيق ، وكذلك إن مات قريب الكافر أو الرقيق ، فإن الحر المسلم لا يرثه فالمنع من الجهتين معا » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٤٦/٦) : « ولا يرث مسلم كافراً ، ولا كافر مسلماً . إلا أن يكون مُعْتَقاً ، فيأخذ ماله بالولاء) أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم . وقال جمهور الصحابة والفقهاء : لا يرث المسلم الكافر » .

الفصل الثاني في حكم الزوجية بعد إسلام الزوجين أو أحدهما

(مادة ١٢٦)

إِذَا كَانَ الزَّوْجَانِ غَيْرَ مُسْلِمَيْنِ ، فَأَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ ، يُعْرَضُ الْإِسْلَامُ عَلَى زَوْجِهَا . فَإِنْ
أَسْلَمَ ، يُقْرَانِ عَلَى بِنِكَاحِهِمَا ، مَا لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ مَحْرَمًا لَهُ .

وَإِنْ أَبَى الْإِسْلَامَ أَوْ أَسْلَمَ وَهِيَ مَحْرَمَةٌ لَهُ ، يُفْرَقُ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا فِي الْحَالِ ، وَلَوْ كَانَ
صَغِيرًا مُمَيَّرًا أَوْ مَعْتُورًا . فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُمَيَّرٍ ، يَنْتَظَرُ تَمْيِيزَهُ .

وَإِنْ كَانَ مَجْنُونًا ، فَلَا يَنْتَظَرُ شِفَاؤَهُ ، بَلْ يُعْرَضُ الْإِسْلَامُ عَلَى أَبِيهِ ، لِأَبْطَرِيقِ الْإِزْمَامِ .
فَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا تَبَعَهُ الْوَلَدُ ، وَبَقِيَ التَّكَاحُ عَلَى حَالِهِ . وَإِنْ أَبَاهُ كُلُّ مِنْهُمَا ، يُفْرَقُ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ زَوْجِيهِ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ وَلَا أُمٌّ ، يُقِيمُ ^(١) الْقَاضِي عَلَيْهِ وَصِيًّا ، لِيَقْضِيَ عَلَيْهِ بِالْفُرْقَةِ .
وَتَفْرِيقُ الْقَاضِي لِأَبَاءِ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّرِ وَأَخِيهِ الْمَجْنُونِ طَلَاقٌ لَا فَنَسْخَ ، وَمَا لَمْ يُفْرَقِ
الْقَاضِي بَيْنَهُمَا فَالزَّوْجِيَّةُ بَاقِيَةٌ ^(٢) .

• • •

(١) كذا في الأصل ، والصواب [يُقِيمُ] ، لأنه فعل مضارع واقع في جواب الشرط .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) : « وإن أسلمت المرأة ، لا تقع الفرقة بنفس الإسلام
عندنا ، ولكن يعرض الإسلام على زوجها ، فإن أسلم بيقيناً على النكاح . وإن أبى الإسلام ، فُرق القاضي
بينهما ؛ لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر . ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداءً ، فكذا
في البقاء عليه » . وجاء في الفتاوى الهندية (٣٣٨/١) : « ولو أسلم أحد الزوجين ، عُرض الإسلام على
الآخر . فإن أسلم ، وإلا فُرق بينهما ، كذا في الكنز . وإن سكت ولم يقل شيئاً ، فالقاضي يعرض الإسلام
عليه مرة بعد أخرى ، حتى يتيَم الثلاث احتياطاً ، كذا في الذخيرة .

ثم لا فُرق بين أن يكون المُصِيرُ صَبِيًّا مُمَيَّرًا أَوْ بِالطَّأِ حَتَّى يُفْرَقَ بَيْنَهُمَا بِإِبَاهِهِ ، وَهَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدَ
رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى .

ولو كان أحدهما صغيراً غير مميز ، ينتظر عقله ، كذا في الشيبين . فإذا عقِلَ عُرض عليه الإسلام . فإن أسلم ،
وإلا يفرق ولا ينتظر بلوغه .

وإن كان مجنوناً ، يعرض على أبويه الإسلام . فإن أسلما أو أسلم أحدهما ، وإلا فُرق بينهما ، كذا في الكافي . =

٨٣٨ - إذا كان الزوجان غير مسلمين : فإذا أن يسلم أحدهما ، أو يسلمها معاً . وإذا أسلم أحدهما : فإذا أن يكون هو الزوج ، أو الزوجة .

٨٣٩ - فإن أسلمت الزوجة : فإذا أن يكون الزوج مميّزاً ، أو غير مميّز .

فإن كان مميّزاً - ولو صغيراً أو معتوهاً - يعرض عليه الإسلام ، سواء كان كتابياً

= فإن أسلم الزوج وأبت المرأة ، لم تكن الفرقة طلاقاً . وإن أسلمت المرأة وأبى الزوج وفُوق ، تكون الفرقة طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، كذا في محيط السرخسي .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى على المنهاج (٢٥٥/٣) : « (ولو أسلمت) أي : الزوجة الكافرة (وأصر) الزوج على كفره (فكمكسه) أي : فإن كان ذلك قبل دخول ، تنجرت الفرقة ، أو بعده وأسلم في العدة دام نكاحه . وإن لم يسلم فيها ، فالفرقة بينهما من حين إسلامها . والفرقة فيما ذُكر فرقة فسخ لا فرقة طلاق » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٦/٢) : « الكافران إن أسلما في وقت واحد ، بقران على نكاحهما ، ولو قبل الدخول ، أو كانا مجوسيين .

وأما لو أسلم أحدهما :

فإن كان الزوج ، فإنه يقر على الكتابية مطلقاً ، وعلى المجوسية حرة أو أمة إن أسلمت ولو لم تعتق الأمة . ومثل إسلام الأمة المجوسية عتق الأمة الكتابية .

وأما لو أسلمت الزوجة ابتداء ، فإن كان قبل البناء بانث مكانها ، وإن كان بعد البناء أُقِرُّ عليها إن أسلم في عدتها ، لا إن تأخر إسلامه عن عدتها ، فلا يقر عليها لبيوتتها بانقضائها عدتها » .

قول الخنابلة : جاء في المغني (١١٧/٧ ، ١١٨) : « إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ، ففيه عن أحمد روايتان : إحداهما : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها ، فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة ، وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان ، فلا يُحتاج إلى استئناف العدة . وهذا قول : الزهري ، والليث ، والحسن ابن صالح ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، ونحوه عن مجاهد ، وعبد الله بن عمر ، ومحمد بن الحسن . والرواية الثانية : تتمجل الفرقة . وهو اختيار الخلال وصاحبه ، وقول : الحسن ، وطاوس ، وعكرمة ، وقادة ، والحكم . وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ونصره ابن المنذر ، وقول أبي حنيفة هانئا كقوله فيما قبل الدخول ، إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب ، فانقضت عدتها وحصلت الفرقة ، لزمها استئناف العدة . وقال مالك : إن أسلم الرجل قبل امرأته ، عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت ، وإلا وقعت الفرقة ، وإن كانت غائبة تَجَمَّلَت الفرقة . وإن أسلمت المرأة قبله ، ووقت على انقضاء العدة ...

وإذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة ، انفسخ النكاح في قول عامة العلماء . قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء في هذا ، إلا شيء روي عن النخعي ، شُدَّ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد ، زعم أنها تُرَدُّ إلى زوجها وإن طالت المدة ، لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بن كاعها الأول . رواه أبو داود . واحتج به أحمد . قيل له : أليس يروى أنه رَدَّهَا بنكاح مستأنف ، قال : ليس له أصل . وقيل : كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين . ولنا قول الله تعالى : ﴿ لَا هُنَّ حِيْلٌ لَّكُمْ وَلَا هُمْ يَحْسِرُونَ هُنَّ ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا بِإِسْمِ الْكُفَّارِ ﴾ . والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار .

أو غير كتابي . فإن امتنع ، فرق القاضي بينهما ؛ لأن زوجته صارت مسلمة ، فلا بد من أن يكون زوجها مسلمًا .

٨٤٠ - وإن أسلم : فإما أن تكون زوجته محرماً له بالنظر إلى الدين الإسلامي ، أو غير محرّم . فإن كانت محرماً له ، فرق بينهما أيضاً ، لالتزامهما أحكام الدين الذي انتقلا إليه ، وهو لا يجوز ذلك لعدم المحلية . وإن كانت غير محرّم له ، يقران على نكاحهما ، ولا حاجة لتجديد العقد على حسب الدين الإسلامي ؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون ؛ ولأن حالة الإسلام حالة البقاء والشهادة مثلاً ليست شرطاً فيها ، وإنما هي شرط في حالة الابتداء ؛ لأن الأصل أن كل نكاح صحيح بين المسلمين صحيح إذا تحقق بين غيرهم ، لتضافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة ، فحيث وقع من غيرهم على وفق الشرع العام ، وجب الحكم بصحته ، وأن كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح بغير شهود أو في العدة ، يجوز في حقهم إذا اعتقدوه ، ويقران عليه بعد الإسلام ، وأن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم ، اختلف فيه على قولين ، فقال بعضهم : يقع فاسداً . وقال البعض الآخر : يقع جائزاً ، ولكن إذا أسلم أحدهما ، يفرق بينهما .

٨٤١ - وإن كان غير مميز : فإما أن يكون عدم تمييزه لصغره ، وإما أن يكون لجنونه . فإن كان لصغره ، ينتظر تمييزه . فإن ميز ، عرض عليه الإسلام كما تقدم ؛ لأن التمييز له وقت معلوم ، فينتظر .

٨٤٢ - وإن كان لجنونه ، فلا ينتظر شفاؤه ، لأنه ليس له وقت معلوم ، وربما طال سنين كثيرة ، فتتضرر الزوجة التي أسلمت . وحينئذ : فإما أن يكون له أب ، أو لا يكون . فإن كان ، عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم تبعه ابنه واستمرت الزوجية ، إلا إذا كانت الزوجة محرماً له ، وإن امتنع فرق بينهما القاضي . وإن كان له أبوان ، عرض عليهما الإسلام ، لأنه يصير مسلماً تبعاً لأحدهما ، فإذا أبى أحدهما ، فلا بد من عرضه على الآخر . وإن لم يكن له أب ولا أم ، يقيم له القاضي وصياً ليقضي عليه بالفرقة ؛ لأنه لا يجوز عرض الإسلام على المجنون ، لعدم صحته منه ، ولا يجوز انتظار الشفاء لعدم علم الوقت الذي يحصل فيه ، وربما بقي زمناً طويلاً فتتضرر الزوجة التي أسلمت ، ولا يجوز القضاء على المجنون ، فأقيم له الوصي للقضاء عليه بالفرقة .

٨٤٣ - وليس المراد من عرض الإسلام على والده أنه يعرض عليه بطريق الإلزام ، بل على سبيل الشفقة المعلومة من الآباء على الأولاد عادة ، فلعل ذلك يحمله على أن يسلم ،

ألا ترى أنه إذا لم يكن له والدان ، جعل القاضي له وصيًا . وفُوقَ بينهما : فالآباء يسقط هنا للتعذر ، ففائدة نصب الوصي الحكم بالتفريق بلا عرض بل يسقط العرض للضرورة ؛ لأنه لا يصير مسلمًا بتبعيته غير الأبوين ، وتستمر الزوجية إلى أن يقضي القاضي بالفرقة .

٨٤٤ - وما لم يفرق القاضي بينهما ، فالزوجية باقية . ويترتب عليه : أنه لو ماتت الزوجة قبل الحكم بالفرقة ، وجب لها كمال المهر وإن لم يدخل بها ، لأن النكاح قائم ، والمهر يتقرر بالموت ، ولكن لا يتوارثان لقيام المانع وهو اختلاف الدين .

٨٤٥ - وفي حال ما إذا امتنع الزوج عن الإسلام بعد عرضه عليه فيما إذا كان مميزًا ، أو امتنع أحد أبويه عن الإسلام فيما إذا كان مجنونًا ، وفرق القاضي بين الزوجين ، يكون التفريق طلاقًا بائنًا لا فسحًا . ويترتب على ذلك : أنه لو أسلم بعد ذلك وتزوجها ، ملك عليها طلقتين لا ثلاثًا . وقال أبو يوسف : هذا التفريق فسخ لا طلاق .

٨٤٦ - واستغرب بعضهم هذا الحكم قائلًا : هذا من أغرب المسائل ، حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون .

٨٤٧ - وفي هذا الاستغراب نظر ، إذ الطلاق من القاضي وهو عليهما لا منهما ، فليسا بأهل للإيقاع ، بل للوقوع ، أي أنهما ليسا أهلًا لإيقاع الطلاق منهما ، بل هما أهل للوقوع ، أي : بحكم الشرع بوقوعه عليهما .

٨٤٨ - وفي شرح التحرير : قال صاحب الكشف وغيره : المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق في حق الصغير عدمهما عند عدم الحاجة ، فأما عند تحققها فمشروع . قال شمس الأئمة السرخسي^(١) : يزعم بعض مشايخنا أن هذا الحكم غير مشروع أصلًا في حق الصبي حتى إن امرأته لا تكون أهلًا للطلاق ، وهذا وهم عندي ، فإن الطلاق يملك بملك النكاح ؛ إذ لا ضرر في إثبات أصل الملك ، بل الضرر في الإيقاع ، حتى إذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحًا ، فإذا أسلمت زوجته وأبي ، فرق بينهما ، وكان طلاقًا عند أبي حنيفة ومحمد . وإذا ارتد

(١) هو : محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي الإمام الكبير شمس الأئمة صاحب المبسوط أحد الفحول والأئمة الكبار أصحاب الفنون كان إمامًا علامة حجة متكلمًا فقيهاً أصوليًا مناظرًا ، لزم الإمام شمس الأئمة الحلواني حتى تخرج به وصار أنظر أهل زمانه ، وأخذ في التصانيف وناظر الأقران وظهر اسمه وشاع خبره ، أملى المبسوط نحو خمسة عشر مجلدًا وهو في السجن بأوزجند محبوس ، مات في حدود التسعين والأربعمائة . انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية (٧٨/٣ : ٨٢) .

والعياذ بالله تعالى وقعت البيونة ، وكان طلاقاً في قول محمد . وإذا وجدته مجبوراً ، فخاصته ، فرق بينهما ، وكان طلاقاً عند البعض ^(١) . وللکلام تمة في رد المختار في الجزء الثاني صحيفة (٥٣٦) ^(٢) .

(مادة ١٣٧)

إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَكَانَتْ امْرَأَتُهُ كِتَابِيَّةً ، فَالْتِكَاحُ بَاقٍ عَلَى حَالِهِ .
وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ كِتَابِيَّةٍ ، يُغْرَضُ عَلَيْهَا الْإِسْلَامُ . فَإِنْ أَسْلَمَتْ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ . وَإِنْ أَبَتْ
الْإِسْلَامَ أَوْ أَسْلَمَتْ وَكَانَتْ مَخْرَمًا لَهُ ، يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا .
وَالْتَفْرِيقُ بِإِبَائِهَا فَسَخَّ لَا طَلَّاقَ ، وَمَا لَمْ يُفْرَقِ الْحَاكِمُ فَالزَّوْجِيَّةُ بَاقِيَةٌ حَتَّى يَخْضَلَ
التَّفْرِيقُ ^(٣) .

• • •

(١) التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير حاج (١٧١/٢) .

(٢) رد المختار (١٩١/٣) . ونص كلامه : « قلت : وحاصله أنه كالبالغ في وقوع الطلاق منه بهذه الأسباب ، إلا أنه لا يصح إيقاعه منه ابتداءً للضرر عليه ، ومثله المجنون . وبه ظهر أنه لا حاجة إلى أنه إيقاع من القاضي ؛ ولأن تفریق القاضي هنا كتفريقه بإباء البالغ عن الإسلام ، وهو طلاق منه بطريق النيابة ، فكذا في الصبي والمجنون . لكن لما كان المشهور أنه لا يقع طلاقهما - أي : ابتداءً - وكان وقوعه منهما بعراض غريباً ، قال الزيلعي وغيره : إنه من أغرب المسائل . فافهم » .

(٣) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٦/٢) : « الزوجان الكافران إذا أسلم أحدهما في دار الإسلام . فإن كانا كتابيين ، فأسلم الزوج ، فالنكاح بحاله ؛ لأن الكتابة محل لنكاح المسلم ابتداءً ، فكذا بقاء . وإن كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما ، أيهما كان ، يعرض الإسلام على الآخر ، ولا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا . فإن أسلم ، فهما على النكاح . وإن أبى الإسلام ، فزوق القاضي بينهما ؛ لأن المشتركة لا تصلح لنكاح المسلم ، غير أن الإباء إن كان من المرأة يكون فرقة بغير طلاق ، لأن الفرقة جاءت من قبلها وهو الإباء من الإسلام . والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقاً ؛ لأنها لا تلي الطلاق ، فيجعل فسحاً » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٦٣/٣) : « (وإن أسلم أحد الزوجين المجوسيين ونحوهما) ممن لا تجل لنا مناهجته من الكفار . فإن كان (قبل المسيس) تتجزبت الفرقة (لعدم تأكد النكاح بالدخول) ولا توقفت على (انقضاء) العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضائها استقر النكاح (لما روى أبو داود) أن امرأة أسلمت على عهد رسول الله ﷺ ، فتزوجت فجاء زوجها فقال : يا رسول الله ، إنني كنت أسلمت وعلمت بإسلامي . فانتزعتها رسول الله ﷺ من زوجها الثاني ، وردها إلى زوجها الأول . وفي معنى المسيس استدخال النبي (وإلا) أي : وإن لم يسلم الآخر قبل انقضاء العدة (ثبتت الفرقة من حينئذ) أي : من حين إسلام الأول بالإجماع ، وهي فرقة فسح لا طلاق ؛ لأنها مغلوبان عليها (وإن أسلم الرجل) ولو وثيقاً =

٨٤٩ - وإذا أسلم الزوج : فإما أن تكون امرأته كتائية ، أو غير كتائية .

فإن كانت كتائية ، فلا يعرض عليها الإسلام ^(١) ، بل النكاح باقٍ على حاله ، لأن المسلم يجوز له ابتداء أن يتزوج كتائية بقاءً من باب أولى .

وإن كانت غير كتائية ، فإن كانت مجوسية أو وثنية ، يعرض عليها الإسلام . فإن أسلمت أو دخلت في دين سماوي : فإما أن تكون محرماً له ، أو غير محرّم . فإن

= (والمرأة حرة كتائية أو أسلم الزوجان معا استقر النكاح) أما في الأولى فليتماّم من أن للمسلم نكاح الكتائية . وخرج بالحرّة فيها : الأمة ، وبالكتائية : نحو الوثنية . وأما في الثانية فلما رواه الترمذي وصححه « أن رجلاً أسلم ، ثم جاءت امرأته مسلمة ، فقال : يا رسول الله ، كانت أسلمت معي . فرُدّها عليه . ولتساويهما في صفة الإسلام المناسبة للتقرير ، بخلاف ما لو ارتدّا معا كما مرّ » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرخشي على مختصر خليل (٢٢٧/٣) : « الكافر إذا أسلم وتحتته كتائية فإنه يقر على نكاحها رغبتاً للإسلام بل الإسلام هو المصحح له فهو مسلم تحت كتائية ما لم تكن من محارمه وعلى الأمة والمجوسية إن عتقت وأسلمت يعني : كما يقر الكافر إذا أسلم على الحرّة الكتائية ، يقر على نكاح الأمة والمجوسية الحرّة إن عتقت الأمة بعد إسلامه ، وأسلمت الحرّة المجوسية ، وسواء كانت الأمة كتائية أو مجوسية . فقوله : « إن عتقت » خاص بالأمة ، وقوله : « وأسلمت » عام للحرّة والأمة من أي دين ، لأنها نصير أمة مسلمة تحت مسلم ، فيشترط خشية العتق وعدم الطؤل كابتداء نكاح الأمة المسلمة .

ومثل الإسلام اليهود أو النصر للحرّة ولم يبعد كالشهر هو مثال للذي لم يبعد ، أي : مثال للنفي الذي هو حرف لم لا للنفي ، وهو لفظ يبعد ، أي : ولم يبعد الزمان ، أي : ما بين إسلامهما ، بل كان قريباً كالشهر ونحوه ، وهل إن غفل أو مطلقاً ، تأويلان أي : وهل يتقرر النكاح في الشهر إن غفل عنها ولم توقف حين أسلم . وأما إن لم يغفل ، فيعرض عليها الإسلام حين إسلامه ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما . فيكون قول ابن القاسم وفقاً لقول مالك . أو يقرر النكاح في الشهر مطلقاً ، غفل عن إيقافها أم لا ، فيكون قول ابن القاسم خلافاً لقول مالك تأويلان » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٨٢/٢) : « وإن أسلم الزوجان معا ، بأن تلفظا بالإسلام دفعة واحدة . قال الشيخ تقي الدين : ويدخل فيه لو شرع الثاني قبل أن يفرغ الأول فعل نكاحهما ؛ لأنه لم يوجد بينهما اختلاف دين ، ولحديث أبي داود عن ابن عباس « أن رجلاً جاء مسلماً على عهد النبي ﷺ ، ثم جاءت امرأته مسلمة بعده ، فقال : يا رسول الله ، إنها كانت أسلمت معي . فرُدّها عليه » (أو) أسلم (زوج كتائية) كتائياً كان أو لا (ف) هما (على نكاحهما) ولو قبل الدخول ، لأن المسلم له ابتداء نكاح الكتائية ، فاستدامته أولى (وإن أسلمت كتائية تحت كافر) كتائي أو غيره قبل الدخول انفسخ النكاح ؛ لأنه لا يجوز لكافر ابتداء نكاح مسلمة (أو) أسلم (أحد) زوجين (غير كتائيين قبل دخول انفسخ) نكاحهما ؛ لقوله تعالى : ﴿ مَا كَانَ مَنَاجِرًا وَلَا يَكْفُرُ إِلَّا الْكُفَّارُ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا بِصِمِّ الْكُفَّارِ ﴾ ؛ ولأن اختلاف الدين سبب للعداوة والبغضاء ، ومقصود النكاح الاتفاق والاتلاف » .

(١) يعني : من أجل تحديد استمرار الزوجية وعدمها ، وليس المراد الامتناع عن عرض الإسلام عليها مطلقاً ، كما سبق وأن نهينا .

كانت غير محرم له ، فالزوجية باقية . وإن كانت محرماً ، فرق بينهما . وكذلك إن امتنعت عن الدخول في دين سماوي ، فإنه يفرق بينهما ، لعدم جواز تزوج المسلم غير الكتابية ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ ﴾^(١) .

٨٥٠ - وتفريق القاضي لإبائها فسخ لا طلاق ، فلو أسلمت بعد ذلك ، وتزوجها ولم يكن أوقع عليها طلاقاً ، ملك عليها ثلاث طلاقات . وإنما كان فسحاً لا طلاقاً ؛ لأن الطلاق لا يكون من النساء ، بل الذي يكون من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعاً هو الفسخ ، فينوب القاضي منابها فيما تملكه .

٨٥١ - وما دام القاضي لم يفرق بينهما ، فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق .

٨٥٢ - وأحكام الزوجية موجودة ، إلا الميراث ، لوجود المانع منه وهو اختلاف الدين .

(مادة ١٢٨)

إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، بَقِيَ النِّكَاحُ عَلَىٰ خَالِهِ ، مَا لَمْ تُكُنِ الْمَرْأَةُ مَحْرَمًا لَهُ . فَإِنْ كَانَتْ كَذَلِكَ ، يُفْرَقِ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُفْرَقَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ الْمُحْرَمَيْنِ غَيْرِ الْمُسْلِمَيْنِ ، إِلَّا إِذَا تَرَفَعَا إِلَيْهِ مَعًا .

وَلَهُ أَنْ يُفْرَقَ مِنْ غَيْرِ مُرَافَعَةٍ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، إِذَا كَانَتْ كِتَابِيَّةً مُعْتَدَّةً بِسَلِيمٍ ، وَتَزَوَّجَتْ

قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا^(٢) .

• • •

(١) البقرة : ٢٢١ .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (١٨٦/٣ ، ١٨٧) : « أسلم المتزوجان بلا (شهود أو في عدة كافر معتقدين ذلك ، أفرا عليه) ؛ لأنه أميزنا بتركهم وما يعتقدون (ولو) (كانا) أي : المتزوجان اللذان أسلما (محرمين أو أسلم أحد المحرمين أو ترافعا إلينا وهما على الكفر ، فرق) القاضي أو الذي حكماه (بينهما) لعدم المحلية (وبمرافعة أحدهما لا) يفرق لبقاء حق الآخر ، بخلاف إسلامه ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلو (إلا إذا طلقها ثلاثا وطلبت التفريق فإنه يفرق بينهما) إجماعاً » .

وجاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٥٣/١) : « أسلم المتزوجان بلا شهود أو في عدة كافر معتقدين ذلك إقراراً عليه ، ولو كانا) أي : المتزوجان اللذان أسلما (محرمين أو أسلم أحد المحرمين أو ترافعا) أي : عرضا أمرهما إلينا ، وهما على الكفر (فُوقَ بينهما) لعدم المحلية للمخزومية وما يرجع إلى المحل يستوي فيه الابتداء والبقاء (وبمرافعة أحدهما لا) أي : لا يُفْرَقُ ، إذ بمرافعة أحدهما لا يبطل حق الآخر ، لعدم التزامه أحكام الإسلام . وليس لصاحبه ولاية الزامه ، بخلاف ما إذا أسلم ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلو عليه » .

- ٨٥٣ - وإذا أسلم الزوجان معاً : فإما أن تكون الزوجة محرماً للزوج ، أو غير محرّم .
- ٨٥٤ - فإن كانت محرماً له ، فرق بينهما . وإن كانت غير محرّم له ، بقي النكاح على حالة ، فيقران عليه . ومحل ذلك إذا كان أصل العقد جائزاً عندهم . فلو تزوج غير مسلم بلا شهود أو في عدة غيره مثلاً ، وكان هذا جائزاً عندهم ، ثم أسلما ، أقرأ عليه . فإن لم يكن جائزاً عندهم ، جدد العقد على حسب الدين الإسلامي الذي انتقلا إليه .
- ٨٥٥ - وكل هذه الأحكام إنما هي بعد إسلام الزوجين . فإذا لم يسلما ، فلا يتعرض القاضي لهما ، ولو كانت الزوجة محرماً له ، لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، إلا في حالتين :
- ٨٥٦ - الحالة الأولى : أن يترافعا إلينا راضين بحكم القاضي ، فإنه ينظر في شكواهما بحسب الشريعة الإسلامية ، ويحكم عليهما بمقتضاها ؛ لأنهما رضيا بها . فإن ترفع أحدهما ، فليس للقاضي الشرعي النظر في الدعوى ، فلا يجبر الآخر على الحضور أمامه

= قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٣٢٣/٤ - ٣٢٦) : « ولو أسلما معاً » على أي كُفِرَ كان ، قبل الدخول أو بعده (دام النكاح) بالإجماع كما نقله ابن المنذر وابن عبد البر . ولأن الفرة تقع باختلاف الدين ، ولم يختلف دينهما في الكفر ولا في الإسلام (والمعية) في الإسلام . (بآخر اللفظ) الذي يصير به مسلماً ، بأن يقتنر آخر كلمة من إسلامه بآخر كلمة من إسلامها ، سواء أوقع أول حرف من لفظهما معاً أم لا .

وإسلام أبوي الزوجين الصغيرين أو المجنونين أو أحدهما كإسلام الزوجين أو أحدهما . وإن أسلمت الزوجة البالغة وأبو زوجها الصغير أو المجنون معاً ، ولم يدخل بها ، بطل نكاحه كما قال البغوي ، لترتب إسلامه على إسلام أبيه ، فقد سبقته بالإسلام . وإن أسلمت عقب إسلام الأب ، ولم يدخل الصغير أو المجنون بها ، بطل النكاح كما قاله البغوي أيضاً ؛ لأن إسلام الصغير أو المجنون يحصل حكماً ، وإسلامها يحصل بالقول ، والحكمي يكون سابقاً للقولي ؛ فلا يتحقق إسلامهما معاً . قال الأذريعي : وما قاله البغوي قاله أيضاً المتوكل والقاضي والحوارزمي . وقال البلقيني : ما قاله البغوي في ذلك هو الفقه . (لا نكاح محرّم) بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، فلا يقر عليه ؛ لأنه لا يجوز ابتداءه . وحكى ابن المنذر فيه الإجماع .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (١٣٦/٥) : « عبد الحق : أجمعوا أن الزوجين إذا أسلما في حالة واحدة ، أن لهما البقاء على النكاح الأول ، إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريمًا » .

قول الحنابلة : جاء في المنعي (١١٧/٧) : « الزوجان إذا أسلما معاً ، فهما على النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده . وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم ، وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين . ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة ، لتلا يسبق أحدهما صاحبه ، فيفسد النكاح . ويحتمل أن يقف على المجلس ، كالقبض ونحوه ، فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد . ولأنه يعد اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرة بين كل مسلمين قبل الدخول ، إلا في الشاذ النادر ، فيبطل الإجماع » .

لسماع الدعوى ، لأن حق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه ؛ إذ لا يتغير به اعتقاده .
 ٨٥٧ - الثانية : أن يكون هناك حق مسلم ، فإن القاضي ينظر في المسألة ، وإن لم تحصل مرافعة أصلاً ، كما إذا كانت كتابية متزوجة بمسلم ، فطلقها ، فتزوجها كتابي قبل انقضاء عدة المسلم ، فللقاضي في هذه الحالة أن يفرق بينهما ، وإن لم يترافعا ولا أحدهما ، للمحافظة على حق المسلم . ومثل هذا ما إذا تزوج الذمي مسلمة ، فإن القاضي يفرق بينهما ، وإن لم تحصل مرافعة ، ويوجعه عقوبة إن دخل بها ، ويعزر من زوجها له ، وتعزر المرأة أيضاً . وإن أسلم بعد النكاح لا يترك على نكاحه ، بل يجدد العقد بينهما . وهذا هو مذهب الإمام . وقال الصحابان : إذا كانت الزوجة محرماً له ، فإن القاضي يفرق بينهما بمرافعة أحدهما . فلا يشترط عندهما مرافعة الاثنتين .
 ٨٥٨ - وعلى هذا الخلاف ما لو طلق غير المسلم امرأته ثلاثاً ، وتزوجها قبل أن تتزوج بغيره ، أو جمع بين المحارم ، كما إذا تزوج أختين مثلاً أو تزوج أكثر من أربع نسوة ، فعنده : لا تفريق إلا إذا ترافعا ، وعندهما : يفرق بمرافعة أحدهما .

(مادة ١٢٩)

إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ صَغِيرٌ أَوْ وُلِدَ لَهُمَا وَلَدٌ قَبْلَ عَرْضِ الْإِسْلَامِ عَلَى الْآخَرِ أَوْ بَعْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَتَّبِعُ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمَا ، إِنْ كَانَ الْوَلَدُ مُقِيمًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ أَبَوَيْهِ مُقِيمًا بِهَا أَوْ فِي غَيْرِهَا .
 فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَلَدُ مُقِيمًا بِدَارِ الْإِسْلَامِ ، فَلَا يَتَّبِعُ مَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَبَوَيْهِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٣٩/١) : « والولد يتبع خير الأبوين ديناً ، كذا في الكنز . هذا إذا لم تختلف الدار ، بأن كانا في دار الإسلام ، أو في دار الحرب ، أو كان الصغير في دار الإسلام وأسلم الوالد في دار الحرب ؛ لأنه من أهل دار الإسلام حكماً . وأما إذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الإسلام ، فأسلم ، فلا يتبعه ولده ولا يكون مسلماً ، كذا في التبيين » .
 قول الشافعية : جاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢٦٠/٤) : « (ويحكم للصبي) أي : للصغير ذكراً كان أو أنثى أو ختنى (بالإسلام عند وجود) أحد (ثلاثة أسباب) :
 أولها : ما ذكره بقوله : (أن يسلم أحد أبويه) والمجنون وإن مجنٌ بعد بلوغه كالصغير ، بأن يُغلق بين كافرين ثم يسلم أحدهما قبل بلوغه ، فإنه يحكم بإسلامه حالاً ، سواء أسلم أحدهما قبل وضعه أم بعده ، قبل تمييزه وقبل بلوغه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْمَنَّا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾ .

٨٥٩ - ولا يحكم على شخص بالإسلام بالتبعية لشخص آخر ، إلا الولد بالنسبة للوالدين . فإن أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير قبل إسلامه ، أو وُلد لهما ولد بعد إسلامه ، سواء كان قبل عرض الإسلام على الآخر أو بعد عرضه ، فإنه يحكم بإسلامه تبعاً لمن أسلم من أبويه ، ولكن في بعض الصور ؛ لأن الولد : إما أن يكون مقيماً في دار الإسلام ، أو في دار الحرب . وعلى كلٍّ : فإما أن يكون من أسلم من أبويه مقيماً في دار الإسلام ، أو في دار الحرب ، فالصور أربع :

٨٦٠ - الأولى : أن يكون كل منهما مقيماً في دار الإسلام .

٨٦١ - الثانية : أن يكون الولد مقيماً في دار الإسلام ، ومن أسلم من أبويه مقيماً في دار الحرب .

٨٦٢ - الثالثة : أن يكون كل منهما مقيماً في دار الحرب .

٨٦٣ - الرابعة : أن يكون الولد مقيماً في دار الحرب ، ومن أسلم من أبويه مقيماً في دار الإسلام .

فيحكم على الولد بالإسلام بالتبعية في الصورة الأولى والثانية ، أي : متى كان الولد مقيماً في دار الإسلام ، سواء كان من أسلم من أبويه مقيماً بها أو لا . ولا يحكم بإسلامه في الصورتين الأخيرتين ، لأن دار الحرب لا تدخل تحت حكم المسلمين ، فلا يحكم على من هو مقيم فيها بحكم يخصهم .

(مادة ١٣٠)

لَا يَتَّبِعُ الْوَلَدُ جَدَّهُ وَلَا يَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِهِ ، وَلَوْ كَانَ أَبُوهُ مَيِّتًا . وَتَسْتَمِرُّ تَبِعِيَّةُ الْوَلَدِ لِمَنْ أَسْلَمَ مِنْ أَبِيهِ مُدَّةَ صِغَرِهِ ، سَوَاءَ كَانَ عَاقِلًا أَوْ غَيْرَ عَاقِلٍ . وَلَا تَنْقَطِعُ إِلَّا بِبُلُوغِهِ عَاقِلًا ،

= قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٦٩/٨) : يحكم بإسلام الولد الذي لم يميز بسبب إسلام أبيه فقط . وعدم تمييز الولد إما : لأجل صغره ، أو لأجل جنونه ولو بالغاً . وغير الأب لا يحكم بإسلام الولد بسبب إسلامه على المشهور ، وكذلك يحكم بإسلام الولد المميز الذي لم يراهق بسبب إسلام أبيه فقط ، وكذا بإسلامه استقلالاً على ظاهر المذهب . والمراد بالأب : دنيه . ويجبر بالقتل إن امتنع بعد البلوغ . ولم يميز : الثواب من العقاب ، أو التوبة من المعصية .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٥٨/٣) : (وإن دخل) كافر (دار الإسلام فأسلم ، وله أولاد صغار في دار الحرب) أو حنظل (صاروا مسلمين) تبعاً له (ولم يجز سيهم) لعصمتهم بالإسلام .

فَلَوْ بَلَغَ مَجْنُونًا أَوْ مَعْتَوْهَا ، فَلَا تَزَالُ تَبِعِيَّتُهُ مُسْتَمْرَةً^(١) .

٨٦٤ - ولا يحكم بإسلام الولد بالتبع لغير الوالدين ، ولو كان ذلك الغير جدًّا ، سواء كان أبو الولد موجودًا أو غير موجود ؛ لأن الحكم بإسلامه إنما هو بالتبعية ، فتضعف إذا كان هناك واسطة ؛ ولأن الولد لو تبع الجد في الإسلام ، لكان تابعًا لجد الجد وهكذا ، فيؤدي إلى كون كل الناس مسلمين تبعًا لإسلام آدم عليه السلام .

وتستمر هذه التبعية ما دام الولد صغيرًا ، سواء كان عاقلًا أو غير عاقل .

فإذا بلغ : فإما أن يبلغ عاقلًا ، أو غير عاقل . فإن كان الأول ، انقطعت التبعية . وإن كان الثاني ، فلا تنقطع التبعية ، بل تستمر إلى أن يعقل . والأصل في هذا أن الولد يتبع خير الأبوين دينًا ، لأنه أصلح له ، فإذا تزوج مسلم كاتبة كان كل الأولاد على دينه ، وإن أسلم أحد الأبوين تبعه الولد .

٨٦٥ - ولو كان كتابي متزوجًا مجوسية أو مجوسية بكتابية ، تبع ولدهما الكتابي ؛ لأن المجوسي شر من الكتابي ، لأن الكتابي يتبع دينًا سماويًا أتى به رسول من الرسل عليهم الصلاة والسلام^(٢) .

(١) قول الشافعية : جاء في الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢٦٠/٤) : « ويحكم للصبي بالإسلام عند وجود ثلاثة أسباب : أن يسلم أحد أبويه) قول المصنف : « أن يسلم أحد أبويه » . يومهم قصره على الأبوين . وليس مرادًا ، بل في معنى الأبوين الأجداد والجدات إن لم يكونوا وارثين ، وكان الأقرب حيًّا » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٨٧/٦) : « ولو أسلم الجد ، لم يتبعه ولد ولده ؛ لأن الجد يدلي بغيره » .
(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الزواج الباطل : المادة (٣٣) : يكون الزواج باطلًا في الحالات التالية :
تزوج المسلمة بغير المسلم .
تزوج المسلم بامرأة غير كاتبة .

تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه وهن الأصناف المبينة في المواد (٢٤ و ٢٥ و ٢٦) من هذا القانون .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٦٠) - ينقسم عقد الزواج إلى صحيح وغير صحيح .
المادة (٦١) - عقد الزواج الصحيح هو ما توفرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه .
المادة (٦٢) عقد الزواج غير الصحيح هو ما اختل ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته أو كان فيه مانع شرعي ويشمل الباطل والفاسد .
المادة (٦٣) تترتب على الزواج الصحيح آثاره منذ انعقاده .

الباب التاسع في النكاح الغير الصحيح والموقوف

الفصل الأول في النكاح الغير الصحيح

(مادة ١٣١)

إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدٌ إِحْدَى مَحَارِمِهِ نَسَبًا أَوْ رِضَاعًا أَوْ صِهْرِيَّةً ، فَالنِّكَاحُ لَا يَصِحُّ أَصْلًا ، وَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يَفْتَرَقَا ، وَيَعَاقِبُ الزُّوجُ بِأَشَدِّ الْعُقُوبَاتِ التَّعْزِيرِيَّةِ سَبْتًا إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَالِمًا بِالْحَرَمَةِ ، أَوْ بِعُقُوبَةٍ تَلِيْقُ بِحَالِهِ إِنْ فَعَلَهُ جَاهِلًا بِهَا ^(١) .

(١) قول الخنيفة : جاء في بدائع الصنائع (٣٥/٧) : « إذا نكح محارمه أو الخامسة أو أخت امرأته فوطئها ، لا حد عليه عند أبي حنيفة ، وإن علم بالحرمة ، وعليه التعزير . وعندهما والشافعي رحمهم الله تعالى : عليه الحد . والأصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة : أن النكاح إذا وُجد من الأهل مضافاً إلى محل قابل لمقاصد النكاح ، يمنع وجوب الحد ، سواء كان حلالاً أو حراماً ، وسواء كان التحريم مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه ، وسواء ظنَّ الحليل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة . والأصل عندهما : أن النكاح إذا كان محرماً على التأيد ، أو كان تحريمه مجمعاً عليه يجب الحد ، وإن لم يكن محرماً على التأيد أو كان تحريمه مختلفاً فيه لا يجب عليه .
قول الشافعية : جاء في شرح المحلى على المنهاج (١٨٠/٤) : « ويحد في مستأجرة (للزنى) ومبيحة (للوطء) ومحرّم) بنسب أو رضاع أو مصاهرة (وإن كان تزوجها) وليس ما ذكر شبهة دافعة للحد . وجاء في حاشيتي قليوبي وعميرة : « (وليس ما ذكر) من الإجارة والإباحة والعقد في المحرم شبهة ، فذكر الغاية في كلام المصنف هو محل التوهم بعدم إيجاب الحد . لو ادعى مُثَقِّطاً للحد كجهل تحريم أو نسب ، صدق إن أمكن ، وإلا فلا . »

قول المالكية : جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون (٢٥٤/٢) : « ومن نكح خامسة ، أو امرأته المطلقة ثلاثاً قبل زوج ، أو سائر المحرمات المتفق على تحريمها . فإن كان عالماً ، حدُّ . وإن ادعى الجهل بالتحريم ، ومثله يجهل ذلك ، لم يُحدِّ . »

قول الخنابلة : جاء في المعني (٥٤/٩) : « وإن تزوج ذات محرمه ، فالنكاح باطل بالإجماع . فإن وطئها ، فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم ، منهم : الحسن ، وجابر بن زيد ، ومالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو أيوب ، وابن أبي خيثمة . وقال أبو حنيفة والثوري : لا حد عليه ؛ لأنه وطء تمكنت الشبهة منه ، فلم يوجب الحد ، كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها . وبيان الشبهة : أنه قد وجدت صورة المبيح ، وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة ، بقيت صورته شبهة دائرة للحد الذي يندرى بالشبهات . ولنا : أنه وطء في فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم ، فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد . وصورة =

٨٦٦ - قد علمت مما تقدم أن النكاح الغير الصحيح هو : الذي فقد شرطاً من شروط الصحة ، بأن كانت المرأة غير محل له ، أو كانت محلاً له ولكن حصل العقد بغير شهود. وعدم محلية المرأة للزواج أن تكون محرمة على من يريد التزوج بها ، سواء كانت حرمتها عليه مؤبدة ، أي : لا تحل له في وقت من الأوقات ، أو مؤقتة ، بأن كانت تحرم عليه في وقت لوجود ما يمنع العقد عليها ، وتحل له في وقت آخر بأن زال المانع .

٨٦٧ - فإذا فرض أن رجلاً تزوج من تحرم عليه حرمة مؤبدة ، سواء كان سبب التحريم النسب بأن تزوج أخته مثلاً ، أو كان الرضاع كما إذا تزوج أمه من الرضاع مثلاً ، أو كان المصاهرة كأن تزوج امرأة أبيه ، فلا شك في عدم صحة هذا العقد ، وحينئذ تجب عليهما مفارقة بعضهما ؛ لأنه يجب على المتعاقدين رفع العقد الغير الصحيح ، خصوصاً مثل هذا .

فإن افترقا من نفسيهما فبها ، وإلا فيجب على القاضي أن يفرق بينهما، ولا يكفي بهذه الفرقة ، بل لا بد من العقاب ، لأنهما أتيا أمراً منكراً، فيعاقبان عليه .

٨٦٨ - ولما كان هذا الأمر فظيماً ، لم يقيد الشارع الحاكم بشيء مخصوص يستعمله ، بل فوض إليه النظر في التعزير ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف حالهما ، فالعالم بالحرمة لا يعاقب مثل الجاهل بها ، بل يعاقب كلاً منهما عقوبة تليق بحاله ، ولو رأى أنه يزيد في تعزيره عن المقدر شرعاً فلا مانع من ذلك ، ويكون ذلك من باب السياسة الشرعية التي تميزها الشريعة الغراء عندما تدعو الحاجة إليها . وهذا مذهب أبي حنيفة . وقال الصحابان والشافعي ومالك وأحمد : يحد حد الزنى إن كان عالماً بالحرمة ؛ لأن هذا عقد لم يصادف محله ، وكل عقد لم يصادف محله يكون لغواً . ووجهه : أن محل التصرف هو ما يكون محلاً لحكمه ، وهذا المحل ليس محلاً للحكم ؛ لأن حكمه الحل ، وهي من المحرمات .

٨٦٩ - ولأبي حنيفة : أن العقد صادم محله ، لأن محل التصرف هو ما يكون قابلاً لمقصوده وهو هنا التوالد ، وبنات آدم قابلة لذلك ، إلا أن هذا العقد تقاعد عن إفادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا ، فيورث الشبهة ، لأن الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة ، وليس فيها حد مقدر ، فيعزر .

= المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة ، والعقد هائنا باطل محرّم ، وفعله جنابة تقتضي العقوبة ، انضمت إلى الزنى فلم تكن شبهة ، كما لو أكرهها وعاقبها ، ثم زنى بها .
وينظر تعليقاتنا على المسائل (٢١ : ٢٦) .

ومدار الخلاف : أن هذا العقد يوجب شبهة ، فيسقط الحد أم لا ؟
 فعندهم : لا ؛ لأنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ،
 والواطئ أهل للحد عالم بالتحريم ، فيجب الحد ، كما إذا لم يوجد العقد ، وليس العقد
 شبهة ؛ لأنه نفسه جنابة هنا توجب العقوبة انضمت إلى الزنى ، فلم تكن شبهة .
 ٨٧٠ - وعند أبي حنيفة : نعم هو شبهة يوجب سقوط الحد .

٨٧١ - ومدار كونه يوجب شبهة : على أنه ورد على ما هو محله أو لا ؟
 ٨٧٢ - فعندهم : لا ؛ لأن محل العقد ما يقبل حكمه ، وحكمه الحل ، وهذه من
 المحرمات في سائر الحالات ، فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده ؛ لأنه لا انعقاد في غير المحل .
 ٨٧٣ - وعنده : نعم ؛ لأن المحلية ليست لقبول الحل ، بل لقبول المقاصد من العقد
 وهو ثابت ، ولذا صح من غيره عليها .

ويتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية ، فهم حيث نفوا
 محليتها أرادوا بالنسبة لخصوص هذا العاقد ، أي : ليست محلاً لعقد هذا العاقد ، ولذا
 عللوه بعدم جلّتها ولا شك في جلّتها لغيره بعقد النكاح ، لا محليتها للعقد من حيث هو
 عقد . وهو حيث أثبت محليتها ، أراد محليتها لنفس العقد ، لا بالنظر إلى عاقد
 مخصوص ؛ ولذا علل بقبولها مقاصده .

(مادة ١٣٢)

إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُ امْرَأَةٍ الْغَيْرِ أَوْ مُعْتَدَتَهُ ، فَلَا يَصِحُّ النِّكَاحُ أَضْلاً ، وَيُوجِبُ عُقُوبَةً إِنْ دَخَلَ
 بِهَا عَالِماً بِالْحُرْمَةِ ، وَيُعَاقَبُ بِمَا يَلِيْقُ بِهِ إِنْ فَعَلَهُ غَيْرَ عَالِمٍ بِهَا .
 وَفِي صُورَةِ الْعِلْمِ لَا عِدَّةَ عَلَى الْمَرْأَةِ بَعْدَ التُّفْرِيقِ ، فَلَا يَحْرُمُ وَقَاعُهَا عَلَى الرَّجُلِ الْأَوَّلِ
 لَوْ مُتَزَوَّجَةً . وَفِي صُورَةِ عَدَمِ الْعِلْمِ ، تَجِبُ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، وَيَحْرُمُ عَلَى زَوْجِهَا الْأَوَّلِ وَقَاعُهَا
 قَبْلَ انْقِضَائِهَا ^(١) .

• • •

(١) قول الخلفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٠/١) : « لا يجوز للرجل أن يتزوج زوجة غيره وكذلك المعتدة ،
 كذا في السراج الوهاج . سواء كانت العدة عن : طلاق ، أو وفاة ، أو دخول في نكاح فاسد أو شبهة نكاح ،
 كذا في البدائع . ولو تزوج بمنكوحة الغير وهو لا يعلم أنها منكوحة الغير فوطئها ، تجب العدة ، وإن كان يعلم
 أنها منكوحة الغير ، لا تجب حتى لا يحرم على الزوج وطؤها ، كذا في فتاوى قاضي خان . ويجوز لصاحب =

٨٧٤ - وإذا تزوج رجل من تحرم عليه حرمة مؤقتة كما إذا تزوج امرأة الغير أو معتدته، فالنكاح غير صحيح أيضًا، لأن المرأة غير محل للعقد .

فإن فارقها من نفسه فيها، وإلا فالقاضي يجب عليه التفريق بينهما .

فإن كان قبل الدخول بها، غزَّره بما يليق بحاله، لإقدامه على أمر غير جائز شرعًا، ومن باب أولى ما إذا كان التفريق بعد الدخول .

ولكن التعزير يختلف؛ لأنه إن فعل ذلك عالمًا بالحرمة، يعاقبه بأشد العقوبات التي يراها زاجرة له عن ارتكاب مثل هذا العمل وراثة لغيره عن الإقدام على مثل عمله، وإن فعله غير عالم بالحرمة، يعاقبه بما يليق به؛ لأن الأشخاص تختلف بالنسبة للتأثر، فيستعمل مع كل ما يراه زاجرًا له .

٨٧٥ - وإن حصل التفريق بعد الدخول، فلا عدة على المرأة، فلا يحرم على زوجها وقاعها عقب التفريق إن كان عالمًا بالحرمة؛ لأن دخوله بها في هذه الحالة يعتبر محض زنى، والزنى لا حرمة له .

٨٧٦ - وإن كان لا يعلم بالحرمة، تجب عليها العدة بعد التفريق، فيحرم على زوجها الأول وقاعها قبل انقضاء عدتها .

٨٧٧ - وبعضهم يقول: إن الخلاف الجاري بين الإمام أبي حنيفة وغيره فيما ذكر

العدة أن يتزوجها، كذا في محيط السرخسي . هذا إذا لم يكن هناك مانع آخر سوى العدة، كذا في البدائع . قول الشافعية: جاء في الأم (١٦٨/٦) : « ولو أن رجلًا أخذ مع امرأة، فجاء بيينة أنه نكحها وقال: نكحها وأنا أعلم أن لها زوجًا، أو أنها في عدة من زوج، أو أنها ذات محرم، وأنا أعلم أنها مُحْرَمَةٌ . في هذه الحال أقيم عليه حد الزاني . وكذلك إن قالت هي ذلك . فإن ادعى الجهالة بأن لها زوجًا أو أنها في عدة، أحلف وذريئاً عنه الحد . وإن قالت: قد علمتُ أنني ذات زوج، ولا يحل لي النكاح . أقيم عليها الحد، ولكن إن قالت: بلغني موت زوجي واعتددتُ، ثم نُكِّحْتُ . ذُرِّيٌّ عنها الحد . وفي كل ما درأنا فيه الحد، ألزمه المهر بالوطء . »

قول المالكية: جاء في المدونة (٤٧٧/٤) : « قلت: والذي يتزوج المرأة في عدتها عامدًا يعاقب ولا يحد، وكذلك الذي يتزوج المرأة على خالتها أو على عمتها، وكذلك نكاح المتعة عامدًا، لا يُخَدُّون في ذلك ويعاقبون . قال: نعم . » . وينظر أيضًا: المدونة ٤٨٥/٤ .

قول الحنابلة: جاء في المغني (١٠٣/٨) : « وإذا تزوج معتدة، وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطئها، فهما زانيان، عليهما حد الزنى، ولا مهر لها، ولا يلحقه النسب . وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم، ثبت النسب، وانتفى الحد، ووجب المهر . وإن علم هو دونها، فعليه الحد والمهر، ولا نسب له . وإن علمت هي دونها، فعليها الحد، ولا مهر لها، والنسب لاحق به . وإنما كان كذلك، لأن هذا نكاح متفق على بطلانه، فأشبهه نكاح ذوات محارمه . »

يأتي هنا أيضًا في كل من تحرم عليه حرمة مؤقتة ، ولو لم تكن زوجة للغير ولا معتدته .
ويقيده بعضهم بالمعد على من تحرم عليه حرمة مؤبدة ، وهذا هو الذي ارتضاه ابن
الكمال للنصوص التي أوردتها في ذلك (١) .

(مادة ١٣٢)

إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ أُخْتَيْنِ خَالَيَتَيْنِ عَنِ نِكَاحِ وَعِدَّةٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَنِكَاحُهُمَا غَيْرُ
صَحِيحٍ ، وَيَجِبُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يُفَارِقَهُمَا ، وَلَا مَهْرٌ لَهُمَا إِنْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ قَبْلَ
الدُّخُولِ .

فَإِنْ كَانَتْ إِخْدَاهُمَا مُتَزَوِّجَةً أَوْ مُعْتَدَةً ، فَنِكَاحُهَا غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَنِكَاحُ الْخَالَيَةِ صَحِيحٌ .
فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ مُتَعَابِقَيْنِ وَعَلِمَ الْأَسْبَقُ مِنْهُمَا وَكَانَ صَحِيحًا ، فَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ
غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ عَدَمِ الْمَتَارَكَةِ . وَإِنْ كَانَ وَقَعَهَا ، يَخْرُمُ عَلَيْهِ قَبْلَ مُضِيِّ
عِدَّتِهَا وَقَاطِعُ الْأُولَى .

فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ الْأَسْبَقُ مِنْهُمَا ، أَوْ عَلِمَ وَنَسِيَ ، بَطَلَ الْعَقْدَانِ مَعًا ، مَا لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا
بِعَيْتِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ مِنَ الْأَصْلِ ، فَيُصَحُّ الْآخَرُ .

وَإِنْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهِمَا ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُيْتَهُمَا شَاءَ فِي الْحَالِ ،
وَيَكُونُ لَهُمَا مَعًا نِصْفُ الْمَهْرِ فِي خَالَةِ التَّفْرِيقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِنْ كَانَ مَهْرَاهُمَا مُسَمَّيْنِ فِي
العَقْدِ وَمُتَسَاوِيَيْنِ جِنْسًا وَقَدْرًا وَأَدْعَتْ كُلُّ مِنْهُمَا أَنَّهَا الْأُولَى وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا .

وَلَوْ أَقَامَتْ إِخْدَاهُمَا بَيِّنَةَ عَلَى أَسْبَقِيَّةِ عَقْدِهَا ، فَنِكَاحُهَا هُوَ الصَّحِيحُ ، وَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ
دُونَ الَّتِي بَطَلَ نِكَاحُهَا .

فَإِنْ اخْتَلَفَ مَهْرَاهُمَا جِنْسًا أَوْ قَدْرًا ، فَلَهُمَا مَعًا الْأَقْلُ مِنَ نِصْفِي الْمَهْرَيْنِ الْمُسَمَّيْنِ .
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا مَهْرٌ مُسَمًّى ، فَالْوَجِبُ لَهُمَا مُنْعَةً وَاحِدَةً .

وَإِنْ كَانَتْ الْفَرْقَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ ، وَجِبَ لِكُلِّ مِنْهُمَا مَهْرٌ كَامِلٌ (٢) .

• • •

(١) انظر : فتح القدير (٢٥٤/٣ ، ٢٥٥) .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٧/١ ، ٢٧٨) : « لا يجمع بين أختين بنكاح ولا بوطء بملك
يمين ، سواء كانتا أختين من النسب أو من الرضاع ، هكذا في السراج الرواج . والأصل أن كل امرأتين لو
صورنا إحداهما من أي جانب ذكرنا لم يجر النكاح بينهما برضاع أو نسب ، لم يجر الجمع بينهما ، هكذا في =

= المحيط . فلا يجوز الجمع بين امرأة وعمتها نسباً أو رضاعاً ، وخالها كذلك ونحوها ، ويجوز بين امرأة و بنت زوجها ، فإن المرأة لو فرضت ذكراً خلّت له تلك البنت ، بخلاف العكس ، وكذا يجوز بين امرأة وجارتها ، إذ عدم جلّ النكاح على ذلك الفرض ليس لقراءة أو رضاع ، كذا في شرح النقاية للشيخ أبي المكارم . فإن تزوج الأختين في عقدة واحدة ، يفرق بينهما وبينه . فإن كان قبل الدخول ، فلا شيء لهما . وإن كان بعد الدخول ، يجب لكل واحدة منهما الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ، كذا في المضمرات . وإن تزوجهما في عقدتين ، فنكاح الأخيرة فاسد ، ويجب عليه أن يفارقها ، ولو علم القاضي بذلك يُفَرِّق بينهما . فإن فارقها قبل الدخول ، لا يثبت شيء من الأحكام . وإن فارقها بعد الدخول ، فلها المهر ، ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، وعليها العدة ، ويثبت النسب ، ويعتزل عن امرأته حتى تنقضي عدة أختها ، كذا في محيط السرخسي .

ولو تزوجهما في عقدتين ولا يدري أيتهما أسبق ، فإنه يؤمر الزوج بالبيان ، فإن بَيَّنَّ ، فعلى ما بيَّنَّ ، وإن لم يبين ، فإنه لا يتحرى في ذلك ، ويفرق بينه وبينهما ، كذا في شرح الطحاوي . ولهما نصف المهر إذا كان مهرهما متساويين وهو المسمى في العقد ، وكان الطلاق قبل الدخول . وإن كانا مختلفين ، يقضي لكل واحدة منهما بربع مهرها . وإن لم يكن مسغى في العقد ، تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر .

وإن كانت الفقرة بعد الدخول ، يجب لكل واحدة المهر كاملاً ، كذا في التبيين . وقال أبو جعفر الهندي : معنى المسألة : إذا ادعت كل واحدة الأولية ، ولا حجة لهما ، فيقضي بنصف المهر لهما . أما إذا قالتا : لا ندري أي العقدين أول ، فلا يقضي بشيء حتى يوصلحاً ، كذا في غاية السروجي . وصورة الاصطلاح هي : أن يقولوا عند القاضي : لنا عليه المهر ، وهذا الحق لا يعدونا ، فنصطلح على أخذ نصف المهر . فيقضي القاضي ، كذا في النهاية . وإذا برهنت كل واحدة على السبق ، فعليه نصف المهر بينهما بالاتفاق في رواية كتاب النكاح ، وهو ظاهر الرواية ، كذا في الكافي .

وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم ، كذا في فتح القدير . وإن أراد أن يتزوج إحداها بعد التفريق ، فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول . وإن كان بعد الدخول ، فليس له ذلك حتى تنقضي عدتها . وإن انقضت عدة إحداها دون الأخرى ، فله أن يتزوج المعتدة دون الأخرى ، ما لم تنقض عدتها . وإن دخل بإحداها ، فله أن يتزوجها بإحداها ، ما لم تنقض عدتها . وإن انقضت عدتها ، جاز له أن يتزوجها بأيتهما شاء ، كذا في التبيين .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٩٥/٤) : (ويحرم) ابتداءً ودواماً (جمع) امرأتين بينهما قرابة أو رضاع لو فرضت إحداها ذكراً حرم تناكحهما كجمع (المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها من رضاع أو نسب) ولو بواسطة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ ، ولخير : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها ، لا الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى » . رواه الترمذي وغيره وصححوه . ولما فيه من قطعة الرحم ، وإن رضيت بذلك ، فإن الطبع يتغير ، وإليه أشار عليه السلام في خبر النهي عن ذلك بقوله : « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن » . كما رواه ابن حبان وغيره . (فإن) خالف (و) جمع) بين من يحرم الجمع بينهما كأختين (بعقد بطل) نكاحهما ، إذ لا أولوية لإحداها عن الأخرى (أو مرتبا ف) الأول صحيح ، والثاني باطل ؛ لأن الجمع حصل به ، هذا إذا غلب عين السابق . =

٨٧٨ - ومن أسباب التحريم المؤقت : الجمع بين الأختين ، فمن تزوج امرأة ، حرم

فإن لم يعلم بطلا . وإن علم ثم اشتبه ، وجب التوقف كما في نكاح الوليين من اثنين . فإن وطئ الثانية جاهلاً بالحكم ، استحب ألا يطاء الأولى حتى تنقضي عدة الموطوءة .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (٢١٠/٣ ، ٢١١) : « إذا جمع بين الأختين في عقد نكاح واحد ، فسيحاً أبداً . وإن أفرد كل واحدة منهما في عقد ، ثبت نكاح الأولى ، وفسخ نكاح الثانية مع البينة ، وكذا إن صدقته أنها الثانية . وسواء دخل بها أم لا والفسخ بلا طلاق ، لأنه مجمع على فساد . وإن لم تصدقه في كونها الثانية ، ولم تقم على ذلك بينة ، ولم يدخل بها ، فإن الزوج يحلف على تكذيبها ، لأنه مُدَّع لسقوط نصف الصداق عنه الواجب لها بالطلاق قبل المسيس لو ثبت أنها الأولى . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٩٤/٧ ، ٩٥) : « (وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد ، فسد . وإن تزوجهما في عقدين ، فالأولى زوجته ، والقول فيهما القول في المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها) وجملة ذلك : أن الجمع بين المرأة وأختها ، أو عمتها ، أو خالتها ، محرم . فمتى جمع بينهما فقد عليهما مفاً ، لم يصح العقد في واحدة منهما ؛ لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ، ولا مزية لإحداهما على الأخرى ، فيبطل فيهما ، كما لو زُوِّجَت المرأة لرجلين . وهكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد ، بطل في الجميع لذلك . وإن تزوجها في عقدين ، فنكاح الأولى صحيح ، لأنه لا جمع فيه ، ونكاح الثانية باطل ؛ لأن الجمع يحصل به ، فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ، ولا يصح عقده عليها حتى يبين الأولى منه ويحول نكاحها وعدتها . فإن تزوجها في عقدين ، ولم يدر أولاهما ، فعليه فُرْقَتُهُمَا مفاً . قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أتيهما تزوج أولاً : نفرق بينه وبينهما . وذلك لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ، ولا تعرف المحلَّة له ، فقد اشتبهتا عليه ، ونكاح إحداهما صحيح ، ولا تُتَبَّنُّ بينوتهما منه إلا بطلاقهما جميعاً أو فسخ نكاحهما ، فوجب ذلك ؛ كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما . وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها ، فلا بأس ، وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة . ولا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : ألا يكون دخل بواحدة منهما ، فله أن يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الأخرى . الثاني : إذا دخل بإحداهما ، فإن أراد نكاحها ، فارق التي لم يصحبها بطلقة ، ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ، ثم نكحها ، لأننا لا نؤمن أن تكون هي الثانية ، فيكون قد أصابها في نكاح فاسد ، فلها اعتبارنا انقضاء عدتها . ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال ، لأن النسب لاحق به ، ولا يمان ذلك عن مائه . وإن أحب نكاح الأخرى ، فارق المصابة بطلقة ، ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ، ثم تزوج أختها .

القسم الثالث : إذا دخل بهما ، فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى ، وتنقضي عدتها من حين فرقتها ، وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها . وإن ولدت منه إحداهما أو هما جميعاً ، فالنسب لاحق به ؛ لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد ، وكلاهما يلحق النسب فيه . وإن لم يترُد نكاح واحدة منهما ، فارقهما بطلقة . فأما المهر : فإن لم يدخل بواحدة منهما ، فلا إحداهما نصف المهر ، ولا نعلم من يستحقه منهما ، فيصطلحان عليه . فإن لم يفعل ، أقرع بينهما ، فكان لمن خرجت فُرْعَتُهَا مع ميمينها . وقال أبو بكر : اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول .

وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما ، فإن وقعت لغير المصابة ، فلها نصف المهر ، وللمصابة مهر المثل بما

عليه أن يتزوج أختها ما دامت الأولى في عصمته . فإن ماتت أو طلقها ، وانقضت عدتها ، جاز له أن يتزوج أختها ، لزوال المانع وهو الجمع بينهما .
 فإذا جمع الرجل بين أختين ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين :
 الأول : أن يكون ذلك في عقد واحد .
 الثاني : أن يكون في عقدين .

فإن كان في عقد واحد : فإما أن يكون هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما دون الأخرى ، أو ما يمنع العقد على كل منهما ، أو ليس هناك ما يمنعه .
 فإن كان هناك ما يمنع العقد على واحدة منهما ، كما إذا كانت متزوجة أو معتدة لغيره ، وليس هناك مانع في الأخرى ، صح العقد بالنسبة للخالية عن المانع ، وبطل بالنسبة للأخرى ، لوجود مرجح لصحة العقد في حق الأخرى ، فلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ، فلا يتحقق الجمع بينهما ، كما لو تزوجت امرأة رجلين في عقد واحد ، وأحدهما متزوج بأربع نسوة ، فإنها تكون زوجة للآخر ؛ لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين ، إذ كانت هي لا تحمل لأحدهما .

وإن كان هناك ما يمنع العقد على كل منهما ، كما إذا كانت إحداهما متزوجة والأخرى معتدة لغيره مثلاً ، فسد العقد بالنسبة لكل منهما ، لوجود المانع من صحته في هذه الحالة ، كما لو كان العقد على واحدة منهما فقط .

وإن لم يكن هناك ما يمنع العقد على كل منهما ، بأن كانتا خاليتين من موانع النكاح الشرعية ، فسد العقد بالنسبة إليهما أيضاً ؛ لأنه لا يجوز الجمع بينهما في آن واحد ، فلا يمكن تصحيحه بالنسبة لهما معاً ولا بالنسبة لواحدة منهما ؛ لأنه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وهذا لا يجوز . وحيث أنه يلزمه مفارقتها ؛ لأن كل عقد فاسد يجب على المتعاقدين عدم الإمضاء فيما يقتضيه لو كان صحيحاً ، خصوصاً في مثل هذا العقد .
 فإن فارقهما فيها ، وإلا فرق القاضي بينه وبينهما ، دفعاً للمعصية بقدر الإمكان .

= استحل من فرجها . وإن وقعت على المصابة ، فلا شيء للأخرى ، وللمصابة المسمى جميعه .
 وإن أصابها مفاً ، فإلحادهما المسمى ، وللأخرى مهر المثل ، يقرع بينهما فيه . إن قلنا : إن الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل . وإن قلنا بوجود المسمى فيه ، وجب هاهنا لكل واحدة منهما .
 قال أحمد : إذا تزوج امرأة ، ثم تزوج أختها ودخل بها ، اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية . إنما كان كذلك ، لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال ، لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة ، كذلك لا يجوز الوطء لامرأته ، حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها .

وهذا التفريق : إما أن يكون قبل الدخول ، أو بعده .

فإن كان قبله ، فلا مهر لهما ، لأن كل عقد فاسد حصلت فيه الفرقة قبل الدخول لا تستحق المرأة به شيئاً من المهر ، وكذا لا عدة عليهما ، لأن الفرقة إذا حصلت بين الزوجين قبل الدخول ، فلا تجب العدة على الزوجة ، إلا إذا كانت بسبب موت الزوج ، بشرط أن يكون العقد صحيحاً .

وإن كان بعد الدخول بهما ، وجب لكل الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، كما هو حكم النكاح الفاسد ، وعليهما العدة ، ويُعلم حكم ما إذا دخل بواحدة منهما فقط مما تقدم .

٨٧٩ - وإن كان في عقدين : فإما أن يعلم الأول منهما ، أو لا يعلم ، أو علم ونسي .

٨٨٠ - فإن علم الأسبق منهما ، وكان مستوفياً لشروط الصحة ، حكم بصحته وبطلان الثاني ، لأن العقد على الأولى وقت حصوله لم يكن هناك مانع من صحته ، بخلاف العقد على الثانية فإن هناك ما يمنع من صحته وهو الجمع بين الأختين ، فيبطل . وحينئذ يلزمه ترك الثانية ، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما .

وهذا التفريق : إما أن يكون قبل الدخول بها ، أو بعده . فإن كان قبله ، حل له وقاع الأولى . وإن كان بعده ، حرم عليه ذلك حتى تنقضي عدتها ، لأنه يلزم عليه الجمع بين الأختين في العدة ، وهو ممنوع .

٨٨١ - وأما إذا لم يعلم الأسبق منهما ، أو علم ونسي : فأما أن يعلم أن أحدهما

بعينه غير صحيح من الأصل ، أو لا يعلم .

فإن علم ذلك ، صح الآخر ، لأنه متى كان أحدهما غير صحيح ، حكم بصحة الآخر ، سواء كان متقدماً أو متأخراً . وإن لم يعلم ذلك ، حكم ببطلان العقدين ؛ لأن العقد على واحدة منهما وهي المتأخرة باطل ييقين ، ولا يمكننا أن نحكم بصحة العقد على واحدة منهما معينة لئلا يلزم عليه الترحيح بلا مرجح ، ولا يمكن أيضاً تصحيحه في إحداهما غير معينة لعدم الفائدة بالنسبة للزوج وهي حل القربان ، لأنه لا يثبت مع الجهالة وللضرر بالنسبة إلى الأختين ؛ لأن كلا منهما تبقى معلقة لا صاحبة زوج ولا مطلقة ، وبالنسبة للزوج أيضاً بإلزامه بالنفقة والسكنى من غير فائدة تعود عليه ، فتعين التفريق .

٨٨٢ - والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة ، فإن أراد أن

يتزوج بإحداهما بعد التفريق فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول . وإن كان بعده ، فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما . فإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى ، فله أن يتزوج بالمعتدة دون الأخرى ، كيلا يكون جامعاً بينهما .

٨٨٣ - وإن دخل بإحداهما ، فله أن يتزوجها دون الأخرى ما لم تنقض عدتها ؛ لأن عدتها تمنع التزوج بأختها . فإن انقضت عدتها ، جاز له أن يتزوج بأيهما شاء ، لعدم المانع . هذا بالنسبة للتزوج . وأما بالنسبة للمهر : فإما أن يكون التفريق قبل الدخول ، أو بعده . فإن كان قبل الدخول ، فلهما معاً نصف المهر ، لأنه وجب للأولى منهما ، وانعدمت الأولى للجهل بالأولية ، فيصرف إليهما . وهذا مقيد بثلاثة قيود : الأول : أن يكون المهر مسئى في العقد ، فلو لم يكن مسمى ، وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر .

الثاني : أن يستوي المهران جنسًا وقدرًا ، كما إذا سمي لكل مائة جنيه مثلاً ، فإن اختلفا . قال بعضهم : يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها . وقال بعضهم : يقضى لهما معاً بالأقل من نصفي المهرين . فإذا سمي لواحدة منهما مائة جنيه مثلاً وللأخرى ثمانين ، يقضى لكل منهما بربع مهرها على القول الأول ، وعلى الثاني يقضى لهما بأربعين فتأخذ كل نصفها ، وهذا هو الظاهر ، لأنه هو المتيقن ، سواء كان عقده من مهرها أكثر متقدمًا أو متأخرًا بخلاف الأول .

الثالث : أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى ، ولا بينة لهما . أما إذا قالتا : لا ندرى أي العقدين أول . فلا يقضى لهما بشيء ؛ لأن المقضى له مجهول ، وهو يمنع صحة القضاء ، ونظيره من قال لرجلين : لأحدكما علي ألف . فإنه لا يقضى لواحد منهما بشيء ، إلا إذا اصطالحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر ، وصورة هذا الاصطلاح أن يقولوا عند القاضي : لنا عليه نصف المهر لا يتعدانا إلى غيرنا ، فنصطلح على أخذه . فيقضى القاضي لهما به . وإن كان بعد الدخول ، يجب لكل واحدة المهر كاملاً ، لأنه استقر بالدخول ، فلا يسقط منه شيء .

(مادة ١٣٤)

إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ مُطَلَّقَةً ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يُصَيِّبَهَا زَوْجَ غَيْرُهُ وَيُحِلُّهَا لَهُ ^(١) ، أَوْ تَزَوَّجَ مَجْبُوسِيَّةً ^(٢) ، أَوْ خَامِسَةً قَبْلَ تَطْلِيْقِ الرَّابِعَةِ وَأَنْقَضَاءِ عِدَّتِهَا ، أَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٢/١) : « لا يحل للرجل أن يتزوج حرة طلقها ثلاثاً قبل إصابة الزوج الثاني » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨١/١) : « لا يجوز نكاح المجوسيات ولا الوثنيات ، وسواء في ذلك الحرائر منهن والإماء ، كذا في السراج الوهاج » .

بِلا شُهُود^(١) ، فَالنِّكَاحُ غَيْرُ صَاحِحٍ أَيْضًا ، وَالتَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا وَاجِبٌ ، وَلِكُلِّ مِنْهُمَا فَسْخُحُهُ وَتَرْكُ صَاحِبِهِ وَإِخْبَارُهُ بِذَلِكَ ، بِلا تَوْقُفٍ عَلَى الْقَضَاءِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ^(٢) .

٨٨٤ - ومن أسباب التحريم المؤقت : التطليق ثلاثًا ، وعدم الدين السماوي ، والجمع بين الأجنبية زيادة على أربع .

٨٨٥ - فإذا طلق رجل امرأته ثلاثًا ، فلا يجوز له أن يعقد عليها إلا بعد أن تتزوج بغيره ، بالشروط المعلومة . فإذا تزوج قبل ذلك ، فلا شك في فساد هذا العقد .

٨٨٦ - ومثله ما إذا تزوج مسلم من ليست متدينة بدين سماوي كالوثنية مثلاً ، أو كان متزوجاً أربعاً وتزوج خامسة قبل أن تحرم عليه إحدى الأربع ، فإن العقد غير صحيح ، وكذلك التزوج بلا شهود .

٨٨٧ - وحيث يجب على كل منهما فسحُ هذا العقد وترك صاحبه ، إذ العقد الفاسد يجب رفعه ، وبفسخ أحدهما هذا العقد انفسخ بلا توقف على رضا صاحبه ولا على قضاء القاضي ، سواء كان قبل الدخول أو بعده . فإن فعل أحدهما ذلك فيها ، وإلا فرق القاضي بينهما ، لأن هذا منكر فيزيله^(٣) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٧/١) : « وإذا تزوج الحر خمسا على التعاقب ، جاز نكاح الأربع الأول ، ولا يجوز نكاح الخامسة . وإن تزوج خمسا في عقدة ، فسد نكاح الكل ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

(٢) ينظر تعليقنا على مادة (٧) .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٦٤) (أ) لا يترتب على الزواج غير الصحيح أي أثر قبل الدخول .

(ب) تترتب على الزواج غير الصحيح بعد الدخول الآثار التالية :

(١) وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل .

(٢) ثبوت النسب .

(٣) ثبوت حرمة المصاهرة .

(٤) وجوب العدة .

(٥) وجوب النفقة إذا كانت المرأة جاهلة عدم صحة العقد .

(مادة ١٣٥)

كُلُّ نِكَاحٍ وَقَعَ غَيْرَ صَحِيحٍ ، لَا يُوجِبُ حُزْمَةَ الْمَصَاهَرَةِ إِذَا وَقَعَ التَّشْرِيقُ قَبْلَ الْوَطْءِ وَذَوَاعِيهِ ، وَلَا يَرِثُ أَحَدٌ مِنْهُمَا الْآخَرَ ، وَيَنْبُثُ فِيهِ النَّسَبُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْمَادَّةِ الثَّامِنَةَ عَشْرَةَ .

* * *

٨٨٨ - ولا تنس ما تقدم لك في شرح المادة السابعة عشرة والثامنة عشرة من أن أحكام الزواج لا تترتب على العقد إلا إذا كان صحيحًا ، فإن كان غير صحيح ، فلا تترتب عليه الأحكام .

٨٨٩ - فإذا تزوج رجل امرأة ، وكان العقد غير صحيح ، وحصلت الفرقة بينهما قبل الدخول أو ما يقوم مقامه ، فلا تترتب عليه حرمة المصاهرة . فيجوز له أن يتزوج بأصول وفروع من عقد عليها هذا العقد ، وهي تحل لأصوله وفروعه .

بخلاف ما إذا كان العقد صحيحًا ، فإنها لا تحل لأصول الزوج ولا لفروعه بمجرد العقد ، ويحرم على الزوج التزوج بأصولها بمجرد العقد ، ولا تحرم عليه فروعها إلا بالدخول ؛ لأن القاعدة أن : العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات (١) .

٨٩٠ - ومثل المصاهرة الإرث ، فإنه يترتب على العقد الصحيح لا الفاسد ، وكذلك غيره من الأحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين فراجعهما .

(مادة ١٣٦)

إِذَا اسْتَوَى وَبَيْنَ فِي الْقَرْبِ ، وَزَوَّجَ كُلُّ مِنْهُمَا الصَّيِّئَةَ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ ، صَحَّ الْأَسْبَقُ مِنَ الْعَقْدَيْنِ ، وَيَبْطُلُ الْآخَرُ .

فَإِنْ جُهِلَ الْأَسْبَقُ مِنْهُمَا أَوْ وَقَعَا مَعًا ، فَهُمَا بِاطِّلَانٍ (٢) .

* * *

(١) قاعدة : العقد على البنات يحرم الأمهات ، والدخول بالأمهات يحرم البنات .

(٢) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٣٩/١) : « ولو زوجها وليان متساويان) في المرتبة كالأخوين مثلاً (فالعبرة للأسبق) لوجود العقد من ولي قريب بلا معارض . (وإن كانا معا بطلا) لتعذر الجمع وعدم الأولوية ، وكذا لا يجوز إن كان أحدهما قبل الآخر ولا يدرى السابق من اللاحق » .

٨٩١ - وقد علمت في شرح المادة الثانية والأربعين أنه إذا استوى وليان في القرب كأخوين شقيقين أو لأب أو ابني عم كذلك ، فأيهما تولى زواج الصغيرة صح ، وليس

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٤/٢٦٥ - ٢٦٧) : « (ولو) أذنت لهم في التزويج (و) زوجها أحدهم) أي : الأولياء المستوين في الدرجة (زيذاً) وهو كفاء (وآخر عتراً) كذلك . أو أذنت لأحدهم أن يزوجه من زيد ، والآخر أن يزوجه من عمرو ، فزوجاها . أو وَكَّلَ المَجْرِيَّ رجلاً ، فزوجها الولي يزيد ، والوكيل عتراً . أو وَكَّلَ رجلين ، فزوجاها من كفتين . فلهذه المسألة خمسة أحوال :

شرح المصنف في أولها بقوله : (فإن عَرِفَ السابق) منهما بيينة أو تصادق معتبر (فهو الصحيح) وإن دخل بها المسبوق والآخر باطل .

ثم شرع في ثابها بقوله : (وإن وقعا) أي : التزويجان (مقاً) وتعدد الخاطب .

ثم شرع في ثالثها بقوله : (أو جهل السبق والمعية) فيهما (فباطلان) أما في الأولى ؛ فلأن الجمع ممنوع ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فعين بطلانها . وأما في الثانية ؛ فلأنهما إن وقعا مقاً متادافاً أو مرتباً ، فلا اطلاع على السابق منهما ، وإذا تعذر إمضاء العقد لفا ؛ إذ الأصل في الأيضاع الحرمة حتى يتحقق السبب المبيح . فإن اتحد الخاطب في الصورة الأولى ، بأن أوجب كل من الوليين له مقاً ، صح ويقبل كل من الإيجابين . ويستحب في الصورة الثانية أن يقول القاضي : فسختُ السابق منهما . أو يأمرهما أو أحدهما بالتطليق ، ليكون نكاحها بتعدُّ على يقين الصحة . ويثبت للقاضي هذه الولاية في هذه الحالة للضرورة . قاله المتولي وغيره .

ثم شرع في رابعها بقوله : (وكذا لو عرف سبق أحدهما) أي : التزويجين (ولم يتعين) بأن آيس من تعيينه ، ولم تُزَجْ معرفته ، فباطلان أيضاً (على المذهب) أما الثاني منهما فظاهر . وأما الأول ، فلتعذر إمضائه لعدم تعيينه . والطريق الثاني قولان : أحدهما : هذا . والثاني : مخرج من نظير المسألة في الجمعيتين : أنه يوقف الأمر حتى يتبين ، فإن رجي معرفته ، وجب التوقف كما في الذخائر .

ثم شرع في خامسها بقوله : (ولو سبق معين ثم اشبهه) بالآخر (وجب التوقف حتى يتبين) السابق ، لجواز التذكر ؛ لأننا تحققنا صحة العقد ، فلا يرتفع إلا ييقين ، فيمتنعان منها . فلا يحل لواحد منهما الاستمتاع بها ، ولا تنكح غيرها إلا ببينوتها منهما ، بأن يطلقاها أو يموتا أو يطلقها أحدهما ويموت الآخر ، وتتقضي عدتها من موت آخرهما . ولا يبالى بطول ضررها كزوجة المفقود والذي انقطع دمها بمرض ونحوه ، فإنها تصبر إلى سن البأس مع الضرر ، ولها طلب فسخ نكاحها في هذه الحالة لضررها بسبب التوقف للإشكال كالعيب ، كما قاله الشيخان في موانع النكاح .

هذا كله إذا كانا كفتين كما تقرر . فإن كانا غير كفتين ، فنكاحهما باطل . أو أحدهما كفتاً ، فنكاحه هو الصحيح وإن تأخر . وهو محمول على ما إذا لم يَرَضُوا بكل منهما .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢/٢٣٣ - ٢٣٦) : « (وإن أذنت) غير المجبرة في تزويجها (لولين) مقاً أو مترتين (فعقد) لها على الترتيب وعُليم الأول والثاني (ف) هي (للأول) دون الثاني ، لأنه تزوج ذات زوج (إن لم يتلذذ) بها (الثاني) بمقدمات وطء ففوق (بلا علم) منه أنه ثان ، أي : إن انتفى تلذذه حالة عدم علمه بأن لم يتلذذ أصلاً ، أو تلذذ عالماً بيينة على إقراره قبل عقده ، فتكون للأول في هاتين =

للآخر نقضه ؛ لأن الولاية ثابتة لكل منهما على الكمال .

فإن زوجها كل منهما : فإما أن يكون لرجل أو لرجلين .

فإن كان لرجل ، فلا كلام . وإن كان لرجلين فإن علم الأسبق منهما صح ، وبطل المتأخر ؛ لأنه حصل وهي متزوجة ، فيكون هناك مانع من العقد عليها فيبطل .

فإن جهل الأسبق منهما ، فهما باطلان ، لأننا لو حكمنا بصحة أحدهما لزم عليه الترجيح بلا مرجح ، وهو لا يجوز .

ومثله ما إذا وقعاً معاً ، فإنهما باطلان ؛ إذ لا يمكننا تصحيح واحد منهما ، لثلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح .

= الصورتين . وهما منطوق المصنف ويفسخ نكاح الثاني بلا طلاق .

وقيل : بطلاق ومفهومه أنه لو تلدذ بها غير عالم بأنه ثان كانت له وهو كذلك (وتُفسخ) النكاحان معاً (بلا طلاق إن عُقِدَا بزمن) واحد تحقيقاً أو شكاً ، دخلاً أو أحدهما أو لا (أو لبينة) شهدت على الثاني بإقراره (بعلمه) قبل الدخول (أنه ثان) فإنه يفسخ نكاحه بلا طلاق وترد للأول بعد الاستبراء (لا إن أقر) الثاني بعد الدخول بأنه دخل عالمًا بأنه ثان ، فيفسخ نكاحه بطلاق بائن لاحتمال كذبه وأنه دخل غير عالم ، ويلزمه جميع الصداق ولا تكون للأول (أو جهل الزمن) أي : جهل تقدم زمن عقد أحدهما على زمن عقد الآخر مع تحقق وقوعهما في زمنين ، فيفسخ النكاحان بطلاق إذا لم يدخل ، أو دخلاً ولم يعلم الأول ، وإلا كانت له . فإن دخل واحد فقط ، فهي له إن لم يعلم أنه ثان .

قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (٨٨/٨ - ٩١) : (وإن زوج اثنان ، ولم يعلم السابق ، فسخ النكاحان) هذا إحدى الروايتين ، وهو المذهب . جزم به : الحرقمي ، وصاحب الوجيز ، والمنور وغيرهم . وقدمه في : الخلاصة ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع وغيرهم . واختاره أبو بكر في خلافه والمصنف في المنفي . فعلى هذا يفسخه الحاكم على الصحيح من المذهب .

وقال القاضي أيضًا في المجرّد وابن عقيل في الفصول : يفسخه كل واحد من الزوجين ، أو من جهة الحاكم . وهو صريح في أن للزوجين الفسخ بأنفسهما . قال ابن خطيب السلاية في نكته : فعلى هذا هل ينقص هذا الطلاق العدد لو تزوجها بعد ذلك ، ينبغي أن لا يكون كذلك ، لأنه لا يتيقن وقوع الطلاق به . وعنه : النكاح مفسوخ بنفسه ، فلا يحتاج إلى فاسخ . ذكره في النوادر . قال الإمام أحمد رحمته في رواية ابن منصور : ما أرى لواحد منهما نكاحاً . وقدمه في التبصرة . وقال ابن أبي موسى : يبطل النكاحان . وهو أظهر وأصح . والرواية الثانية من أصل المسألة : يُفَرِّع بينهما . اختاره : النجاد ، والقاضي في التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب ، والشيرازي . فعلى هذه الرواية : من فَرَعَ منهما جَدَّد نكاحه بإذنها . كما قاله المصنف هنا ، وهو الصحيح . قال الزركشي : قال أبو بكر أحمد بن سليمان النجاد : من خرجت له القرعة ، جَدَّد نكاحه . وعنه : هي للقارع من غير تجديد عقد . اختاره أبو بكر النجاد . ونقله ابن منصور .

(مادة ١٣٧)

إِذَا زَوَّجَ الزَّوْجِيُّ نَفْسَهُ مِنْ مُؤَلِّمَتِهِ الْبَالِغَةِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ بِغَيْرِ إِذْبَهِهَا قَبْلَ الْعَقْدِ ، فَالْتَّكَاحُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَلَوْ سَكَتَتْ حِينَ بَلَغَهَا التَّكَاحُ أَوْ أَفْصَحَتْ بِالرِّضَا ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٤٦/٣ ، ١٤٧) : (لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ، وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه) ؛ لأن الوكيل في النكاح معبر وسفير ، والتمانع في الحقوق دون التعبير ، ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع ؛ لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه . وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم ابنة فارض : أتجملين أمرك إلي . قالت : نعم . قال : تزوجتك . فعقده بلفظ واحد . وعن عتبة بن عامر « أنه عليه السلام قال لرجل : « أترضى أن أزوجك فلانة » . قال : نعم . وقال للمرأة : « أترضين أن أزوجك فلانة » . قالت : نعم . فزوج أحدهما صاحبه . وكان ممن شهد الحديبية » . رواه أبو داود . فما في الغاية من أن قولهم : أنه سفير ومعبر . لم يسلم من النقص ، فإن الوكيل لو زوج موكلته على عبد نفسه ، يطالب بتسليمه سهو ، فإنه لم يلزمه بمجرد العقد ، وإنما لزمه بالتزامه ، حيث جعله مهراً ، وأضاف العقد إليه .

والمراد بينت العم الصغيرة ، فيكون ابن العم أصيلاً من جانب وولياً من جانب . ولا يراد بها الكبيرة هنا ، لأنها لو وكلته فهو وكيل داخل في المسألة الثانية ، وإلا فهو فضولي سيأتي بطلانه إن لم يقبل عنها أحد ، ولو أجازته بعده . والمراد بالوكيل : الوكيل في أن يزوجها من نفسه ، لما في المحيط : لو وكلته بتزويجها من رجل ، فزوجها من نفسه لم يجز ، لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة ، وهو معرفة بالخطاب ، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة . وفي اللؤلؤجية : لو قالت المرأة : زوج نفسي ممن شئت . لا يملك أن يزوجها من نفسه . فُوق بين هذا وبين ما إذا أوصى بثلاث ماله ، فقال للموصى له : ضَعْ ثلث مالي حيث شئت . كان للموصى له أن يضع عند نفسه . والفرق : أن الزوج مجهول ، وجهالة الزوج تمنع صحة الشرط ، وصار كالمسكوت عنه بخلاف الوصية ؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية ، فيعتبر التفويض مطلقاً .

فلو وكلته أن يتصرف في أمورها ، لا يملك تزويجها من نفسه بالأولى ، كما في الخانية . والوكالة كما ثبت بالصريح ثبت بالمسكوت ، ولذا قال في الظهيرية : لو قال ابن العم الكبير : إني أريد أن أزوجك من نفسي . فسكتت ، فزوجها من نفسه جاز . ولم يقيدها بالبكر ، وقيدها بالبكر في غاية البيان وغيره . والظاهر أنه خاص بالولي كما سبق بيانه ، وأطلق في الوكالة به ، فأفاد أنه لا يشترط الإشهاد عندها للصحة ، وإنما لحوف الإنكار .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٦٩/٤ ، ٢٧٠) : (ولا يزوج ابن العم) ونحوه كمتحق وعصبته (نفسه) وحينئذ فلا يتولى طرفي العقد (بل يزوجه ابن عم) له شقيق أو لأب (في درجته) بأن كان مساوياً له فيها . فإذا كان ابن العم شقيقاً وله ابنا عم أحدهما شقيق والآخر لأب ، زوجها منه الأول . هذا إن وجد (فإن فُقد) من في درجته جيشاً أو حكماً ، كأن كان ابن عم شقيقاً ومعه آخر لأب (فالقاضي) أي : قاضي بلدنا لا قاضي بلده ، يزوجه في الأصح بالولاية العامة ، ولا تنتقل الولاية للأبعد . ولو قالت لابن عمها أو لمعتقها : زوجني من نفسك . وزوجه القاضي بهذا الإذن ، كما صوبه في الروضة خلافاً لما صوبه البلقيني ، لأن قالت : زوجني من شئت ، أو زوجني (فلو أراد القاضي نكاح من لا ولي لها) مختصاً بها لنفسه أو =

٨٩٢ - وقد علمت من الفصل الثاني في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين حكم ما إذا زوج الولي موليته لغيره ، سواء كان الولي أباً أو جدّاً أو غيرهما ، والصور التي يكون العقد فيها صحيحاً نافذاً لازماً ، والتي يكون فيها غير لازم ، والتي يكون العقد فيها غير صحيح .

٨٩٣ - وأما إذا زوج الولي موليته لنفسه ، فإن كانت لا تحمل له ، فلا يصح العقد مطلقاً ، سواء أذنته أو لم تأذن . فإذا زوج الأخ أخته لنفسه ، فلا يصح هذا التزوج ؛ لأنها محرمة عليه .

٨٩٤ - وإن كانت المولية يحل تزوجها للولي ، كما إذا كان لرجل بنت عم وليس هناك من الأولياء من هو أقرب منه ، وزوجها لنفسه : فإما أن تكون البنت رشيدة ، أو غير رشيدة .

فإن كانت رشيدة - أي : بالغة عاقلة - : فإما أن تأذن له في تزويجها لنفسه ، أو لا تأذن . فإن أذنته ، صح العقد ؛ لأنه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه ووكيلاً من جهتها ، ويصح للشخص أن يتولى طرفي العقد في هذه الصورة ، والإذن كما يثبت صريحاً يثبت دلالة ، فلو قال ابن العم لبنت عمه الكبيرة : إني أريد أن أزوجك من نفسي . فسكنت فزوجها من نفسه ، جاز لوجود الإذن دلالة ، وهو

= موليه بقوله له (زوجه من فوقه) كالسلطان أو من هو مثله (من الولاية) في بلده أو غيرها ، إن كانت الزوجة في عمل ذلك القاضي (أو خليفته) لأن حكمه نافذ عليه . وفيه وجه يُقْبَل عن ابن يحيى البلخي القاضي أنه يتولاه بنفسه ، وفعله حين كان قاضياً بدمشق . قال السبكي : وهو من غرائبه .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (٣ / ١٩٠ ، ١٩١) : « يجوز لابن العم والمعتق الأعلى والأسفل على ما فيه والحاكم ومن يزوج بولاية الإسلام أن يتولى طرفي عقد النكاح ، إن عيّن لها أن يزوجها من نفسه ، ويُشْهَد على رضاها ، احتياطاً من منازعتها . فإن لم يشهد على ذلك ، والمرأة مقرّة ، فهو جائز . ولغظ ذلك أن يقول لها : قد تزوجتك على صدقك كذا وكذا . وترضى به . وأتى بقوله : « وتولى الطرفين » . وإن كان مستفاداً مما قبله ، للرد على من يقول : ليس له تولي الطرفين ، أي : إيجاباً وقبولاً . قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٥ / ٥٧ ، ٥٨) : « (وليس للوكيل أن يتزوجها لنفسه كالوكيل في البيع يبيع لنفسه (ولا للولي) إذا أذنت له المرأة أن يزوجها وأطلقت (أن يتزوجها لنفسه) لأن إطلاق الإذن يقتضي تزوجها غيره . قطع به في الشرح والمبدع في آخر تولي طرفي العقد . وقال في الإنصاف : وأما من ولايته بالشرع كالولي والحاكم وأمينه ، فله أن يزوج نفسه ، ولو قلنا : ليس لهم أن يشتروا من المال . ذكره القاضي في خلافه ، وألحق الوصي بذلك قال في القواعد الفقهية والأصولية . وفيه نظر ، فإن الوصي يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن . قال : وسواء في ذلك اليتيمة وغيرها . صرح به القاضي في ذلك ، وذلك حيث يكون لها إذن معتبر » .

السكوت ، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا . وإن لم تأذن له وزوجها لنفسه ، فلا يصح ، لأنه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه فُضولًا من جهتها ، وليس للشخص أن يتولى طرفي العقد في هذه الحالة ، فيقع العقد فاسدًا . ولذلك لو رضيت بعد وقوعه قبل إذنها ولو كان رضاها صريحًا ، لم يصح ؛ لأن العقد متى وقع فاسدًا لا ينقلب صحيحًا بالإجازة ، وإنما الإجازة تؤثر بالنسبة للعقد الموقوف فيصير نافذًا بها . وهذا مذهب الإمام ومحمد . وقال أبو يوسف : لا يكون العقد فاسدًا ، بل يتوقف على الإجازة .

٨٩٥ - فإن كانت البنت صغيرة ، وزوجها الولي الذي تحل له نفسه ، صح العقد ، لأنه في هذه الحالة يكون أصيلاً من جهة نفسه وليًا من جهتها ، وللشخص في هذه الحالة أن يتولى طرفي العقد .

وحاصل المسائل التي يتولى الشخص فيها طرفي العقد - وهما : الإيجاب والقبول - بالقسمة العقلية عشرة :

٨٩٦ - واحد منها مستحيل : وهو الأصيل من الجانبين ؛ لأنه يستحيل أن يكون الشخص الواحد زوجًا وزوجة .

وخمسة نافذة باتفاق الإمام وصاحبيه ، وهي الآتية :

٨٩٧ - الأولى : أن يكون متولي الطرفين وكيلًا من الجانبين ، فإذا وكلت امرأة رجلًا في أن يزوجه لفلان ، ووكله فلان أيضًا في أن يزوجه هذه المرأة ، وتولى هذا الوكيل الإيجاب والقبول وحده بأن قال : زوجتُ موكلتي فلانة لموكلتي فلان . صح .

٨٩٨ - الثانية : أن يكون وليًا من الجانبين ، فإذا كان لرجل بنت وله ابن أخ هو وليه ، وزوج بنته لابن أخيه ، صح العقد .

٨٩٩ - الثالثة : أن يكون أصيلاً من جانب ووليًا من جانب ، كما في مسألة ابن العم المتقدمة .

٩٠٠ - الرابعة : أن يكون أصيلاً من جانب ووكيلًا من جانب آخر ، فإذا وكلت امرأة رجلًا في أن يزوجه لنفسه ، وفعل ، صح العقد ، وهو في هذه الحالة أصيل من جانب نفسه وكيل من جانب الزوجة .

٩٠١ - الخامسة : أن يكون وليًا من جانب وكيلًا من جانب ، فإذا كان لرجل ابن صغير ووكله امرأة في أن يزوجه لابنه ، وفعل ، صح العقد ، وهو في هذه الحالة ولي من جانب ابنه وكيل من جانب الزوجة .

٩٠٢ - وأربعة مختلف فيها ، فقال الإمام ومحمد : لا يتوقف العقد فيها على الإجازة ، بل يقع فاسداً . وقال أبو يوسف : يتوقف على الإجازة . وهي الآتية :

٩٠٣ - الأولى : أن يكون متولي الطرفين فضوليًا من الجانبين ، يعني : لم تثبت له الولاية بوجه من الوجوه ، كما إذا قال شخص : زوجت فلانة من فلان . وهو ليس وليًا ولا وكيلًا لأحدهما ، فهو فضولي من جهتهما .

٩٠٤ - الثانية : أن يكون فضوليًا من جانب وكيلًا من جانب آخر ، كما إذا وكل رجل شخصًا في أن يزوجه فلانة ، فقال هذا الوكيل : زوجت فلانة من موكلي . وليست له الولاية عليها أصلًا ، فهو في هذه الحالة وكيل من جانب الزوج فضولي من جانب الزوجة .

٩٠٥ - الثالثة : أن يكون فضوليًا من جانب وليًا من جانب آخر ، فإذا كان لرجل ابن صغير وقال : زوجت فلانة لابني . بدون أن تكون له عليها ولاية شرعية ، فهو ولي من جانب الزوج فضولي من جانب الزوجة .

٩٠٦ - الرابعة : أن يكون أصيلًا من جانب فضوليًا من جانب آخر ، فإذا تزوج رجل امرأة ليست له الولاية عليها ، كان أصيلًا من جهة نفسه فضوليًا من جهتها . ومن هذه مسألة ابن العم إذا زوج بنت عمه الكبيرة لنفسه بدون إذنها قبل العقد ، فإنه أصيل من جهة نفسه فضولي من جهتها .

٩٠٧ - ففي هذه المسائل الأربع يقع العقد فاسدًا عندهما ، فلا تلحقه الإجازة . وعند أبي يوسف يكون موقوفًا على الإجازة .

٩٠٨ - واستدل أبو يوسف على قوله : بأن الواحد إذا كان مأمورًا من الجانبين ، نفذ . فإذا كان فضوليًا من الجانبين أو من جانب ، توقف على الإجازة ؛ لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداءً ، فكذا باعتبار الإجازة انتهاءً ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

ولهما : أن الموجود شطر العقد ؛ لأنه شطر حال الحضور حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر ، وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ، ولو كان عقدًا تامًا لم يكن كذلك ، فكذا عند الغيبة يكون الموجود شطرًا ؛ لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة ، وهي لم تختلف ، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين ؛ لأنه ينقل كلامه إلى المتعاقدين ، فيصير ككلامين .

٩٠٩ - وقال زفر : لا يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد أصلاً . وكذا عند الإمام الشافعي رحمته ، إلا إذا كانت هناك ضرورة عنده ، مثل الجد فإنه يزوج ابن ابنه الصغير من بنت ابنه ، لأنه لا يوجد أحد في درجته حتى يزوجهما ، بخلاف ابن العم إذا أراد أن يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز ؛ لأنه لا ضرورة إليه ؛ إذ يمكن أن يزوجهما ابن عمها غيره في درجته ، وكذلك الوكيل لا حاجة إليه . واستدلا : بأن الواحد لا يكون مملكاً ومتملكاً لشيء واحد في زمان واحد كما في البيع .

٩١٠ - ولنا : أن الوكيل في النكاح سفير ومعبر .

أما وجه كونه معبراً : فلأن عبارة العقد صدرت منه ، والواحد يصلح أن يكون معبراً عن اثنين .

وأما وجه كونه سفيراً : فباعتبار أن حقوق العقد ليست براجعة إليه ، بل إلى الموكل ، فلا يطالب بالمهر ولا بتسليم الزوجة ، وكل من هو كذلك لا يمنع أن يكون مملكاً ومتملكاً ، لأنه لا تمنع في التعبير بأن يقول : تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا . وإنما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والإيفاء والاستيفاء ، وهي لا ترجع إليه ؛ لأنه سفير لا مباشر ، بخلاف البيع لأنه مباشر ، ولذا ترجع الحقوق إليه ، فيطالب بتسليم الثمن والمبيع ، ويكون خصماً في الرد بالعيب إلى غير ذلك من الأحكام .

٩١١ - وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأُم حكيم بنت قارظ : « أتجعلين أمرك لي » ، قالت : نعم . قال : تزوجتك ^(١) . فعهده بلفظ واحد .

٩١٢ - وعن عقبه بن عامر أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل : « أترضى أن أزوجك فلانة ؟ » قال : نعم . وقال للمرأة : « أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ » قالت : نعم . فزوج أحدهما صاحبه ^(٢) .

٩١٣ - ثم في كل موضع يجوز للشخص فيه أن يتولى طرفي العقد - وهما : الإيجاب والقبول - يكفي فيه قوله : زوجت فلانة من فلان . لأنه يتضمن شطري العقد - وهما : الإيجاب والقبول - ، لأن الواحد لما قام مقام اثنين ، قامت عبارته الواحدة أيضاً مقام عبارتين ، فلا حاجة إلى القبول .

٩١٤ - وقول الإمام الأعظم هو المعمول عليه .

(١) صحيح البخاري (كتاب : النكاح / باب : إذا كان الولي هو المخاطب / معلقاً) .

(٢) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات / ٢١١٧) .

الفصل الثاني

في النكاح الموقوف

(مادة ١٣٨)

إِذَا تَزَوَّجَ الصَّغِيرُ أَوْ الصَّغِيرَةَ الْمُمَيَّزَانِ غَيْرَ الْمَأْدُونَيْنِ أَوْ الْكَبِيرِ أَوْ الْكَبِيرَةَ الْمَعْتُوهُمَا بِدُونِ إِذْنِ وَلِيَّهِمَا ، تَرَوَّفَ نَفْرُدُ الْعَقْدِ عَلَى إِجَارَتِهِ . فَإِنْ أَجَازَهُ وَكَانَ بَغَيْرِ عُبْنِ فَاجِسٍ نَقْضًا فِي مَهْرِ الصَّغِيرَةِ وَزِيَادَةً فِي مَهْرِ الصَّغِيرِ ، نَقَدَّ . وَإِنْ لَمْ يُجْزِهِ ، بَطَلَ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ يَغْبُنُ فَاجِسٍ فِي الْمَهْرِ وَإِنْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ ^(١) .

٩١٥ - اعلم أن عقد الزواج كباقي العقود :

٩١٦ - تارة يكون صحيحًا نافذًا لازمًا ، كما إذا زوجت المكلفة نفسها بكفء وبمهر المثل ، أو زوج الأب بنته وهو معروف بحسن الاختيار ولو كان بغير كفء أو بأقل من مهر المثل .

٩١٧ - وتارة يكون صحيحًا نافذًا غير لازم ، كما إذا زوج غير الأب والجد من الأولياء موليته بكفء وبمهر المثل .

٩١٨ - وتارة يكون غير صحيح ، وهو الذي فقد شرطًا من شروط الصحة ، وقد عرفت كل هذه الأقسام مما تقدم .

٩١٩ - وتارة يكون صحيحًا غير نافذ ، وهو الموقوف ، فلا تترتب عليه الأحكام إلا إذا أجازه من له الإجازة ، وكان العقد قابلاً لها .

٩٢٠ - ومن هذا القسم : ما إذا تزوج الصغير أو الصغيرة المميزان بدون إذن من الولي قبل العقد ، فإنه يكون موقوفًا على إجازة الولي ؛ لأن الشارع أقامه لينظر في مصالحهما

(١) قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١٦٤/١ ، ١٦٥) : قال سحنون : قلت لابن القاسم : فإن تزوج الصغير بغير إذن أبيه فأجازه الأب ، أيجوز ، قال : نعم ، إذا كان على وجه النظر له ، وإن فرق الولي بينهما ، لم يكن على الصبي من الصداق شيء ، وإن كان مثله يقوى على الجماع . قال ابن أبي زمنين : والسفيه الكبير بمنزلة الصغير ، تزويج أبيه إياه جائز عليه ، رضي بذلك السفیه أو سخطه ، وكذلك وصي أبيه وخليفة السلطان عليه الذي يوكله على النظر في ماله ، وهو من أصل قول مالك .

لقصور الرأي عندهما ، فإذا رأى أن هذا العقد فيه منفعة لهما تَقَدَّه ، وإلا أبطله .
 ٩٢١ - وليس من المصلحة أن ينفذ الولي العقد الذي يكون فيه غبن فاحش بزيادة في المهر بالنسبة للصغير أو نقص فيه بالنسبة إلى الصغيرة .

٩٢٢ - فإذا تزوج صبي مميز امرأة بمائتي جنيهه بغير إذن وليه ، وكان مهر مثلها مائة وخمسين جنيهًا ، فلا ينفذ هذا العقد ، وإن أجازته الولي ؛ لأنه ليس من المصلحة في شيء . ومثله الصغيرة المميزة لو تزوجت بأقل من مهر مثلها ، وكان الغبن فاحشًا ، فلو كان الغبن يسيرًا ، قَبِلَ العقدُ الإجازة . والغبن الفاحش : هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين . واليسير : هو الذي يدخل تحت التقويم .

٩٢٣ - ومثل الصغير المميز في كل الأحكام المتقدمة المتهوه والمعتوه ، فإذا كان الصبي أو الصبية غير مميزين ، فلا يصح تزوجهما أصلًا ، ومثلهما المجنون والمجنونة .

(مادة ١٣٩)

إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيُّ الْأَبْعَدَ الصَّغِيرَةَ مَعَ وُجُودِ الْوَلِيِّ الْأَقْرَبِ الْمُتَوَفَّرَةِ فِيهِ شُرُوطُ الْأَهْلِيَّةِ ، تَوَقَّفَ نَفَاذُ النِّكَاحِ عَلَى إِجَازَةِ الْأَقْرَبِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ نَفَذَ ، وَإِنْ نَقَضَهُ انْتَقَدَ وَيَطَّلُ (١) .

• • •

٩٢٤ - ومن قسم الزواج الموقوف : ما إذا زوج الولي البعيد المولية مع وجود الولي القريب المتوفرة فيه شروط الأهلية ، فإذا كان لبنت أخوان أحدهما شقيق والآخر لأب ، فالولاية للأخ الشقيق . فإذا زوجها الأخ لأب ، كان هذا الزواج موقوفًا على إجازة الأخ

(١) قول الخنيفة : جاء في رد المحتار (٨١/٣) : « فلو أحد الوليين أقرب من الآخر ، فلا ولاية للأبعد مع الأقرب » .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٦/٥) : « وإن كان الولي أقرب من دونه ، فزوج غير كفاء بإذنها ، فليس لمن بقي من الأولياء الذي هو أولى منهم رَدُّهُ ، لأنه لا ولاية لهم معه » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٢٨١/٣) : « (و) صح النكاح (ب) تولى ولي (أبعد مع) وجود ولي (أقرب) كعقد مع وجود أخ أو أب مع ابن أو أخ لأب مع أخ شقيق » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢١/٧ ، ٢٢) : « إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه ، لم يصح . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يصح ، لأن هذا ولي ، فصح له أن يزوجه بإذنها كالأقرب . ولنا : أن هذا مستحق بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد » .

الشقيق ، فإن أجازته نفذ ، وإن رده بطل .

٩٢٥ - فإن كان الأقرب غير متوفرة فيه شروط الأهلية ، كما إذا كان الأخ الشقيق صغيراً أو مجنوناً مثلاً وزوج الأخ لأب ، نفذ بلا توقف على إجازة أحد ، لأنه هو الولي القريب في هذه الحالة .

(مادة ١٤٠)

إِذَا أَمَرَ الْمُؤَكَّلُ الْوَكِيلَ بِتَزْوِيجِهِ امْرَأَةً غَيْرَ مُعَيَّنَةٍ ، فَرُوجُهُ امْرَأَةً وَلَوْ بِهَا غَيْبٌ أَوْ عَاهَةٌ مِنْ الْعَاهَاتِ ، جَازَ عَلَيْهِ النِّكَاحُ ، وَلَيْسَ لَهُ رُدُّهُ ^(١) .
فَإِنْ رُوجَهُ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ أَوْ مَوْلِيَّتَهُ الْقَاصِرَةَ ، فَلَا يَلْزَمُهُ النِّكَاحُ ، إِلَّا إِذَا أَجَازَهُ صَرَاحَةً أَوْ دِلَالَةً ^(٢) .

وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يُرَوجَهُ امْرَأَةً ، فَخَالَفَ أَمْرَهُ وَرُوجَهُ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَلْزَمُهُ الْمَرْأَتَانِ وَلَا وَاحِدَةً مِنْهُمَا ، إِلَّا إِذَا أَجَازَهُمَا أَوْ أَجَازَ أَحَدَهُمَا . فَلَوْ رُوجَهُ إِثَامَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ ، لَزِمَهُ الْأَوَّلُ ، وَتَوَقَّفَ الثَّانِي عَلَى إِجَازَتِهِ ^(٣) .

٩٢٦ - ومن قسم الموقوف : عقد الوكيل ، ولكن لا على الإطلاق بل في بعض

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٢/٢) : « إذا وَكَّلَهُ أن يزوجه امرأة فروجه عيباً أو شوهاء لها لعاب سائل وشق مائل وعقل زائل ، جاز عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١٩/٢) : « رجل وَكَّلَ رجلاً أن يزوجه امرأة ، فروجه الوكيل ابنته . إن كانت صغيرة ، لم يُجْزُ إجماعاً . وإن كانت بالغة ، جاز عندهما ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز . وعلى هذا إذا تزوجه بمن لا تقبل شهادته لها بولاد كالبت والأم وبنت الابن ، وأما الأخت وبنت الأخت فيجوز اتفاقاً » .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٦/١) : « أمر رجلاً أن يزوجه امرأة ، فروجه امرأتين في عقدة ، لا يلزمه واحدة منهما ، وهو الصحيح ، هكذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان . فإن أجاز نكاحهما أو نكاح إحداهما ، نفذ ، كذا في البحر الرائق .

ولو تزوجه في عقدتين ، لزمه الأولى ، ونكاح الثانية موقوف على الإجازة ، كذا في العيني شرح الهداية . ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها ، فروجه تلك وأخرى معها ، لزمته تلك .

ولو وكله أن يزوجه امرأتين في عقدة ، فروجه واحدة ، جاز . وكذا إذا وكله أن يزوجه هاتين المرأتين في عقدة ، فروجه إحداهما ، وتفريق العقدة ليس بخلاف » .

الصور كما ستعرفه من التفصيل الآتي . وبيان ذلك :

أن الموكل في الزواج : إما أن يكون الرجل أو المرأة . فإن كان الرجل : فإما أن يكون التوكيل بتزويج امرأة غير معينة ، وإما أن يكون بتزويج امرأة معينة .

فإن كان الأول ، كما إذا قال رجل لآخر : وكلتك في أن تزوجني امرأة . فقال أبو حنيفة : إذا زوجه الوكيل في هذه الحالة امرأة ، ولو كانت غير حرة ، بأن كانت مملوكة لغيره أو حرة بها عاهة من العاهات كأن تكون عمياء أو مقطوعة اليد أو الرجل أو معتوهة أو مجنوننة ، لزمه النكاح ، فليس للموكل رده ، لأن لفظ امرأة مطلق فيتناول كل امرأة ولو كانت غير حرة أو بها عاهة من العاهات . ولهذا لو حلف لا يتزوج ، فتزوج أمة أو حرة بها عاهة حنث .

٩٢٧ - وقال الصحابان : لا يجوز للوكيل أن يزوجه إلا الأتقاء ، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالأتقاء ، والكفاءة وإن لم تكن معتبرة من جهة النساء ، إلا أنها مستحسنة في الوكالة . والظاهر قول الصحابين .

٩٢٨ - واتفقوا على أن الوكيل لو كان متهماً في العقد ، لم ينفذ على الموكل إلا إذا أجازته ، فإذا زوجه أمته أو بنته الصغيرة أو موليته القاصرة ، كان العقد موقوفاً على إجازته تصريحاً أو دلالة ؛ لأنه متهم في هذه العقود . ومثله ما إذا كان الوكيل امرأة ، فزوجت نفسها للموكل ، يوقف على الإجازة لما ذكر ، إلا إذا صرح له الموكل بذلك ، فإن العقد يكون نافذاً بالاتفاق .

٩٢٩ - فإن زوجه امرأتين ، والموضوع أنه مأمور بتزويجه امرأة : فإما أن يكون التزويج في عقد واحد ، أو في عقدين .

فإن كان الأول فلا تلزمه المرأتان ولا واحدة منهما ، لأنه فُضولي فيهما لمخالفته أمر الموكل ، فلا وجه لتنفيذ نكاحهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداها غير معينة للجهالة ولعدم الفائدة ، إذ لا يفيد حل الوطاء ؛ لأن الوطاء لا يقع إلا في معينة والمنكرة ضدها ، ولا وجه إلى التعيين أيضاً ، لئلا يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ، فانتفى الملزوم ، فيكون العقد موقوفاً على إجازته ، فإن شاء أجاز نكاحهما أو أيتهما شاء .

وإن كان الثاني ، وهو ما إذا زوجهما له في عقدين ، لزمه الأول بحكم الوكالة ، وتوقف الثاني على إجازته ؛ لأن الوكالة انتهت بالعقد الأول ، فيكون فُضولاً بالنسبة للعقد الثاني ، فيتوقف على الإجازة .

(مادة ١٤١)

إِذَا أَمَرَ الْمُؤَكَّلُ وَكِيْلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً مُعَيَّنَةً ، فَخَالَفَ وَزَوَّجَهُ غَيْرَهَا ، فَلَا يُلْزِمُهُ النِّكَاحُ ^(١) .

وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً ، وَعَيَّنَ لَهُ مَقْدَارَ الْمَهْرِ ، فَزَوَّجَهُ بِأَكْثَرِ بِمَا عَيَّنَهُ ، فَلَا يَنْفُذُ عَلَيْهِ النِّكَاحُ أَيْضًا مَا لَمْ يَنْفِذْهُ ، وَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِدُخُولِهِ بِالْمَرْأَةِ غَيْرَ عَالِمٍ بِالزُّيَادَةِ الَّتِي زَادَهَا عَلَيْهِ الْوَكِيلُ فِي الْمَهْرِ . وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُلْزِمَهُ بِالنِّكَاحِ ، وَلَوْ التَزَمَ بِدَفْعِ الزُّيَادَةِ مِنْ مَالِهِ ^(٢) .

(١) قول الشافعية : جاء في الأم (٢١٠/٨) : « ولو أمره أن يشتري له جارية فاشترى غيرها ، أو أمره أن يزوجه جارية فزوجه غيرها ، بطل النكاح ، وكان الشراء للمشتري لا للآمر » .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٤٨٨/٣) : « (وإن وكله أن يتزوج له امرأة فتزوج) الوكيل (له غيرها) لم يصح العقد للمخالفة » .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٢١٠/٥) : « وإن أمره أن يزوجه امرأة بعينها على مهر قد سماه ، فزوجها إياه ، وزاد عليه في المهر . فإن شاء الزوج أجزأه ، وإن شاء رده ؛ لأنه أتى بخلاف ما أمر به ، فكان مبتدئاً ، فيتوقف عقده على إجازته » .

وإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها ، فهو بالخيار أيضاً ، لأن دخوله بها كان باعتبار أنه امتثل الوكيل أمره ، فلا يصير به راضياً بما خالف فيه الوكيل ، فإن الرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم به ، فكان على خياره إن شاء أقام معها بالمهر المسمى ، وإن شاء فارقها وكان لها الأقل من المسمى ومن مهر مثلها ؛ لأن الدخول بحكم النكاح الموقوف بمنزلة الدخول في النكاح الفاسد ، فيسقط به الحد للشبهة ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ؛ لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة .

فإن كان الرسول ضمن لها المهر ولم يدخل بها الزوج وأخبرهم أنه أمره بذلك ، ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر ، فعلى الرسول نصف المسمى لإقراره على نفسه أنه أمره به ؛ وهذا لأن إنكار الزوج الأمر بالزيادة بمنزلة إنكاره الأمر أصلاً .

فإن قال الرسول : أنا أغرم المهر ، وألزمك النكاح . لم يكن له ذلك ، إلا أن يشاء الزوج ، لأنه فيما باشر من العقد غير ممثل أمره ، فكان بمنزلة الفضولي ، والفضولي لا يملك أن يلزم عليه حكم العقد إلا برضاه ، وهذا لأنه وإن تبرع بأداء الزيادة فلا بد من أن يجب على الزوج أولاً ؛ لأن المسمى في العقد صداق ، والصداق مطلقاً يجب على الزوج ، وقد تعذر إلزام الزوج بذلك وانعدم منها الرضا بدونه » .

قول الشافعية : جاء في فتاوى الرملي (١٩٣/٣) : « (سئل) عن وكيل الزوج في النكاح إذا زاد على مسماه أو على مهر المثل عند إطلاق الإذن هل يصح النكاح أم لا ؟

(فأجاب) بأنه يصح النكاح في صورتين على الراجح بمهر المثل » .

= قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٦٩/٣ - ٢٧٢) : « وإن أمره بألف عينها أو لا ، فزوجه بألفين . فإن دخل ، فعلى الزوج ألف ، وغرم الوكيل ألفاً إن تعدى بإقرار أو بينة يعني أن الزوج إذا قال : لرجل زوجني بألف . أو قال : زوجني فلانة بألف . فزوجه بألفين . فإن علما وعلم الأمر قبل الدخول ، فسيأتي . وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الدخول ، فإنه لا يلزم الزوج سوى الألف . وأما الوكيل فلا يخلو إما : أن يثبت تعديه ، أو لا . فإن لم يثبت ، فسيأتي . وإن ثبت تعديه بإقراره أو بينة حضرت توكيل الزوج له بالألف ، فإنه يغرّم للزوجة الألف الثانية المتعدى فيها ؛ لأن الغرور الفعلي يوجب الغرّم على المشهور .

والا فَتَحَلَّفُ هي إن حلف الزوج وهو الوكيل ، وفاعله الزوجة ، وهذا مفرع على مفهوم إن تعدى بإقرار أو بينة . وإن لم يثبت تعددي الوكيل ، والموضوع بحاله من أنه بعد البناء ، وأن العقد وقع على ألفين والوكيل يقول : وَكَلَّنِي الزَّوْجَ عَلَى ذَلِكَ ، وفعلت كما أمرني . والزوج يقول : إنما أمرته بألف فقط . فَتَحَلَّفُ الزَّوْجَةُ الزوج أولاً : ما أمر إلا بألف ، وأنه ما علم بما زاد الوكيل إلا بعد البناء . زاد بعضٌ : وأنه ما رضي بذلك بعد أن علم به . ثم يحلف الوكيل : أنه أمره بألفين ، وضاعت عليها الألف الثانية . فإن نكل الزوج ، حلفت هي إن لم تكن لها بينة بأن أصل النكاح كان بألفين ، وغرم لها الألف الثانية .

وفي تحليف الزوج له إن نكل وغرم الألف الثانية قولان أي : وهل للزوج أن يُحَلِّفَ الوكيل إذا نكلَ وغرّم الألف الثانية ، وهو قول أصبغ قال : فإن نكل ، غرّم الألف للزوج . أو ليس له ذلك وهو قول محمد . وسبب الخلاف : هل تكون بين الزوج على تصحيح قوله فقط ، أو عليه وعلى إبطال قول الرسول ، فعلى الأول : لو نكل عن اليمين ، فإنه يُعَدُّ مُقِرًّا ، ولا يكون له تحليف الرسول . وعلى الثاني : له تحليف الرسول . قالوا : وبلغت في هذا أيضًا إلى النكول ، هل هو كالإقرار فلا يكون له أن يحلفه ، أو ليس كالإقرار فيحلفه ، وإن لم يدخل ورضي أحدهما ، لزم الآخر هذا مفهوم قوله : « إن دخل » . أي : وإن لم يحصل دخول ، ولم يعلم واحد منهما بالتعددي قبل العقد ورضي الزوج بالألفين ، لزم الزوجة . أو رضيت هي بألف ، لزم الزوج . وإن لم يَرْضَ كُلُّ واحدٍ منهما بقول الآخر ، فُسيخ النكاح بطلاق . وظاهر قوله : « لزم الآخر » . سواء ثبت تعددي الوكيل بإقرار أو بينة أم لا ، وهو ظاهر كلامهم ، لأن الموضوع قبل البناء .

لا إن التزم الوكيل الألف أي : وإن لم يدخل ، لزم النكاح إن رضي أحدهما بما قال الآخر ، لا إن التزم الوكيل الألف الثانية ، فلا يلزم الزوج ، بِيُتَّى الوكيل على الزوج ، والضرر عليه بزيادة النفقة ، لأن نفقة من صداقها كثير أكثر من صداقها قليل إلا النادر من النساء ، وهذا هو الفرق بين ما هنا وبين الوكيل بالبيع إذا التزم الزيادة يلزم الموكل .

ولكلِّ تحليف الآخر فيما يفيد إقراره إن لم تقم بينة هذا مفهوم قوله : « رضي » . أي : وإن لم يَرْضَ أحدهما بما ادَّعَى الآخرُ ، والحال أنه لم يحصل دخول ، ولم تقم لأحدهما بما ادعاه بينة ، أي : لم تقم بينة له أنه وَكَّلَ بألف فقط ، ولا لها أن عقدها وقع على ألفين ، أو قامت بينة لها ولم تقم بينة للزوج ، أو قامت بينة له ولم تقم لها بينة . ففي هذه الصور الثلاث لكل واحد من الزوجين أن يُحَلِّفَ صاحبه . فإن قامت لها فقط ، فلها أن تحلف الزوج أنه ما أمر إلا بألف فقط . فإن نكل ، لزمه النكاح بألفين . وإن حلف ، قيل للمرأة : إما أن ترضي بالألف ، وإلا فُسيخ النكاح بينكما بطلقة بائنة . وإن قامت بينة للزوج فقط ، فله تحليفها أنها ما رَضِيَتْ =

٩٣٠ - وإن كانت المرأة التي وكله في تزويجها له معينة : فإما أن يعين له المهر أيضاً ، أو لا يعينه .

٩٣١ - فإن لم يعين له المهر ، وزوجها له بغبن يسير فيه ، لزم العقد الموكل إجمالاً . وإن كان بغبن فاحش ، لزمه أيضاً عند الإمام للإطلاق . وقال الصحابيان : لا يلزمه إلا إذا أجازته ؛ لأن المطلق يتقيد بالعرف ، والعرف تزوج المرأة بمهر مثلها أو بغبن يسير لا فاحش . وهو الظاهر .

٩٣٢ - وإن عين المهر فزوجها له بالمهر المعين ، لزمه العقد للموافقة . وكذا إذا زوجها له بمهر أقل من المعين ، لأن المخالفة هنا نافعة للموكل ، فليس له أن يحتج بها .

٩٣٣ - وأما إذا تزوجها بإياها بأكثر مما عينه ، كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل للمخالفة . فإن علم الموكل بالزيادة قبل الدخول ، ورضيها قولاً أو فعلاً ، لزمته .

= بألف . فإن نكلت ، لزمها النكاح بألف . وإن حلفت ، قيل للزوج : إما أن ترضى بالألفين ، وإلا فوفّي بينكما بطلقة بائنة . لكن إن لم تقم بينة لهما وهي أولى الصور الآتية في قوله : « وإلا فكالاختلاف في الصداق » . لكن أفاد هنا أن اليمين عليهما ، وفيما يأتي من المبدأ باليمين . وأما إن قامت بينة لكل منهما ، فلا يمين عليهما ، وليس إلا الرضا أو الفسخ ، وهي رابعة الصور .

ولا تُردُّ إن اتَّهَمَتْ ، أي : ولا ترد اليمين التي توجهت على أحدهما ، بل يلزمه النكاح بما قال الآخر بمجرد نكوله إن اتهمه ، بأن توجهت للزوجة على الزوج أنه ما أمر إلا بألف ، فنكل لزمه النكاح بألفين . أو على الزوجة إن عقد نكاحها بألفين ، فنكلت لزمها النكاح بألف . والنكول هنا كالإقرار . أما لو حقق الدعوى على صاحبه ، كأن قالت : أنا أتُحقق أنك أمرت أو علمت قبل العقد بألفين . أو قال هو : أنا أتُحقق أنك رَضِيتَ أو علمت قبل العقد بألف . فإذا نكل عن اليمين ، رُدَّتْ على صاحبه ، ولا يُلْزِمُهُ الحاكم بمجرد نكوله . ويُجْعَلُ بَدَاةَ حَلْفِ الزَّوْجِ : ما أمره إلا بألف . ثم للمرأة الفسخ إن قامت بينة على التزويج بألفين أي : ورجح ابن يونس بَدَاةَ حَلْفِ الزَّوْجِ على تخيير المرأة بين الفسخ أو الرضا بما حلف عليه ، إن قام للزوجة بينة على التزويج بألفين . وصفة يمينه : ما أمر وكيهه إلا بألف .

والأفكالاختلاف في الصداق أي : وإن لم تقم لها بينة على التزويج بألفين ، بل عدمت لها كما عدمت له على التوكيل بألف وهي أولى الصور المتقدمة ، فالحكم حينئذ كاختلاف الزوجين في قدر الصداق قبل البناء ، فبئدأ الزوجة باليمين ، لأنها بائنة ، فتحلف أن : صداقها بألفين . ثم يقال للزوج : إما أن ترضى بألفين ، أو تحلف : إنما أمرت الوكيل بألف . وفسخ النكاح إلا أن ترضى المرأة بألف . ومن نكل ، لزمه قول الآخر ، ونكولهما كحلفهما . ويتوقف الفسخ على الحكم ، ويقع ظاهراً وباطناً .

وإن علمت بالتعدي ، فألف ، وبالعكس ألفان وأما لو علم أحدهما أو كلُّ بالتعدي ، فهو المشار إليه هنا . والمعنى : أن المرأة إذا علمت قبل العقد أو بعده ، ومكنت من نفسها حتى وُطِئَتْ بالتعدي من الوكيل ، فالواجب لها ألف فقط . وإن علم الزوج بالتعدي قبل العقد أو بعده ، واستوفى البُضْعَ ، فالواجب عليه ألفان .

٩٣٤ - فإن دخل بها غير عالم بالزيادة ، فلا يسقط خياره ، بل له أن ينفذه وله أن يرده ، فإن أجازته لزمه المسمى فقط ، وإن رده بطل النكاح ، فيجب مهر المثل إن كان أقل من المسمى ، وإلا يجب المسمى .

٩٣٥ - وإن لم يرض الزوج بالزيادة ، وقال الوكيل : أنا أغرم الزيادة ، وألزمتك بالنكاح . لم يكن له ذلك ، لأن صاحب المروءة يأبى أن يتحمل منه الغير عليه ، إذ يعير بذلك ، فلا يلزم به ^(١) .

(مادة ١٤٢)

إِذَا أَمَرَتِ الْمَرْأَةُ وَكَيْلَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا ، وَلَمْ تُعَيِّنْ أَحَدًا ، فَرَزَّوْجَهَا مِنْ نَفْسِهِ أَوْ مِنْ أَبِيهِ أَوْ مِنْ ابْنِهِ ، فَلَا يَجُوزُ عَلَيْهَا التَّكَاحُ ، وَلَهَا رَدُّهُ .

فَإِنْ زَوَّجَهَا بِأَجْنَبِيٍّ مِنْهُ وَبَعِيْنٍ فَاجْتَبِ فِي الْمَهْرِ ، فَلَهَا وَلَوْ لَيْتَهَا فَسَخُّ التَّكَاحِ إِذَا لَمْ يُنْمَ الزَّوْجُ لَهَا مَهْرَ الْمَثَلِ .

وَإِنْ زَوَّجَهَا بِغَيْرِ كُفَاءٍ ، لَمْ يَجْزِ التَّكَاحُ أَصْلًا .
وَلَوْ زَوَّجَهَا بِكُفَاءٍ وَبِمَهْرِ الْمَثَلِ ، لَزِمَهَا التَّكَاحُ ، وَلَوْ كَانَ بِالزَّوْجِ غَيْبٌ أَوْ مَرَضٌ ^(٢) .

• • •

٩٣٦ - وإن كانت الموكلة هي المرأة : فإما أن توكله بمعين ، أو بغير معين .

٩٣٧ - فإن كان الأول ، فلا ينفذ العقد عليها إلا إذا وافقها في كل ما أمرته به ، سواء كان من جهة الزوج أو المهر . فإذا أمرته بأن يزوجه من فلان بمائة وخمسين جنيهاً مثلاً ، فزوجها له بهذا المبلغ ، لزم النكاح بالنسبة لها ، وليس لها نقضه .

٩٣٨ - وأما بالنسبة للولي ، فإن كان الزوج كفاً والمهر مهر المثل ، لزم بالنسبة له أيضاً . وإن كان الزوج غير كفاً ، فلا يصح الزواج ، لأنها لو تولت هي العقد في هذه الحالة لم يصح ، فكذا إذا تولاه الوكيل ؛ لأنه قائم مقامها ؛ لأن الكفاءة ليست حقها وحدها ، بل حقها وحق وليها ، فإذا أسقطت حقها ، بقي حق الولي .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٨) : ١ - يجوز التوكيل في عقد النكاح .

٢ - ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة .

(٢) ينظر تعليقاتنا على المواد (٦٢ : ٦٩) .

٩٣٩ - وأما إذا كان الزوج كفاً ، ولكن المبلغ الذي عينته أقل من مهر المثل ، فللولي حق الاعتراض أيضاً حتى يتم مهر المثل ، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد ، فإن الولي يعبر بذلك . ومحل هذا : إذا كان الولي عصبه ، فإن كان غير عصبه أو لم يكن لها ولي أصلاً ، فالعقد نافذ لازم .

٩٤٠ - فإن زوجها لغير المعين ، أو له ولكن بأقل من المبلغ الذي عينته له ، توقف نفاذه على إجازتها .

٩٤١ - ويدخل في المعين : ما إذا وكلته في أن يزوجه لنفسه ، فإنه يصح ، ويتولى طرفي العقد في هذه الحالة ، لأنه يكون أصيلاً من جهة نفسه وكيلاً من جهة الزوجة ، وهذه من المسائل المتفق على جوازها من الإمام وصاحبيه ، وإن كان زفر والشافعي يقولان بعدم الصحة كما تقدم لك مستوفى في شرح مادة (١٣٧) .

٩٤٢ - واختلف العلماء في كيفية تزويجها للوكيل من نفسه ، فقال الخصاص : لا يشترط معرفتها ولا ذكر اسمها ونسبها للشهود ، حتى لو قال : تزوجت المرأة التي جعلت أمرها إليّ على صداق كذا عندهم . صح ، والمختار في المذهب خلافه ، وإن كان الخصاص كبيراً في العلم يقتدى به فحينئذ لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها إن كانت غائبة ؛ لأن الغائبة لا تعرف إلا بالنسبة ، ألا ترى أنه لو قال : تزوجت امرأة وكلتني بالنكاح ، لم يجز . فإن كانت حاضرة متتعبة ولا يعرفها الشهود ، فقال : اشهدوا أنني تزوجت هذه المرأة التي وكلتني بتزويج نفسها . جاز على المختار ؛ لأن الحاضرة تُعرف بالإشارة ، فإذا أراد الاحتياط ، يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود ، أو يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها حتى يكون العقد متفقاً عليه ، فيقع الأمن من أن يُرفع الأمر إلى قاضٍ يرى قول من لا يُجوزُه ، فيبطل النكاح .

٩٤٣ - وهذا كله إذا كان الشهود لا يعرفون المرأة . أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة ، فذكر اسمها لا غير ، جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها ؛ لأن المقصود بالنسبة التعريف ، وقد حصل باسمها .

٩٤٤ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا أمرته بتزويجها بغير معين ، كما إذا قالت له : وكلتك في أن تزوجني رجلاً . فزوجه من نفسه ، لم يجز ، لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة ، وهو معرفة بالخطاب ، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة .

٩٤٥ - ومثل هذا ما إذا قالت له : تزوجني ممن شئت .

٩٤٦ - ولو وكلته في أن يتصرف في أمورها ، لم يملك تزويجها من نفسه أيضًا .
وكما لا يجوز له أن يزوجه من نفسه في هذه الحالة ، لا يجوز له أن يزوجه لأبيه ولا
لابنه للتهمة ، فإن حصل ذلك ، توقف نفاذ العقد على إجازتها .

٩٤٧ - فإن زوجها بغير من ذكر - أي : بأجنبي - : فإما أن يكون الزوج كفاً
والمهر مهر المثل ، أو يكون كفاً والمهر أقل من مهر المثل ، أو يكون غير كفاء سواء كان
المهر أقل من مهر المثل أو مساوياً له أو أكثر .

٩٤٨ - فإن كان الأول ، لزم النكاح ، فليس لها ولا لوليها رده ، ولو كان الزوج
أعمى أو مُقْعَدًا أو صَبِيًّا أو معتوهاً ، وكذا لو كان عينياً أو خصيًّا . وإن كان لها طلب
التفريق بعد ذلك . ويظهر أن الخلاف الجاري بين الإمام وصاحبيه فيما إذا زوج الوكيل
الموكل امرأة بها عيب أو عاهة ، يأتي هنا أيضًا ، وإن لم ينص عليه أحد ، لعدم الفرق .

٩٤٩ - وإن كان الثاني ، وكان الغبن فاحشًا ، فلا ينفذ العقد ، بل يكون موقوفًا على
إجازتها وإجازة وليها ، لأن كلاً منهما له حق في ذلك إذا لم يُتِمَّ الزوج مهر المثل . فإن
أتمه ، نفذ لزوال السبب في توقف العقد .

٩٥٠ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان الزوج غير كفاء مطلقًا ، وقع العقد فاسدًا ،
فلا تلحقه الإجازة ، لأن الإجازة لا تلحق الفاسد بل الموقوف .

(مادة ١٤٣)

إِذَا عَرَّ الزَّوْجَ الْمَرْأَةَ بِانْتِسَابِهِ لَهَا نَسَبًا غَيْرَ نَسَبِهِ الْحَقِيقِيِّ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهَا بَعْدَ الْعَقْدِ بِإِطْلَاعِ
الْوَلِيِّ أَنَّهُ دُونَهَا فِي الْكِفَاءَةِ ، فَلَهَا وَلِيُّهَا حَقُّ الْخِيَارِ فِي إِجَازَةِ النِّكَاحِ وَنَقْضِهِ (١) .

• • •

٩٥١ - ومن قسم الموقوف أيضًا : ما إذا عَرَّ الزوج المرأة ، بأن انتسب لها بغير نسبه
الحقيقي ، فتزوجته بناء على ذلك ، ثم ظهر أن نسبه غير المنتسب به ، وأنه ليس كفاً لها ،
فلها ولوليها الحق في إجازة النكاح أو نقضه ، للتغيير الحاصل من جهته .

٩٥٢ - فإذا لم يحصل تغيير ، بأن زوجت نفسها منه ، أو زوجها الولي ، وكلٌّ يظن
أنه كفاء ، ثم تبين بعد ذلك أنه غير كفاء ، فليس لواحد منهما نقض هذا العقد ، لأن

التقصير ما حصل إلا من جهتهما ؛ إذ كان اللازم عليهما البحث قبل العقد .
 ٩٥٣ - وقد تقدم لك الخلاف فيما لو ظهر أن الزوج أعلى نسبًا مما انتسب به أو مثله
 في شرح المادة التاسعة والستين ^(١) .

(مادة ١٤٤)

الْفُضُولِيُّ الَّذِي يُوجِبُ النِّكَاحَ أَوْ يَقْبَلُهُ بِلا تَزْكِيلٍ وَلَا وِلَايَةِ ، يَتَعَقَّدُ نِكَاحَهُ مَوْقُوفًا عَلَيَّ
 إِجَازَةً مِنْ لَهُ إِجَازَةً ، فَإِنْ أَجَازَةً نَقَدَ ، وَإِنْ أَبْطَلَهُ بَطَلَ ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة ٩ : إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفًا عقده على الإجازة .

(٢) قول الحنفية : جاء في العناية (٣٠٨/٣) : « قال (لو زوج رجل امرأة بغير رضاها ، أو رجلاً بغير رضاها) كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز ، انعقد موقوفاً على الإجازة . وقال الشافعي : تصرفات الفضولي كلها باطلة ؛ لأن العقد وُضِعَ لحكمه ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم ، فيلغو . ولنا : أن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ، ولا ضرر في انعقاده ، فينعقد موقوفاً ، حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه ، وقد يترأخى حكم العقد عن العقد » .

قول الشافعية : جاء في الموسوعة الفقهية (١٧٤/٣٢) : « إنكاح الفضولي باطل لا يؤثر فيه إجازة الولي » .
 قول المالكية : جاء في الموسوعة الفقهية (١٧٥/٣٢) : « يرون التفريق بين كون الولي مجيزاً وبين كونه غير مجيز . فإن كان الولي مجيزاً ، لم يحز النكاح الواقع من الفضولي ، ولو أجازته الولي .

أما إذا لم يكن له الإجازة ؛ فإما أن تكون المزوجة ذات قدر ، أو دنيئة :

فإن كانت ذات قدر ، فقال مالك : ما فسخه بالبين ، ولكنه أحب إلي . وقال ابن القاسم : له إجازة ذلك ورده ، ما لم يَبَيِّنْ بها الزوج . وقال بعض فقهاء المالكية : إن دخل بها الزوج ، وطال مكثه معها بمضي ثلاث سنين أو ولادة ولدين فأكثر ، لم يفسخ النكاح ، وإلا كان الولي مخيراً بين الفسخ والإمضاء .
 وإن كانت دنيئة ، فعندهم في إنكاحه قولان ، أحدهما : أن النكاح ماضٍ مطلقاً ، وهو المشهور في المذهب . والثاني : أنها كذات القدر الشريفة » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٦٧/٨ ، ٦٨) : « لو زُوِّجَتْ بغير إذن وليها ، فهو نكاح الفضولي ، وفيه طريقان :

أحدهما : أن الصحيح من المذهب البطلان . وهذه طريقة القاضي والأكثرين . وهي الصحيحة من المذهب . والطريق الثاني : القطع ببطلانه . وهي طريقة أبي بكر وابن أبي موسى . ونص الإمام أحمد رحمته على التفريق بين البيع والنكاح في رواية ابن القاسم . فعلى القول بفساد النكاح - وهو المذهب - لا يحل الوطء فيه ، وعليه فراقه . فإن أبى ، فسخه الحاكم . فإن وطئ ، فلا حد عليه على الصحيح من المذهب » .

٩٥٤ - ومن الزواج الموقوف : عقد الفُضُولي مع غيره . والفُضُولي : هو الذي يتصرف في شئون غيره بلا ولاية شرعية .

٩٥٥ - فإذا قال الفُضُولي : اشهدوا أنني زوجتُ فلانة لفلان . وقَبِلَ عنه فُضُولي آخر ، أو قال الرجل : تزوجتُ فلانة . وهي غائبة ، فأجابه فُضُولي وقال : زوجتها منك . أو قالت المرأة : زوجت نفسي من فلان الغائب . وقَبِلَ عن فلان فضولي ، أو قال رجل لآخر : زوجت فلانة لك . فقبل وليست له عليها ولاية ، أو قال رجل لامرأة : زوجتك لفلان . فقبلت وليس له عليه ولاية ، توقف العقد على الإجازة .

٩٥٦ - والأصل في هذا أن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز - أي : قابل يقبل الإيجاب - سواء كان فضوليًّا آخر أو وكيلًا أو أصيلًا أو وليًّا ، انعقد موقوفًا على الإجازة . وكل عقد ليس له قابل يقبل الإيجاب وقت العقد ، يقع باطلًا .

٩٥٧ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى : تصرفات الفضولي كلها باطلة ؛ لأن العقد وضع لحكمه ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم ، وإلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإذا لم يكن قادرًا كان كلامه لغوًا .

٩٥٨ - ولنا : أن ركن التصرف - وهو قوله : زوجتُ ، وتزوجتُ - صدر من أهله وهو الحر العاقل البالغ مضافًا إلى محله وهو الأنتى من بنات آدم عليه السلام ، وليست من المحرمات ، ولا ضرر في انعقاده موقوفًا على الإجازة ، لكونه غير لازم ، فينعقد موقوفًا . فإن رأى فيه مصلحة نفعه ، وإلا أبطله .

٩٥٩ - ولا يلزم أن يأتي حكم العقد عقبه فورًا ، بل قد يتراخى عنه كما في البيع بشرط الخيار ، فإن لزومه متأخر إلى سقوط الخيار ، فكذا هنا ؛ لأن الحكم لم ينعدم ، بل تأخر إلى الإجازة ، فأفاد الحكم متأخرًا ، فيصح موقوفًا ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : دعوى إثبات الزوجية :

إذا ادعى رجل ارتباطه بالزواج بامرأة أو العكس وأنكر المدعى عليه ذلك، فيمكن للمدعي تقديم دعوى بإثبات الزوجية إلى المحكمة الابتدائية المختصة.

ترفع الدعوى - بواسطة محام - بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط.

يتضمن المقال ما يلي :

الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما ، وبيان الأسباب التي حالت دون كتابة عقد الزواج في إبانة . وتؤدي عن المقال الرسوم القضائية، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر .

يجب أن يثبت الطرف المدعى العلاقة الزوجية بينة .

يكون للاستئناف والظعن بالنقض ولأجالهما أثر واقف .

الباب العاشر في إثبات النكاح والإقرار به

(مادة ١٤٥)

إِذَا وَقَعَ زِوَاعٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فِي أَمْرِ النِّكَاحِ ، يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ
وَأَمْرَاتَيْنِ عُدُولٍ .

فَإِنْ ادَّعَى أَحَدُ عَلَى امْرَأَةٍ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، أَوْ ادَّعَتْ هِيَ أَنَّهُ زَوْجُهَا ، وَجَحَدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ،
وَعَجَزَ الْمُدَّعِي عَنِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَ الْجَائِدَ . فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتِ الدَّعْوَى ، وَإِنْ نَكَلَ
قُضِيَ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٥/٤) : « وإن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك ، أو ادعت المرأة النكاح وأنكر الرجل . عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : لا يستحلف المنكر في هذه المسائل . وعندهما : يستحلف وإذا نكل ، يقضى بالنكول ، كذا في النهاية .

وكذلك لو كانت الدعوى في الرضا بالنكاح ، أو في الأمر بالنكاح ، يستحلف عندهما ، كذا في خزانة المفتين . قال في البيانع : إذا رفعت المرأة زوجها إلى القاضي ، وجحد الزوج نكاحها ، حلفه القاضي . فإذا حلف ، يقول : فَوَقَّتْ بَيْنَكُمَا . هكذا روى خلف بن أيوب عن أبي يوسف رحمته تعالى . وقيل : يقول القاضي للزوج : إن كانت امرأتك ، فهي طالق . فيقول الزوج : نعم . كذا في السراج الوهاج .

ثم على قول أبي حنيفة رحمته تعالى إذا كان يجري الاستحلاف في النكاح ، لو كانت دعوى النكاح من المرأة ، وقالت المرأة للقاضي : لا يمكنني أن أتزوج ؛ لأن هذا زوجي ، وقد أنكر النكاح ، فَمُرَّه لِيَطْلُقَنِي لِأَتَزُوجَ . لا يمكنه أن يطلقها ، لأن بالطلاق يصير مقراً بالنكاح ، ماذا يصنع القاضي ؟

ذكر فخر الإسلام علي البيهقي يقول للزوج : قل لها : إن كنتِ امرأتِي ، فأنت طالق ، كذا في المحيط . وإن كانت الدعوى من الزوج وقال : أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعا سواها ، فإن القاضي ، لا يمكنه من ذلك ، لأنه أقر لهذه المرأة أنها امرأته فيقول له : إن كنت تريد ذلك ، فطلق هذه ، ثم تزوج أختها أو أربعا سواها . هذا في البدائع .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٤٦/٦) : « وإذا ادعى رجل أنه نكح امرأة ، لم أقبل دعواه حتى يقول : نكحْتُهَا بُولِي وشاهدين عدلين ورضاها . فإذا قال هذا ، وأنكرت المرأة ، أحلفناها . فإن حلفت ، لم أقض له بها . وإن نكلت ، لم أقض له بها بالنكول حتى يحلف . فإذا حلف ، قضيتُ له بأنها زوجته . »

وجاء فيه أيضاً (٢٥٥/٦) : « وإذا ادعى الرجل على المرأة أنه تزوجها بولي وشهود ورضاها ، أحلفت . فإن حلفت ، لم أثبت عليها النكاح . وإن نكلت ، رددنا عليه اليمين . فإن حلف ، ثبت النكاح . وإن لم يحلف ، لم يثبت . وكذلك لو كانت هي المدعية للنكاح عليه ، لم أحلفها حتى تزعم أن العقد كان صحيحاً برضاها وشاهدي عدل وولي . فإن زعم أن العقد ناقص من ذا ، لم أحلفها ، وذلك أنهما لو عقدا هذا ناقضاً ، فسختُ النكاح ، =

= فلا أُخْلِفها على أمرٍ لو كان فسخته ، وكذلك هو في جميع هذا .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشني على مختصر خليل (٢٤٩/٣) : إذا تنازعا في الزوجية أي : إذا تنازعا في أصل الزوجية ، فادعاها أحدهما ، وأنكرها الآخر ، ثبتت بيينة .
(ص) ثبتت بيينة ولو بالسماح بالدف والدخان (ش) يعني أنه : إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته ، وأنكرت . أو ادعت امرأة على رجل أنه زوجها ، وأنكر . فإن أقام المدعي منهما بيينة تشهد له على النكاح بينهما ، فإن النكاح يثبت ، وسواء شهد على معاينة العقد ، ولا خلاف في هذا ، أو على السماع الفاشي بالنكاح بينهما بالدف والدخان من الثقات وغيرهم على المشهور المعمول به . قاله المتنبطي .
(ص) وإلا فلا يمين (ش) أي : وإن لم تُقَمْ للمدعي بيينة ، فلا يمين له على المنكر ؛ لأن كل دعوى لا تثبت إلا بديلين ، فلا يمين بمجرد ادعاء ، ولعدم ثمرتها لو توجهت ، لأنها لا تنقلب إذا نكل عنها ؛ إذ لا يقضى يمين المدعي مع نكول الآخر .

(ص) ولو أقام المدعي شاهداً (ش) هذا مبالغة في عدم اليمين . والمعنى : أن المدعي للنكاح إذا أقام شاهداً على صحة دعواه ، فإن اليمين لا تتوجه على المنكر ؛ إذ لا ثمرة لتوجهها عليه ، إذ لو قيل : إنها تتوجه عليه فنكل عنها ، لم يُقَضَّ بالشاهد والنكول ، أي : لا يثبت النكاح بذلك .

قول الحنابلة : جاء في المغني ٢٤١/١٠ - ٢٤٣ : (ومن ادعى زوجية امرأة ، فأنكرته ، ولم تكن له بيينة ، فُوقَى بينهما ، ولم يُخْلَف) وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ، ذكره القاضي . وهو قول أبي حنيفة . ويتخرج أن يستحلف في كل حق لآدمي ، وهو قول الشافعي وابن المنذر ، ونحوه قول أبي يوسف ومحمد ، لقول النبي ﷺ : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . ولأنه حق لآدمي ، فيستحلف فيه كالمال . ثم اختلفوا : فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف في النكاح ، فإن نكل أزم النكاح . وقال الشافعي : إن نكل ، رُذِّبَت اليمين على الزوج فحلف ، وثبت النكاح .

ولنا : أن هذا مما لا يحل بذله ، فلم يستحلف فيه كالحذ . يحقق هذا : أن الأبضاع مما يحتاط فيها ، فلا يُباح بالنكول ، ولا به وييمين المدعي كالحذود ، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية ، إنما هو سكوت مجرد . يحتمل أن يكون لحوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم ، ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يُقَضَى به فيما يحتاط له . وييمين المدعي إنما هي قول نفسه ، لا ينبغي أن يُغَطَّى بها أمراً فيه خطر عظيم واثم كبير ، ويُمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه . وأما الحديث : فإنما تناول الأموال والدماء ، فلا يدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود ، والنكاح في معناه . بل النكاح أولى ؛ لأنه لا يكاد يخلو من شهود ، لكون الشهادة شرطاً في انعقاده أو من اشتهاؤه ، فيشهد فيه بالاستفاضة ، والحدود بخلاف ذلك .

إذا ثبت هذا ، فإنه يفرق بينهما ، ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها . وإن قلنا : إنها تُخْلَف على الاحتمال الآخر ، فنكلت ، لم يُقَضَّ بالنكول ، وتحمس في أحد الوجهين ، حتى تُقَرَّ أو تحلف ، وفي الآخر : يُخْلَى سبيلها . وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع ، لتقر إن كان المدعي محقاً ، أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلاً . وإذا ادعى رجل نكاح امرأة ، احتاج إلى ذكر شرائط النكاح ، فيقول : تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاعا . إن كانت ممن يعتبر رضاعها . وهذا منصوص الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحتاج إلى ذكر شرائطه ؛ لأنه نوع ملك ، فأشبهه ملك العبد .

٩٦٠ - اعلم أنه إذا ادعى شخص على آخر شيئاً ، فالمدعى عليه : إما أن يقر ، أو ينكر . فإن أقر ، لزمته دعوى صاحبه . وإن أنكر ، يطالب المدعي بإثبات دعواه . فإن أثبتتها لزمته المدعى عليه ، وإن عجز وطلب تحليف المدعى عليه ، فله ذلك . وعندما تتوجه اليمين عليه : فإما أن يحلف ، أو يمتنع عن اليمين . فإن حلف سقطت الدعوى ، وإن امتنع لزمه المدعى . هذا هو السير في كل دعوى يقطع النظر عن موضوعها ، فتدخل دعوى الزوجية تحت هذا السير .

٩٦١ - فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته : فإما أن تقر - أي : تصدقه - في دعواه ، أو تنكر - أي : تكذبه - في هذه الدعوى . فإن صدقته ، لزمها الزواج . وإن كذبت ، يطالب بإثبات دعواه . فإن أثبتها بأن أقام بينة تشهد له كما يدعي ، ثبتت دعواه ، ولزمها الزواج أيضاً . وإن عجز عن إقامة البينة ، وطلب يمينها على نفي دعواه ، فله ذلك . فإن حلفت سقطت الدعوى ، وإن امتنعت عن اليمين ، لزمها ما يدعي به ؛ لأن امتناعها عن اليمين دليل على أنه محق في دعواه .

٩٦٢ - ومثله : ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه زوجها ، فتتبع هذه الإجراءات بلا فرق ؛ إذ لا فرق بين أن يكون المدعي رجلاً أو امرأة .

٩٦٣ - ويشترط في البينة أن تكون من الرجال ، أو منهم ومن النساء ، لا من النساء فقط ، فيجوز أن تكون : رجلين ، أو رجلاً وامرأتين . ولا يجوز أن تكون : أربع نسوة .

وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها ، وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها ، شُيعت دعواها بغير خلاف نعلمه ، لأنها تدعي حقاً لها تضيفه إلى سببه ، فتسمع دعواها . كما لو ادعت ملكاً أضافته إلى الشراء . وإن أفردت دعوى النكاح ، فقال القاضي : تسمع دعواها أيضاً ؛ لأنه سبب لحقوق لها ، فتسمع دعواها فيه كالبيع . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر : لا تسمع دعواها فيه لأن النكاح حق للزوج عليها ، فلا تسمع دعواها حقاً لغيرها .

فإن قلنا بالأول ، سئل الزوج . فإن أنكروا ولم تكن بينة ، فالقول قوله من غير يمين ؛ لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها ، فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى . ويحتمل أن يستحلف ؛ لأن دعواها إما شُيعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين . وإن قامت البينة بالنكاح ، ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها . وأما إباحتها له ، فتنبني على باطن الأمر . فإن علم أنها زوجته ، حلت له ؛ لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ، ولا نوى به الطلاق . وإن علم أنها ليست امرأته ، إما لعدم العقد أو لبينونها منه ، لم تحل له . وهل يُمكنُ منها في الظاهر ، يحتمل وجهين ، أحدهما : يُمكنُ منها ؛ لأن الحاكم قد حكم بالزوجية . والثاني : لا يُمكنُ منها ، لإقراره على نفسه بتحريمها عليه ، فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه ، كما لو تزوج امرأة ، ثم قال : هي أختي من الرضاة .

فإذا ثبت هذا ، فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من : الكشف عن سبب النكاح ، وشرائط العقد . ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا .

٩٦٤ - ولا بد من العدالة في الشهود ، فلو فاسقين لم تقبل شهادتهما .

(مادة ١٤٦)

لَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ بِشَهَادَةِ ابْنِي الزَّوْجِيْنَ لِيْنِ ادْعَاهُ مِنْهُمَا ، وَكَذَا لَوْ كَانَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ ابْنًا لِلزَّوْجِ وَالْآخَرُ ابْنًا لِلزَّوْجَةِ .

فَإِنْ كَانَ ابْنِي الزَّوْجِ وَحْدَهُ أَوْ ابْنِي الزَّوْجَةِ وَحْدَهَا ، فَادْعَى أَحَدَهُمَا النِّكَاحَ وَأَنْكَرَهُ الْآخَرُ ، تَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى أَصْلِهِمَا إِذَا اسْتَشْهَدَ بِهِمَا الْآخَرُ ^(١) .

• • •

٩٦٥ - ولا يكفي في الشاهدين هنا بالعدالة فقط ، بل لابد من كل الشروط التي تشترط في الشاهد عند الأداء . ومن الشروط اللازمة : ألا يكون الشاهد ابناً للمشهدود له ؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة للتهمة ، وشهادته عليه مقبولة لفيها . ومثل الفرع الأصل ، فإذا تزوج رجل امرأة ، ورزق منها أولاداً ، ثم طلقها وادعى عليها بعد ذلك أنه تزوجها ، وأنكرت ، فأقام ابنه منها شاهدين ، فلا تقبل هذه الشهادة ، فلا يثبت النكاح بها ؛ لأنها شهادة الفرع لأصله ، وهي غير مقبولة للتهمة .

(١) قول الخلفية : جاء في رد المحتار (٢٤/٣) : « لو كانا ابنه وحده ، أو ابنيها وحدها ، فادعى أحدهما النكاح ، وجمده الآخر ، لا تقبل شهادة ابني المدعي له ، بل تقبل عليه . ولو كانا ابنيهما ، لا تقبل شهادتهما للمدعي ، ولا عليه ؛ لأنها لا تخلو عن شهادتهما لأصلهما . وكذا لو كان أحدهما ابنا والآخر ابنه ، لا تقبل أصلاً » . قول الشافعية : جاء في تحفة الحبيب (٣٩٦/٣ ، ٣٩٧) : « وينعقد النكاح بابني الزوجين) صادق بأربع صور : بابني الزوج ، أو ابني الزوجة ، أو ابن الزوج وحده بأن كان من غيرها وابن الزوجة وحدها ، أو ابنيهما معاً (وينعقد بهما النكاح) أي : وينعقد بهما في كل الصور ، لا في الجملة . والمراد : ينعقد بهما في غير هذه الصورة ، بأن يكونا في تزويج أجنبيين . وقال ق ل : قوله : « في الجملة » . أي : في غير نكاحهما ، وأما في خصوص نكاحهما فلا يثبت النكاح بمن ذكر . فلو ادعت عليه زوجية ، وأنكر ، وأقامت ابنيهما أو عدوئهما شهادته عليه بذلك ، لم تقبل شهادتهما ؛ لوجود المانع ، وهو العداوة وشهادة الابن لأمه . وكذا لو ادعى عليها زوجية ، وأنكرت ، وأقام من ذكر ، لم تقبل أيضاً ، لوجود المانع اهـ . والحاصل أن قوله : « في الجملة » . أي : إذا شهدا في نكاح غير ذلك ، فيثبت بما ذكر . وأما إذا شهد للزوج أولاده أو للزوجة أولادها ، فلا يثبت . أما لو شهد على الزوج ابنا ، أو شهد عليها ابناها ، فيثبت » . قول الحنابلة : جاء في المغني (٨/٧) : « وفي انعقاده - أي : النكاح - بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان :

أحدهما : ينعقد . اختاره أبو عبد الله ابن بطة ، لمعوم قوله : « إلا بولي وشاهدي عدل » . ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزواج ، فانعقد بهما نكاحه ، كسائر العدول .

٩٦٦ - وهي وإن كان فيها شهادة الفرع على أصله ؛ لأنها ابناها أيضًا وهي مقبولة ، إلا أن الأول يقدم ؛ لأن القاعدة : أنه إذا اجتمع المانع والمقتضي ، قدم المانع ^(١) .

٩٦٧ - وكذا إذا ادعت المرأة عليه ، وهو ينكر ، وأقامت ابنها منه شاهدين ، فإن هذه الشهادة غير مقبولة ، لما تقدم .

٩٦٨ - ومثله في الحكم ما إذا كان أحد الشاهدين ابناً للزوج والآخر ابناً للزوجة ، بأن تزوج رجل امرأة ، ورزق منها باين ، وتزوجت امرأة رجلاً ورزقت منه باين ، ثم طلقها وانقضت عدتها ، فادعى عليها هذا الرجل أنه تزوجها ، وأنكرت ، فأقام عليها البيينة وهي ابنه من غيرها وابنها من غيره ، فلا يثبت الزواج بهذه الشهادة ؛ لأنه لم يوجد اثنان مقبول شهادتهما ؛ لأن ابنه لا تقبل شهادته له ، فلم يبق إلا شاهد واحد وهو ابنها من غيره ، فلم يتم نصاب الشهادة وهو اثنان ، فلا يثبت الزواج . وكذا إذا كانت هي المدعية وأقامتهما شاهدين لما ذكر .

٩٦٩ - وأما إذا ادعى رجل على امرأة بأنها زوجته وله ابنان من غيرها ، وأنكرت المرأة هذه الدعوى ، أو ادعت امرأة على رجل بأنه زوجها ، ولها ابنان من غيره ، وأنكر دعواها ، فإن أقام ابنه من غيرها بيينة على دعواه ، فلا تسمع هذه البيينة ، فلا يثبت الزواج ؛ لأن شهادة الفرع لأصله غير مقبولة ، وإن استشهد بابنيها من غيره فشهدا له ، قبلت البيينة ، فيثبت الزواج ؛ لأن شهادة الفرع على أصله مقبولة لنفي التهمة .

٩٧٠ - ومثل ما قيل في دعوى الرجل ، يقال في دعوى المرأة .

(مادة ١٤٧)

لَا يُعْتَبَرُ إِقْرَارُ الْوَلِيِّ عَلَى الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ بِالنِّكَاحِ ، إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ الشُّهُودُ عَلَى النِّكَاحِ ، أَوْ يَتَلَعَّ الصَّغِيرُ وَالصَّغِيرَةُ وَيُصَدِّقَانِهِ ^(٢) .

• • •

٩٧١ - واعلم أن الإقرار ، وهو : الإخبار بشيء حصل . حجة قاصرة على نفس المقر ،

= والثاني : لا يتعقد بشهادتهما ؛ لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده .
وينظر شرح المادة (٧) .

(١) قاعدة : أنه إذا اجتمع المانع والمقتضي ، قدم المانع .

(٢) قول الخليفة : جاء في فتح القدير (٢٨٨/٣) : « إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج ، لم يصدق عند أبي حنيفة إلا بيينة ، أو يدرك الصغير فيصدقه . معناه : إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي ، وصدقه =

فلا يتعداه إلى غيره إن تضمن الإقرار ذلك إلا بتصديق منه ، فإن كان الإقرار غير متعد لغير المقر ، لزمه ما أقر به ، كما إذا قال شخص : لفلان عندي عشرون جنيهاً . لزمته إذا صدقه المقر له . وأما إذا قال : لفلان عند فلان كذا . فلا يلزم المقر عليه شيء ، إلا إذا اعترف بذلك ، فيلزمه بناءً على إقراره هو ، لا على إقرار غيره . ولا يختص بالدين ، بل هو عام في كل شيء ؛ إذ الإقرار إخبار ، وهو ما حصل مدلوله في الخارج ، وكان اللفظ حكاية عنه .

٩٧٢ - وحيثيذ يدخل فيه إقرار الولي على الصغير بأنه زوجه فلانة ، أو على الصغيرة بأنه زوجها لفلان . وهذا الإقرار غير نافذ عليهما ، لما علمت من أن إقرار شخص بشيء على آخر لا يلزم ؛ لأنه حجة قاصرة عليه ، فلا يتعداه إلى غيره .

٩٧٣ - فإن أقام الولي بينة على هذه الدعوى ، قبلت ولزم الزواج ؛ لأن البينة حجة متعدية . ومثله ما إذا بلغ الصغير أو الصغيرة وصدق كل منهما الولي في هذا الإقرار ، فإن الزواج الذي أقر به الولي حال صغرهما يثبت ، لتصديقهما له . فإن كذبا بعد البلوغ ، فلا يثبت الزواج . وكذا لو صدق كل منهما حال صغره وأنكره بعد البلوغ ؛ لأن إقرارهما حال الصغر غير معول عليه ، ولينظر هذا الحكم مع قولهم : مَنْ مَلَكَ لإنشاء شيء ، ملك الإقرار به ^(١) . فإن الولي له أن ينشئ زواج الصغير والصغيرة ، فكيف لا يملك الإقرار ، اللهم إلا أن يكون هذا مستثنى من هذه القاعدة .

(مادة ١٤٨)

إِذَا أقرَّ أَحَدٌ لَامْرَأَةٍ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ تَحْتَهُ مَحْرَمٌ لَهَا وَلَا أَرْبَعٌ سِوَاهَا ، وَصَدَّقَتْهُ ،

= الأب . وعندهما : يثبت النكاح بإقراره . قال في المصنف عن أستاذه الشيخ حميد الدين : إن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرهما ، فإن إقراره موقوف إلى بلوغهما ، فإذا بلغا وصدقاه ، ينفذ إقراره ، وإلا يطل . وعندهما : ينفذ في الحال . وقال : إنه أشار إليه في المسبوط . قال : هو الصحيح .
قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢٤١/٧) : « (ويقبل إقرار الولي بالنكاح) على موليته (إن استقل) حالة الإقرار (بالإنشاء) وهو المجرى من أب أو جد أو سيد أو قاضٍ في مجنونته ، وإن لم تصدقه البالغة ؛ لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار به غالباً (وإلا) يستقل به لانقضاء إجباره حالة الإقرار ، كأن ادعى - وهي نيب - أنه زوجها حين كانت بكرًا ، أو لانقضاء كفاءة الزوج (فلا) يقبل لعجزه عن الإنشاء بدون إذنها .
قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٦٣/٦) : « (وإن أقر ولي لميزة عليها بنكاح ، قُبل) إقراره ؛ لأنه يملك إنشاءه ، فملك الإقرار به كالبيع وغيره (وإن كانت) المرأة (غير مميزة وهي مفرة له) أي : للولي (بالإذن قبل أيضًا) لأنه يملك عقد النكاح عليها بمقتضى الإذن ، فملك الإقرار به كالوكيل (وإلا) أي : وإن لم تكن غير المميزة مفرة بالإذن (فلا) يقبل إقرار الولي عليها بالنكاح ؛ لأنه إقرار عليها أشبه الإقرار عليها بمال .
(١) قاعدة : مَنْ مَلَكَ إنشاء شيء ، ملك الإقرار به .

وَكَانَتْ خَالِيَةً عَنْ زَوْجٍ وَعَدَّةٍ ، تَثْبُتُ زَوْجِيَّتُهَا لَهُ بِإِقْرَارِهِ ، وَتَلَزُمُهُ نَفَقَتُهَا ، وَيَتَوَارَثَانِ (١) .

٩٧٤ - والذي يدل على أن الإقرار إخبار عن شيء حصل لا إنشاء شيء في الحال : صحته بالزوجية من غير شهود ؛ لأنه إخبار عن عقد سابق ، ولو كان إنشاءً لما صح الإقرار بها من غير شهود ؛ لأن إنشاء عقد النكاح يشترط لصحته حضور شاهدين كما عرفته في موضعه .

٩٧٥ - فإذا أقر رجل لامرأة أنها زوجته ، سواء كان هذا الإقرار حال صحته أو في حال مرضه ، فإن صدقته ، ثبت الزواج ، ويحمل على أنه عقد عليها قبل هذا التاريخ ، وإقراره بالزوجية إخبار عن هذا العقد . وإن لم تصدقه ، فلا تلزمها الزوجية ، إلا إذا أثبتها .

٩٧٦ - ومتى ثبتت الزوجية ، سواء كان بالتصادق أو بالإثبات ، ثبتت أحكامها ، فيلزمه نفقتها ، وتحرم على أصوله وفروعه ، ويحرم عليه التزوج بأصولها مطلقاً وفروعها إن دخل بها ، وإذا مات أحدهما ورثة الآخر ، إلى غير ذلك من الأحكام .

٩٧٧ - ولا يشترط أن يكون تصديقها له حال حياته ، بل تثبت الزوجية وإن صدقته بعد وفاته بالاتفاق ، لأن حكم النكاح باقٍ في حقها وهي العدة ، فإنها من آثار النكاح ، ولهذا جاز لها غسله ميتاً كما في حال الحياة .

٩٧٨ - ومحل ثبوت الزوجية بالتصادق : إذا لم يكن هناك مانع منها . فإن وجد ، كما إذا كان المقر متزوجاً بمحرم لها ، ك : أختها أو عمتها مثلاً ، أو متزوجاً بأربع سواها ، أو هي مجوسية ، أو متزوجة بغيره ، أو في عدته ، فلا تثبت الزوجية ، لوجود المانع منها .

(١) قول الخفعية : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٢٨/١) : « أقرت المرأة أنه زوجها ، وأقر الرجل أنها امرأته ، يكون ذلك نكاحاً ، ويتضمن إقرارهما بذلك إنشاء النكاح بينهما . بخلاف ما إذا أقرها بعقيد لم يكن ، فإنه كذب محض » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤٨/٧) : « فإن ادعى نكاحها ، فلم تصدقه حتى ماتت ، لم يرثها . وإن مات قبلها ، فاعترفت بما قال ، ورثته ، لكمال الإقرار منهما بتصديقها . وكذلك لو أقرت المرأة دونه ، فمات قبل أن يصدقها ، لم ترثه . وإن ماتت فصدقها ، ورثها » . وجاء في مطالب أولي النهى (٦٧٠/٦) : « وإن أقر رجل أو امرأة بزوجية الآخر (بأن أقر الرجل بأنها زوجته أو أقرت هي بذلك) فسكت (صح ، وورثه بالزوجية ، لقيامها بينهما بالإقرار . أو أقر أحدهما بزوجية الآخر (فجحده ، ثم صدقه ، صح) الإقرار وورثه ، لحصول الإقرار والتصديق . ولا أثر تجوزاً قبل ذلك كالمدعى عليه يجحد ثم يقر » .

(مادة ١٤٩)

إِذَا أَقْرَبَتِ الْمَرْأَةَ فِي حَالِ صِحَّتِهَا أَوْ فِي مَرَضِهَا أَنَّهَا تَزَوَّجَتْ فَلَتَانًا . فَإِنْ صَدَّقَهَا فِي حَيَاتِهَا ، ثَبَّتَ النِّكَاحَ ، وَوَرِّثَهَا . وَإِنْ صَدَّقَهَا بَعْدَ مَوْتِهَا ، فَلَا يَثْبُتُ إِنِّكَاحٌ ، وَلَا يَرِثُهَا (١) .

• • •

٩٧٩ - وإذا أقرت المرأة لرجل بأنها زوجته : فإن صدقتها ، وليس هناك مانع من الزوجية ، ثبتت ، لما تقدم ، سواء كان لإقرارها في حال صحتها ، أو مرضها . ومتى ثبتت الزوجية ، ترتبت أحكامها كما ذكر في المادة السابقة ، ولكن يشترط في ثبوت الزوجية هنا تصديقه لها حال حياتها . فإن صدقتها بعد موتها ، قال الإمام أبو حنيفة : لا تثبت الزوجية . وقال الصحابيان : تثبت ، فترتب أحكامها .

٩٨٠ - واستدل أبو حنيفة : بأنها لما ماتت ، زال النكاح بعلائقه ، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها ، ولا يحل له أن يغسلها ، فبطل إقرارها ، فلا يصح التصديق بعد بطلان الإقرار (٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (١٤٣/١٨) : « ولو أقرت المرأة في صحة أو مرض أنها تزوجت فلاناً بكذا ، ثم جحدته . فإن صدقها الزوج في حياتها ، يثبت النكاح ؛ لأن جحودها بعد الإقرار باطل . وإن صدقها بعد موتها ، لم يثبت النكاح في قول أبي حنيفة رحمه الله ، ولا ميراث للزوج منها . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يثبت النكاح اعتباراً لجانها بجانبه ، بعله أن النكاح ينتهي بالموت ، فإنه يُفَقَدُ للعمر ، فمضي المدة يُنْهِيهِ ، ولهذا يستحق المهر والميراث . وإن لم يوجد الدخول والمنتهي منقر في نفسه ، فيصح التصديق في حال تقرر المقر به كما يصح قبل تفرره . وأبو حنيفة يظن أنه فرق بينهما ، وأشار إلى الفرق في الكتاب ، فقال : لأن الفراش له عليها لا لها . »

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧١) : ١ - النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم .

٢ - يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المعاشرة بالمعروف : المادة (٣٩) : على الزوج أن يحسن معايشة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٧) - المحقوق المشتركة بين الزوجين هي :

أ - حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه الشرعي .

ب - إحصان كل منهما الآخر . ج - المساكنة الشرعية .

د - حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والرحمة والمودة والمحافظة على خير الأسرة .

هـ - العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة .

و - احترام كل منهما لأبوي الزوج الآخر وأهله .

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الثاني : فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه

الباب الأول

فيما يجب على الزوج من

حسن المعاملة للزوجة

(مادة ١٥٠)

يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَتِمَّ بِرُؤْيَا زَوْجَتِهِ بِالْمَعْرُوفِ ، وَيُحْسِنَ عِشْرَتَهَا ، وَيَقْرَمَ بِنَفَقَتِهَا ، وَهِيَ تَشْمَلُ : الطَّعَامَ ، وَالْكِسْوَةَ ، وَالسَّكْنَى (١) .

• • •

(١) قول الخنفة: جاء في أحكام القرآن للحصاص (١٥٧/٢) : « وقوله تعالى : ﴿ وَعَايِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . أمر للأزواج بعشرة نساتهم بالمعروف . ومن المعروف : أن يوفيهما حقها من المهر ، والنفقة ، والقسم ، وترك أذاها بالكلام الغليظ ، والإعراض عنها ، والميل إلى غيرها ، وترك العيوس والقطوب في وجهها بغير ذنب ، وما جرى مجرى ذلك . وهو نظير قوله تعالى : ﴿ فَإِنْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَرْبِيحٍ بِإِسْتِحْسَانٍ ﴾ .

وجاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٤١٣/١) : « والنفقة الواجبة : المأكل ، والملبس ، والمسكن » . قول الشافعية : جاء في الأم (١١٤/٥) : « وأقل ما يجب في أمره بالعشرة بالمعروف أن يؤدي الزوج إلى زوجته ما فرض الله لها عليه من نفقة وكسوة ، وترك ميل ظاهر فإنه يقول جل وعز : ﴿ فَلَا تَبْسِلُوهَا كَلِمَةً كَلِمَةً ﴾ .

وجاء فيه أيضاً (٩٤/٥) : « وفي قول الله تبارك وتعالى في النساء : ﴿ ذَلِكُمْ أَنَّهُ لَا تَمْلَأُونَ مِنْهَا ﴾ . بيان أن على الزوج ما لا غنى بامرأته عنه من نفقة وكسوة وسكنى . قال : وخدمة في الحال التي لا تقدر على أن تنحرف لما لا صلاح لبدنها إلا به من الزمانة والمرض ، فكل هذا لازم للزوج » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢١٢/٧ ، ٢١٣) : « ومن حسن الخلق : مجاملة الزوجة والأهل ، ومعاشرتهم ، والتوسعة عليهم . قال مالك : ينبغي للرجل أن يحسن إلى أهل داره ، حتى يكون أحب الناس إليهم . قال في المختصر : وهو في سعة من أن يأكل من طعام لا يأكل منه عياله ، ويلبس ثيابا لا يكسوهم مثلها ، ولكن يكسوهم ويطعمهم منه ، وأكره أن يسأل الرجل عما أدخل داره من الطعام . ولا ينبغي أن يفاحش المرأة ، ولا يكثر مراجعتها ، ولا ترداها . والأصل في ذلك ما روى مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « المرأة كالضلع إن أقمته كسرتها ، وإن استمتعت بها استمتعت بها وبها عوج » . وروى أبو حازم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « استوصوا بالنساء خيراً ، فإنهن خلقن من ضلع ، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه ، فإن ذهبت تقيمه كسرته ، وإن تركته لم يزل أعوج ، فاستوصوا بالنساء خيراً » .

وجاء في التاج والإكليل (٥٤١/٥ ، ٥٤٢) : « ابن شاس : واجبات النفقة ستة : الطعام ، والإدام ، والحادام ، والكسوة ، وآلة التنظيف ، والسكنى . ومن المدونة : لا حد لنفقتها ، هي على قدر عسره ويسره . وفيها أيضاً : وجوب الإسكان كالنفقة وحال السكنى قدرًا وصفةً ومكانًا باعتبار حال الزوجين » .

- ٩٨١ - اعلم أن في الزواج انتظام المصالح الدينية والدنيوية، فهو يحصن الزوجين ويسترهما عما يشينهما ، وبكفيك دليلاً على هذا قوله تعالى : ﴿ هُنَّ لِيَكُنَّ لَكُمْ وَانْتُمْ لِيَكُنَّ لَهُنَّ ﴾ (١) . فجعل كلاً منهما كاللباس لصاحبه في الستر، ولا تنهياً تلك المصالح إلا بالقيام بمصالح البدن ، وهي تتعلق بداخل البيت وخارجه ، فكل منهما يقوم بواحد . وفيه انضمام المذكر إلى المؤنث غاية الانضمام ، قال الله تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ (٢) .
- ٩٨٢ - ولا بقاء لهذا العقد إلا بالانثام ، ولا الثام إلا بحسن العشرة ، فحينئذ يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَايِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٣) . فيحسن إليها قولاً وفعلاً وخُلُقاً ، ويقوم بجميع لوازمها على الوجه الشرعي ، فينق عليها بقدر طاقته حتى لا يحوجها إلى ارتكاب ما لا تحمد عقباه من الأمور الذميمة .
- ٩٨٣ - وليس حسن العشرة خاصاً بالزوج ، بل يجب على الزوجة أيضاً ، فكل يقوم بما تفرضه عليه حقوق الزوجية . ومتى قام كل منهما بما يلزمه ، انتظمت مصالحهما ، وحسنت حالهما ، وأفاد الزواج فائدته .

(مادة ١٥١)

يَجِبُ قَضَاءُ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُؤَاقِعَ زَوْجَتَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً فِي مُدَّةِ الزَّوْجِيَّةِ .

٩٨٤ - فإذا كان الرجل متزوجاً بواحدة فقط ، وهو الأحسن إن خاف عدم العدل ،

- = قول الخاتبة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٤٠/٣) : « والعشرة (ما يكون بين الزوجين من الألفة والانضمام بلزم كلا) من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف ، وألا يطله بحقه ولا ينكره لبذله) أي : ما عليه من حق الآخر ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَايِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وَكُنَّ يَشُلُّنَّ الْآزْيَةَ عُنَيْتَيْنِ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . قال أبو زيد : تتقن الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيكم . وقال ابن عباس : إنني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي ، لقوله تعالى : ﴿ وَكُنَّ يَشُلُّنَّ الْآزْيَةَ عُنَيْتَيْنِ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ويستحب لكل منهما تحسين الخلق لصاحبه ، والرفق به ، واحتمال أذاه . وفي حديث : « استوصوا بالنساء خيراً ، فإنهن عوانٍ عندكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله » رواه مسلم .
- وجاء في الفروع (٥٧٧/٥) : « يلزم الزوج نفقة زوجته وكسوتها وسكنائها بما يصلح لملئها بالمعروف ، ويعتبر ذلك الحاكم عند التنازع بحالهما » .
- (١) البقرة : ١٨٧ .
- (٢) الروم : ٢١ .
- (٣) النساء : ١٩ .

لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَمْلِكُوا فُرُجَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ آذَنٌ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ (١) .
 يعني : أن الاقتصار على الواحدة والملوكات أقرب إلى ألا تعولوا ، أي : تجوروا .
 فالعول معناه : الجور . يقال عال الميزان : إذا مال . وعال الحاكم : إذا جار . وجب عليه
 حسن عشرتها كما تقدم في المادة السابقة ، حتى لو امتنع من ذلك ، ورفعت أمرها إلى
 القاضي ، حكم عليه به . وبعضهم يقول : لا حق للزوجة في الوقاع مدة الزوجية ، إلا
 مرة واحدة ، وأما الزيادة عليها فليست بواجبة في القضاء ، بل يؤمر بها ديانة ، أي :
 فيما بينه وبين الله تعالى . وبعضهم يقول : تجب عليه الزيادة في القضاء أيضًا ، دفعًا
 للضرر عنها ، ولتأتي بالأولاد التي هي أهم مقاصد عقد الزواج ، فيحكم عليه القاضي
 بوقوعها أحيانًا . وهذا هو الظاهر .

(مادة ١٥٢)

إِذَا تَعَدَّدَتِ الزُّوجَاتُ ، وَكُنَّ أَحْرَارًا كُلَّهُنَّ ، يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَغْدِلَ بَيْنَهُنَّ فِيمَا يَقْدِرُ
 عَلَيْهِ مِنْ : التَّشْوِيَةِ فِي النِّسْبَةِ لِلْمُؤَانَسَةِ ، وَعَدَمِ الْجَوْرِ فِي التَّقْفَةِ (٢) .

(١) النساء : ٣ .

(٢) قول الخنفي : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٢/٢ ، ٣٣٣) : « الرجل لا يخلو : إما أن يكون له أكثر من
 امرأة واحدة ، وإما إن كانت له امرأة واحدة . فإن كان له أكثر من امرأة ، فعليه العدل بينهن في حقوقهن من
 القسم والنفقة والكسوة ، وهو التسوية بينهن في ذلك ، حتى لو كانت تحته امرأتان حرتان أو أمتان يجب عليه
 أن يعدل بينهما في المأكول والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة . والأصل فيه قوله عز وجل : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ
 أَلَّا تَمْلِكُوا فُرُجَةً ﴾ عقيب قوله تعالى : ﴿ فَأَنْكِحُوا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنْ وَكَلْتُمْ وَرَبِّكُمْ ﴾ . أي : إن خفتم ألا
 تعدلوا في القسم والنفقة في نكاح المثني والثلاث والرابع ، فواحدة . ندب ﷺ إلى نكاح الواحدة عند خوف
 ترك العدل في الزيادة ، وإنما يُخَافُ على ترك الواجب ، فدل أن العدل بينهن في القسم والنفقة واجب ، وإليه
 أشار في آخر الآية بقوله : ﴿ ذَلِكَ آذَنٌ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ أي : تجوروا ، والجور حرام ، فكان العدل واجبًا ضرورةً .
 ولأن العدل مأمور به لقوله عز وجل : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ على العموم والإطلاق إلا ما حُصِّنَ أو
 قَيِّدَ بدليل . وروي عن أبي قلابة أن النبي ﷺ كان يعدل بين نسائه في القسمة ، ويقول : « اللهم هذه
 قسمتي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك أنت ولا أملك » . وعن أبي هريرة ؓ عن رسول الله ﷺ أنه قال :
 « من كان له امرأتان ، فمال إلى إحداهما دون الأخرى ، جاء يوم القيامة وشقه مائل » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٤١٣) : « (يختص القسمة) أي : وجوبه (بزوجات) أي : بنتين
 منهن فأكثر ، ولو كن غير حرائر ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَمْلِكُوا فُرُجَةً ﴾ . أي : في القسمة الواجب
 ﴿ فُرُجَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ . »

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٣/٣٥٣) : « الإيثار يكون على أربعة أضرب :

٩٨٥ - فإن تعددت الزوجات ، وكن كلهن أحراراً أو إماء ، وجب عليه أن يعدل بينهن فيما يقدر عليه من المأكل والملبوس والسكنى والبيتوتة إذا كن في درجة واحدة من الغنى والفقر بالنسبة للنفقة . فإن اختلفن في ذلك ، فمن يقول : إن النفقة معتبرة بحال الزوج . كان الحكم كذلك عنده ، ومن يقول : بأنها واجبة حسب حالهما . فلا يلزمه بالتسوية بينهن في النفقة ، لزيادة نفقه الغنية على نفقه المتوسطة والفقيرة .

= أحدهما : الإيثار يكون بمعنى المحبة لإحداهما والميل إليها . فهذا الضرب لا يملك أحد دفعه ، ولا الامتناع منه ، وإنما الإنسان مضطر إلى ما يجبل عليه منه .

والضرب الثاني : إيثار إحدى الزوجتين على الأخرى في سعة الإنفاق عليها والكسوة وسعة المسكن ، ولكن ذلك بحسب ما تستحقه كل واحدة منهما ؛ لأن لكل واحدة منهما نفقة مثلها ومؤنة مثلها ومسكن مثلها على قدر شرفها وجمالها وشبابها وسماحتها . فهذا الإيثار واجب ، ليس للأخرى الاعتراض فيه ، ولا للزوج الامتناع منه ، ولو امتنع الحكم به عليه .

والضرب الثالث من الإيثار : أن يعطي كل واحدة منهما من النفقة والكسوة والمؤنة ما يجب لها ، ثم يؤثر إحداهما بأن يكسوها الخبز والحرير والحلي . ففي العتبية ومن رواية ابن القاسم عن مالك : أن ذلك له ، فهذا الضرب من الإيثار ليس لمن وُقِّتَ حقها أن تمنع الزيادة لضررتها لا يجبر عليه الزوج ، وإنما له فعله إذا شاء . والضرب الرابع : أن يؤثر إحدى الزوجتين بنفسه ، مثل أن يبيت عند إحداهما ولا يبيت عند الأخرى ، أو يكون مبيتة عند إحداهما أكثر ، أو يجامعها ويجلس عندها في يوم الأخرى ، أو ينقص إحداهما من نفقة مثلها ويزيد الأخرى ، أو يُجْري عليها ما يجب لها . فهذا الضرب من الإيثار لا يجبل للزوج فعله إلا بإذن المؤثر لها . فإن فعله ، كان لها الاعتراض فيه ، والاستعداد عليه . قال الله تعالى : ﴿ فَكَأَيِّسَلُوا كَيْلَ الْكَيْبَلِ ﴾ . وإن أذنت له في ذلك ، فهو جائز ، وقد وهبت سؤدة بنت زئمة يومها لعائشة تبني بذلك رضا النبي ﷺ ، فكان يقسم بذلك لعائشة يومين . وفي المزنية عن عيسى : أنه يقع في نفسي أن الإيثار المذكور في هذا الحديث هو في القسم لها من نفسه في المبيت ، وما يجب عليه العدل فيه بين نسائه ؛ لأن الأثرة في غير ذلك جائزة فيما يريد أن يؤثر به من ماله بعد الذي يعدل بينهن في المبيت وما لا بد له من النفقة على قدرها وقدر عياله عندها . قول الحنابلة : جاء في المغني ٢٢٩/٧ ، ٢٣٠ : « لا نعلم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافاً . وقد قال الله تعالى : ﴿ وَعَايِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وليس مع الميل معروف . وقال الله تعالى : ﴿ فَكَأَيِّسَلُوا كَيْلَ الْكَيْبَلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمَلَكَةِ ﴾ . وروى أبو هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من كانت له امرأتان ، فمال إلى إحداهما ، جاء يوم القيامة وشقه مائل » . وعن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يقسم بيننا فيعدل ، ثم يقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلقيني فيما لا أملك » . رواها أبو داود . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يتندى بواحدة منهن إلا بقرة ؛ لأن البداء بها تفضيل لها ، والتسوية واجبة ، ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن ، فوجب المصير إلى القرعة ، كما لو أراد السفر بإحداهن . فإن كانتا اثنتين ، كفاه قرعة واحدة ، ويصير في الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة ؛ لأن حقها معين . وإن كُنَّ ثلاثاً ، أقرع في الليلة الثانية للبداء بإحدى الباقيتين . وإن كُنَّ أربعاً ، أقرع في الليلة الثالثة ، ويصير في الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة . ولو أقرع في الليلة الأولى ، فجعل سهماً للأولى وسهماً للثانية وسهماً للثالثة وسهماً للرابعة ، ثم أخرجها عليهن مرة واحدة ، جاز ، وكان لكل واحدة ما خرج لها .

٩٨٦ - أما الشيء الذي لا يقدر عليه ، فلا تجب عليه التسوية فيه ، لكونه غير مقدر له ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل بين نسائه ، ويقول : « اللَّهُمَّ إِنَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمَلْتُ ، فَلَا تَلْمَنِي فِيمَا تَمَلَّكَ وَمَا لَا أَمَلْتُ » . يعني : القلب ^(١) ، أي : زيادة المحبة . وإنما وجب القسم بينهن ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاجِدَةٌ ﴾ ^(٢) . فإنه أمر بالاعتصام على الواحدة عند خوف الجور ، فيعلم بإيجاب العدل عند تعددهن ، حملاً للأمر على الوجوب ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « من كان له امرأتان ، فمالأ إلى إحداهما ، جاء يوم القيامة وشقه مائل » ^(٣) . أي : مفلوج .

٩٨٧ - فإن كان بعضهن أحراراً والبعض إماء ، كان للحره الثلثان من القسم في البيوتة وللأمة الثلث ، لما روي عن سيدنا علي كرم الله وجهه أنه قال : للحره الثلثان ، وللأمة الثلث ^(٤) ^(٥) .

(مادة ١٥٢)

الْبُكْرُ وَالْتَيْبُ وَالْحَدِيدَةُ وَالْقَدِيمَةُ وَالْمَسْلُومَةُ وَالْكِتَابِيَّةُ سَوَاءٌ فِي وُجُوبِ الْعَدْلِ وَالْتَشْوِيَةِ ، فَلَا تَتَمَيَّزُ إِخْدَاهُنَّ عَنِ الْأُخْرَى .

(١) سنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في القسم بين النساء / ٢١٣٤) .

(٢) النساء : ٣ .

(٣) سنن النسائي (كتاب : عشرة النساء / باب : ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض / ٣٩٤٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في القسم بين النساء / ٢١٣٣) .

(٤) بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) .

(٥) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦٨) : عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : منع إسكان الضرائر في دار واحدة :

المادة (٤٠) : على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة ، وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٨) - حقوق الزوجة على زوجها هي :
أ - النفقة الشرعية .

ب - السماح لها بزيادة أبنائها ومحارمها واسترارهم بالمعروف .

ج - الاحتفاظ باسمها العائلي .

د - عدم التعرض لأموالها الخاصة فلها التصرف فيها بكل حرية .

هـ - عدم الإضرار بها مادياً أو معنوياً .

و - العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة .

وَلَا فَرْقَ فِي الْقِسْمِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ صَحِيحَةً أَوْ مَرِيضَةً أَوْ حَائِضًا أَوْ نَفْسَاءً أَوْ رَتْقَاءً أَوْ قَرْنَاءً ، فَلَا يَقْبَلُ عَدْرُ الرُّوْحِ إِنْ قَصَرَ فِي الْعَدْلِ مُغْتَدِرًا بِمَرَضِ الْمَرْأَةِ أَوْ حَيْضِهَا أَوْ نَفْسَائِهَا أَوْ بَعْثٍ فِي أَعْضَائِهَا تَنَاسُلِهَا ^(١) .

٩٨٨ - وبما أن الغرض من الإقامة عند كل واحدة منهن والمعاشرة معها ، لتأنس به وتندفع عنها الوحشة ، فلا فرق بين زوجة وأخرى ، بل الكل سواء ، فتستوي فيه البكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتانية ، فلا تمييز لإحداهن على الأخرى . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يقيم عند البكر الجديدة سبقاً ، وعند الثيب

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٤٠/١) : « فيسوي بين الجديدة والقديمة ، والبكر والثيب ، والصحيحة والمریضة ، والرتقاء والمجنونة التي لا يخاف منها ، والحائض والنفساء ، والحامل والحائض ، والصغيرة التي يمكن وطؤها ، والمحرمة والمولى منها والمظاهر منها ، كذا في التبيين . وكذا بين المسلمة والكتانية ، كذا في السراج الوهاج » .

قول الشافعية : جاء في حاشية البيهقي على الخطيب (٤٦٢/٣ ، ٤٦٣) : « (والتسوية في القسم) في المبيت (بين) الزوجين (و) الرتقاء (والزوجات) الحرائر (واجبة) على الزوج ، ولو قام بهما أو بهن عذر كمرض وحيض ورتق وقرن وإحرام ، لأن المقصود الأُنس لا الوطء . ولا تجب التسوية بينهما أو بينهما في التمتع بوطء وغيره ، لكنها تسن . وخرج بقولنا : « الحرائر » ما لو كان تحت حرة وأمة ، فللحرة ليلتان وللأمة ليلة لحديث فيه مرسل . وإذا قام بالزوجة نشوز ، وإن لم يحصل به إثم كمجنونة ، بأن خرجت عن طاعة زوجها ، كأن خرجت من مسكنه بغير إذنه ، أو لم تفتح له الباب ليدخل ، أو لم تمكنه من نفسها لا تستحق قسماً ، كما لا تستحق نفقة » . قول المالكية : جاء في المدونة (١٩١/٢ ، ١٩٢) : « قلت : أرأيت القسم بين الأحرار المسلمات والإماء المسلمات وأهل الكتاب سواء قول مالك ، قال : نعم .

قلت : ويقسم العبد بين الأمة والحرة والذمية من نفسه بالسوية في قول مالك ، قال : نعم . قلت : أرأيت الصغيرة التي قد جموعت والكبيرة والبالغة ، أليكون القسم بينهما سواء في قول مالك ، قال : نعم . قلت : أرأيت من كانت تحت رتقاء أو من بها داء لا يقدر على جماعها مع ذلك الداء ، وعنده أخرى صحيحة ، أليكون القسم بينهما سواء في قول مالك ، قال : قال مالك في الحائض والمریضة التي لا يقدر على جماعها أنه يقسم لها ولا يدع يومها وكذلك مسائلك .

قلت : أرأيت المجنونة والصحيحة في قول مالك في القسم بينهما سواء ، قال : نعم سواء » . قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣٠/٧) : « ويقسم للمريضة ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والمحرمة ، والصغيرة الممكن وطؤها ، وكلهن سواء في القسم . وبذلك قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وكذلك التي ظاهر منها ، لأن القصد الإيواء والسكن والأُنس ، وهو حاصل لهن . وأما المجنونة ، فإن كانت لا يخاف منها ، فهي كالصحيحة ، وإن خاف منها ، فلا قسم لها ؛ لأنه لا يأمنها على نفسه ، ولا يحصل لها أنس ولا بها » .

الجديدة ثلاثاً ، ولا يحتسب عليها ذلك ، لما روى عن أنس ^(١) أنه قال : سمعت النبي ﷺ يقول : « للبكر سبع ، وللثيب ثلاث ، ثم يعود إلى أهله » ^(٢) . وروى أبو قلابة ^(٣) عن أنس أنه قال : من السنة إذا تزوج بكراً أقام عندها سبعمائة ، وإذا تزوج ثيباً أقام عندها ثلاثاً ، ثم قسم ^(٤) . ولأنها لم تألف صحبة زوجها ، فربما يحصل لها في أول الأمر نفرة ، فيكون في الزيادة إزالتها .

(١) هو : أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد ابن حرام بن جندب بن عامر بن غنم بن عدى بن النجار ، واسمه تيم الله بن ثعلبة بن عمرو ابن الخزرج بن حارثة الأنصاري الخزرجي النجاري من بني عدى ابن النجار خادم رسول الله ﷺ كان يتسمى به ويفتخر بذلك وكان يجتمع هو وأم عبد المطلب جدة النبي ﷺ واسمها سلمى بنت عمرو بن زيد بن أسد ابن خدش بن عامر في عامر بن غنم ، وكان يكنى أبا حمزة كناه النبي ﷺ ببقلة كان يحتجها وأمّه أم سليم بنت ملحان ويرد نسبها عند اسمها وكان يخضب بالصفرة وقيل بالحناء وقيل بالورس ، وكان يخلق ذراعيه بخلوق للعبة يباض كانت به ، وكانت له ذؤابة فأراد أن يجزها فنهته أمه وقالت كان النبي ﷺ يدها ويأخذ بها وداعبه النبي ﷺ فقال له : « يا ذا الأذنين » قال محمد بن عبد الله : خرج أنس مع رسول الله ﷺ إلى بدر وهو غلام يخدمه وكان عمره لما قدم النبي ﷺ المدينة مهاجراً عشر سنين وقيل : تسع سنين وقيل : ثمانى .

واختلف في وقت وفاته وبلغ عمره فقيل توفي سنة إحدى وتسعين ، وقيل : سنة اثنتين وتسعين ، وقيل : سنة ثلاث وتسعين ، وقيل : سنة تسعين ، قيل : كان عمره مائة سنة وثلاث سنين وقيل : مائة سنة وعشر سنين وقيل : مائة سنة وسبع سنين وقيل : بضع وتسعون سنة ودفن هناك على فرسخين من البصرة وصلى عليه قطن بن مدرك الكلبي .
انظر : أسد الغابة - ابن الأثير (ج ١ ص ١٢٧) :

(٢) ينظر : وصحيح مسلم (كتاب : الرضاع / باب : قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها / ١٤٦٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : الإقامة على البكر والثيب / ١٩١٦) .

(٣) هو : أبو قلابة عبد الله بن زيد بن عمرو أو عامر بن نائل بن مالك ، الإمام ، شيخ الإسلام ، أبو قلابة الحارثي البصري ، وجرم بطن من الحاف بن قضاة ، قدم الشام وانقطع بدارها ، ما علمت متى ولد . حدث عن ثابت بن الضحاك في الكتب كلها ، وعن أنس كذلك ، ومالك بن الحويرث وعن خلق سواهم . وهو بدلس ، وكان من أئمة الهدى . حدث عنه مولاة أبو رجاء سلمان ، ويحیی بن أبي كثير ، وثابت البناني ، وقتادة ، وعمران بن حدير ، والمثنى بن سعيد ، وغيلان بن جرير ، وميمون القناد ، وأيوب السخيتاني ، وخالد الحذاء ، وعاصم الاحوال ، وداود بن أبي هند ، كان ثقة ، كثير الحديث ، وكان ديوانه بالشام .

كان أبا قلابة ممن ابتلى في بدنه ودينه ، أريد على القضاء ، فهرب إلى الشام ، فمات بعريش مصر سنة أربع ، وقد ذهبت يدها ورجلاه ، وبصره ، وهو مع ذلك حامد شاکر . انظر : سير أعلام النبلاء (٤٦٨/٤ : ٤٧٣) .

(٤) صحيح البخاري (كتاب : النكاح / باب : العدل بين النساء / ٥٢١٣) ، وصحيح مسلم (كتاب : الرضاع / باب : قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها / ١٤٦١) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول الله ﷺ / باب : ما جاء في القسمة للبكر والثيب / ١١٣٩) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في المقام عند البكر / ٢١٢٤) .

٩٨٩ - ولنا : أن اجتماع الزوجات عنده سبب لوجوب التسوية بينهما ، فلا يكون سبباً لتفضيل بعضهن على بعض ، ولو جاز تفضيل البعض ، لكانت القديمة أولى ، لما وقع لها من الكسر والوحشة وإدخال الغيظ الغيرة بسبب إدخال الضررة عليها . والمراد من الحديث الذي استدل به : التفضيل بالبداة بالجديدة دون الزيادة ؛ ولأن القسم من حقوق النكاح فهن فيه سواء .

٩٩٠ - ولا فرق فيه أيضاً بين ما إذا كانت المرأة صحيحة ، أو مريضة ، أو عليها دم الحيض ، أو دم النفاس وهو الدم الذي يخرج عقب الولادة ، أو في فرجها السداد من لحم أو عظم ، وحينئذ لا يقبل عذر الزوج في عدم العدل بينهما إذا اعتذر بشيء من ذلك .

٩٩١ - ولا فرق بين زوج وآخر ، فال محبوب والعين والحصى وغيرهم سواء ، وكذا الصبي إذا دخل بامرأته ؛ لأن وجوبه لحق النساء ، وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب .

(مادة ١٥٤)

يُقِيمُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ يَوْمًا وَلَيْلَةً أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ سَبْعَةَ أَيَّامٍ . وَالرَّأْيُ لَهُ فِي تَعْيِينِ مِقْدَارِ الدَّوْرِ ، وَفِي الْبِدَاءَةِ فِي الْقِسْمِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٢١٧/٥ ، ٢١٨) : « إذا كان للرجل الحر ، أو المملوك امرأتان حرتان ، فإنه يكون عند كل واحدة منهما يوماً وليلة ، وإن شاء أن يجعل لكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل ؛ لأن المستحق عليه التسوية . فأما في مقدار الدور ، فالاختيار إليه . وهذه التسوية في البيوتة عندها للصحة والمؤانسة لا في الجماعه ؛ لأن ذلك يبني على النشاط ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه ، فهو نظير المحبة في القلب . وروي عن الأشعث بن الحكم رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لأم سلمة رضي الله عنها حين دخل بها : « إن شئت سبعتُ لك وسبعتُ لهن » . زاد في بعض الروايات : « إن شئت ثلثتُ لك وثلثتُ لهن » . وفي رواية : « وإن شئت ثلثتُ لك ثم دُرْتُ » . وبهذا الحديث أخذ علمائنا فقالوا : الجديدة والقديمة في حكم القسم سواء ، بكذا كانت الجديدة أو ثيباً . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : إن كانت بكرة يفضلها بسبع ليال ، وإن كانت ثيباً فنلات ليال ، ثم التسوية بعد ذلك ، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « تفضل البكر بسبع ، والليب بثلاث » . ولأن القديمة قد ألفتُ صُحبتَهُ وأنسَتْ به ، والجديدة ما ألفت ذلك ، بل فيها نوع نُفْرَة وَوَحْشَة ، فينبغي أن يُرْبَل ذلك عنها ببعض الصحة ، لتستوي بالقديمة في الإلف . ثم المساواة بعد ذلك ، فإذا كانت بكرة ففيها زيادة نفرة عن الرجال فيفضلها بسبع ليال ، وإذا كانت ثيباً فهي قد صحبت الرجال ، وإنما لم تصحبها خاصة ، فيكفيها ثلاث ليال لتأنس بصحتها . وحجتنا في ذلك أن سبب وجوب التسوية ؛ اجتماعها في نكاحه وقد تحققت ذلك بنفس العقد ، ولو وجب تفضيل إحداهما كانت القديمة أولى بذلك ؛ لأن الوحشة في جانبها أكثر حيث أدخل غيرها عليها ، فإن ذلك يُغَيِّظها عادةً . ولأن للقديمة زيادة حرمة =

وَأَمَّا تَجِبُ التَّشْوِيقُ لَيْلًا بِأَنْ يُعَاشِرَ فِيهِ إِحْدَاهُنَّ بِقَدْرِ مَا يُعَاشِرُ الْآخَرَ ، وَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ نَهَارًا ، مَا لَمْ يَكُنْ عَمَلُهُ لَيْلًا ، فَيُقَسِّمُ نَهَارًا ^(١) .

= بسبب الخدمة ، كما يقال لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة . وأما الحديث فالمراد : التفضيل بالبداية دون الزيادة ، كما ذكر في حديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها : « إن شئت سبعت لك وسبعت لهن » . وقوله : « إن شئت ثلثت لك ، ثم درت » . أي : أخبرت بمثل ذلك على كل واحدة منهن . ونحن نقول به أن للزوج أن يبدأ بالجديدة ، لما له في ذلك من اللذة ، ولكن بعد أن يسوي بينهما .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج ٤/١٧ : « (وله) أي : للزوج المقيم (أن يرتب القسم على ليلة ويوم قبلها أو بعدها) وهو أولى ، وعليه التواريخ الشرعية ، فإن أول الأشهر الليالي . وقضية كلامه : اعتبار الليل بغروب الشمس إلى طلوع الفجر . قال ابن الرفعة : والوجه الرجوع في ذلك إلى العرف الغالب . وهذا هو الظاهر ، فإن بعض الناس يقي في حانوته إلى هدأة من الليل .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (٤/٥ ، ٦) : « (ص) والزيادة على يوم وليلة (ش) أي : وتجوز الزيادة في القسم على يوم وليلة . والواجب أن يقسم باليوم والليلة ، ولا يجوز تصفيف الليلة ، ولا الزيادة عليها إلا برضاها ، ما لم يكن في بلاد بعيدة ، فلا بأس بقسمة الجمعة والشهر مما لا ضرر عليه فيه ، وله أن يقسم عند إحداها لتخبر أو ضئعة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧/٢٣٦) : « ويقسم بين نسائه ليلة ليلة . فإن أحب الزيادة على ذلك ، لم يجز إلا برضاها . وقال القاضي : له أن يقسم ليلتين ليلتين ، وثلاثاً ثلاثاً ، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاها . والأولى مع هذا ليلة وليلة ، لأنه أقرب لعهدن به . وتجوز الثلاث ، لأنها في حد القلة ، فهي كالليلة . وهذا مذهب الشافعي . ولنا : أن النبي ﷺ إنما قسم ليلة وليلة . ولأن التسوية واجبة ، وإنما جوز بالبداية بواحدة ، لتعذر الجمع . فإذا بات عند واحدة ليلة ، تعينت الليلة الثانية حقاً للآخرى ، فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها . ولأنه تأخير لحقوق بعضهم ، فلم يجز بغير رضاها ، كالزيادة على الثلاث . ولأنه إذا كان له أربع نسوة ، فجعل لكل واحدة ثلاثاً ، حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال ، وذلك كثير ، فلم يجز ، كما لو كان له امرأتان ، فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعاً . ولأن للتأخير آفات ، فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضى المستحق كتأخير الدين الحال . والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل ، وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق » .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١/٣٤٠) : « وعماد القسم الليل » .

وجاء في الدر المختار (٣/٢٠٨) : « لو كان عمله ليلًا كالحارس ، ذكر الشافعية أنه يقسم نهارًا ، وهو حسن » .
قول الشافعية : جاء في الأم (٨/٢٨٧) : « وعماد القسم الليل ، لأنه سكن ، فقال : ﴿ أَرْوَيْكَ إِتْسَكْرًا لِإِيْتِهَآ ﴾ . فإن كان عند الرجل حرائر مسلمات وذميات ، فهن في القسم سواء » .

وجاء في شرح المحلى على المنهاج (٣/٣٠٢) : « (وله أن يرتب القسم على ليلة ويوم قبلها أو بعدها ، والأصل الليل ، والنهار تبع) لأن الليل وقت السكون ، والنهار وقت التردد في الحوائج ، قال تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ أَنْ تَنَاصَرُوا فِيهِ وَالنَّهَارَ نَبِيضًا ﴾ ، وقال : ﴿ وَجَعَلْنَا لَيْلًا لِبِئْسَ مَا تَكْتُمُ الْبَشَرُ ﴾ . (فإن عمل ليلًا وسكن نهارًا كحارس فمكسه) أي : الأصل في حقه النهار ، والليل تابع له » .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي على مختصر خليل (٤/٤) : « (ص) وندب الابتداء بالليل (ش) =

٩٩٢ - ولم يقدر الشارع زمناً معيناً يلزم الزوج الإقامة فيه عند كل منهن ، بل جعل تعيين مقداره للزوج ، وكذا في البداية ، فله أن يقدره ب : يوم وليلة ، أو ثلاثة أيام ، أو سبعة ، أو أكثر من ذلك . ولكن حيث إن وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة ، وجب أن تعتبر المدة القريبة ، فلا تزيد عن جمعة ؛ لأن في الزيادة عليها مضارة بها . فلو أراد أن يدور سنة سنة ، فلا يظن بإباحة ذلك له كما ذكره في الفتح بحثاً ، وهو ظاهر ^(١) .

٩٩٣ - والتسوية الواجبة عليه بين الزوجات تكون ليلاً ، فيعاشر فيه إحداهن بقدر ما يعاشر الأخرى ؛ لأنه لدفع الوحشة ، فلا يلزم بذلك نهاراً ، إلا إذا كانت حرفته الاشتغال ليلاً كالحفير مثلاً ، فالتسوية منه تكون نهاراً .

(مادة ١٥٥)

لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَقِيمَ عِنْدَ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ مِنَ الدَّوْرِ الَّذِي قَدَرَهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْأُخْرَى ، وَلَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا إِلَّا لِمِيَادَتِهَا إِنْ كَانَتْ مَرِيضَةً . فَإِنْ اشْتَدَّ الْمَرَضُ ، فَلَا بَأْسَ بِإِقَامَتِهِ عِنْدَهَا حَتَّى يَخْضَلَ لَهَا الشِّفَاءُ ^(٢) .

• • •

= أي : وتبدد الابتداء بالقسم بين الزوجات بالليل ، لأنه وقت الإيواء للزوجات ، وله أن يعكس .

قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٢٧٤/٥ ، ٢٧٥) : (وعماد القسم الليل) لأنه بأوي فيه الإنسان إلى منزله ، ويسكن إلى أهله ، وينام على فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش والاشتغال . قال تعالى : ﴿ وَبِمَكَاتٍ آتَيْتَ بِأَسَا ۖ وَبِمَكَاتٍ آتَيْتَ بِمَنَاسِكَ ۖ ﴾ (والنهار يتبعه) أي : الليل ، فيدخل في القسم تبعاً ، لما روي أن سودة وهبت يوماً لعائشة . متفق عليه . وقالت عائشة : قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَيْتِي وَفِي يَوْمِي . وَأَمَّا قُبُضَ نَهَارًا ، ويتبع اليوم الليلة الماضية ، إلا أن يتفقوا على عكسه (وعكسه من معيشته بليل كحارس) فعماد قسمه النهار ، ويتبعه الليل (وله) أي : الزوج (نهار قسم أن يخرج لمعاشه وقضاء حقوق وما جرت عادة به ، وللصلاة عشاء وفجر) ولو قبل طلوعه كصلاة النهار . قال في شرح الإقناع : قلت : لكن لا يعتاد الخروج قبل الأوقات إذا كان عند واحدة دون الأخرى ، لأنه غير عدل بينهما ، أما لو اتفق ذلك في بعض الأحيان أو لعارض فلا بأس .

(١) جاء في فتح القدير (٤٣٤/٣) : « واعلم أن هذا الإطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته ، فإنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك له ، بل ينبغي أن لا يطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، وإذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة ، وأظن أكثر من جمعة مضارة إلا أن رضيا به والله أعلم . »

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٦/٢) : « ولا يجامع المرأة في غير يومها ، ولا يدخل بالليل على التي لا قسم لها . ولا بأس أن يدخل عليها بالنهار لحاجة ، ويمودها في مرضها في ليلة غيرها . وإن نُقِلَ مرضها ، فلا بأس أن يقيم عندها حتى تشفى أو تموت . »

وجاء في الدر المختار (٢٠٧/٣) : « لو جاء للأولى بعد الغروب ، وللثانية بعد العشاء ، فقد ترك القسم . ولا =

٩٩٤ - ومتى عين الزوج مقدار الدور ، وجب السير على مقتضاه ، فليس له أن يقيم عند إحداهن أكثر من الدور الذي عينه ، لتعلق حق كل منهن بزمن مخصوص ، فليس له أن يصرفه لغيرها إلا بإذنها ؛ لأنها صاحبة الحق ، اللهم إلا إذا كان هناك ما يستوجب ذلك ، كما إذا كانت مريضة ، فلا بأس بأن يدخل عليها لعيادتها . فإن اشتد بها المرض ، وليس هناك من يمرضها ، فلا بأس بإقامته عندها إلى أن يحصل لها الشفاء .

(مادة ١٥٦)

إِذَا تَزَكَّتْ إِحْدَاهُنْ نَوَيْتَهَا إِلَى غَيْرِهَا مِنْ صَرَائِرِهَا ، صَحَّ تَزَكُّهَا ، وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي

= في جامعها في غير نوبتها ، وكذا لا يدخل عليها إلا لعيادتها ولو اشتد ، ففي الجوهرة : لا بأس أن يقيم عندها حتى تشفى أو تموت . يعني : إذا لم يكن عندها من يؤنسها .
قول الشافعية : جاء في الأم (٢٠٦/٥ ، ٢٠٧) : « ولا يضيئ عليه أن يدخل عليها في أي يوم أو أي ليلة شاء من ليالي نساته » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي على مختصر خليل (٤/٤) : « (ص) ولا يدخل على صرَّتها في يومها إلا لحاجة (ش) يكمل لكل واحدة من نساته في القسم يوماً وليلاً ، ونه بهذا الكلام على أنه لا يجوز له أن يدخل على صرَّتها في ذلك الزمان إلا لحاجة ضرورية غير الاستمتاع ، كمنالوة ثوب وشبهه ، ولا يقيم . ولو أمكنه الاستنابة في تلك الحاجة على الأشبه بالذهب » .

قول الحنابلة : جاء في المنفي (٢٣٤/٧) : « وأما الدخول على صرَّتها في زمنها ، فإن كان ليلاً لم يُجْزَ إلا الضرورة ، مثل أن تكون منزولاً بها ، فيريد أن يحضرها ، أو توصي إليه ، أو ما لا بد منه . فإن فعل ذلك ولم يلبث أن خرج ، لم يَقْضَ . وإن أقام وبرئت المرأة المريضة ، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها . وإن خرج لحاجة غير ضرورية ، أمم . والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة ؛ لأنه لا فائدة في قضاء السير . وإن دخل عليها ، فجامعها في زمن يسير ، ففيه وجهان : أحدهما لا يلزمه قضاءه ، لأن الوطء لا يستحق في القسم ، والزمن اليسير لا يقضى . والثاني : يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة الجماع ، فيجامعها ، ليعدل بينهما . ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فأشبه الكثير .

وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها ، فيجوز للحاجة ، من : دفع النفقة ، أو عيادة ، أو سؤال عن أمر يُحتاج إلى معرفته ، أو زيارتها ليُعِدَّ عهدها بها ، ونحو ذلك ، لما روت عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يدخل علي في يوم غثيري ، فينال مني كل شيء إلا الجماع . وإذا دخل إليها لم يجامعها ، ولم يُجَلِّلْ عندها ؛ لأن السكن يحصل بذلك ، وهي لا تستحقه . وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان ، أحدهما : يجوز لحديث عائشة . والثاني : لا يجوز ، لأنه يحصل لها به السكن ، فأشبه الجماع . فإن أطال المقام عندها ، قضاء . وإن جامعها في الزمن اليسير ، ففيه وجهان على ما ذكرنا . ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا ، إلا أنهم قالوا : لا يقضى إذا جامع في النهار . ولنا : أنه زمن يقضيه إذا طال المقام ، فيقضيه إذا جامع فيه كالليل » .

المُسْتَقْبَلُ إِنْ طَلَبَتْ ذَلِكَ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٧٤/١ ، ٣٧٥) : « وإن وهبت قسمها لضرتها صح (والهبة هنا مجاز عن العطية (ولها) أي : للواهبه (أن ترجع) عن هبتها في المستقبل ، لأنها أمقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط . وفيه إشعار بأنها لو جعلت لزوجها مالا أو حطته من مهرها ليزيد قسمها ، كان لها الرجوع بما أعطته . وكذا لو زاد الزوج في مهرها ، ليكمل يومها لغيرها ؛ لأنه رشوة وهي حرام كما في العناية » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج ٤/٤٢٤ : « (ومن وهبت) منهن (حقها) من القسم لغيرها (لم يلزم الزوج الرضا) بذلك ؛ لأنها لا تملك إسقاط حقه من الاستمتاع ، فله أن يبيت عندها في ليلتها (فإن رضي) بالهبة (وهبت لمعينة) منهن (بات عندها ليلتهما) كل ليلة في وقتها متصلتين كانتا أو منفصلتين وإن كرهت ، كما فعل صلى الله عليه وسلم لما وهبت سودة نوبتها لعائشة رضي الله تعالى عنها . كما في الصحيحين . وهذه الهبة ليست على قواعد الهبات ، ولهذا لا يشترط رضا الموهوب لها ، بل يكفي رضا الزوج ؛ لأن الحق مشترك بينه وبين الواهبه ، إذ ليس لنا هبة يقبل فيها غير الموهوب له مع تأهله للقبول إلا هذه (وقيل) في المنفصلتين (يوالهما) بأن يقدم ليلة الواهبه على وقتها ويصلها بليلة الموهوبة ، أو يقدم ليلة الموهوبة على وقتها ويصلها بليلة الواهبه ؛ لأنه أسهل عليه والمقدار لا يختلف . وغورض ذلك بأن فيه تأخير حق من بين الليلتين ، وبأن الواهبه قد ترجع بينهما في الشق الأول ، والموالة تفوت حق الرجوع عليها . وقيد ابن الرفعة أخذاً من التعليل بما إذا تأخرت ليلة الواهبه . فإن تقدمت وأراد تأخيرها ، جاز . قال ابن النقيب : وكذا لو تأخرت ، فأخر ليلة الموهوبة إليها برضاها تمسكاً بهذا التعليل . وهذا ظاهر ، ومحل بيانه عند الموهوبة ليلتين ما دامت الواهبه تستحق القسم ، فإن خرجت عن ذلك لم يبت عند الموهوبة إلا ليلتها (أو) وهبت (لهن) كلهن أو أسقطت حقها من القسم مطلقاً (سوى) يبينه فيه جزئاً ، فتجعل الواهبه أو المسقطه كالمعدومة ، ويقسم للباقيات (أو) وهبت (له) فقط (فله التخصيص) لواحدة فأكثر بنوبة الواهبه ، لأنها جعلت الحق له ، فيضعه حيث شاء ، ويأتي في الاتصال والانفصال ما سبق (وقيل : يسوي) يبينه ولا يخصص ؛ لأن التخصيص يورث الوحشة والحقد ، فتجعل الواهبه كالمعدومة . ولو وهبت له ولبعض الزوجات أو له وللجميع ، لم أر من تعرض لهذه المسألة ، وقد سألتُ شيخي عنها ، فأجاب بأن : حقها يقسم على الرعوس ، كما لو وهب شخص عيناً لجماعة ، والتقدم بالقرعة . وللواهبه الرجوع متى شاءت ، فإذا رجعت خرج فوراً ، ولا يرجع في الماضي قبل العلم بالرجوع . فإن بات الزوج في نوبة واحدة عند غيرها ، ثم ادعى أنها وهبت حقها ، وأنكرت ، لم يقبل قوله إلا بشهادة رجلين » .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب مالك (٣١٥/١) : « إذا وهبت الزوجة يومها لضرتها ، أو لزوجها ، أو أسقطت حقها من القسم ، فلها الرجوع متى شاءت . قال في آخر كتاب النكاح الثاني من المدونة : وإذا رضيت امرأة بترك أيامها وفي الأثرة عليها على أن لا يطلقها ، جاز ، ولها الرجوع متى شاءت ، فإما عدل أو طلق . قال للخصمي : وسواء كانت الهبة مقيدة بوقت أو للأبد ؛ لأن ذلك مما تدركها فيه العترة ، ولا تقدر على الوفاء بما وهبت إلا أن يكون اليوم واليومين » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٥١/٣ ، ٥٢) : « (ولها) أي : الزوجة (هبة نوبتها) من القسم (بلا مال لزوج يجعله لمن شاء) من ضرتها ، لأن الحق لا يخرج عن الواهبه والزوج (و) للزوجة هبة نوبتها بلا مال (لضرة) معينة (بإذنه) أي : الزوج (ولو أبت) ذلك (موهوب لها) لثبوت حق الزوج في =

٩٩٥ - وإذا تركت إحداهن نوبتها إلى غيرها من ضرائرها ، صح ، لأنه حقها ، فلها أن تعطيه لمن شاءت . وقد صح أن سَوْدَةَ بنت زَمْعَةَ وهبت نوبتها لعائشة رضي الله عنها . ولكن لو طلبت الرجوع في المستقبل ، فلها ذلك ؛ لأن الإسقاط لم يكن لشيء واجب وقته ، فلا يسقط ، فلها الرجوع .

(مادة ١٥٧)

لَا قَسَمَ فِي السَّفَرِ ، بَلْ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِمَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ، وَالْقُرْعَةُ أَحَبُّ . وَلَيْسَ لِتَمِّ لَمَّ تُسَافِرُ مَعَهُ أَنْ تَطْلُبَ مِنْهُ بَعْدَ عَوْدِهِ الْإِقَامَةَ عِنْدَهَا قَدْرَ مَا أَقَامَ فِي السَّفَرِ مَعَ التَّمِّ سَافِرًا بِهَا ^(١) .

= الاستمتاع بها كل وقت ، وإنما منعه المراجعة في حق صاحبها . فإذا أزال المراجعة بهبتها ، ثبت حقه في الاستمتاع بها . وإن كرهت كما لو كانت منفردة . وهبت سودة يومها لعائشة ، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها وسودة . متفق عليه . فإن كان بمال لم يصح ؛ لأن حقها كون الزوج عندها ، وهو لا يقابل بمال . فإن أخذت الواهبة عليه مالا وجب رده ، وقضى لها زمن هبتها ، وإن كان العوض غير مال كإرضاء زوجها عنها ، جاز لقصة عائشة وصفية له (وليس له) أي : الزوج (نقله) أي : زمن قسم الواهبة (ليلى ليلتها) أي : الموهوب لها إلا يرضا الباقيات ، فإن رضين جاز ؛ لأن الحق لا يمدوهن ، وإلا جعله للموهوب لها في وقت الواهبة ، لقيام الموهوب لها مقام الواهبة في ليلتها ، فلم تغير عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة (ومتى رجعت) واهبة ليلتها (ولو في بعض ليلة) عاد حقها في المستقبل ، لأنها هبة لم تقبض ، و(قَسَمَ) لها وجوبا فيرجع إليها (ولا يقضي بعضًا) من ليلة (لم يعلم به) أي : لرجوعها فيه (إلى فراغها) أي : الليلة لتفريطها .

(١) قول الخنفة : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٣/٢) : « ولا قسم على الزوج إذا سافر ، حتى لو سافر بإحداهما ، وقدم من السفر ، وطلبت الأخرى أن يسكن عندها مدة السفر ، فليس لها ذلك ، لأن مدة السفر ضائعة ، بدليل أن له أن يسافر وحده دونهن ، لكن الأفضل أن يفرغ بينهما ، فيخرج بمن خرجت قرعتها ، تطييبًا لقلوبهن دفعا لتهمة الميل عن نفسه ، هكذا كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد السفر أقرع بين نسائه . قول الشافعية : جاء في الفرر البهية شرح البهجة الوردية (٢٢٣/٤ ، ٢٢٤) : « (والزوج إن سافر) ولو سفرا قصيرا (لا لنقله) كتفريج (بالبعض) من نسائه (بالقرعة كان) حق المقيمة (مثله) أي : مثل ما فات على الواهبة قبل العلم بالرجوع ، فيضيع عليها ، ففي الصحيحين : أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه . ولم ينقل عنه قضاء بعد عَوْدِهِ ، فصار سقوط القضاء من رخص السفر لمشغته . وقيد الغزالي ذلك بما إذا كان السفر مرخصا . قال الشيخان : وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية (لا) ما فات على المقيمة (مدة المقيم) في طريقه أو مقصده إقامة تمتع القصر ، فإنه لا يضيع . فلو أقام لشغل لا يتجزأ دون أربعة أيام ، قضى مدة إقامته ، وكذا لو أقام لشغل ينتظره ، ومضى ثمانية عشر يوما ، =

٩٩٦ - والقسم بين الزوجات إنما يجب حال الحضر لا السفر، فله أن يسافر بمن شاء منهن ، ولكن القرعة بينهن مستحبة . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : هي واجبة ، لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ كان إذا أراد السفر أقرع بين نساءه ، وأيتهن خرجت قرعتها خرج بها (١).

٩٩٧ - ولنا : أنه لا حق لهن في حالة السفر حتى كان للزوج ألا يستصحب واحدة منهن ، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن أو أكثر بلا إذن من صاحبها وبلا قرعة ، ولأنه قد يثق بإحدهما في السفر وبالأخرى في الحضر وبالبقاء في المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة ، أو يمنع من سفر إحدهما كثرة سمنها وعدم نشاطها ، والسفر تلزمه الخفة ، فتعين من يخاف صحبتها في السفر لخروج قرعتها إلزام بالضرر الشديد ، وفعله عليه الصلاة والسلام يدل على الاستحباب ، ونحن نقول به تطميناً لقلوبهن .

٩٩٨ - والدليل عليه : أنه عليه الصلاة والسلام لم تكن التسوية واجبة عليه في الحضر ، وإنما كان يفضلها تفضيلاً ، لقوله تعالى : ﴿ تَرْجِي مَن نَّشَاءُ مِن نِّسَاءِ رَبِّكَ مَن لَّيْسَ بِكُلِّ بَيْتٍ وَنِسَاءِ الْبَيْتِ عَلَيْهِ الْفِئَةُ الَّتِي يُهَيِّئُ لِمَن يَشَاءُ اللَّهُ لَعَلَّكُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (٢).

٩٩٩ - ويترتب على ذلك : أنه لا حق للتي لم يسافر بها في مطالبته بعد العودة منه بالإقامة عندها قدر ما أقام في السفر مع التي سافر بها ؛ لأن وجوب التسوية إنما يكون في وقت استحقاق القسم عليه ، وفي حالة السفر ليس بمستحق ، فلا تجب التسوية ، فلا

= فيقضي ما زاد عليها من مدة الإقامة ، ولا يقضي مدة الرجوع على الأصح . ولو نوى الإقامة ببلد ، وكتب إلى الباقيات ، يستحضرهن ، وجب القضاء من وقت كتابته على أحد وجهين في الروضة كأصلها . قال البلقيني : وهو الأصح . بل الصواب قال الماوردي : هذا كله إذا ساكنها ، فإن اعتزلها مدة الإقامة ، لم يقضى . قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٣٤٣/٢) : « (وإن سافر) الزوج ، أي : أراد السفر (اختار) من شاء منهن للسفر معه (إلا في) سفر (الحج والغزو فيقرع) لأن المشاحة تعظم في سفر القُرْبَات (وتوولت بالاختيار مطلقاً) ولو في حج وغزو ، وهو اختيار ابن القاسم » .

قول الخنابلة : جاء في القواعد لابن رجب (ص ٣٥٥) : « إذا أراد السفر بإحدى زوجاته أو البداة بها لم يجز بدون قرعة إلا أن يرضى البواقي بذلك » .

(١) صحيح البخاري (كتاب : الهبة وفضلها والتحريض عليها / باب : هبة المرأة لغير زوجها وعقتها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفينة / ٢٥٩٣) ، وصحيح مسلم (كتاب : التوبة / باب : في حديث الإفك وقبول توبة القاذف / ٢٧٧٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : النكاح / باب : في القسم بين النساء / ٢١٣٨) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : القسمة بين النساء / ١٩٧٠) .

تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها فلا تطالبه بها .

(مادة ١٥٨)

إِذَا مَرَضَ الزَّوْجُ فِي بَيْتِ لَه خَالَ عَنِ أَزْوَاجِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَدْعُو كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عِنْدَهُ فِي نَوْبَتِهَا .

وَلَوْ مَرَضَ فِي بَيْتِ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى التَّحْوِيلِ إِلَى بَيْتِ الْأُخْرَى ، فَلَهُ أَنْ يُقِيمَ بِهِ حَتَّى يُشْفَى ، بِشَرْطِ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَ الْأُخْرَى بَعْدَ الصُّحَّةِ بِقَدْرِ مَا أَقَامَ مَرِيضًا عِنْدَ ضَرِيهَا (١) .

• • •

١٠٠٠ - ولا فرق في وجوب العدل على الزوج بين كونه صحيحًا أو مريضًا، فإن مرض في بيت له خالٍ عن أزواجه ، فله أن يدعو كل واحدة منهن عنده في نوبتها .
١٠٠١ - ولو مرض في بيت إحدى زوجاته : فإن كان يمكنه التحول إلى بيت الأخرى ، انتقل إليه بعد انتهاء مدة من مرض في بيتها . وإن كان لا يقدر على التحول ، فبعد شفائه يلزمه الإقامة عند الأخرى بقدر ما أقام مريضًا عند ضررتها ، وهو ظاهر .

(مادة ١٥٩)

إِذَا أَقَامَ الزَّوْجُ قَبْلَ تَعْيِينِ مِقْدَارِ الدَّوْرِ وَتَرْتِيبِهِ عِنْدَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ مُدَّةً كَشْهَرٍ فِي غَيْرِ الشَّفْرِ ، فَخَاصَمَتْهُ الْأُخْرَى ، يَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِالْعَدْلِ بَيْنَهُمَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، وَنِتْهَاءَ عَنِ الْجَوْرِ . فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ ، يُعْرِزُ ، وَيُوجَعُ عُقُوبَةٌ بِغَيْرِ الْحَبْسِ .

• • •

١٠٠٢ - وبما أن وجوب العدل لحق الزوجة (٢) ، فإذا لم تطالب به أو أسقطته ، فلا حرج عليها ، لأنه حقها . وإذا طالبت به ، ألزمه القاضي بذلك .
١٠٠٣ - فإذا أقام الزوج عند إحدى زوجتيه مدة من الزمن ، وكان ذلك قبل تعيين

(١) قول الحنفية : جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (١٩٧/٣٣ ، ١٩٨) : « لو مرض الزوج في بيته ، دعا كل واحدة في نوبتها ؛ لأنه لو كان صحيحًا وأراد ذلك ينبغي أن يُقبل منه » .
(٢) في الأصل : [المرأة] وما أثبتناه من الشرح لأنه الأوجه .

مقدار الدور وترتيبه ، فما دامت الأخرى لم تطالبه ، فلا حرج عليه . فإن رفعت أمرها إلى الحاكم ، قضى عليه بأن يستعمل العدل بينهما في المستقبل ، وأهدر ما مضى ، وإن أتم ؛ لأن القسمة تكون فيه بعد الطلب . فإن امتثل فيها ، وإن عاد بعد ما نهاه القاضي ، عزره وأوجعه عقوبة بحسب حاله ، وأمره بالعدل ؛ لأنه أساء الأدب ، وارتكب ما هو محرم وهو الجور ، فيعزر في ذلك ، ولا يعزر في المرة الأولى . وإذا عزز فتزيره يكون بما يليق به ؛ لأن التعزير يختلف باختلاف الناس ، ولكن لا يكون هنا بالحبس ؛ لأن الحق لا يستدرك هنا بالحبس ، وهو ظاهر (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : المبادئ العامة للنفقة : مفهوم النفقة يشمل الطعام والكسوة والتمريض والإسكان وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

• تجب نفقة الزوجة بالدخول أو بالدعوة إليه بعد أن يكون الزوج قد عقد على زوجته عقدا صحيحا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (١) : تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين .

ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة . وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع .

ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت ، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق ، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذن زوجها .

ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية - دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص أو جرى به عرف أو قضت به ضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق ، أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه . وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجتها الضرورية .

ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ، ويتقدم في مرتبه على ديون النفقة الأخرى . وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٦٨) أ - تجب النفقة للزوجة على زوجها بالمقد الصحيح إذا لم تمتنع عن تسليم نفسها إليه .

ب - تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب وكل ما به مقومات حياة الإنسان حسب العرف .

ج - تستحق نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق .

الباب الثاني

في النفقة الواجبة على الزوج للزوجة^(١)

الفصل الأول

في بيان من تستحق النفقة من الزوجات

(مادة ١٦٠)

تَجِبُ النَّفَقَةُ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَى الزَّوْجِ وَلَوْ : فَفَقِيرًا ، أَوْ مَرِيضًا ، أَوْ عَنِيًا ، أَوْ صَغِيرًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَبَاشَرَةِ ، لِلزَّوْجَةِ : غَنِيَّةً كَانَتْ أَوْ فَاقِرَةً ، مُسْلِمَةً أَوْ غَيْرَ مُسْلِمَةٍ ، كَبِيرَةً أَوْ صَغِيرَةً ، تُطَبِّقُ الْوَقَاعَ أَوْ تَشْتَهِي لَهُ^(٢) .

* * *

١٠٠٤ - اعلم أن النفقة هي : اسم للشيء الذي ينفقه الإنسان على عياله وزوجته وأقاربه ومملوكه . وذلك يشمل : الطعام ، والكسوة ، والسكنى .

١٠٠٥ - وهي واجبة ب : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، ونوع من المعقول . أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾^(٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ مِمَّا رَزَقَتْهُنَّ وَكَسَوَتْهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤) .

١٠٠٦ - وأما السنة : فما روي من أن رسول الله ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع بالنسبة للزوجات : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »^(٥) . وعن جابر

(١) صحيح مسلم (كتاب : الزكاة / باب : الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة / ٩٩٧) ، وسنن النسائي (كتاب : الزكاة / باب : أي الصدقة أفضل / ٢٥٤٦) .

(٢) قول الخنيفة : جاء في المبسوط (١٨٧/٥) : « وإن كان الزوج صغيراً لا مال له ، لم يؤخذ الأب بنفقة زوجته ، إلا أن يكون ضمنها ؛ لأن استحقاق النفقة على الزوج كاستحقاق المهر » .

وجاء في تبين الحقائق (٣/) : « تجب - أي : النفقة - للحائض والنفساء والبريضة والرتقاء والعجوز التي لا يجمع مثلها » . قول المالكية : جاء في المدونة (١٧٧/٢) : « إذا تزوج المرأة البالغة ، فدعته إلى أن يدخل بها ، فلا نفقة لها عليه ، وليس لها أن تقبض الصداق حتى يبلغ الغلام حد الجماع » .

(٤) البقرة : ٢٣٣ .

(٣) الطلاق : ٧ .

(٥) صحيح مسلم (كتاب : الحج / باب : حجة النبي / ١٢١٨) ، وسنن أبي داود (كتاب : المناسك / باب : صفة حجة النبي / ١٩٠٥) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : المناسك / باب : حجة رسول الله / ٣٠٧٤) .

أن رسول الله ﷺ قال لرجل: « ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فأهلك ، فإن فضل شيء فلذي قرابتك » (١).

١٠٠٧ - وأما الإجماع : فلأن الأمة أجمعت على أن النفقة والكسوة واجبتان للزوجة على زوجها .

١٠٠٨ - وأما المعقول : فلأن النفقة وجبت جزاء الاحتباس ، فمن كان محبوباً لحق شخص ، كانت نفقته عليه ، لعدم تفرغه لحاجة نفسه . وأصل هذا القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي والمقاتلة والوصي ، فإن نفقة هؤلاء واجبة لهم في مالٍ من هم محبوبون لحقه .

١٠٠٩ - ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ، منها : الزوجية ، والقرابة ، والملك . والغرض الآن بيان نفقة الزوجة ، فتجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح ، أي : سواء زفت إليه أو لم تزف ، إذا لم تمتنع عن الزفاف إليه بغير حق ، لما عرفت أن النفقة قد تكون جزاء الاحتباس ، فكل من كان محبوباً لحق مقصود لغيره ، كانت نفقته عليه . والزوجة كذلك بالنسبة للزوج ، فتجب نفقتها عليه .

١٠١٠ - فإن كان هناك مانع من الاستمتاع بها : فإما أن يكون من جهته ، أو من جهتها . فإن كان من جهته ، كما إذا كان مريضاً أو عنيماً أو مجبوراً أو صغيراً لا يقدر على المباشرة ، وجبت عليه ولو كان فقيراً ؛ لأن العجز من قبله ، والسبب موجود ، فتجب .

١٠١١ - وإن كان من جهتها ، كما إذا كانت صغيرة لا تطيق الوقاع ولا تشتهي له ، فلا تجب عليه ؛ لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها ، والسبب وإن كان موجوداً وهو الاحتباس إلا أنه لا يكون موجباً إلا إذا كان وسيلة إلى المقصود المستحق بالنكاح ، ولم يوجد ، فلم تجب .

١٠١٢ - وبما أن السبب هو الاحتباس ، فلا ينظر لكونها غنية أو فقيرة مسلمة أو كناية صغيرة أو كبيرة ، بل الكل سواء ، لقيام السبب . وقال بعض المتأخرين : لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت الزوج . والفتوى على الأول ؛ وهو وجوب النفقة

إذا لم يطالبها بالنفقة^(١).

(مادة ١٦١)

تَجِبُ النِّفْقَةُ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا ، وَلَوْ هِيَ مُقِيمَةٌ فِي بَيْتِ أَبِيهَا ، مَا لَمْ يُطَالِبْهَا الزَّوْجُ
بِالنِّفْقَةِ وَتَمْتَنِعَ بِغَيْرِ حَقِّ^(٢).

١٠١٣ - وبما أنك قد عرفت مما تقدم أن النفقة تجب من حين العقد الصحيح ، لأنها جزء الاحتباس ، وهو موجود وإن لم تزف ، فتجب عليه ولو مقيمة في بيت أبيها .
١٠١٤ - فإن طالبها الزوج بالنفقة إلى منزله ، وامتنعت ، فإما أن يكون امتناعها

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٢) : ١ - تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنفقة وامتنعت بغير حق .
٢ - يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهئ المسكن الشرعي .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم النفقة : المادة (٦٧) : تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها بالنفقة وامتنعت بغير حق شرعي ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج لها مهرها المعجل أو عدم تهئته مسكناً شرعياً لها .
(٢) قول الحنفية : جاء في معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي (ص ١٥٠) : « تزوج كبيرة ، وطلبت النفقة وهي في بيت الأب بعد ، فلها ذلك لو لم يطالبها الزوج بالنفقة ، إذ النفقة حقها والنفقة حق الزوج ، فإذا لم يطالبها بالنفقة فقد ترك حقها وهو لا يبطل حقها . وبه يفتى . وقيل : لا نفقة لها إذا لم تزف إلى زوجها » .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (١٦٧/٥) : « فإن لم تعرض عليه (زوجته) مدة (مع سكوته عن طلبها ولم تمتنع (فلا نفقة) لها (فيها) على الجديد لعدم التمكين وتجب على القديم » .
قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (١٨٢/٤) : « المرأة إذا مكنت من نفسها ؛ فإنه يجب لها النفقة ، وظاهر كلامه أن مجرد تمكينها من نفسها يوجب النفقة على الزوج ، وذلك يصدق بما إذا لم تمتنع من الدخول ولم تطلب به الزوج ، وهو قول عبد الملك ، وظاهر المدونة أن النفقة إنما تجب على الزوج إذا دعا إلى الدخول ، وهو المشهور من المذهب ، قال في كتاب النكاح الثاني من المدونة ، ولا يلزم من لم يدخل نفقة حتى يتنقذ ذلك منه ويدعى للبناء ، فحينئذ تلزمه النفقة والصداق ، انتهى . قال أبو الحسن الصغير : قوله : يتنقذ منه ، أي : يدعى إلى البناء ، وظاهره أن النفقة لا تلزم حتى يدعى إليها . قال ابن عبد الحكم : لها النفقة بالتمكين ، وإن لم تدعه إلى البناء » .
قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٢٣٣/٣) : « (ومن امتنعت) من تسليم نفسها (أو منعها غيرها) وتكون نفقتها على المانع لها وإلّا كان أو غيره (بعد دخول ولو لقبض صداقتها) الحال (فلا نفقة لها) وكذا إن تأساكت بعد العقد فلم يطلبها الزوج ولم تبدل نفسها ولا بذلها وليها ، وإن طال مقامها على ذلك ؛ لأن النفقة في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح ولم يوجد » .

بحق ، أو بغير حق . فإن كان الأول كما إذا امتنعت ، ليهيئ لها منزلاً خالياً عن أقاربه مثلاً ، فلا يسقط حقها في النفقة ؛ لأن لها الحق في هذا الطلب ، فليس المانع من جهتها ، بل من جهته ، وإذن فلا تسقط .

١٠١٥ - وإن كان الثاني ، كما إذا أبت النقلة إلا إذا طلق ضررتها مثلاً ، سقطت نفقتها ؛ لأنه لا حق لها في طلبها ، وله الحق في الامتناع عن إيجابتها ، وتكون إذن ناشرة ، أي : خارجة عن طاعته بغير حق ، فتسقط النفقة ^(١) .

(مادة ١٦٢)

تَجِبُ النَّفَقَةُ لِلزَّوْجَةِ لَوْ أَبَتْ أَنْ تُسَافِرَ مَعَ زَوْجِهَا فِيمَا هُوَ مَسَافَةٌ قَصْرٌ أَوْ فَرَقًا ، أَوْ مَنَعَتْ نَفْسَهَا لِالِشْتِقَاءِ مَا تُعَوِّفُ تَعَجِيلُهُ مِنَ الْمَهْرِ ، سِوَاءَ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا أَوْ بَعْدَهُ ^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الاحوال الشخصية القطري : المادة (٦٩) لا تستحق الزوجة النفقة في الأحوال الآتية :
أ - إذا منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي .
ب - إذا تركت بيت الزوجية دون عذر شرعي .
ج - إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي .
د - إذا امتنعت من السفر مع زوجها دون عذر شرعي .

هـ - إذا عملت خارج البيت دون موافقة زوجها ما لم يكن الزوج متعسفا في منعها من العمل.
(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٥/١ ، ٥٤٦) : « فإن كان الزوج قد طالبها بالنفقة : فإن لم تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوج ، فلها النفقة . فأما إذا امتنعت عن الانتقال : فإن كان الامتناع بحق بأن امتنعت لتستوفي مهرها ، فلها النفقة . وأما إذا كان الامتناع بغير الحق بأن كان أوفأها المهر أو كان المهر مؤجلاً أو وهبه منه فلا نفقة لها كذا في المحيط . ولو كان الزوج في بلدة أخرى قدر سفر ، فبعث إليها الحمولة والزداد حتى تنتقل إليه ، ولم تجد محرماً ، ولم تذهب تستحق النفقة كذا في الوجيز للكردي . والأصل في هذه المسائل أنه ينظر للمرأة إن كانت لا تصلح للجماع ، فلا نفقة لها سواء كان الزوج يطبق الجماع أو لا ، وإن كانت المرأة تطبق الجماع فلها النفقة سواء كان الزوج يطبق الجماع ، أو لا يطبق ، كذا في المحيط . »

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٦٧ ، ١٦٦/٥) : « واستثنى من ذلك صورتان ، إحداهما : ما لو منعت نفسها لتسليم المهر المعين أو الحال ، فإن لها النفقة من حينئذ ، أما المؤجل فليس لها حبس نفسها له ، وإن حل خلافاً للإسنوي . الصورة الثانية : ما لو أراد الزوج سفراً طويلاً . قال البغوي في فتاويه : لامرأته المطالبة بنفقة مدة ذهابه ورجوعه ، كما لا يخرج للحج حتى يترك لها هذا المقدار ، أي : إذا لم يستتب من يدفع لها ذلك يوماً بيوم . »
قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي على مختصر خليل (٢٥٧/٣) : « الصداق إذا كان غير معين بأن كان مضموناً في ذمة الزوج فإن للزوجة أن تمتع نفسها من زوجها أن يختلي بها إلى أن يدفع لها ما حل من صداقتها ، وسواء كان حالاً من أصله أو حل عليه بالنجوم ، وكذلك لها أن تمتع نفسها من تمكين الزوج بها =

١٠١٦ - فإن أراد الزوج السفر بها ، وأبت أن تسافر معه ، فإن كان السفر مسافة قصر ، وهو السفر الذي يجوز قصر الصلاة الرباعية فيه بأن يصلها ركعتين ، أي : بأن كان السفر يستغرق ثلاثة أيام بالسير المتوسط مع الراحة المعتادة أو يزيد عن ذلك ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأن لها حقاً في الامتناع .

١٠١٧ - وإن لم يكن السفر مسافة قصر ، وامتنعت ، سقطت نفقتها ، لامتناعها بغير حق ، سواء كان السفر بها من مصر إلى مصر ، أو من مصر إلى قرية ، أو من قرية إلى قرية ، أو من قرية إلى مصر .

١٠١٨ - وبعضهم يقول : إذا أراد نقلها من مصر إلى مصر أخرى ، فليس لها الامتناع عن السفر ، إلا إذا كان غير مأمون عليها .

١٠١٩ - وبعضهم يقول : إذا كان يمكنها الرجوع من المحل الذي يريد الانتقال إليه قبل الليل ، فله ذلك ، وإلا فلا .

١٠٢٠ - واختلفت عبارتهم في القول المفتى به ، وبالجملة فهذا المقام كثير النصوص اضطربت فيه الأقوال ، وتشعبت فيه الأفكار ، واختلفت عبارات الكتب في القول المفتى به . والذي يجب التعويل عليه والرجوع إليه تفويض الأمر إلى المفتي المسؤول عن الحادثة ، ولا ينبغي الأخذ بواحد من الأقوال على الإطلاق ، لأن الزوج قد يكون غير مأمون عليها ، ويريد نقلها من بين أهلها ، ليؤذيها أو يأخذ مالها ، فمن علم المفتى منه ذلك لا يحل له أن يفتيه بقهرها على السفر ؛ لأننا نعلم أن للقائل بهذا القول لا يريد به الجواز في مثل هذه الصورة .

= بعد اختلاطه بها وقبل أن يصيبها إلى أن يسلم لها ما حل وسواء كانت الزوجة صحيحة أو معيبة أي طراً بها العيب بعد العقد كالترق والجنون ونحوهما أو كان العيب قبل العقد ورضي به الزوج ، وإنما كان لها منع نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنها بائنة والبايع له منع سلته حتى يقبض الثمن والسفر أي ولها أيضاً الامتناع من السفر معه إذا طلبها ولو بعد الوطء عند بعضهم موسراً أو معسراً . وعند ابن عبد السلام : لا منع لها منه بعد الوطء . وعند ابن يونس : إلا أن يكون موسراً . وعند غيره : إذا أراد السفر بها إلى بلد لا تجري الأحكام فيه ، فلها المنع وغاية المنع من المذكورات (إلى تسليم ما حل) من المهر بالأصالة أو مؤجلاً فحل على المشهور . قول الحنابلة : جاء في المنهي (١٨٣/٨) : « للمرأة أن تمتع نفسها حتى تسلم صداقها ؛ لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ، ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ؛ فلها أزمته تسليم صداقها أولاً ، وجعلنا لها أن تمتع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها ، أمكن الرجوع فيه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها ، فلها نفقتها ؛ لأنها امتنعت بحق » .

١٠٢١ - وقد يتفق تزوج غريب بامرأة غريبة في بلده ، ولا يتيسر له فيها المعاش ، فيريد أن ينقلها إلى بلد يتيسر له فيها المعيشة ، سواء كانت بلده أو غيرها وهو مأمون عليها ، فمن علم المفتي منه ذلك لا يحل له أن يفتيها بالامتناع عن السفر ؛ لأننا نعلم يقيناً أن القائل بهذا القول لا يريد به المنع في مثل هذه الصورة ، بل قد يريد نقلها إلى بلدها ، كمن ذهب بزوجه إلى الحج مثلاً ، فأقام بها في مكة مدة ، ثم حج وامتنعت من السفر معه إلى بلده ، فهل يقول أحد بمنعه عن السفر بها وتركها وحدها تفعل ما أرادت .

١٠٢٢ - وقد يتفق أن الشخص يكون مستخدماً في بلد ، فيتزوج فيها ، وتنقله المصلحة التابع هو لها إلى بلدة أخرى ويريد سفر زوجته معه ؛ لأن معيشته غير متيسرة في بلدها ، فهل يقول أحد بمنعه في هذه الحالة ، فتعين تفويض الأمر إلى المفتي ، وليس هذا خاصاً بمسألة السفر ، بل لو علم المفتي أنه يريد نقلها من نقطة إلى نقطة أخرى في البلدة بعيدة عن أهلها بقصد إضرارها ، لا يجوز له أن يعينه على ذلك بالفتوى .

١٠٢٣ - ومثل المفتي القاضي ، فإنه يحكم بحسب الظروف والأحوال ، فلا يتبع قولاً ، لما يترتب على ذلك من الإضرار بالزوج أو الزوجة . وأصل هذا كله قوله تعالى : ﴿ أَشْكُوْنَ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ وَلَا نُضَارُوْنَ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْنَ ﴾ (١) . أي : لا تستعملوا معهن الضرر . فهذه الآية صريحة فيما قرناه .

١٠٢٤ - وأما إذا امتنعت الزوجة عن السفر أو عن الانتقال إلى بيت الزوج إلا إذا أخذت معجل مهرها ، فلها ذلك ، لأن لها الحق في هذا الطلب . فإذا كان امتناعها من ذلك ، لأخذ المؤجل من المهر قبل حلول الأجل ، فلا حق لها ؛ لأنها أسقطت حقها بالتأجيل ، فلا حق لها في الطلب إلا عند حلول الأجل .

١٠٢٥ - وحاصله : أنه إما أن يصرحا بتعجيل المهر كله ، أو بتعجيل البعض وتأجيل البعض الآخر ، أو بتأجيله كله ، أو يسكتا .

١٠٢٦ - فإن شرطاً تعجيله ، فلها الامتناع حتى تستوفيه ، ولا اعتبار بالعرف إذا جاء التصريح بخلافه . وكذا إذا اشترطاً حلول البعض ، فلها الامتناع حتى تقبض المشروط فقط .

١٠٢٧ - وأما إذا شرطاً تأجيل الكل ، فليس لها الامتناع أصلاً ، لأنها أسقطت حقها بالتأجيل . وعن أبي يوسف : أن لها الامتناع استحساناً ؛ لأنه لما طلب تأجيله كله ،

فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع . وبعضهم يفتي بقول أبي يوسف استحساناً ؛ لأن العادة جارية بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر .

١٠٢٨ - وأما أن سكتنا عن التعجيل والتأجيل ، فننظر إلى العرف ، فإن كان العرف تعجيل بعضه وتأخير باقيه إلى الموت أو الميسرة أو الطلاق مثلاً ، فليس لها أن تمنع نفسها إلا إلى تسليم القدر المتعارف تعجيله ، فننظر إلى المرأة وإلى المهر كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من هذا المهر ، فيتعجل ذلك ولا يتقدر بالربع ولا بالخمس ، بل يعتبر المتعارف ، فإن الثابت عرفاً كالثابت نصاً ، بخلاف ما إذا اشترط تعجيل الكل ؛ إذ لا عبرة بالعرف إذا جاء التصريح بخلافه .

١٠٢٩ - ويكون للزوجة الحق في هذا الامتناع ، سواء كان قبل الدخول بها أو بعده متى كان الدخول برضاها عند الإمام أبي حنيفة . وقال الصحابان : إذا دخل بها مختارة ، فليس لها الحق في الامتناع بعد ذلك ؛ لأن المعقود عليه كله صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ، ولهذا يتأكد لها جميع المهر ، فلم يبق لها حق لحبس ، وذلك كالبائع إذا سلم المبيع .

١٠٣٠ - وله : أنها منعت عنه ما قابل البدل ؛ لأن كل وطأة تصرف في المحل المحترم فلا يخلو عن العوض إبانة لخطره ، والتأكيد بالواحدة للجهالة ما وراءها ، فلا يصلح مزاحماً للمعلوم . فإذا وجد آخر بالفعل ، وصار معلوماً ، تحققت المراحة ، وصار المهر مقابلًا بالكل ، وذلك نظير العبد إذا جنى جنابة ، يدفع كله بها ، فإذا جنى جنابة أخرى وأخرى ، يدفع بجميعها .

١٠٣١ - وينبغي على هذا الاختلاف استحقاق النفقة بعد الامتناع ، فعنده : تستحقها وليست بناشرة ، وعندهما : لا تستحقها وهي ناشزة . وبعضهم يفتي بقول أبي يوسف ومحمد في الامتناع من الوطء أو من الانتقال إلى بيت الزوج ويقول أبي حنيفة في السفر ، يعني : بعد الدخول لا تمنع نفسها ، ولو منعت لا نفقة لها كما هو مذهبها ، ولا يسافر بها ، ولها الامتناع منه لطلب المهر ولها النفقة كما هو مذهبه .

١٠٣٢ - هذا بالنسبة لسفر الزوج بالزوجة ، فلو أراد أبوها السفر وأخذها معه ، فللزوجة منعه من ذلك إن أوفأها معجل مهرها .

(مادة ١٦٣)

إِذَا مَرِضَتِ الْمَرْأَةُ مَرَضًا يَمْنَعُ مِنْ مُبَاشَرَتِهَا بَعْدَ الرُّفَافِ وَالثَّقَلَةِ إِلَى مَنْزِلِ زَوْجِهَا أَوْ قَبْلِهَا ،
 ثُمَّ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ ، أَوْ لَمْ تَنْتَقِلْ وَلَمْ تَمْنَعْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَلَهَا التُّفَقُّ عَلَيْهِ .
 فَلَوْ مَرِضَتْ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ ، ثُمَّ انْتَقَلَتْ إِلَى بَيْتِ أَهْلِهَا ، فَإِنَّ طَالِبَهَا الزَّوْجَ بِالثَّقَلَةِ ،
 وَلَمْ يُكَيِّفْهَا الْإِنْتِقَالَ بِمِخْفَةٍ أَوْ نَحْوِهَا ، فَلَهَا التُّفَقُّ . وَإِنْ امْتَنَعَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ مَعَ قُدْرَتِهَا عَلَى
 الْإِنْتِقَالِ بِنَحْوِ مَا ذُكِرَ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا (١) .

* * *

١٠٣٣ - وإن مرضت الزوجة مرضًا يمنع من مباشرتها : فإما أن يكون هذا المرض

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٨٦/٢) : « (وإذا مرضت في بيت زوجها ، فلها النفقة) لأنها مسلمة لنفسها والمنع من قبل الله ، فلا يؤثر ذلك في سقوط نفقتها . ولأن الاحتباس قائم ، فإنه يستأنس بها ويمسها ، وتحفظ البيت . والمنع إنما هو لعارض كالحيض . وعن أبي يوسف : إذا سلمت نفسها ثم مرضت ، فلها النفقة لتحقق التسليم ، وإن مرضت ثم سلمت لا تجب ؛ لأن التسليم لم يصح . وهذا حسن . وفي لفظ الكتاب إشارة إليه حيث قال : وإن مرضت في منزل الزوج . احترز عما إذا مرضت في بيت أبيها . قال ابن سماعة : سمعت أبا يوسف قال في الرقاع : لا يلزمه نفقتها ، ما لم ينقلها ، فإذا نقلها فلها النفقة ، وليس له ردها بعد ذلك ؛ لأنه يمكن الاستمتاع بها بغير الوطء كالحائض » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٣٤/٣) : « (فرع لا يسقطها عذر يمنع الجماع) عادة (كمرض ورتق) ، وقرن (وضئاً) أي : مرض مدنف (وحيض) ونفاس وجنون ، وإن قارنت تسليم الزوجة ؛ لأنها أعدار بعضها بظراً أو يزول وبعضها دائم ، وهي معذورة فيها ، وقد حصل التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه وفارق ما لو غصبت بخروجها عن قبضة الزوج وفوات التمتع بالكلية (وتسقط نفقتها بالحبس) لها (ولو ظلماً) كما لو وطئت بشبهة فاعتدت ، وهذا علم من كتاب التفسير مع زيادة تتعلق بما هنا قال الأذريعي ولو حبسها الزوج بدنية فيحتمل أن لا تسقط نفقتها ؛ لأن المنع من قبله ، والأقرب أنها إن منعه منه عداً سقطت أو لإعسار فلا » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٥٠٤/٣) : « المريضة مرضًا يمنع الجماع إذا دعت الزوج إلى البناء والنفقة ، لزمه ذلك . قال : ومن دعت زوجها إلى البناء والنفقة ، وأحدهما مريض مرضًا لا يقدر معه على الجماع لزمه أن ينفق أو يدخل وإذا كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ما حدث بهما من مرض إلا أن يكون مرضًا بلغ حد السياق فلا يلزمه ذلك والصدوق أوجب من النفقة في هذه المسائل ؛ لأن لها منع نفسها حتى تقبضه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٣/٨) : « (وإن بذلت الرقاع ، أو الحائض ، أو النفساء ، أو النضوة الخلق التي لا يمكنه وطؤها ، أو المريضة ، تسليم نفسها ، لزمته نفقتها ، وإن حدث بها شيء من ذلك ، لم تسقط نفقتها ؛ لأن الاستمتاع ممكن ، ولا تفریط من جهتها وإن منع من الوطء ، ويفارق الصغيرة ، فإن لها حالاً يمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاماً ، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال ، بخلاف هؤلاء ، ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب » .

بعد الزفاف والانتقال إلى بيت الزوج ، أو قبله .

١٠٣٤ - فإن كان الأول : فإما أن تبقى ببيت الزوج ، أو تنتقل إلى بيت أهلها . فإن بقيت في منزل الزوج ، استحققت النفقة بالاتفاق ؛ لأنها سلمت نفسها ، وليس المانع من جهتها ، فلا تسقط نفقتها .

١٠٣٥ - وإن انتقلت إلى بيت أهلها لمرض فيه : فإما أن يطالبها الزوج بالعودة إلى بيته ، أو لا . فإن لم يطالبها ، استحققت النفقة بالاتفاق أيضًا ، لأنها سلمت نفسها إلى الزوج ، وبانتقالها إلى منزل أبيها لمرض فيه لا تعد ناشرة ، ولم تمنع نفسها عند الطلب ، لأنه لم يحصل ، فستحق النفقة .

١٠٣٦ - وإن طالبها الزوج بالعودة إلى منزله : فإما أن يكون في إمكانها الانتقال إليه ، أو لا . فإن لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة تحمل عليها ، فلها النفقة ؛ لأن إجابة طلبه غير ممكنة في هذه الحالة ، فلا تكون ناشرة ، فلا تسقط النفقة . وإن أمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة ، وامتنعت : فإما أن يكون امتناعها بحق ، أو بغير حق . فإن كان امتناعها بحق ، كما إذا قالت : لا انتقل إلا بعد أن تعطيني معجل صدوقي ، أو : بعد أن تهين لي منزلًا للسكنى خاليًا من أهلك . استحققت النفقة أيضًا ، لأحققتها في هذا الطلب . وإن كان امتناعها بغير حق ، سقطت نفقتها ؛ لأنها تكون ناشرة ، أي : خارجة عن طاعته بغير حق ، فلا تستحق عليه النفقة .

١٠٣٧ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان مرض الزوجة قبل انتقالها إلى منزل الزوج : فإما أن يمكنها الانتقال ، أو لا يمكنها . فإن أمكنها الانتقال ، وجبت عليه النفقة ، إلا إذا منعت نفسها بغير حق .

١٠٣٨ - وإن لم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آلة ، فظاهر عبارة المادة وجوب النفقة أيضًا ؛ لأنه قال : « أو قبلها ، ثم انتقلت إليه وهي مريضة ، أو لم تنتقل ولم تمنع نفسها بغير حق ، فلها النفقة عليه » . وهو رأي بعضهم . وصريح مادة (١٤٧) أن النفقة لا تجب لها في هذه الحالة ، وهو قول آخر في المسألة . فعلى القول الأول لا نحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا مرضت بعدما زفت إلى منزل الزوج وانتقلت إلى بيت أهلها ولا يمكنها الانتقال أصلًا ، لأنه سوى بينهما في الحكم . والفرق على القول الثاني : أنها لما انتقلت إلى بيته ، فقد تحقق التسليم ، ولا تصير بعده ناشرة إلا إذا أمكنها الانتقال إليه وامتنعت ، بخلاف ما إذا لم يوجد تسليم أصلًا ، ومرضت ، فحيث لا يمكنها

الانتقال ، فلا نفقة لها ، لعدم التسليم أصلاً لا حقيقة ولا حكماً . ويظهر من عباراتهم أن الفتوى على القول الثاني .

(مادة ١٦٤)

إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَحْبُوسًا ، وَلَوْ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ لِزَوْجَتِهِ ، فَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ قَادِرٍ عَلَى آدَائِهِ ^(١) .

• • •

١٠٣٩ - وإن حبس الزوج ، فلا تسقط نفقتها ، سواء قدر على أداء الدين الذي حبس لأجله ، أو لم يقدر ، أو حبس ظلمًا ؛ لأن الاحتباس هنا فات من جهة الزوج .
١٠٤٠ - ولا فرق بين أن تحبسه هي لدين لها عليه ، أو يحبسه غيرها . فإذا كانت هي السبب في حبسه ، وطلب أن تحبس معه ، فلا يجاب إلى ذلك ، ولكن قال بعض المتأخرين : إذا خيف عليها الفساد ، تحبس معه . وهو حسن .

(مادة ١٦٥)

إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مُوسِرًا ، وَكَانَ لاهِرَاتِهِ خَادِمَةً ، تَحِبُّ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا بِقَدْرِ مَا يَكْفِيهَا عَلَى

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩/٤) : « لو كان الزوج مجبورًا ، أو عنيًا ، أو محبوسًا في دين ، أو مريضًا لا يقدر على الجماع ، أو خارجًا للحج ، فلها النفقة » .
قول الشافعية : جاء في فتاوى الرملي (٣٦٠/٣ ، ٣٦١) : « (سئل) عن شخص حبسته زوجته على دين لها عليه ؛ فهل يجب لها عليه نفقة وهو بالسجن والحال أنه معسر ؟
(فأجاب) بأنه لا يجب لها عليه نفقة ولا كسوة لمدة حبسه للحيلولة بينه وبينها بسببها ، كما لو حبست ولو ظلمًا بل أولى لتمكينا من إطلاقه أو تمكينه منها حال كونه محبوسًا » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (١٩٥/٤) : « لا تسقط نفقتها بحبس زوجها في دين ترتب عليه لها أو لغيرها ، لاحتمال أن يكون معه مال وأخفاه ، فيكون متمكنًا من الاستمتاع لعدم أدائه لما هو عليه » .
قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٦٣٣/٥ ، ٦٣٤) : « (ولا نفقة لـ) زوجة (ناشز) غير حامل (مكلفة أو لا ، ولو) كان نشوزها (بتزوجها في العدة) الرجعية ، قال في « المستوعب » : « وإذا تزوجت الرجعية في عدتها فنكاحها باطل لا تصير به فرأشًا للثاني ، ولا تنقطع به عدة الأول ، ولا سكنى لها ولا نفقة على الأول ؛ لأنها ناشز بتزوجها ، ذكره في « المجرى » (أو حبسها له) أي : لزوجها (بحقها) عليه (مع إيساره) فلا نفقة لها مدة حبسه ؛ لأنها ظالمة مانعة له من التمكين منها ، وإن كان الزوج قادرًا على أداء ما حبسته عليه فمنعه بعد الطلب ؛ فلها النفقة مدة حبسه إذا كانت باذلة للتمكين ؛ لأن المنع منه لا منها » .

حَسَبِ الْغُرْفِ ، بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الْخَادِمَةُ مَمْلُوكَةً لَهَا مِلْكًا تَامًا وَمُتَّزِعَةً لِحِدْمَتِهَا لَا شُغْلَ لَهَا غَيْرَهَا .

وَإِذَا رُفَّتْ إِلَيْهِ بِخَدَمٍ كَثِيرٍ ، اسْتَحَقَّتْ نَفَقَةَ الْجَمِيعِ عَلَيْهِ ، إِنْ كَانَ ذَا يَسَارٍ .
وَإِذَا رُزِقَ أَوْلَادًا لَا يَكْفِيهِمْ خَادِمٌ وَاحِدٌ ، يُفْرَضُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ خَادِمَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ عَلَى قَدْرِ حَاجَةِ أَوْلَادِهِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٥٣/٣ ، ٥٤) : « يجب على الزوج نفقة خادمها إذا كان موسراً يعني إذا كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها ، وهو مملوك لها ؛ لأنها لا بد لها من خادم ، يهين أمر بيتها حتى تتفرغ لحوائجها فكما وجب عليه نفقتها يجب عليه نفقة خادمها ، والجامع أن نفقة كل واحد منهما لمنفعة تعود إليه ألا ترى أن القاضي لما وجبت نفقته في بيت المال تجب نفقة خادمه أيضًا لما ذكرنا ، واختلفوا في هذا الخادم قيل : هي جارية مملوكة لها ، وإن كانت غير مملوكة لها لا تستحق النفقة للخادم في ظاهر الرواية كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة الخادم من بيت المال ، وهذا لأن استحقاتها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فإذا لم يملك فلا يستحق كالغازي إذا كان راجلاً لا يستحق سهم الفارس ، ولو جاء بخادم يخدمها لم يقبل منه إلا برضاها ، ومنهم من قال من يخدمها ؛ وهذا إذا كانت حرة ، وإن كانت أمة فلا تستحق عليه نفقة الخادم ، وقيل : إذا كانت من الأزدال لا تستحق الخادم وإن كانت حرة ، ولا يفرض لأكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : يفرض لخادمين أحدهما لمصالح داخل البيت ، والآخر لمصالح خارجه ، وهو نظير الاختلاف في الغازي إذا كان معه أكثر من فرس واحد ، وعن أبي يوسف إذا كانت فائقة في الغنى ، وزفت إليه بخدم كثيرة استحققت نفقة الجميع ، ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا حاجة إلى الآخر فيما يرجع إلى الكفاية ، وإنما هو للزينة ، ووجوب النفقة باعتبار الكفاية لا باعتبار الزينة والتجمل ، وهو لو قام بخدمتها بنفسه كان يكفي ، ولم يلزمه نفقة الخادم فكذا إذا قام الواحد مقام نفسه ، ويلزمه من نفقة الخادم أدنى الكفاية ، ولو كان الزوج معسراً لا يجب عليه نفقة خادمها ، وإن كان لها خادم فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة خلافاً لمحمد ، هو يقول أنها إذا كان لها خادم لم تكف بخدمة نفسها فتجب عليه نفقته كما لو كان موسراً ، والأول أصح لأن المعسرة تكفي بخدمة نفسها ، واستعمال الخادم لزيادة التعم تعتبر في حالة اليسار دون الإعسار ، ولو اختلفا في اليسار والإعسار ، فالقول قوله إلا أن تقيم المرأة البينة ؛ لأنه متمسك بالأصل . »

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٢٧/٣ ، ٤٢٨) : « (على الزوج ، وإن كان معسراً أو عبداً إندام حرة) ولو ذمية ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها (لا) إندام (أمة ، وإن اعتادت) لجمالها بالخدمة لنقصها بالرق ، وحقها أن تخدم لأن تخدم ، وكالأمة المبعوضة ، قاله القاضي (ولو) كانت الحرة (بائناً حاملاً) فعليه إندامها بناء على أن نفقتها لها لا للحمل هذا (إن كانت مخدومة) أي ممن يخدم عادة (في بيت أبيها مثلاً ولا عبرة بترفها في بيت الزوج) بحيث صار يليق بحالها إندامها ، وإذا أخذم زوجته (فيخدمها بامرأة) حرة أو أمة ولو مستأجرة أو صحبتها (أو صغير) أي مميز غير مراهن (أو محرم) لها (أو مملوكة له أو لها) لحصول المقصود بجميع ذلك والأخيرة داخلية في الأولى (لا ذمية لمسلمة إذ لا تؤمن =

- ١٠٤١ - وكما تجب نفقة الزوجة على زوجها تجب نفقة خادمتها عليه أيضًا إن كان الزوج موسرًا عند أبي حنيفة ، وهو المفتى به ، لأنه إذا كان معسرًا ، فالواجب عليه أدنى الكفاية ، فتخدم هي نفسها . وقال محمد : يجب عليه نفقة خادمتها ، ولو كان معسرًا .
- ١٠٤٢ - والمعول عليه أن النفقة لا تجب إلا إذا كانت الخادمة مملوكة لها ، متفرغة لخدمتها ، لا شغل لها غيرها . فلو لم تكن لها خادمة مملوكة ، لم يلزم الزوج كراء أحد يخدمها ، لكن يلزمه أن يشتري لها ما تحتاجه من السوق . وقال أبو يوسف : تفرض نفقة خادمتين ؛ لأنها تحتاج إلى واحدة منهما للخدمة الداخلية والأخرى للخارجية . وأبو حنيفة ومحمد يقولان : إن الواحدة تقوم بالأمرين ، فلا ضرورة إلى اثنتين . ويظهر جليًا أن هذا ليس اختلاف حجة وبرهان ، بل هو اختلاف بحسب الظروف والأحوال ، ولذا قال أبو يوسف : إن المرأة إذا كانت ممن يجبل قدرها عن خدمة خادمة واحدة ، يلزم الزوج بنفقة من لا بد لها منه من الخدم ، ولو أكثر من اثنتين . وهو المعول عليه .
- ١٠٤٣ - ولو كان لرجل أولاد لا يكفيهم خادم واحد ، فرضت عليه نفقة خادمين أو أكثر على حسب ما يكفيهم اتفاقًا .

= عداوتها) الدينية ولتحريم النظر . والوجه عدم جواز عكسه أيضًا لما فيه من المهانة ، ذكره الأذري . (و) لا (كبير ولو) شيئًا (هما) لتحريم النظر ، والترجيح في مملوكتها ، وفي الذميمة والكبير من زيادته ، وصرح به الإسنوي ، قال : وفي معنى محرمة المسوح ، ومثله عبدها ، وقد قرنه الأصل مع الهم في الخلاف الذي ذكره . قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (١٨٤/٤ ، ١٨٥) : « يجب على الزوج إعدام الزوجة إذا كانت أهلًا للإعدام لشرف قدرها وكون مثلها لا يخدم . ثم يقال : ويريد بشرط أن يكون الزوج متسعة له خدام كما قال في الرسالة ، وإن اتسع فعليه إعدام زوجته ، لا يطلق عليه لعجزه عن الإعدام ، فيعلم أنه إنما يجب حيث تكون له قدرة عليه وهكذا . قال في رسم الجواب عن سماع عيسى من كتاب طلاق السنة : إن المشهور من المذهب أنه لا يطلق عليه لعجزه عن الإعدام ، قال : وقد روى ابن المعدل عن ابن الماجشون أنه يطلق عليه بعجزه عن النفقة عليها . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٠/٨) : « فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها ؛ لكونها من ذوي الأقدار ، أو مريضة ، وجب لها خادم : ﴿ وَكَاتِبٌ رَهْنٌ بِأَلْمَرُوفِي ﴾ . ومن العشرة بالمعروف ، أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام ، فأشبه النفقة . ولا يجب لها أكثر من خادم واحد ؛ لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . إلا أن مالكا قال : إن كان لا يصلح للمرأة إلا أكثر من خادم ، فعليه أن ينفق على أكثر من واحد . ونحوه قال أبو ثور : إذا احتل الزوج ذلك ، فرض لخادمين . ولنا ، أن الخادم الواحد يكفيها نفسها ، والزيادة تراد لحفظ ملكها ، أو للتجمل ، وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا ، فلا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها ، إما امرأة ، وإما ذو رحم محرّم ؛ لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله ، فلا يسلم من النظر . »

الفصل الثاني في بيان من لا نفقة له من الزوجات

(مادة ١٦٦)

إِذَا كَانَتْ الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً لَا تَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَلَا تُشْتَهَى لِلرِّجَالِ وَلَوْ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ،
فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى زَوْجِهَا ، إِلَّا إِذَا أَمْسَكَهَا فِي بَيْتِهِ لِإِسْتِنَاسٍ بِهَا ^(١) .

١٠٤٤ - لا تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا كانت صغيرة ، بحيث لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع ، وإن أمسكها الزوج في بيته ، لأن امتناع الاحتباس لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب للنفقة هو الذي يكون وسيلة إلى المقصود المستحق بالعقد ، وما لم يوجد فلا تجب لها النفقة . وقال أبو يوسف : إن أمسكها في بيته للاستئناس بها ، وجبت لها النفقة . واختاره بعض المشايخ .

١٠٤٥ - وقد حصل خلاف في حد المطيعة للجماع ، والصحيح أنه غير مقدر بالسن ، وإنما العبرة بالاحتمال والقدرة على الجماع ، فإن السمينة الضخمة ليست مثل

(١) قول الخليفة : جاء في الهداية (٣٨٤ ، ٣٨٣/٤) : « (وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين . وقال الشافعي : لها النفقة ؛ لأنها عوض من الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة » .
قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٧١/٥) : « (والأظهر أن لا نفقة) ولا توابعها (لصغيرة) لا تحتمل الوطء لتعذره لمعنى فيها ، والثاني تجب كالترقاء والقرناء والمريضة كما مر . وأجاب الأول بأن المرض يطرأ ويذول والرتق والقرن مانع دائم قد رضي به ويشق معه ترك النفقة مع أن التمتع بغير الوطء لا يفوت » .
قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٦٨/٢) : « الصغيرة التي لا يمكن وطؤها لا نفقة لها بالدعوة ، بل بالدخول ؛ لأنه إذا دخل استمتع بغير الوطء ، وإذا اختلفا في الدعوة ، فالقول قول الزوج » .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٨٢/٨) : « المرأة تستحق النفقة على زوجها إن كانت كبيرة يمكن وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء ، فلا نفقة لها . وبهذا قال الحسن ، وبكر بن عبد الله المزني ، والنخعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وهو المنصوص عن الشافعي . وقال في موضع : لو قيل : لها النفقة . كان مذمهاً . وهذا قول الثوري ؛ لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها ، فلم يمنع وجوب النفقة لها ، كالمرض . ولنا : أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها » .

النحيفة الهزيلة .

١٠٤٦ - ولا يشترط في صلاحيتها للرجال أن تكون مطيقة للجماع الممول عليه في الشرع ، بل لو كانت تشتهي للقبلة أو للمس أو التفضيد مثلاً ، وجبت لها النفقة .

١٠٤٧ - ولا يجوز أن يفهم أحد من قوله في المادة : « ولو فيما دون الفرج » . أن إتيانها في الدبر جائز ، لأن هذا لا قائل به أصلاً ، فالمراد ما ذكرناه لك ، ولا تلتفت إلى غيره ؛ فإنه ناشئ من عدم فهم الآية الشريفة .

(مادة ١٦٧)

المَرِيضَةُ الَّتِي لَمْ تُزَفْ إِلَى زَوْجِهَا ، وَلَمْ يُمَكِّنْهَا الْإِنْتِقَالَ أَصْلًا ، لَا نَفَقَةَ لَهَا (١) .

١٠٤٨ - وإذا مرضت الزوجة قبل انتقالها إلى بيت الزوج ، ولم يمكنها الانتقال ولو بواسطة آله ، فلا تجب نفقتها على الزوج . وقد عرفت في شرح المادة (١٦٣) أن هذا القول هو الممول عليه ، وهناك من قال بوجوب النفقة لها ، فارجع إليها إن شئت .

(مادة ١٦٨)

الرُّؤُجَةُ الَّتِي تُسَافِرُ إِلَى الْحَجِّ وَلَوْ لِأَدَاءِ فَرِيضَةٍ يَدُونِ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا زَوْجُهَا ، لَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ مُدَّةَ غِيَابِهَا ، وَإِنْ سَافَرَتْ مَعَ مَحْرَمٍ لَهَا .

فَإِنْ سَافَرَ زَوْجُهَا وَأَخَذَهَا مَعَهُ ، فَلَهَا عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَضَرِ وَنَفَقَةُ السَّفَرِ وَلَوْ أَزْمَهُ . وَإِنْ سَافَرَتْ هِيَ ، وَأَخَذَتْ زَوْجَها مَعَهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْحَضَرِ لَا نَفَقَةَ السَّفَرِ (٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٥٣/٣) : « المريضة قبل النقلة إلى منزل الزوج فلعدم الاحتباس لأجل الاستمتاع بها ، ولو سلمت نفسها ، وهي مريضة لا تجب لها النفقة ، ولو مرضت بعد التسليم تجب لها » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٦/١) : « ولو حجت المرأة حجة فريضة ، فإن كان ذلك قبل النقلة ، فإن حجت بلا محرم ، ولا زوج فهي ناشز ، وإن حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم جميعاً ، وإن كانت انتقلت إلى بيت الزوج ، فقد قال أبو يوسف رحمته الله تعالى : لها النفقة ، وقال محمد رحمته الله : لا نفقة لها كذا في البدائع ، وهو الأظهر في السراج الوهاج . وأما إذا حج الزوج معها فلها النفقة إجمالاً ، وتجب عليه نفقة الحضر دون السفر ، ولا يجب الكراء أما إذا حجت للتطوع فلا نفقة لها إجمالاً إذا =

١٠٤٩ - وإن سافرت الزوجة إلى الحج : فإما أن يكون زوجها مرافقاً لها ، أو لا .

لم يكن الزوج معها هكذا في الجوهرة النيرة . وإن حجت مع زوجها حجاً نفلاً كانت لها نفقة الحضر لا نفقة السفر هكذا في فتاوى قاضي خان أجمعوا على أن الصوم والصلاة لا يسقطان النفقة كذا في غاية السروجي .
 قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (٤٢٢/٤ ، ٤٢٣) : « (ومن سافرت) منهن (وحدها بغير إذن) لحاجتها أو حاجته (فناشئة) فلا قسم ، ويستثنى من ذلك صورتان : الأولى : إذا خربت البلد وارتحل أهلها والزوج غائب ولم يمكنها الإقامة فلا تكون كما قال السبكي ناشئة كخروجها من البيت إذا أشرف على السقوط . الثانية : إذا سافر السيد بالأمة بعد أن بات الزوج عند الحرة ليلتين لم يسقط حقها من القسم ، وعلى الزوج قضاء ما فات عند التمكّن ؛ لأن الفوات حصل بغير اختيارها ، قال المتولي وأقره . أما إذا سافرت معه بغير إذن فإنها تستحق كما تستحق النفقة ، لكنها تعصي . نعم إن منعها من الخروج فخرجت ولم يقدر على ردها سقط حقها . قال البلقيني بالنسبة للنفقة : ومثلها القسم (و) من سافرت (بإذنه لغرضه) كأن أرسلها في حاجته (يقضي لها) ما فاتها للإذن وغرضه فهي كمن عنده وفي قبضته وهو المانع نفسه عنها بإرسالها (و) بإذنه (لغرضها) كحج وعمرة وتجارة (لا) يقضي لها (في الجديد) لأنها ليست في قبضته ، وفائدة الإذن رفع الإثم ، والتقديم يقضي لوجود الإذن ، ولو سافرت لحاجة ثالث . قال الزركشي : فيظهر أنه كحاجة نفسها هـ . وهو كما قال غيره ظاهر إذا لم يكن خروجها بسؤال الزوج لها فيه ، وإلا فيلحق بخروجها لحاجته بإذنه ، أو سافرت وحدها بإذنه لحاجتها ممّا لم يسقط حقها كما قاله الزركشي وغيره بالنسبة للنفقة ، ومثلها القسم خلافاً لما بحثه ابن العباد من السقوط وامتناعها من السفر مع الزوج نشوز . قال الماوردي : إلا أن تكون معذورة بمرض أو نحوه .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالک (٨٢/٢) : « (ما قولكم) في رجل سافر بزوجه إلى الحج ، وليس مترعاً عليها بنفقة السفر ، ولا غيرها فهل لها عليه ذلك أم لا ؟ أفيدوا الجواب .

فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله لها عليه الأقل من نفقة الحضر ونفقة السفر ، قال في المجموع : وإن سافرت لحمجة الفرض ، ولو بلا إذن أو بإذنه في غير الفرض فلها الأقل من نفقة الحضر والسفر هـ ، والله أعلم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٨٠/٩ - ٣٨٣) : « (أو سافرت بغير إذن) فلا نفقة لها . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقيل : لا تسقط . ذكره في الرعاية . وقال ابن عقيل في الفنون : سفر التزويج يحتمل أن تسقط فيه النفقة . قلت : ويتصور ذلك فيما إذا كانت بالغة عاقلة ، ولم يدخل بها وهي باذلة للتسليم ، والمنع من الدخول منه . (وإن بعثها في حاجة) يعني له (أو أحرمت بحجة الإسلام : فلها النفقة) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، بشرط أن تحرم في الوقت من الميقات .

وقال في البصرة : في حج فرض احتمال كنفقة زائدة على الحضر . فائدة : أو سافرت لتزوية أو تجارة ، أو زيارة أهلها : فلا نفقة لها . وفيه احتمال . وهو وجه في المذهب وغيره . (وإن سافرت لحاجتها بإذنه فلا نفقة لها) . ذكره الخرقني في بعض النسخ ، وعليها شرح المصنف . واختاره القاضي ، والمصنف . وقدمه في الخلاصة ، والرعايتين . وهو ظاهر كلامه في الوجيز . وهو المذهب . (ويحتمل أن لها النفقة) وهو لأبي الخطاب في الهداية . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وأطلقها في المذهب ، والمحرم ، والنظم ، والفروع .

فإن لم يكن مرافقاً لها في هذا السفر ، فلا تستحق النفقة على زوجها ، سواء كان الحج فرضاً أو نفلاً ، وسواء سافرت مع محرم لها كأبيها مثلاً ، أو مع غير محرم كابن عمها ، وسواء كان خروجها للحج قبل تسليم نفسها إلى الزوج ، أو بعده .

١٠٥٠ - وقال أبو يوسف : لها النفقة إذا كان الحج فرضاً ؛ لأن إقامة الفرض عذر كالصوم والصلاة ، فتجب لها النفقة . والمعول عليه هو الأول ؛ لأن الامتناع من جهتها ، فأوجب سقوطها ، بخلاف الصلاة والصوم لوجود الاحتباس ، فلا يمنع اشتغالها بهما من وجوب النفقة .

١٠٥١ - وإن كان زوجها مرافقاً لها في السفر : فإن كان هو الذي سافر وأخذها معه ، وجب لها عليه نفقة الحضر والسفر ، أي : نفقة الإقامة والسفر ؛ لأنها تابعة له . وإن كانت هي التي سافرت وأخذته معها ، فلها عليه نفقة الإقامة لا السفر ، فلا يلزمه الكراء ومؤنة السفر ؛ لأنه تابع لها (١) .

(مادة ١٦٩)

الرَّوْجَةُ الْمُحْتَرَفَةُ الَّتِي تَكُونُ خَارِجَ الْبَيْتِ نَهَارًا وَعِنْدَ الرُّوْحِ لَيْلًا ، إِذَا مَنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ وَعَصَتْهُ وَخَرَجَتْ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا مَا دَامَتْ خَارِجَةً (٢) .

• • •

١٠٥٢ - وإن كانت الزوجة محترفة بما يشغلها خارج البيت نهاراً ، وتعود إلى منزل زوجها ليلاً : فيما أن يمنعها من الخروج ، أو لا .

١٠٥٣ - فإن منعها وامتلت أمره وجبت لها النفقة ، وكذلك إذا لم يمنعها ؛ لأنها ليست خارجة عن طاعته . فإذا منعها ولم تمتثل ، فلا نفقة لها عليه ؛ لأنها خارجة عن طاعته بغير حق ، فتسقط نفقتها .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٣) : يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٦٨) : لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج .

(مادة ١٧٠)

إِذَا حَبِسَتْ الْمَرْأَةُ وَلَوْ فِي دِينٍ لَا تَقْدِرُ عَلَى إِيفَائِهِ ، فَلَا يَلْزَمُ زَوْجَهَا نَفَقَتَهَا مُدَّةً حَبْسِهَا ،
إِلَّا إِذَا كَانَ هُوَ الَّذِي حَبَسَهَا فِي دِينٍ لَهُ ^(١) .

• • •

- ١٠٥٤ - وإذا حبست المرأة بدين : فإما أن يكون الحابس لها غير الزوج ، أو الزوج .
- ١٠٥٥ - فإن كان الأول ، فلا تجب لها النفقة ، سواء كانت قادرة على أداء الدين أو غير قادرة ؛ لأنها إذا كانت قادرة ، فقوات الاحتباس منها بالمخالفة ، وإن كانت عاجزة عن أدائه ، فقوات الاحتباس ليس من الزوج ، فلا تجب عليه نفقتها . ولا نفقة لها أيضًا إذا حبست بغير دين ، ولو كان حبسها ظلمًا ؛ لأن المعترى في سقوط نفقتها فوات الاحتباس لا من جهة الزوج ، وقد فات الاحتباس هنا لا من جهته ، وهذا هو الصحيح .
- ١٠٥٦ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان الحابس لها هو الزوج ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأن فوات الاحتباس من جهته ، فكان باقيا تقديرا ، فتجب النفقة ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩/٤) : « ولو حبست في دين ذكر في الجامع الكبير أن لا نفقة لها ولم يفصل بين ما إذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده وبين ما إذا كانت قادرة على التخلية أو لا ؛ لأن حبس النكاح قد بطل بإعراض حبس الدين ؛ لأن صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضًا بمعنى من قبلها وهو مطلبها فصارت كالناشر ، وذكر الكرخي أنها إذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة وإن كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما أجمله محمد في الجامع ؛ لأنها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها ؛ فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فإن لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها ، وإن كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو بمخالفتها فلا تستوجب النفقة ، ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا في المريضة ، وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما إذا كانت محبوسة لا تقدر على قضاءه فإما إذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح ؛ لأنها إذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كأنها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشئة . »

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٨٩/٢) : « (وإن حبست امرأة في دين لم يأذن فيه الزوج سقطت نفقتها) مدة الحبس (ولو ثبت) الدين (بالينة) وأفهم كلامه كأصله أنه لو أذن لها في الاستدانة لم تسقط نفقتها ، قال الأزرعي : ولم أر فيه نقلا . »

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٤) : إذا نشرت المرأة فلا نفقة لها مدة النشر .

المادة (٧٥) : الناشر هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمتع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل =

(مادة ١٧١)

النابذة : وهي التي خالفت زوجها ، وخرجت من بيته بلا إذنه ، بغير وجه شرعي ، يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها . وإن كانت لها نفقة مفروضة متجمدة تسقط أيضا بنشوزها ، وكذا المستدانة بغير أمر الحاكم وأمر الزوج .

وتكون نابذة أيضا إذا كان البت المقيمان به ملكا لها وتمتعته من الدخول عليها ، ما لم تكن سألته الثقلة منه فلم ينقلها .

فإن عادت النابذة إلى بيت زوجها ولو بعد سفره ، أو دعته يدخل عليها إذا كان المنزل لها ، عاد حقها في النفقة ، ولا يهود ما سقط منها بنشوزها .

وإن تمتعت من الاستمتاع بها وهي في بيته ، فلا تكون نابذة نشوزا موجبا لسقوط النفقة (١) .

= طلبها النقل إلى بيت آخر .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لا نفقة مع النشوز : المادة (٦٩) : إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها والناشز هي التي تركت بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمتع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر ويحتر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إبداء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية العربي : إيقاف نفقة الزوجة الناشز : « يمكن للزوج طلب إيقاف نفقة زوجته إذا حكم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية وامتعت من تنفيذ الحكم ، وذلك وفق الإجراءات التالية :

« أن يقدم الزوج مقالا إلى المحكمة ، ويتضمن :

الاسم الشخصي والعائلي له ولزوجته ، وعنوانيهما ، وبيان سبب إيقاف النفقة وتوقيمه أو توقيع نائبه ، أو أن يدلي بتصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط .

أن يرفق المقال أو التصريح بالحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية وبمحضر امتناع الزوجة من تنفيذه .
يكون الحكم الصادر بإيقاف النفقة مشمولا بالنفاذ المعجل . « الحكم الصادر بإيقاف النفقة يقبل الطعن .
نشوز الحامل لا يسقط نفقتها .

نشوز غير الحامل لا يسقط نفقتها ولكن يمكن إيقاف نفقتها في حالة امتناعها من تنفيذ الحكم الصادر ضدها بالرجوع إلى بيت الزوجية .

لا يؤثر الاستئناف في إيقاف النفقة ما لم يقض بإلغاء الحكم .

(١) قول الخنيفة : جاء في بدائع الصنائع (٢٢/٤) : « ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز في النكاح أن تمتع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بأن خرجت بغير إذنه وغابت أو سافرت فأما إذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة ؛ لأنها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرا وغائبا =

= فكان معنى التسليم حاصلًا والنشوز في العدة أن تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى من قبلها وقد روي أن فاطمة بنت قيس كانت تبتذو على أحمائها ، فنقلها النبي ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى ؛ لأن الإخراج كان بمعنى من قبلها ؛ فصارت كأنها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها .
قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (١٦٨/٥ - ١٧٠) : « (وتسقط) نفقة كل يوم (بنشوز) أي خروج عن طاعة الزوج بعد التمكين والعرض على الجديد وقبله على القديم ؛ لأنها تجب بالتسليم فتسقط بالمنع ، والمراد بالسقوط عدم الوجوب ، وإلا فالسقوط حقيقة إنما يكون بعد الوجوب .

تبيه : نشوز غير المكلفة كالمكلفة لاستواء الفعلين في التفويت على الزوج ، وسواء أقدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً أم لا ؛ لأن له عليها حق الحبس في مقابلة وجوب النفقة ، فإذا نشزت عليه سقط وجوب النفقة ، ولو نشزت نهاراً دون الليل أو عكسه أو بعض أحدهما سقطت نفقة جميع اليوم ؛ لأنها لا تتجزأ بدليل أنها تسلم دفعة واحدة ، ولا تفرق غدوة وعشية ، وقيل : تستحق نفقة ما قبل النشوز من زمن الطاعة بالقسط ، وقطع به السرخسي (و) تسقط و (لو) كان نشوزها (بمنع لمس) أو غيره من مقدمات الوطء (بلا عذر) بها إلحاقاً لمقدمات الوطء بالوطء ، فإن كان عذر كمنع لمس من بفرجها قروح وعلمت أنه متى لمسها واقعها لم يكن منعها نشوزاً .

تبيه : قضية كلامه أنها لو مكنت من الوطء ومنعت بقية الاستمتاع أنه نشوز ، وهو الأصح في زوائد الروضة في باب القسم والنشوز ، ونبه باللمس على أن ما فوقه بالطريق الأولى ، لكن لا يفهم منه أنها لو منعت النظر بتغطية وجهها أو توليته يكون نشوزاً ، والأصح في زيادة الروضة أنه نشوز (وعبالة زوج) أو كبر الله بحيث لا تحتملها الزوجة (أو مرض) بها (يضر) ها (معه الوطء عذر) في منعها من وطئه فتستحق النفقة مع منع الوطء لعذرها إذا كانت عنده لحصول التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه ، وثبتت عبالته بأربع نسوة ؛ لأنها شهادة يسقط بها حق الزوج ولهن نظر ذكره في حال الجماع للشهادة بذلك ، وليس لها الامتناع من الزفاف لبعالته ، ولها ذلك بالمرض ؛ لأنه متوقع الزوال .

فروع : لا يسقط النفقة عذر يمنع الجماع عادة كمرض يرتق وقرن وضئى ، وهو بالفتح والقصر : مرض مدنف ، وحيض ونفاس وجنون ، وإن قارنت تسليم الزوجة ؛ لأنها أعذار بعضها بطراً ويؤزل وبعضها دائم وهي معذورة فيها وقد حصل التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه ، وفارق ما لو غضبت بخروجها عن قبضة الزوج وفوات التمتع بالكلية وتسقط نفقتها بحبسها ولو ظلماً كما لو وطئت بشبهة فاعتدت ، ولو حبسها الزوج بدينه هل تسقط نفقتها أو لا ، لأن المنع من قبله ، الأقرب كما قال الأذريعي : أنها إن منعت منه عناداً سقطت ، أو لإعسار فلا ، ولا أثر لزمانها ، وإن حبلت لأنه لا يمنع الاستمتاع بها (والخروج) للزوجة (من بيته) أي الزوج حاضراً كان أو لا (بلا إذن) منه (نشوز) منها سواء كان لعبادة كحج أم لا ، يسقط نفقتها لخالفها الواجب عليها (إلا أن يشرف) البيت (على انهدام) فليس بنشوز لعذرها .

تبيه : قد يفهم الاستثناء حصره في هذه الصورة ، وليس مراداً ؛ فإنها تعذر في صور غير ذلك ، منها ما إذا أكرهت على الخروج من بيته ظلماً ، ومنها ما إذا خربت المحلة وبقي البيت منفرداً وخافت على نفسها ، ومنها ما لو كان المنزل لغير الزوج فأخرجها منه صاحبه ، ومنها ما لو خرجت إلى القاضي لطلب حقها منه ، ومنها =

ما إذا أعسر بالنفقة سواء أَرْضِيَتْ بإعساره أم لا ، ومنها ما لو خرجت إلى الحمام ونحوه من حوائجها التي يقتضي العرف خروج مثلها له لتعود عن قرب للعرف في رضا مثله بذلك ، ومنها ما لو خرجت لاستفتاء لم يغنها الزوج عن خروجها له ، ومنها ما لو خرجت لبيت أبيها لزيارة أو عيادة كما سيأتي ، فلو قال : إلا لعذر لشمّل ذلك كله . (ولو نشزت) في حضور الزوج بأن خرجت من بيته ، كما قاله الرافعي بغير إذنه (فغاب) عنها (فأطاعت) بعد غيبته بروجعها إلى بيته (لم تجب) نفقتها زمن الطاعة (في الأصح) لانتهاء التسليم والتسلم ؛ إذ لا يحصلان مع الغيبة ، والثاني يجب لعودها إلى الطاعة (و) على الأول (طريقها) في عود استحقاق النفقة لها بعد طاعتها في غيبة زوجها (أن يكتب الحاكم) بعد رفعها الأمر إليه (كما سبق) في ابتداء التسليم فيكتب لحاكم بلده ليعلمه بالحال ، فإن عاد أو وكيله واستأنف تسلمها عادت النفقة ، وإن مضى زمن إمكان العود ولم يعد ولا بعث وكيله عادت النفقة أيضًا على ما مر في المقيس عليه ، أما إذا كان نشوزها بغير الخروج من بيتها كأن ارتدت أو خالفته من غير خروج من المنزل عادت النفقة بعودها إلى الإسلام أو الطاعة في غيبته ، وإن أفهم كلام المتن خلافه .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٩١/٤ ، ١٩٢) : « المشهور أن الزوجة إذا منعت زوجها من الوطاء لغير عذر فإن نفقتها تسقط عنه ؛ لأن منعها نشوز ، والنفقة تسقط بالنشوز ، وإذا ادعت أنها إنما منعت لعذر كمرض فلا بد من إثباته حيث خالفها الزوج بشهادة امرأتين كما قاله ابن فرحون في شرح ابن الحاجب ، ولعل ما ذكره ابن فرحون من الثبوت بامرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال وإلا فلا يثبت إلا بشاهدين كخروجها بلا إذن ولا يقبل قول الزوج هي تمنعني من وطئها حيث قالت لم أمنه وإنما المنع منه ؛ لأنه ينهم على إسقاط حقها من النفقة كما قاله الناصر اللقاني . أو الاستمتاع أي وكذلك تسقط النفقة بمنعها الاستمتاع كمن لا توطأ كالرتقاء ونحوها ، وحينئذ فهو من عطف المغاير والمنع من الوطاء أو الاستمتاع يعلم من جهتها بأن تقر بذلك بحضور عدلين أو عدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين على ما يظهر ، فإن قلت : كيف يثبت بعدل وامرأتين مع أن المنع المذكور يترتب عليه التعزير وهو لا يثبت بذلك ، فالجواب أن المترتب عليه ما مر من كونه يعظها ثم يهجرها ثم يضربها إن أفاد أو خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها يعني أن المرأة إذا خرجت من محل طاعة زوجها بغير إذنه ولم يقدر على عودها إلى محل طاعته لا بنفسه ولا بالحاكم ، فإن ذلك يكون أشد النشوز فتسقط به نفقتها وتستحق حينئذ التعزير على ذلك أبو عمران ، واستحسن في هذا الزمان أن يقال لها : إما أن ترجعي إلى بيتك أو تحاكمي زوجك وتصفيه وإلا فلا نفقة لك لتعذر الأحكام والإنصاف في هذا الزمان ويؤدها هو أو الحاكم على ذلك ، قال : وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم مثل الناشز . وأما إلى موضع مجهول فلا نفقة لها ولا سكنى كمتطوعة خرجت من منزلها ولو قدر على ردها بخلاف النفقة فلا بد من العجز أو عدم العلم بمكانها والفرق أن السكنى متعينة في مسكن الطلاق لا في ذمته فليس لها أن توجب في ذمته ما لم يكن عليه واجبًا وعبارة ولم يقدر عليها أي على ردها ولا على منعها ابتداءً وأما لو كان قادرًا على منعها ابتداءً ولم يمنعها لم تسقط ؛ لأنها خرجت بإذنه ، وهذا في التي في العصمة ، وأما الرجعية فلا تسقط نفقتها مطلقًا ؛ لأنه ليس له منعها وقوله (إن لم تحمّل) شرط في مسألة منع الوطاء وما بعدها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَىٰ حَمْلٌ فَلْيُفَوِّضْ حَمْلَهُنَّ إِلَىٰ حَقٍّ يَبْصُرْ حَمْلَهُنَّ ﴾ قال المؤلف وحيث ذكر أصحابنا نفقة الحمل فأما =

١٠٥٧ - وإذا نشرت المرأة ، سقط حقها في النفقة مدة نشوزها .

١٠٥٨ - والناشرة في اللغة : هي العاصية على الزوج المبغضة له . يقال : نشزت المرأة على زوجها ، فهي ناشزة .

١٠٥٩ - وعن الزجاج (١) : النشوز يكون بين الزوجين ، وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه . وفي الشرع : هي الخارجة من منزل زوجها ، المانعة نفسها منه . فيشمل ما إذا امتنعت عن المجيء إلى منزله ابتداء بغير حق ، وما إذا خرجت من منزله بعد الانتقال إليه .

١٠٦٠ - فإن كان خروجها من منزله أو امتناعها عن الذهاب إليه لحق شرعي ، بأن امتنعت لاستيفاء معجل مهرها ، أو لأن البيت الذي يريد نقلها إليه مغصوب ، فلا تسقط نفقتها ، لأحقيتها في هذا الامتناع .

١٠٦١ - ولكون النشوز أمراً فظيماً ، لم يُكْتَفِ الشارع بإسقاط النفقة المستقبلية فقط ،

= يريدون به حمل البائن لا من في العصية ولا الرجعية ولا المتوفى عنها فلا نفقة لحملهن أما الأوليان فلاندرج نفقة حملهما في النفقة عليهما وأما الأخيرة فحملها وارث وحيث وجبت النفقة وجبت الكسوة .
قول الخطابلة : جاء في المغني (١٨٩ / ٨) : « والناشر لا نفقة لها ، فإن كان لها منه ولد ، أعطها نفقة ولدها » فتى امتنعت من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلاً ، أو من السفر معه ، فلا نفقة لها ولا سكنى ، في قول عامة أهل العلم ؛ منهم الشعبي ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو ثور ، وقال الحكم : لها النفقة ، وقال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحكم ، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها ، فكذا نفقتها . ولنا : أن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها ، بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه ، وإذا منعه النفقة كان لها منعه التمكين ، فإذا منعه التمكين كان له منعه النفقة ، كما قبل الدخول وتخالف المهر ؛ فإنه يجب بمجرد العقد ؛ ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما إذا كان له منها ولد ، فعليه نفقة ولده ؛ لأنها واجبة له ، فلا يسقط حقه بمعصيتها ، كالكبير ، وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هي الحاضنة له ، أو المرضعة له ، وكذلك أجر رضاعها ، يلزمه تسليمه إليها ؛ لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع ، لا في مقابلة الاستمتاع ، فلا يزول بزواله .»

(١) هو : أبو إسحاق إبراهيم بن محمد السري الزجاج البغدادي الإمام ، نحوي زمانه ، مصنف كتاب « معاني القرآن » وله تأليف جمة ، لزم المبرد فكان يعطيه من عمل الزجاج كل يوم درهماً ، فنصح ، وعلمه ، ثم أديب القاسم بن عبد الله الوزير ، فكان سبب غناه ، ثم كان من ندماء المعتضد مات سنة إحدى عشر وثلاثمائة ، ويقال : توفي سنة ست عشرة ، له كتاب الإنسان وأعضائه ، وكتاب الفرس ، وكتاب العروض ، وكتاب الاشتقاق ، وكتاب النوادر ، كتاب فعلت وأفعلت ، وأخذ العربية عن أبي علي الفارسي وجماعة . انظر : سير أعلام النبلاء (٣٥٤ / ١١) .

بل رتب عليه سقوط النفقة المتجمعة على الزوج ، فإذا كان القاضي فرض لها كل شهر مقداراً معيناً من النقود ، أو تراضى الزوجان على أن تأخذ هي كل شهر مبلغ كذا في نفقتها ، ومضت مدة ولم يعطها ، تسقط هذه النفقة بالنشوز أيضاً ، ولو كانت المرأة أخذتها ديناً بغير إذن الزوج أو إذن القاضي .

١٠٦٢ - أما إن كانت الاستدانة بإذن الزوج أو القاضي ، فلا تسقط بالنشوز ؛ لأنها صارت في هذه الحالة ديناً صحيحاً ، وهو لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

١٠٦٣ - فإن لم تخرج المرأة من البيت ، بل منعت الزوج من أن يدخل عليها ، وكان البيت المقيمان به ملكاً لها : فإما أن تكون سألته النفقة منه ، أو لم تسأله .

١٠٦٤ - فإن سألته بأن قالت له : حولني إلى منزلك ، أو استأجر لي منزلاً . ومضت المدة الكافية بحسب العرف للبحث عن منزل ليستأجره ، فلها الحق في النفقة ؛ لأنها محقة في هذا الطلب . فإذا لم يجبها ، فلها الحق في منعه من دخوله بيتها ، فلا تسقط نفقتها .

١٠٦٥ - وإن لم تكن سألته النفقة ، فلا نفقة لها لنشوزها ، إذ هي خارجة عن بيته حكماً .

١٠٦٦ - فعلم مما تقدم أن سقوط النفقة مترتب على النشوز ، فإذا زال بأن عادت إلى منزل زوجها في صورة الخروج منه ، أو دعته يدخل عليها بيتها في صورة منعه ، استحقت النفقة في المستقبل فقط ، فلا يعود ما سقط منها بنشوزها ، سواء كان عودها إلى منزل زوجها وهو مقيم به أو مسافر ، لزوال المانع وهو النشوز . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : إذا عادت وهو مسافر ، فلا حق لها في النفقة . وهو الظاهر كما لا يخفى .

١٠٦٧ - فإن لم تخرج من بيته ، ولكن منعه من الاستمتاع بها ، فلا تكون ناشزة نشوزاً موجباً لسقوط النفقة ؛ لأن الظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها .

(مادة ١٧٢)

الْمُنْكَوْحَةُ بِكَاحَا فَاسِدًا وَالْمَرْطُوْعَةُ بِشَيْهَةٍ ، لَا نَفَقَةَ لَهُمَا ، إِلَّا الْمُنْكَوْحَةُ بِلَا شُهُوْدٍ . فَإِذَا فَرَضَ الْحَاكِمُ لِإِخْدَاھُمَا نَفَقَةً قَبْلَ ظَهُوْرِ فَسَادِ النِّكَاحِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، فَلِلزَّوْجِ الرَّجُوْعُ عَلَيَّهَا بِمَا أَخَذَتْهُ مِنْهُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، لَا بِمَا أَخَذَتْهُ بِلَا أَمْرِهِ ^(١) .

•••

١٠٦٨ - ولا تجب النفقة على الزوج لزوجته إلا إذا كان العقد صحيحًا ؛ لأن الاحتباس الموجب للنفقة لا يكون إلا به . فلو كان العقد فاسدًا ، أو لم يكن هناك عقد أصلاً ، بأن وطئت المرأة بشبهة ، كما إذا زفت إليه امرأة وقيل له : هي زوجتك . فدخل بها ، وتبين الحال بعد ذلك وفرق بينهما ، فلا تجب النفقة .

١٠٦٩ - ولكنهم استثنوا من النكاح الفاسد : العقد بلا شهود ، فإنه - وإن كان فاسدًا - تجب النفقة فيه ، لأنه مختلف فيه ، إذ بعضهم يقول بجواز عقد الزواج بغير شهود ، وإنما الشرط الإعلان .

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (١٩٣/٥) : « ولا نفقة في النكاح الفاسد والوطء بالشبهة ولا في العدة منه ؛ لأن ما به تستوجب النفقة معدوم هنا وهو تسليمها نفسها إلى الزوج للقيام بمصالحه فإن فساد النكاح يمنعها من ذلك شرعاً ؛ ولهذا لم تجعل الخلوة في النكاح الفاسد تسليمًا في حق وجوب المهر فكذا لا تستوجب النفقة في التسليم بالنكاح الفاسد » .

قول الشافعية : جاء في حاشية البيجيرمي على الخطيب (٥٥/٤) : « النكاح الفاسد لا يوجب النفقة » . وجاء في فتاوى الرملي (٣٦٢/٣) : « (مثل) عن نكح امرأة نكاحًا فاسدًا وتسلمها وأنفق عليها مدة ولم يطأها ولا استمتع بها ؛ هل له الرجوع عليها بما أنفق أم لا ، (فأجاب) بأنه لا رجوع له عليها بشيء منه » . قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٥٠٩/٣) : « قال ابن عبد السلام : واختلف إذا دعا الزوج في مثل هذا النكاح إلى البناء والنفقة فاتفق على أنه نكاح صحيح ثم عثر على فساده قبل البناء ففسخ أنه يرجع في مال الزوجة بما أنفق عليها كمن اشترى من رجل داره على أن ينفق عليه حياته فإنه يرجع عليه بالنفقة التي دفع إليه ويفسخ البيع ، وقال عبد الله بن الوليد لا يرجع على الزوجة بشيء انتهى . زاد في التوضيح أثر كلام ابن الوليد ؛ لأن الفسخ قبل البناء غير واجب إذ أجازته جماعة من العلماء إذا عجل ربع دينار ا هـ . وصحح في الشامل القول بالرجوع ، ونصه : وحيث فسخ فهل وجوبًا أو استحبابًا قولان ويرجع بما أنفق قبل البناء إن فسخ على الأصح » .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٤٦٧/٥) : « (ولا تجب النفقة في النكاح الفاسد) لأن وجود العقد كعدمه (لغير حامل) فإن كانت حاملًا فالنفقة للحمل » .

١٠٧٠ - ويترتب على عدم استحقاقها للنفقة : أن الزوج في صورة النكاح الفاسد وأن الواطئ بشبهة إذا أعطاهما نفقة قبل ظهور الحال من فساد العقد والواطئ بشبهة ، ثم علم وحصل التفريق بينهما ، يرجع بما أعطى لكل منهما إذا كان الإعطاء بأمر الحاكم ؛ لأنه مضطر في الدفع إليهما بسبب أمر الحاكم له ، والحاكم لم يأمره إلا بناء على استحقاقها للنفقة ، فإذا تبين عدم الاستحقاق رجع بما دفع .

١٠٧١ - فإن كان الإعطاء بغير أمر الحاكم ، فلا يرجع بما أعطى ؛ لأنه غير مضطر في هذا الإعطاء ، خصوصاً وأن النفقة لها شبه صلة ، فلا يرجع فيها ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٦) : تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة.
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : فرض النفقة حسب حال الزوج : المادة (٧٠) : تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً وتجاوز زيادتها ونقصها تبعاً لحالته على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : « تحدد نفقة الزوجة بناء على دخل الزوج وحالها ومستوى الأسعار مع اعتبار التوسط ، ونفقة الأولاد على قدر حال المنفق وعوائد المجتمع الذي يعيشون فيه .
جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٠) يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق ، وحال المنفق عليه ، والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً .

الفصل الثالث في تقدير نفقة الطعام

(مادة ١٧٣)

تَقْدَرُ نَفَقَةُ الطَّعَامِ بِقَدْرِ حَالِ الزَّوْجَيْنِ يَسَارًا وَإِعْسَارًا . فَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ فَتَقَفَّةُ الْيَسَارِ ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ فَتَقَفَّةُ الْإِعْسَارِ ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلِفَيْنِ حَالًا فَتَقَفَّةُ الْوَسْطِ . فَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ هُوَ الْفَقِيرَ ، لَا يُخَاطَبُ إِلَّا بِقَدْرِ وُسْعِهِ ، وَالْبَاقِي ذَيْنَ عَلَيْهِ إِلَى الْيَسْرَةِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٤٨٦/١ ، ٤٨٧) : « (ويعتبر في ذلك) أي في فرض النفقة (حالهما) أي الزوجين في اليسار والإعسار وهو اختيار الحنصاف ، وعليه الفتوى كما في الهداية (فني الموسرين) من الزوجين يعتبر (حال اليسار) ككسوتهم واليسار اسم من الإيسار ، وهو الاستغناء (وفي المسرين) يعتبر (حال الإعسار) أي الافتقار (وفي المختلفين) بأن يكون الزوج موسرًا والزوجة معسرة أو بالعكس يعتبر (بين ذلك) أي نفقة الوسط دون نفقة الموسرين وفوق المعسرين والمستحب أن يطعمها الزوج ما يأكله ؛ لأنه مأمور بحسن المعاشرة (وقيل) قائله الكرخي (يعتبر حاله) أي الزوج في اليسار والإعسار (فقط) أي لا يعتبر حالها وهو قول الشافعي ، قال صاحب البدائع : وهو الصحيح قال صاحب المبسوط : المعتبر حاله في اليسار والإعسار في ظاهر الرواية ، وذكر في الخزانة أنه يعتبر حالها ، وهو قول مالك فينفق بقدر ما يقدر والباقي دين عليه . »

قول الشافعية : جاء في الهجة الوردية (٣٨٦/٤ ، ٣٨٧) : « (تمليك مد حبة صحيحه) أي أوجب للممكنة على زوجها صبيحة كل يوم تمليك مد حب صحيح من (غالب قوت ثم) أي بلده من حنطة أو غيرها بأن يسلمه لها بقصد أداء ما لزمه كسائر الديون من غير افتقار إلى لفظ واعتبر في ذلك التملك ؛ لأنه يستهلك والغالب ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها وقياسًا على الفطرة والكفارة (فالمناسب له) أي فإن لم يكن غالب فمن اللائق بالزوج وخرج بالحب الدقيق والعجين والحبز لعدم صلاحيتها لكل ما يصلح له الحب وبالصحيح أي السليم المزيد على الحاروي الميعب كالمسوس والمدود ومحل تمليك الحب حيث اعتادوه فلو اعتادوا لحمًا أو لبنًا أو أقطًا أو جبنًا فهو الواجب والعبرة بمد النبي ﷺ وهو عند الرافعي مائة وثلاثة وسبعون درهماً وثلاث دراهم وعند النووي مائة واحد وسبعون وثلاثة أسباع درهم بناء على اختلافهما في قدر رطل بغداد (على المسكين) المعبر عنه في كتب الجمهور بالمعسر أي أوجب ما ذكر على مسكين الزكاة الشامل لفقيرها كمكسه كما مر بيانه .

قال الشيخان : والقدرة على الكسب الواسع لا تخرجه عن حد الإعسار في النفقة وإن أخرجته عن استحقاق سهم المساكين وقضيته أن القادر على نفقة الموسر لا يلزمه كسبها . »

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (١٨٥ ، ١٨٤/٤) : « نفقة الزوجة تجب على زوجها ، ولو كانت أكلة جدًا وهي مصيبة نزلت به فعليه كفايتها أو بطلاقها كما في الحديث بخلاف من استأجر أجيرًا بطعامه فوجده أكلًا فإن المستأجر له الخيار في إبقاء الإجارة وفسخها إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط ، فإنه لا خيار =

١٠٧٢ - قد عرفت مما تقدم أن النفقة في الشرع هي الطعام والكسوة والسكنى وحيث أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته فيلزمه كل هذه الأشياء ولكن اختلفت الأئمة في تقدير هذه الأشياء فقال الشافعي وبعض الحنفية : تقدر بحسب حال الزوج فإن كان موسراً فرضت عليه نفقة الموسرين ولو معسراً فنفقة المعسرين ولو متوسطاً فنفقة المتوسط وبعضهم يقول يعتبر حال الزوجين معاً فإن كانا معسرين أو موسرين أو متوسطين فنفقة الإعسار أو اليسار أو الوسط وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يجب عليه نفقة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهي المتوسطة فإن كان الزوج هو الموسر والزوجة معسرة فهو قادر على أن يدفع لها النفقة المتوسطة وإن كان الزوج هو المعسر والزوجة هي الغنية فإنه يطالب بما في وسعه الآن ويكون الفرق بين نفقة المعسر والمتوسط ديناً عليه إلى الميسرة فإذا فرضنا أن الشخص المعسر ينفق على زوجته مائتي قرش في الشهر مثلاً والمتوسط ينفق أربعمائة فنأمره بدفع المائتين والمائتان الباقيتان تكونان ديناً في ذمته تأخذها منه الزوجة عند يساره ولا يخفى أنه لا يمكن ضبط كل من الموسر والمعسر والمتوسط لاشتغال كل منهم على أفراد كثيرة فينظر إلى حالة كل منهم .

١٠٧٣ - فيؤخذ مما تقدم أنهم اتفقوا على وجوب نفقة الموسرين إذا كانا موسرين وعلى نفقة المعسرين إذا كانا معسرين وكذا الحال في المتوسطين وإنما الاختلاف فيما إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعلى القول الأول الاعتبار بحال الزوج فإن كان موسراً وهي معسرة تجب عليه نفقة الموسرين ولا يجب عليه أن يطعمها بما يأكل لكن يستحب له أن يؤاكلها لأنه مأمور بحسن العشرة معها وإظهار مكارم الأخلاق وذلك في أن يؤاكلها لتكون نفقته ونفقتها سواء - وإن كان معسراً وهي موسرة وجب عليه نفقة المعسرين ؛ لأنها لما تزوجت معسراً فقد رضيت بنفقة المعسرين ومع ذلك فيمكنها أن

= للمستأجر ويلزمه أن يدفع للأجير طعاماً وسطاً كما يأتي في باب الإجارة عند قوله كمتأجر أوجر بأكله أكولاً قاله في المتوسط ، وفيه نظر ، فإن في إزام الأجير بطعام وسط ضرراً به ويحط من فوته . وكذلك المرأة الصحيحة القليلة الأكل لا يلزم زوجها لها من النفقة إلا بقدر كفايتها فقط وليس لها أن تأخذ منه طعاماً كاملاً لأجل أن تصرف باقيه في مصالحها قال الميطني : وهذا هو الصواب وهذا كله في غير المقرر لها النفقة وإلا فيلزم ما قرر ولا يراعى حينئذ مريضة ولا قليلة أكل من غيرها .

قول الخنابلة : جاء في المغني (١٥٧/٨) : « والنفقة مقدرة بالكفاية ، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك . وقال القاضي : هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم ، في حق الموسر والمعسر ، اعتباراً بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته ؛ لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول ، وفيما تقوم به البنية ، وإنما يختلفان في جودته ، فكذلك النفقة الواجبة . »

توسع على نفسها من مالها .

١٠٧٤ - وأما على القول الثاني فيجب عليه نفقة الوسط في المسألتين وهي فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة واستدل الأول بقوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ . وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يُلْكَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ فقد اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعًا وأمره بالإنفاق فلا مصير إلى غيره فلو اعتبرنا حالهما فقد تركنا العمل بالكتاب - ويانه أن الزوج أن كان معسرًا وهي موسرة فلو أوجبنا عليه فوق نفقة المعسرات لكان تكليفًا بما ليس في وسعه وهو منفي بالنص - واستدل الثاني بما روى : إن هند بنت عقبة وهي امرأة أبي سفيان أتت للنبي ﷺ وقالت له : يا رسول الله ، أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم . فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فاعتبر حالها ولكن لقائل أن يقول : هذا الدليل غير مطابق للمدعي ؛ لأن المدعي هو اعتبار حالهما والحديث يدل على اعتبار حالها ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه .

١٠٧٥ - والمخالف يقول به فإذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث يدل على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرًا من وجه وحالها كذلك وهو الموافق للفقه كما قيل ؛ لأن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة على كفايتها نظرًا لحال الزوج ، ويجب هذا القائل عن الآية المتقدمة : بأنه لا يخالفها بل يقول بموجبها ولذا يكلف الزوج بالإنفاق بقدر وسعه إن كان فقيرًا وهي الموسرة لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع ويكون الباقي دينًا في ذمته عملاً بالدليلين ولا يؤديه مع العجز وصريح كلامهم أن الفتوى على الثاني وإن قال بالأول جمع من المشايخ بل هو الذي نص عليه الإمام محمد ، وقال به الإمام الشافعي ، وهو الظاهر (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٧) : ١ - تجوز زيادة النفقة وتقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد .

٢ - لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية .
جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧١) أ - يجوز زيادة النفقة وتخفيضها تبعًا لتغير الأحوال .
ب - لا تسمع دعوى الزيادة أو التخفيض قبل مضي ستة أشهر على فرض النفقة إلا في ظروف استثنائية .
ج - تخسب زيادة النفقة أو تخفيضها من تاريخ قيد الدعوى .

(مادة ١٧٤)

تَفْرَضُ التَّفَقُّهُ أَصْنَافًا ، أَوْ تَقْرُومُ الْأَصْنَافَ بِدَرَاهِمَ عَلَى حَسَبِ اخْتِلَافِ أَسْغَارِ الْمَأْكُولَاتِ فِي الْبَلَدَةِ غَلَاءَ وَرَخَصًا رِعَايَةً لِلْجَائِعِينَ . فَإِذَا غَلَا السُّعْرُ ، تَزَادُ التَّفَقُّهُ الْمَقْدَرَةُ لِلْمَرْأَةِ ، وَإِذَا رَخِصَ ، تُنْقَصُ عَنِ الزَّوْجِ ، وَلَوْ بَعْدَ الْقَضَاءِ بِهَا .

١٠٧٦ - وعند ما يفرض القاضي نفقة الطعام للزوجة ويقدرها إن شاء فرضها أصنافًا وأمر الزوج بإحضارها لها وإن شاء قوم هذه الأصناف وأمر الزوج بدفع قيمتها لها ولا شك أن هذا التقويم يختلف على حسب اختلاف أسعار المأكولات في البلدة غلاء ورخصًا رعاية لجانب كل من الزوج والزوجة ولذا لو قدر أصنافًا وقومها بدراهم وأمر الزوج بإعطائها للزوجة وتغير السعر تزداد الدراهم أو تنقص على حسب تغير السعر ، فإذا غلا السعر قضى على الزوج بزيادة الدراهم بنسبة الغلاء وإذا رخص حكم بنقصها بالنسبة للرخص أيضًا فإن كان الزوج هو الذي يأتيها بالأصناف المقدرة فلا نقص ولا زيادة ؛ لأنه هو الذي يدفع ثمنها فسواء غلت أو رخصت فهو المكلف بإحضارها .

(مادة ١٧٥)

يُعْتَبَرُ فِي فِرَاضِ التَّفَقُّهِ وَإِعْطَائِهَا لِلْمَرْأَةِ الْأَصْلَحُ وَالْأَيْسَرُ . فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مُخْتَرَفًا يَكْتَسِبُ قُوَّتَهُ كُلَّ يَوْمٍ ، تُقَدَّرُ التَّفَقُّهُ عَلَيْهِ يَوْمًا بِيَوْمٍ ، وَيُعْطِيهَا نَفَقَةً كُلَّ يَوْمٍ مُعْجَلًا عِنْدَ مَسَاءِ الْيَوْمِ الَّذِي قَبْلَهُ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الصَّنَاعِ الَّذِينَ لَا يَنْقِضِي عَمَلُهُمْ إِلَّا بِمُضِيِّ الْأُسْبُوعِ ، تُقَدَّرُ عَلَيْهِ كُلُّ أُسْبُوعٍ . وَإِنْ كَانَ تَاجِرًا أَوْ مِنْ أَرْبَابِ الْمَاهِيَاتِ ، تُفْرَضُ عَلَيْهِ كُلُّ شَهْرٍ . وَإِنْ كَانَ مُزَارِعًا ، تُفْرَضُ عَلَيْهِ كُلُّ سَنَةٍ .

فَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ فِي ذِفْعِ التَّفَقُّهِ فِي مَوَاعِيدِهَا الْمَقْرُورَةِ ، فَلَهَا أَنْ تَطْلُبَ نَفَقَةً كُلَّ يَوْمٍ (١) .

(١) قول الشافعية : جاء في الهمزة الوردية (٣٨٦/٤) : « أوجب للمكنتة في صبيحة كل يوم أي طلوع فجره نفقتها ؛ لأنها تستحقها يومًا فيوماً لكونها في مقابلة التمكين الحاصل في اليوم فلها المطالبة بها عند طلوع الفجر ولا يلزمها الصبر إذ الواجب الحب كما سيأتي فيحتاج إلى طحنه وعجنه وخبره قال الإمام والغزالي : ومعنى قولهم إن النفقة تجب بطلوع الفجر أنها تجب به وجوبًا موسعًا كالصلاة أو أنه إن قدر وجب عليه التسليم ، وإن ترك عصي لكن لا يحبس ولا يخاصم ، قال البخاري في فتاويه ، وإذا أراد سفرًا طويلًا فلها =

١٠٧٧ - ولا يتعين زمن مخصوص لإعطاء النفقة للمرأة فيه بل هذا يختلف باختلاف حال الزوج وحيثيذ يعتبر الأصلح والأيسر فإن كان الزوج محترقاً يكتسب

= مطالبته بنفقتها لمدة ذهابه ورجوعه كما لا يخرج إلى الحج حتى يترك لها هذا القدر وظاهر أنه لو هياً ذلك ودفعه إلى نائبه ليدفعه إليها يوماً بيوم كفى ولا يكلف إعطائه لها دفعة واحدة ، قال في المهمات : ولو حصل العقد والتحكين وقت الغروب ، فالقياس الوجوب بالغروب . ا هـ . أي غروب تلك الليلة والظاهر الوجوب بالقسط فلو حصل ذلك وقت الظهر فينبغي الوجوب كذلك من حيثذ .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٤ / ٣٩٦ ، ٣٩٧) : « وقدرت (نفقة الزوجة من حيث الزمان (ب) حسب (حاله) أي الزوج في الاكتساب (من يوم) إن كان من الصناع ونحوهم الذين يقبضون أجرة عملهم كل يوم (أو جمعة) إن كان من الصناع الذين يقبضون أجرة عملهم كل جمعة (أو شهر) كأرباب الوظائف والجنذ الذين يقبضون مرتباتهم كل شهر (أو سنة) كأرباب الرزق الذين يقبضون مرتباتهم كل سنة . وعند ابن عرفة أنها إن خاصمت زوجها في النفقة كم يفرض لها النفقة كل سنة أو قبلها بشهر ؟ قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، وأرى أن ذلك على اجتهاد الوالي في عسر الرجل ويسره ، ليس الناس سواء ، اللخمي أجاز ابن القاسم أن يفرض سنة ، وقال سحنون : لا يفرض سنة ؛ لأن الأسواق تحول وأرى أن يوسع في المدة إن كان الزوج موسراً ولم يؤد إلى ضرره ؛ لأن الشأن أن الفرض عند مقابحة الزوجين ، وقلة الإنصاف ، وفي قصر المدة ضرر في تكرير الطلب عند لده ، فإن كان موسراً ، فالأشهر الثلاثة أو الأربعة حسن ، وفي المتوسط الشهر أو الشهران ، وإن كان ذا صنعة فالشهر فإن لم يقدر فعلى قدر ما يرى أنه يستطيع أن يقدمه . ابن عرفة . هل مرادهم بالمدة مدة دوام القدر المفروض أو مدة ما يقضى بتعجيله ، والأول ظاهر ، تعليل سحنون منع السنة بأن الأسواق تحول ، والثاني نص اللخمي وتعليلمم باعتبار حال الزوج ، وفي كتاب ابن سحنون مثل عمن لا يجد ما يجري على امرأته رزق شهر ، هل يجري عليها رزق يوم بيوم من خبز السوق ؟ قال : نعم يجري رزق يوم بيوم بقدر طاقته ، قيل : فإن كان له جدة وليس بالمليء فطلبها أن يرزقها جمعة بجمعة قال بقدر ما يرى السلطان من جدته من الناس من يجري يوماً بيوم ومنهم جمعة بجمعة ومنهم شهراً بشهر . ابن عرفة . انظر لم يقع لفظ الخبز إلا في كلام السائل مع إضراب سحنون عنه في لفظ جوابه ومقتضى متقدم أقوالهم عدم فرض الخبز ، وفي نوازل ابن الحاج فقد يكون باليوم أو بالجمعة أو بالشهر ، وقد يكون بخبز السوق .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٥ / ٥٨١ ، ٥٨٢) : « ويلزمه دفع القوت لا بدله ، ولا حب كل يوم في أوله ، وما اتفقا عليه جاز ، وتملكه بقضه ، قاله في الترغيب ، وتتصرف فيه ما لم يضر بدنها ، وظاهر ما سبق أو صريحه أن الحاكم لا يملك فرض غير الواجب ، كدراهم مثلاً ، إلا باتفاقهما ، فلا يجبر من امتنع . قال في الهدي : لا أصل له في كتاب ولا سنة ، ولا نص عليه أحد من الأئمة ؛ لأنها معاوضة بغير الرضا عن غير مستقر ، وهذا متوجه مع عدم الشقاق وعدم الحاجة ، فأما مع الشقاق والحاجة كالعائبات مثلاً فيتوجه الفرض للحاجة إليه ، على ما لا يخفى ، ولا يقع الفرض بدون ذلك بغير الرضا ، قال الشافعية : ولا يتنازع عن المستقبل وجهاً واحداً ، لعدم استقرارها ، ولا عن الماضي بخبز ودقيق ؛ لأنه ربا ، وبغيرهما فهل يجوز أم لا كمسلم فيه ، على وجهين ، وكذا مراد أصحابنا إذا اعتاضت عن الماضي فلا يجوز بربوي . وفي الانتصار : لا يسقط فرضه عمن زوجته صغيرة أو مجنونة إلا بتسليم ولي أو بإذنه .

واختار شيخنا : لا يلزمه تملك ، بل ينفق ويكسو بحسب العادة ، فإن الإنفاق بالمعروف ليس هو التملك ، =

قوته كل يوم تقدر النفقة عليه يوماً فيوماً ويعطيها نفقة كل يوم معجلاً عند مساء اليوم الذي قبله لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وإن كان من الصناعات الذين لا يقبضون أجرتهم إلا في نهاية الأسبوع تقدر عليه كل أسبوع ويعطيها نفقته مقدماً أيضاً لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك الأسبوع ، وإن كان من أرباب المراتب تفرض عليه كل شهر ؛ لأنه لا يستحق مرتبه إلا في نهاية الشهر ويعجلها لها لما تقدم ، وإن كان من الزراع يأمره القاضي بإعطاء النفقة لها عند حصد أي زرع حسب التقدير الذي يقدره ولكن هذا مقيد بما إذا لم يماطلها الزوج في دفع النفقة في مواعيدها المقررة ، فإن ماطلها كان لها الحق في طلبها كل يوم مهما كانت حرفة الزوج ؛ لأن حصة كل يوم معلومة فيمكنها المطالبة بها وينبغي أن يكون محل تعيين الزمن على حسب حال الزوج إذا رضي فإن لم يرض بذلك بل قال : أنا أدفع نفقة كل يوم معجلاً فلا يجبر على غيره ؛ لأنه إنما اعتبر ما ذكر تخفيفاً عليه فإذا كان يضره فلا يصار إليه .

(مادة ١٧٦)

للزَّوجِ أَنْ يَلْمِيَ الْإِنْفَاقَ بِنَفْسِهِ عَلَى زَوْجِيهِ خَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ . فَإِذَا اشْتَكَّتْ مَطْلَهُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَبَيَّنَّتْ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَلَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ صَاحِبَ مَائِدَةٍ وَطَعَامٍ كَثِيرٍ بَحِيثٍ يُمْكِنُهَا أَنْ تَسْأَلَ مِنْهُ بِقَدَارِ كِفَايَتِهَا ، يُخَضِّرُهُ الْحَاكِمُ ، وَيَقْدُرُ الثَّقَّةُ بِحُضُورِهِ عَلَى الْوَجْهِ الْمُتَقَدِّمِ فِي الْمَادَّةِ السَّالِفَةِ ، وَيَأْمُرُهُ بِإِعْطَائِهَا إِيَّاهَا لِتُتَفَقَّحَ عَلَى نَفْسِهَا .
 فَإِذَا انْتَعَجَ مَعَ الْبَيْتِ مِنْ إِعْطَائِهَا بَعْدَ أَمْرِ الْحَاكِمِ ، وَطَلَبَتْ الْمَرْأَةُ حَبْسَهُ ، لَهُ أَنْ يَخْبِسَهُ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَخْبِسَهُ فِي أَوَّلِ مَرَّةٍ ، بَلْ يُؤَخَّرُ الْحَبْسُ إِلَى مَجْلِسَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ يُعِظُهُ فِي كُلِّ مَجْلِسٍ ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ حَبْسَهُ حِينَئِذٍ .
 وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَبِيعَ عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِهِ مَا لَيْسَ مِنْ أَصُولِ خَوَائِجِهِ ، وَيَضْرِبَ لَمَنَّهُ فِي نَفَقَتِهَا (١) .

= قال رحمته : إن حقها عليك أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسبت ، كما قال رحمته في المملوك ، ثم المملوك لا يجب له التملك إجتماعاً ، وإن قيل : إنه يملك بالتملك .
 (١) قول الخليفة : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٨/١) : « وإن قال : أنا مسر وعلي نفقة المعسرين كان القول قوله إلا أن تقيم المرأة البينة على يساره ، فإن أقامت المرأة البينة أنه موسر قضي عليه بنفقة الموسرين ، وإن أقامت البينة كانت البينة بينة المرأة ، وإن لم تكن لها بينة وطلبت من القاضي أن يسأل عن حال الرجل لا يجب عليه السؤال ، وإن سأل كان حسناً ، فإن أخبره عدل أنه موسر لا يقبل القاضي ذلك ، وإن أخبره عدلان أنه موسر =

١٠٧٨ - الزوج هو الذي يتولى الإنفاق بنفسه على زوجته ؛ لأنه قوام عليها متى كان النكاح قائماً فإن قام بما يلزمه شرعاً فيها ، وإن اشتكت الزوجة منه وادعت أنه مقصر

= قضى القاضي بنفقة المورسين ، وإن لم يتلفظا بلفظ الشهادة يشترط العدل ، والعدالة في هذا الخبر ، ولا يشترط فيه لفظ الشهادة ، وإن قال : سمعنا أنه موسر ، وبلغنا ذلك لا يقبل القاضي ذلك كذا في فتاوى قاضي خان . قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٥٣ ، ١٥٢/٥) : « ولو ادعت الزوجة يسار الزوج وأنكر صدق يمينه إذا لم يمهده له مال ، وإلا فلا يصدق ، فإن ادعى تلفه ففيه التفصيل المذكور في الوديعه ، أما من فيه رق ولو مكاتباً ومبعضاً وإن كثر ماله فممسر لضعف ملك المكاتب ونقص حال المبعوض وعدم ملك غيرهما ، فإن قيل لإحقاق المبعوض بالمعسر مخالفاً لما ذكره في الكفارة من أنه يكلف كفارة الموسر ، وذكروا في نفقة الأقارب نحوه . أوجب بأنهم لو ألحقوه ثم بالمعسر لما صرف شيئاً للمساكين ولا أنفق شيئاً للأقارب ، بخلافه هنا ، فإنه ينفق نفقة المعسر . »

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢٦٣/١) : « (وفي ابن سلمون) فمن ادعى العجز عن النفقة ، وكذلك عن القوت وعمما يوارى العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يجس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لدهه وعليه إثبات ذلك إن نكرته الزوجة ، فإذا أثبت ذلك حلف أنه لا مال له وأن الذي يفرض عليه لا يقدر عليه ، فإذا حلف أجل في الكسوة ، وإن قدر على النفقة دون الكسوة فرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل ، إلا دون ذلك ، وذلك إلى اجتهاد الحاكم ، وإذا ثبت عدمه ، أو أقر بالمعجز ووافقته الزوجة على ذلك أجله الحاكم في الإنفاق عليها الشهر ونحوه وتكون معه في خلال التأجيل ، ولا تبعه بنفقة زمن الإعسار . وإن علم له مال ، أو ظهر لدهه كان للسلطان أن يسجنه ، فإن وجد في خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه وبقيت زوجة ، وإن لم يجد شيئاً ودعت إلى الطلاق فيكسب في ذلك ما نصه « لما انصرم الأجل المقيد فوق هذا ، أو حضر عند القاضي فلان وفقه الله الزوجان فلان وفلانة وأقر الزوج فلان باتصال عشرته وأنه لم يجد منه ما ينفق منه على زوجته المذكورة وسألت منه الزوجة النظر لها أمره بالطلاق فأبى من ذلك وثبتت إبانته عنده فطلقها عليه طليقة واحدة يملك بها رجعتها إن أيسر في عدتها وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعدار إليهما وثبوت زوجيتهما لديه وشهد على القاضي - وفقه الله - بما فيه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما في كذا ، وإن أيسر في عدتها بنفقة الشهر ونحوه وما يجب من اللباس كان أملاك بها » انتهى . (وفي مفيد ابن هشام) ولو أعسر بنفقتها بعد الدخول ، أو بعد أن ادعى إلى البناء فلم يجد شيئاً ينفق منه عليها وأرادت فراقه فرق بينهما إن طلبت ذلك بعد أن يؤجل له ما يراه الحاكم ولا يكون ذلك إلا أياماً ثلاثة ، أو جمعة وقيل : ثلاثين وقيل : شهرين ، والتوقيت في هذا خطأ وإنما فيه اجتهاد الحاكم على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها ، والجوع لا صبر عليه . والفرقة فيها طليقة رجعية ، فإن أيسر في عدتها فله رجعتها إن كان قد دخل بها ولا تلزمه نفقة ما أعسر به ، ولا تصح رجعته ، إلا باليسار . قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٧/٨ ، ١٦٨) : « وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها ، أو في تقييضها نفقتها ، فالقول قول المرأة ؛ لأنها منكرة ، والأصل معها . وإن اختلفا في التمكن الموجب للنفقة ، أو في وقته ، فقالت : كان ذلك من شهر . فقال : بل من يوم . فالقول قوله ؛ لأنه منكر ، والأصل معه . وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة ليفرض لها نفقة المورسين ، أو قالت : كنت موسراً . وأنكر ذلك ، فإن عرف له مال ، فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله . وبهذا كله قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة ، أو في وقتها ، فقال : فرضها منذ شهر . فقالت : بل منذ عام . فالقول قوله ، وبهذا قال =

في الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى هي الإنفاق على نفسها فلا يجيبها القاضي إلى ما طلبت قبل التحري فإن تحرى وظهر له عدم صدقتها بسبب كون الزوج صاحب مائدة وطعام كثير بحيث يمكنها أن تتناول منه مقدار كفايتها أو بغير ذلك رفض دعاها ؛ لأنها متعنتة في هذا الطلب فلا تجاب إليه ، وإن ظهر له صدقتها أجب طلبها وحينئذ يقدر النفقة وأمره بإعطائها لها على الوجه المتقدم لتتولى هي الإنفاق على نفسها ؛ لأن طريق إيصال النفقة إليها نوعان تمكين وتمليك فالتمكين متعين فيما إذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة فتتمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه برفض النفقة وإن لم يكن بهذه الصفة فإن رضيت أن تأكل معه فيها .

١٠٧٩ - وإن خاصته في فرض النفقة يفرض لها بالمعروف وهو التمليك فإن امتثل بما حكم به القاضي فيها وإن امتنع فإما أن يكون موسراً يقدر على دفع ما قضى عليه به أو غير موسر فإن كان الأول وطلبت المرأة حبسه فإن كان له مال ظاهر وكان فاضلاً عن حوائجه الأصلية فللحاكم أن يبيعه بالنيابة عنه وإن لم يرض ويعطيها الثمن لتنفقه على نفسها لأن المدين إذا امتنع عن وفاء ما عليه من الدين باع القاضي من أمواله ولو جبراً ما يسد به ذلك الدين ، وإن لم يكن له مال ظاهر أجب القاضي طلبها لكن لا يحبسه في أول مرة بل يعزره بما يليق به في مجلس أو مجلسين فإن امتثل خلّى سبيله وإن لم يمثل حبسه ؛ لأنه متعنت في عدم الدفع إذا الفرض أنه موسر ، وإن كان الثاني وهو ما إذا كان غير موسر فلا يجيب طلبها إلى حبسه (١) .

= الشافعي وأصحاب الرأي . وقال مالك : إن كان مقيماً معها ، فالقول قوله ، وإن كان غائباً عنها ، فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم . ولنا ، أن قوله يوافق الأصل ، فقدم ، كما لو كان مقيماً معها ، وكل من قلنا : القول قوله فلخصمه عليه اليمين ؛ لأنها دعاوى في المال ، فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبي ﷺ قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه » وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها ، فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة . وقال : بل وفاء للواجب علي . فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بنيته ، أشبه ما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نية . وإن طلق امرأته ، وكانت حاملاً فوضعت ، فقال : طلقتك حاملاً ، فانقضت عدتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك . وقالت : بل بعد الوضع ، فلي النفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء النفقة ، وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج ؛ لإقراره بعدمها . وإن رجع فصدقها فله الرجعة ؛ لأنها مقررة له بها . ولو قال : طلقتك بعد الوضع ، فلي الرجعة ، ولك النفقة . وقالت : بل وأنا حامل . فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرجعة ، ولا نفقة لها ولا عدة عليها ؛ لأنها حق لله تعالى ، فالقول قولها فيها . وإن عاد فصدقها ، سقطت رجعتها ووجب لها النفقة . هذا في ظاهر الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فبينني على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٧٤) : إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته =

(مادة ١٧٧)

إِذَا تَبَتَّ إِعْسَارُ الزَّوْجِ وَعَجْزُهُ عَنِ الْقِيَامِ بِتَفَقُّهِ زَوْجِيهِ ، فَلَا يَخْبِسُهُ الْحَاكِمُ ، وَلَا يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِسَبَبِ عَجْزِهِ ، بَلْ يُفْرَضُ لَهَا التَّفَقُّهُ ، وَيَأْمُرُهَا بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ .
وَتَجِبُ الإِدَانَةُ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا مِنْ أَقَارِبِهَا عِنْدَ عَدَمِ الزَّوْجِ .
وَإِنْ كَانَ لَهَا أَوْلَادٌ صِغَارٌ ، تَجِبُ الإِدَانَةُ لِأَجْلِهِمْ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ أَوْلَادًا وَجُودَ الأبِّ .
وَيُخْبَسُ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الإِدَانَةُ إِذَا اِمْتَنَعَ (١) .

* * *

١٠٨٠ - فقد بان لك أنه متى ظهر للقاضي يسار الزوج وامتنع عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر يبيعه القاضي للنفقة عليها حسبه حتى يمتثل فإن ظهر له

= وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب على أن تكون دينًا في ذمته ، ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٤٧) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، ولم يدع الإعسار وأصر على عدم الإنفاق قضي بالتفريق بينهما في الحال .

المادة (١٤٨) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، وادعى الإعسار وأثبتته ، أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق بينهما .

المادة (١٤٩) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، وادعى الإعسار ، ولم يثبتته ، ضرب له القاضي أجلًا لا يتجاوز شهرًا لينفق فيه وإلا فرق بينهما بعد الأجل .

المادة (١٥٠) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الغائب ، في مكان معروف ، يمكن إعلانه فيه ، ولا مال له ظاهر ، ولم يترك لها مالا تنفق منه ، أمهله القاضي أربعة أشهر لينفق فيها وإلا فرق بينهما .
المادة (١٥١) إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الغائب في مكان مجهول ، ولا مال له ظاهر ولم يترك لها مالا يمكن الإنفاق منه ، فرق القاضي بينهما في الحال .

المادة (١٥٢) مع مراعاة ما نص عليه في المادتين السابقتين ، لا يفرق القاضي بين الزوجين إلا بعد إثبات الدعوى وتحليف الزوجة بين الاستظهار .

المادة (١٥٣) يعتبر التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار فسحًا .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٨٧ ، ٨٦/٢) : (ومن أعسر بنفقة زوجته لم يفرق بينهما ويقال له استديني عليه) فائدة الإذن في الاستدانة أنها تحيل الغريم على الزوج ، فيطالبه بالدين وإن لم يرض الزوج وإن استدانته بغير إذنه كانت المطالبة عليها خاصة ، وإن استدانته قبل أن يأمرها الحاكم فهي متطوعة ولا شيء من ذلك على الزوج يعني إذا كانت النفقة لم تفرض لها عليه قبل ذلك ، أما إذا كانت قد فرضت لم تكن متطوعة بل يكون دينًا على الزوج .

عجزه فلا يجبسه ؛ لأنه لا فائدة فيه فإن طلبت المرأة من القاضي أن يفرق بينهما بسبب عجزه عن النفقة فلا يجيبها إلى هذا الطلب بل يفرض لها النفقة على حسب حالهما أو حال الزوج كما عرفته مما تقدم ويأمرها بأن تستدين ما يفرضه لها على الزوج ؛ ليؤخذ منه إذا أيسر ، وقد يقال ربما لا تجد من يعطيها النفقة المفروضة دينًا على الزوج فنقول : يجبر من تجب عليه نفقتها من الأقارب بفرض عدم وجود الزوج على أن يعطيها مقدار النفقة المقدرة ليرجع بها على الزوج إذا أيسر فإذا كان لها ابن موسر أجزئ على ذلك فإن لم يكن فالأب . فإن لم يكن الأب موجودًا أو كان ولكنه معسر فالأم وهكذا جميع الأقارب بالترتيب الذي ستعرفه في نفقة الأقارب - إن شاء الله تعالى - فإذا امتنع من تجب عليه النفقة لولا وجود الزوج عن الإدانة حبسه القاضي حتى يمثل . وفائدة أمر القاضي بالاستدانة مع فرض النفقة لها هي أن يمكنها إحالة من أخذت منه النفقة دينًا على الزوج وإن لم يرض فطالبه بها بخلاف ما إذا كانت بغير أمره حيث تطالب هي ثم ترجع به على الزوج ، ولا تحيل عليه الغريم بلا رضاه لعدم ولايتها عليه .

١٠٨١ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى يفرق القاضي بين الزوجين بعجزه عن النفقة لما روى أبو هريرة من قوله عليه الصلاة والسلام « ابدأ بمن تعول » فقال : من أعول يا رسول الله ؟ قال : « امرأتك تقول : أطعمني أو فارقتي ، وجاريتك تقول : أطعمني واستعملني ، وولدتك يقول : إلى من تتركني ؟ » وكتب سيدنا عمر رضی الله تعالى عنه إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا نفقتهم الباقية ، ولأن الواجب على الزوج الإمساك بالمعروف ، وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين التسريح بالإحسان فصار كالجب والعنة بل أولى ؛ لأن البدن لا بقاء له بدون النفقة ، ويبقى بدون الجماع .

١٠٨٢ - ولنا قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ فيدخل تحته كل معسر وقوله تعالى : ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَانَهَا سَيِّئَةً سَبْعًا اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرٌ ﴾ .

١٠٨٣ - وهذا دليل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالإنفاق فلا يجب عليه الإنفاق في هذه الحالة .

١٠٨٤ - ولأن في التفريق إبطال الملك على الزوج وفي الأمر بالاستدانة تأخير حقه وهو أهون من الإبطال فكان أولى .

١٠٨٥ - والحديث المتقدم لا دلالة فيه على ذلك ؛ لأنه ليس فيه إلا حكاية قول المرأة أطعمني أو فارقتي فليس فيه دلالة على أن الفراق واجب عليه إذا طلبت ذلك ولا يمكن الاحتجاج بكتاب سيدنا عمر أيضًا ؛ لأن مذهبه إسقاط طلبها من المعسر كما رواه الثقات

وكتابه كان إلى القادرين على النفقة ، ولهذا أمرهم أن يوفوا بالبقية من النفقة الماضية .
 ١٠٨٦ - ولا يمكن قياس النفقة على الحب والعنة لأنهما يفوت بهما المقصود من الزواج وهو التناسل ، والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل ؛ ولأن النفقة لا تفوت بل تتأخر وتبقى ديناً في الذمة فيمكن تداركها بعد زمن فلا تكون معارضة لإبطال حقه في الملك وفي الحب والعنة لا يمكن ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها ؛ لأنه أصدق من حقه إذ لا حاجة له إليها فيما يرجع إلى المقصود بالزواج .

١٠٨٧ - وبهذا تبين أن الإمساك بالمعروف لم يفوت ؛ لأن كل واحد مخاطب بما عنده لقوله تعالى ﴿ عَلَى الْوَبِيِّ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُسْتَعْتِرِ قَدْرُهُ ﴾ وليس له قدرة إلا على الالتزام في الذمة فيجب المصير إليه إلى المسيرة بالنص ولهذا وجب المصير إليه في حق المهر والنفقة المجتمعة من الماضي .

١٠٨٨ - وقال الإمام مالك رحمه الله تعالى : إذا امتنع الزوج من الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال .

١٠٨٩ - وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً وإن أثبت الإعسار أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

١٠٩٠ - وإن كان الزوج مريضاً أو مسجوناً وامتنع عن الإنفاق على زوجته أمهله القاضي مدة يرجى فيها الشفاء أو الخلاص من السجن فإن طالت مدة المرض أو السجن بحيث يخشى الضرر أو الفتنة طلق عليه القاضي .

١٠٩١ - وإذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ، ولم يترك نفقة لزوجته ضرب القاضي له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفقه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل فإن كان بعيد الغيبة أو كان مجهول المحل وثبت إنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي .

١٠٩٢ - فإن كان للزوج الغائب مال أو دين في ذمة أحد أو وديعة في يد آخر كان للزوجة حق طلب فرض النفقة من ذلك المال أو الدين ولها أن تقيم البينة على من ينكر الدين أو الوديعة ويقضي بطلبها ، وذلك بعد أن تحلف أنها تستحق النفقة على الغائب وأنه لم يترك لها مالاً ولم يقم عنه وكيلاً في الإنفاق عليها .

١٠٩٣ - وتطبيق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا فللزوجة أن تراجع زوجها إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق في أثناء المدة فإن لم يثبت يساره أو لم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة .

١٠٩٤ - وقال الإمام أحمد رضى الله تعالى عنه : متى عجز الزوج عن نفقة المعسرين سواء كانت النفقة قوتاً أو كسوة أو مسكناً بأن لم يقدر على شيء أصلاً أو صار لا يجد النفقة إلا يوماً دون يوم فللزوجة الفسخ فوراً ومترائياً ولها المقام معه مع منعها نفسها عنه وبدونه ولا يمنعها تكسباً ، ولها الفسخ بعده فإن غاب الموسر عن زوجته وتعذرت عليها النفقة بأن لم يترك لها ما تنفقه على نفسها ولم تقدر له على مال ولا أمكنها تحصيل نفقتها بالاستدانة عليه ولا غيرها فلها الفسخ فوراً ومترائياً .

١٠٩٥ - وقال بعضهم : لا تملك الفسخ إلا إذا ثبت إفساره ولا يصح الفسخ في ذلك كله بلا حكم حاكم فيفسخ بطلبها أو تفسخ هي بأمره ؛ لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجب الحكم إلا بطلبها لأنه لحقها فلا يجوز من غير طلبها كالفسخ للعنة فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه ؛ لأنها فرقة لعجزه عن الواجب عليه فأشبهت فرقة العنة .

١٠٩٦ - وللحاكم بيع عقار وعرض لغائب ترك زوجته بلا نفقة ولا منفق إن لم تجد غيره وينفق عليها يوماً بيوم ولا يجوز أكثر ثم إن بان ميتاً قبل إنفاقه حسب عليها ما أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم . وإن امتنع الموسر من النفقة أو من الكسوة أو بعضها وقدرت على أخذ ذلك من ماله فلها الأخذ بلا إذنه بقدر كفايتها وكفاية ولدها الصغير لحديث هند إلى آخر ما هو مذكور في دليل الطالب في صحيفة ٩٤ من الجزء الثاني .

١٠٩٧ - وإذا كان للزوج الفقير أولاد تجب نفقتهم عليه أجبر من تجب عليه النفقة لولا وجود الأب على الإنفاق عليهم فإذا امتنع عن ذلك مع القدرة حبسه القاضي حتى يمتثل .

(مادة ١٧٨)

إِذَا فَرَضَ الْحَاكِمُ النَّفَقَةَ ، أَوْ تَرَاضَى الزَّوْجَانِ عَلَى شَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، فَلِلْمَرْأَةِ إِذَا عَلِمَتْ أَوْ خَافَتْ غَيْبَةَ زَوْجِهَا أَنْ تَأْخُذَ عَلَيْهِ كَيْفِيًّا جَبْرًا يَضْمَنُ لَهَا نَفَقَةَ شَهْرٍ أَوْ أَكْثَرَ عَلَى قَدْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي يُكْبَنُ أَنْ يَبْيِئَهَا الزَّوْجُ (١) .

• • •

١٠٩٨ - فقد بان لك مما تقدم أن القاضي إنما يفرض النفقة للزوجة وبأمر الزوج

(١) قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢/٥٢٠) : (و) لها (طلبه) أي مطالبته (عند) قصد (سفره بنفقة المستقبل) إلى قدومه ليدفعها لها معجلة (أو يقيم لها كفيلاً) يدفعها لها على حسب ما كان الزوج يدفعها لها .

بتسليمها لها إن ظهر له عدم الإنفاق أو التضيق عليها ؛ لأنه غير قائم بالواجب عليه شرعاً فهو ظالم فيردعه القاضي عن ظلمه فإذا فرض الحاكم النفقة أو لم يفرضها ولكن حصل اتفاق بين الزوجين على أن يعطيها كل شهر مثلاً مبلغاً من النقود لتنفقه على نفسها فما دام الزوج مقيماً وليس من نيته السفر إلى غير البلد المقيمة فيه الزوجة فلا حق لها في مطالبة بالكفيل لإمكان مطالبتها الزوج بها عند استحقاقها .

١٠٩٩ - فإذا عزم الزوج على السفر وعلمت المرأة بذلك أو خافت غيبته فطلبت من القاضي أن يجبر الزوج على أن يأتي لها بشخص يضمن لها النفقة في المدة التي يمكن أن يغيبها الزوج سواء كانت شهراً أو أكثر فقال أبو حنيفة : لا يجيبها إلى طلبها فلا يجبره على ذلك لأن النفقة التي تريد أخذ كفيل بها ليست واجبة عليه الآن إذ الوقت الذي تستحق فيه لم يجرى ومن المحتمل سقوطها بالنشوز أو بالموت فلا يجبر ، وقال أبو يوسف : يجيب القاضي طلبها فيجبره على إعطائها كفيلاً يضمن لها النفقة تلك المدة والفتوى على قوله ؛ لأن فيه الاستيثاق بالحقوق خصوصاً النفقة التي عليها حياة الأنفس وهي وإن كانت محتملة للسقوط إلا إنه لا ضرر في أخذ الكفيل ؛ لأنها إن سقطت فلا يطالب بشيء .

(مادة ١٧٩)

النَّفَقَةُ الْمَقْدَرَةُ لَا تَبْقَى بِحَالٍ وَاحِدَةٍ بَعْدَ تَقْدِيرِهَا ، بَلْ تَتَّخِذُ تَبَعًا لِتَغْيِيرِ أَحْوَالِ الزُّوجَيْنِ ، بِحَيْثُ لَوْ قُضِيَ بِتَفَقُّةِ الْإِعْسَارِ أَوْ بِتَفَقُّةِ الْيَسَارِ ، فَأَيَّسَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ أَعْسَرَ ، تَقَدَّرَ نَفَقَةُ الْوَسْطِ . وَإِنْ أَيْسَرَ بَعْدَ إِعْسَارِهِمَا ، تَتَّمُّمُ نَفَقَةِ الْيَسَارِ لِلْمُسْتَقْبَلِ ^(١) .

• • •

١١٠٠ - وليس في النفقة تقدير لازم ؛ لأن المقصود منها الكفاية وذلك مما تختلف فيه طباع الناس وأحوالهم وتختلف باختلاف الأوقات ولذا لا تبقى النفقة المقدرة بحال

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٥/٤) : « ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيد لها في الفرض ؛ لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والإعسار ، وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فإنه يزيد لها في الفرض ؛ لأن الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر » .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٩٥/٤) : « الزوج إذا أعسر بعد أن كان موسراً فإن ما تجمده لزوجته في زمن اليسر من نفقة فإنه باق في ذمته كسائر الديون تأخذه منه إذا أيسر وسواء كان فرضه حاكم أو لا ، ولا ينعطف السقوط في زمن العسر على ما تجمده في زمن اليسر ولا يسقط العسر إلا زمنه خاصة » .

واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعاً لتغير أحوال الزوجين ولغلاء أصناف المأكولات واللوازم ورخصها ، فإذا قضى بنفقة الإعسار أو بنفقة اليسار فأيسر أحدهما أو أعسر تقدر نفقة الوسط وإن أيسر بعد إعسارها تتم نفقة اليسار للمستقبل ؛ لأن القضاء بها كان لعذر الإعسار فإذا زال العذر بطل ذلك ولا يخفى عليك أن هذا مبني على القول في فرض النفقة باعتبارها حال الزوجين ، وأما على القول الآخر فيعتبر حال الزوج فقط بالنظر ليساره وإعساره وكذا إذا غلت أصناف المأكولات واللوازم أو رخصت فإنما تزيد أو تنقص الدراهم المقدرة بنسبة الغلاء أو الرخص الذي حصل لأن في بقاء التقدير بمقدار معين إضراراً بأحدهما .

(مادة ١٨٠)

لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَخْذُ أَجْرَةٍ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى مَا تَهَيَّئُهُ مِنَ الطَّعَامِ لِأَكْلِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا ذَلِكَ قَضَاءً ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهَا أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَى مَا تُسَوِّيه مِنَ الطَّعَامِ بِأَمْرِهِ لِلْبَيْعِ .

• • •

١١٠١ - والزوجة لا يلزمها تهية الطعام لنفسها وزوجها وأولادها قضاء بل على الزوج أن يأتيها بمن يهئ ذلك ، وإن كانت الزوجة تؤمر ديانة به ولا يجوز لها أخذ أجره من زوجها إن باشرت ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة ؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - قسم الأعمال بين سيدنا علي - كرم الله تعالى وجهه - وسيدتنا فاطمة فجعل أعمال الخارج على سيدنا علي وأعمال البيت على سيدتنا فاطمة - رضى الله تعالى عنها - مع إنها سيدة نساء العالمين فإن كان زوجها مما يبيع الطعام في السوق وهيأته له جاز لها أخذ أجرته لأنه لا يلزمها قضاء ولا ديانة .

١١٠٢ - وقال بعضهم : إن امتنعت الزوجة عن الخدمة في بيتها فإن كانت ممن لا تخدم أو ممن تخدم ولكن بها ما يمنعها عن الخدمة فعليه أن يأتيها بخادمة ، فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر تجبر على الخدمة قضاء ، وهذا هو الذي يجب التعويل عليه كما لا يخفى .

الفصل الرابع في تقدير الكسوة والسكنى

(مادة ١٨١)

كِسْوَةُ الْمَرْأَةِ وَاجِبَةٌ عَلَى الزَّوْجِ مِنْ جِبِنِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ عَلَيْهَا ، وَتُفْرَضُ لَهَا كِسْوَتَانِ فِي الشَّيْءِ ، كِسْوَةٌ لِلشَّتَاءِ وَكِسْوَةٌ لِلصَّيْفِ ، وَيُعْتَبَرُ فِي تَقْدِيرِهَا حَالُ الزَّوْجَيْنِ يَسَارًا وَإِعْسَارًا وَعَرَفَ الْبَلَدِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٥٨٠/٣ ، ٥٨١) : (وتفرض لها الكسوة في كل نصف حول مرة) لتجدد الحاجة حرًا وبردًا (وللزوج الإنفاق عليها بنفسه) ولو بعد فرض القاضي خلاصة (إلا أن يظهر للقاضي عدم إنفاقه فيفرض) أي يقدر (لها) بطلبها مع حضرته وبأمره ليعطيها إن شكت مطلقه ولم يكن صاحب مائدة ؛ لأن لها أن تأكل من طعامه وتتخذ ثوبًا من كريباسه بلا إذنه ، فإن لم يعط حبسه ولا تسقط عنه النفقة خلاصة وغيرها ، وقوله (في كل شهر) أي كل مدة تناسبه كيوم للمحترف وسنة للدهقان ، وله الدفع كل يوم ، كما لها الطلب كل يوم عند المساء لليوم الآتي .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٥٧/٥ ، ١٥٨) : (و) يجب لها (كسوة) لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ مِمَّا رَزَقْنَاهُ يُرْسَبُ بِالْأُثْرَى ﴾ ، ولما روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال في حديث : « وحققن عليكم أن تحمسوا إليهن في كسوتهن وطعامهن » وقال : حديث حسن صحيح ، ولا بد أن تكون الكسوة (تكفيها) للإجماع على أنه لا يكفي ما ينطلق عليه الاسم ، وتختلف كفايتها بطولها وقصرها وسمنها وهزالها ، واختلاف البلاد في الحر والبرد ، ولا يختلف عدد الكسوة باختلاف يسار الزوج وإعساره ولكنها يؤثران في الجودة والرداءة ، ولا فرق بين البدوية والحضرية على المذهب وفي الحاروي : لو نكح حضري بدوية وأقاما في بادية . أو حاضرة وجب عرفها ، ويقاس عليه عكسه . فإن قيل : لم اعتبرتم الكفاية في الكسوة ولم تعتبروها في الطعام ، . أجب : بأن الكفاية في الكسوة متحققة بالمشاهدة ، وكفاية الطعام ليست كذلك فلم يعتبروها للجهل بها (فيجب) لها عليه في كل سنة أشهر (قميص) وهو ثوب مخيط يستر جميع البدن ، وفي ذلك إشعار بوجود الحياطة على الزوج ، وبه صرح في الروضة كأصلها (وسراويل) وهو ثوب مخيط يستر أسفل البدن ويصون العورة ، وهو معرب مؤنث عند الجمهور ، وقيل : مذكر ، وهو مفرد على الصحيح ، ويدل له تبيير المصنف بسراويل إذ لا يجب الجمع ، وقيل : هو جمع سرولة ، ومحل وجوبه كما قال الماوردي إذا اعتادت لبسه ، فإن اعتادت ليس مئزر أو فوطه وجب ، ومحل وجوبه في الشتاء . أما في الصيف فلا كما قاله الجويني وإن أفهم كلام المصنف كغيره خلافه (وخمار) وهو ما يغطي به الرأس (وثُكْبَت) وهو مداس الرجل ، بكسر الراء ، من نعل أو غيره خلاف ما توهمه عبارة الروضة من جمعه بين المكعب والمداس والنعل .

قال ابن الرفعة : ويجب لها القبقاب إن اقتضاه العرف . قال الماوردي : ولو جرت عادة نساء أهل القرى أن =

١١٠٣ - كما أن نفقة الطعام تجب على الزوج لزوجته بمجرد العقد الصحيح أي سواء انتقلت إلى بيت الزوج أو لم تنتقل ، كذلك الكسوة تجب عليه بمجرد العقد الصحيح ؛ إذ النفقة شرعاً تشملها ؛ لأنها عبارة عن ثلاثة أشياء وهي الطعام والكسوة

= لا يلبس في أرجلهن شيئاً في البيوت لم يجب لأرجلهن شيء (وي زيد) الزوج زوجته على ذلك (في الشتاء جبة) محشوة قطعاً أو فروة بحسب العادة لدفع البرد ، فإن اشتد البرد فنجبتان ، أو فروتان فأكثر بقدر الحاجة ، والتعبير بالشتاء جرى على الغالب ، وإلا فالعبارة بالبلاد الباردة ، وإذا لم تستغن في البلاد الباردة بالثياب عن الوقود وجب لها من الحطب والفحم بقدر العادة ، قاله السرخسي وأقره . قال الزركشي : وإذا كان المناط العادة فأكثر البوادى لا يوقدون إلا بالمر ونحوه فيكون هو الواجب ١ هـ . وفيه نظر ، ويجب لها أيضاً توابع ذلك من كوفية للرأس ، وتكة للباس وزر للقميص والجبة ونحوها (وجنسها) أي الكسوة (قطن) أي ثوب يتخذ منه ؛ لأنه لباس أهل الدين ، وما زاد عليه ترفه ورعونة ، ويختلف ذلك بحال الزوج من يسار وإعسار وتوسط فيجب لامرأة الأول من لينة ، والثاني من غليظه ، والثالث مما بينهما ، هذا إن اعتدته (فإن جرت عادة البلد لمثله) أي الزوج ، وهذا يقتضي النظر إلى الزوج دونها .

قال الزركشي : وليس كذلك ، بل كلام الرافعي وغيره مصرح بأن اللزوم على عادة البلد المراد لمثلها من مثله ، فقد نص في البويطي على اعتبار كسوة مثلها ، وعلق المصنف بجرت قوله (بكتان) بفتح كافه أفصح من كسرهما (أو حرير وجب في الأصح) مع وجوب التفاوت في مراتب ذلك الجنس بين الموسر وغيره عملاً بالعادة . والثاني : لا يلزمه ذلك بل يقتصر على القطن لما مر ، وتعتبر العادة في الصفاقة ونحوها . نعم لو جرت العادة بلبس الثياب الرفيعة التي لا تستر ولا تصح فيها الصلاة ؛ فإنه لا يعطيها منها ، لكن من الصفيق الذي يقرب منه في الجودة .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٩/٤) : « كسوة الزوجة والغطاء والوطاء يقدر ذلك لها مرتين في السنة مرة في الشتاء ومرة في الصيف لاختلاف مناسبات الزمن من فرو ولبد وسرير وغيرها ، حكاه اللخمي وتكون بالأشهر والأيام والمراد بالشتاء فصله وما والاها وكذا يقال في الصيف » .

قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٦١٨/٥ ، ٦١٩) : « (و) يفرض حاكم لموسرة من الكسوة (ما يلبس مثلها من حرير وخز وجيد كتان وجيد قطن) على ما جرت به عادة مثلها من الموسرات بذلك البلد (وأقله) أي ما يفرض من الكسوة (قميص وسراويل وطرحة) وهي ما تضعه فوق المنقعة ، وتسمى الوقاية (ومقنعة) تقنع بها المرأة رأسها (ومداس وجبة) أي : مضربية (للشتاء) لأن ذلك أقل ما تقنع به الكفاية ؛ لأن الشخص لا بد له من شيء يوارى جسده وهو القميص ، ومن شيء يستر عورته وهو السراويل ، ومن شيء يدفئه وهو جبة للشتاء (وتزاد من عدد ثياب ما جرت عادة بلبسه مما لا غناء لها عنه) لأن الواجب دفع الحاجة الغالبة و (لا) يجب عليه تحصيل ثياب معدة (لتجمل وزينة ، ولا) يجب عليه شراء (خف وإزار للزوج ، لأنه لم يبين أمرها على الخروج) ولأنها ممنوعة من الخروج لحق الزوج ، فلا يجب عليه مؤنة ما هي ممنوعة منه لأجله . (و) أقل ما يفرض (للنوم فراش ولحاف ومخدة) بكسر الميم (محشو ذلك بالقطن إن كان عرف البلد) لأنه المعروف وملحفه للحاف ؛ لأنه معتاد وإزار تنام فيه إذا كانت العادة جارية بالنوم فيه كأرض الحجاز ونحوها (و) أقل ما يفرض (للجلوس بساط) من صوف (ورفيع الحصير) لأن ذلك مما لا غناء عنه » .

والسكنى ، وحيث إن الإنسان يحتاج إلى ثياب في الشتاء تخالف ما يحتاج إليه منها في الصيف إذ كل زمن له ثياب تناسبه ، فيفرض على الزوج أن يكسو الزوجة في كل فصل بما يناسبه من الثياب ، وما تقدم لك من الخلاف في تقدير نفقة الطعام وهو اعتبار حال الزوجين أو حال أحدهما جار هنا أيضا فإن كان الزوجان موسرين أو معسرين قضى بكسوة اليسار أو الإعسار بالاتفاق ، وإن كان أحدهما موسر والآخر معسرا فبعضهم يعتبر حالهما وبعضهم يعتبر حاله ، وقد عرفت دليل كل مما تقدم وكما أنه يعتبر حال الزوج في اليسار والإعسار ، كذلك يعتبر عرف البلد بالنسبة للكسوة ؛ إذ كل جهة لها ثياب مخصوصة بهيئة معلومة عندهم فيجب على الزوج أن يأتي زوجته بالكسوة التي تناسب عرف البلد المقيم به الزوجان .

(مادة ١٨٢)

تَفْرَضُ الْكِسْوَةُ ثِيَابًا ، أَوْ تَقْدَرُ الثِّيَابُ بِدَرَاهِمَ وَيُقَضَى بِقِيَمَتِهَا ، وَتُعْطَى لَهَا مُعْجَلَةٌ ^(١) .

(١) قول الخنيفة : جاء في العقود الدرية (٧٤/١) : « سئل قارئ الهداية إذا طلبت تقدير النفقة لها ولأولادها دراهم هل لها ذلك أجاب : لا يجب بل الواجب عليه طعام وإدام على الغني خبز حنطة ولحم غداء وعشاء بقدر كفايتها والمتوسط خبز ودهن وعلى الفقير خبز وجبن وخل إلا أن يعلم القاضي أنه يضارها في ذلك فيفرض عليه شيئا وإذا امتنع من أن يفرض شيئا حبس حتى يفرض . وسئل أيضا فيما لو قرر لها مبلغا من النقود في نظير كسوتها عليه وحكم الحاكم به فرجعت وطلبت كسوتها قماشاً فأجاب : لها ذلك وتطلب كفايتها وإن حكم بها الحاكم لكن للمستقبل وتستحق قماشاً يناسبها » .

قول الشافعية : جاء في البيهجة الوردية (٣٩٢/٤) : « (وجاز) للزوجة (أن تناض) من الزوج (عنه) أي عن واجبها الذي استقر من نفقة وكسوة (الدرهما) والدينار والثياب ونحوها لاستقراره في الذمة لمعين كدين الفرض بخلاف الخبز والدقيق والسويق لا يجوز اعتياض شيء منها عن النفقة ؛ لأنه يؤدي إلى الربا وقضية التعليل أنه لو اختلف الجنس كما لو اعتاضت عن البر حيث وجب شعيراً أو دقيقه أو غيره جاز واحترزوا بالاستقرار عن المسلم فيها وبكونه لمعين عن طعام الكفارة » .

قول المالكية : جاء في كفاية الطالب الرباني (٦٦/٢) : « (وعليه) أي : الزوج حرّاً كان أو عبداً وجوباً (النفقة والسكنى) للزوجة حرة كانت أو أمة مسلمة كانت أو كناية (بقدر وجده) ظاهره أنه لا يراعى إلا حال الزوج فقط والمشهور أنه يراعى حالهما معا فينفق نفقة مثله لثلها في عسره ، ويسره وكذلك الكسوة ، ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه ولا يلزمها الأكل معه » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٦٢/٥) : « (فلو طلبت مكان الخبز حجاً أو دراهم أو دقيقاً أو غير ذلك) لم يلزمه بذله (أو) طلبت (مكان الكسوة دراهم أو غيرها) من العروض (لم يلزمه بذله) لأن ذلك =

١١٠٤ - والزوج هو الذي يلي الإنفاق على زوجته فإن قام بالواجب عليه شرعاً فيها ونعمت وإن اشتكت منه الزوجة ورفعت أمرها إلى القاضي وادعت إنه لا يسكوها وتحقق عند القاضي ذلك فرض لها الكسوة كما تقدم فإن شاء قدرها ثياباً وأمر الزوج بإحضارها لها وإن شاء قوم هذه الثياب بدراهم وأمره بإعطائها إياها لتشتري بها ، وهذا يكون من غير شك على حسب الأحوال ، فإن بعض الأزواج متى أمر بإحضار كسوة زوجته فلا يتأخر ، والبعض الآخر يماطل فينظر القاضي ويحكم بالموافق .

(مادة ١٨٣)

لَا يُقْضَى لِلْمَرْأَةِ بِكِسْوَةِ جَدِيدَةٍ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ ، إِلَّا إِذَا تَحَرَّقَتْ كِسْوَتُهَا بِالِاسْتِعْمَالِ الْمَعْتَادِ . وَإِذَا صَاعَتِ الْكِسْوَةُ عِنْدَهَا ، فَهِيَ الْمَسْئُولَةُ عَنْهَا ، وَلَا يَجِبُ لَهَا عَلَى الزَّوْجِ غَيْرُهَا قَبْلَ حُلُولِ الْمُدَّةِ (١) .

• • •

١١٠٥ - والأصل أن القاضي متى ظهر له الخطأ في التقدير رده ، فإذا لم يظهر له لا يرد التقدير ، فإن تمزقت الكسوة بالاستعمال قبل مضي الوقت ينظر فإن كان بالاستعمال المعتاد قضى لها بكسوة أخرى لأنه تبين خطؤه في التقدير ، وإن كان بغير الاستعمال المعتاد فلا يقضى لها لأنه لم يتبين خطؤه في التقدير وإن ضاعت الكسوة أو سرقت فلا يقضى لها بكسوة أخرى قبل انتهاء المدة المقررة ؛ لأنها ملكتها بالقبض فهي المسؤولة عنها طول المدة ومثله نفقة الطعام فإنها أن نفذت قبل مضي المدة ولم يكن ذلك بإسراف منها قضى لها بطعام آخر ؛ لأنه تبين الخطأ في التقدير فإن أسرفت بالإنفاق فلا يقضى لها بأخرى إلا بعد انتهاء المدة لعدم ظهور الخطأ .

= معاوضه فلا يجبر عليها . (و) كذا (لا يلزمها قوله بغير رضاها لو بذله) الزوج أي ما ذكر من بذل الخبز أو الكسوة لما مر (وإن تراضيا) أي الزوجان (على ذلك) أي أخذ العوض (جاز) لأنه الحق لا يعدوهما (بخلاف الطعام) في الكفارة فإنه حق لله تعالى (وليس هو معاوضة حقيقة) لأن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية بأي شيء حصلت كان هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف ؛ لأنه المتعارف فرجح بذلك . (و) إذا تراضيا على العوض في النفقة أو الكسوة أو فيهما (فلكل منهما الرجوع عنه بعد التراضي في المستقبل) لعدم استقراره .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٥٦/١) : « ولو ضاعت الكسوة أو النفقة ، أو سرقت ، لم يجدد غيرها حتى يمضي الفصل ، بخلاف المحارم . كذا في غاية السروجي . »

١١٠٦ - ولو مضت المدة والكسوة باقية فإن لم تستعمل تلك الكسوة أصلاً حتى مضى الوقت يفرض القاضي لها كسوة أخرى لأنه لم يظهر خطأ القاضي في التقدير لأنها لو استعملتها لفيتت ، وإن استعملت تلك الكسوة فإن استعملت معها كسوة أخرى في تلك المدة يفرض القاضي لها كسوة أخرى في تلك المدة وإن تستعمل مع هذه الكسوة كسوة أخرى لا يفرض لها القاضي أخرى لأنه ظهر خطؤه في التقدير حيث وقت وقتاً تبقى الكسوة وراءه ، وفرقوا بين هذا وبين ما إذا فرض لها القاضي عشرة دراهم نفقة شهر مثلاً فمضى الشهر وقد بقي من العشرة شيء حيث يفرض لها القاضي هنا عشرة أخرى ، ويان الفرق بينهما أنه في هذه المسألة لم يظهر خطأ القاضي في التقدير بتعين لجواز أنه إنما بقي من العشرة شيء لتقدير وجد منها في الإنفاق على نفسها فيبقى التقدير معتبراً فيقضي القاضي لها بعشرة أخرى أما في باب الكسوة إذا لبست جميع المدة ولم تتمرق فقد ظهر خطأ القاضي في التقدير بتعين ؛ لأننا تبقتنا أنه لم يوجد منها التقدير في اللبس .

١١٠٧ - وفرقوا أيضاً بين نفقة الزوجات وكسوتهن وبين نفقة الأقارب وكسوتهم بأنه في الأقارب إذا مضى الوقت وبقي شيء من الدراهم أو الكسوة ، فإن القاضي لا يقضي بأخرى في الأحوال كلها لأن النفقة باعتبار الحاجة في حق الأقارب وفي حق المرأة جزاء عن الاحتباس ولهذا إذا ضاعت النفقة أو الكسوة من أيديهم يفرض القاضي لهم أخرى بخلاف الزوجة (١) .

(مادة ١٨٤)

تَجِبُ السُّكْنَى لِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا فِي دَارِ عَلَى حِدَّتِهَا إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، وَإِلَّا فَعَلَيْهِ إِسْكَانُهَا فِي بَيْتِ مَنْ دَارَ عَلَى حِدَّتِهِ بِهَ الْمَرِافِقِ الشَّرْعِيَّةِ وَلَهُ جِيزَانٌ بِحَسَبِ حَالِ الزُّوجَيْنِ (١) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦٥) : على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله . جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المسكن :

المادة (٣٦) : بهي الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله . جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٣) على الزوج أن بهي لزوجته في محل إقامته مسكناً شرعياً ملائماً يتناسب وحالهما .

المادة (٧٤) تسكن الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعده ، وتنقل منه بانتقاله ، إلا إذا اشترطت في العقد خلاف ذلك ، أو قصد من الانتقال الإضرار بها .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٥٨/٣) : تجب لها السكنى في بيت ليس فيه أحد من أهله ، =

١١٠٨ - وكما تجب النفقة والكسوة على الزوج لزوجته تجب عليه السكنى لها لأنها داخلة في النفقة شرعاً إذ هي تشمل الطعام والكسوة والسكنى ووجوبها بقدر حالهما معاً أو حال الزوج على الخلاف المتقدم ، فإن كان الزوجان موسرين فعلى الزوج إسكانها في دار على حدتها وإن لم يكونا كذلك فعليه إسكانها في بيت من دار على حدته يكون مشتملاً على المرافق الشرعية التي يحتاج إليها الإنسان حسب حال الزوجين ، وإنما وجبت السكنى لأنها من كفاية الزوجة فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى كما أوجب النفقة بقوله ﷻ : ﴿ أَتَكُونُونَ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِضَيْقُوا عَلَيْنَّ ﴾ أي أسكنوهن من حيث سكنتم من طاقتم أي مما تطيقونه سواء كان ملكاً أو إجازة أو عارية (١) .

= ولا من أهلها إلا أن يختارا ذلك ؛ لأن السكنى حقها إذ هي من كفايتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة بقوله ﴿ أَتَكُونُونَ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ ﴾ . أي : وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وهكذا قرأها ابن مسعود ، وإذا كان حقاً لها فليس له أن يشرك غيرها فيها كالنفقة ، وهذا لأن السكنى مع الناس يتضرران بها فإنهما لا يأمنان على متاعهما ، ويمتعهما من الاستمتاع والمعاشرة إلا أن يختارا ذلك ، لأن الحق لهما فلهما أن يتفقا عليه ، ولو أسكن أمته معها ليس لها أن تمتنع من ذلك ؛ لأنه يحتاج إلى الاستخدام فلا يستغني عنها ، ولو أخلى لها بيتاً من دار ، وجعل له مرافق وغلطاً على حدة كفاها للحصول المقصود بذلك ، فإن اشتمت من الزوج الإيذاء بسوء المعشرة فإن علم القاضي بذلك أو أخبره عدل نهاه عن ذلك ومنعه ، وفي الغاية عليه أن يسكنها عند جيران صالحين .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى على المنهاج (٧٥/٤) : « ولها عليه تهيئة مسكن (يليق بها) عادة من دار أو حجرة أو غيرها (ولا يشترط كونه ملكة) بل يجوز كونه مستأجراً ومستعازاً (وعليه لمن يليق بها خدمة نفسها إخدامها) لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ، والعبارة في ذلك بحالها في بيت أيها مثلاً دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها . »

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٨/٤ ، ١٨٩) : « ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضعية أي للزوجة أن تمتنع من السكنى مع أقارب زوجها إلا أن تكون وضعية القدر فلا كلام لها ، قال عبد الملك في المرأة : تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة ، فتقول : إن أهلك يؤذوني ، فأخرجهم عني أو أخرجني عنهم رب امرأة لا يكون لها ذلك لكون صداقها قليلاً وتكون وضعية القدر ، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة فأما ذات القدر فلا بد له أن يعزلها ، فإن حلف عن ذلك حمل على الحق أبره أو أحسنه ابن رشد ، وليس هو عندي بخلاف لذهب مالك ، قلت : انظر هل لها الامتناع من أن تسكن مع خدمه وجواربه ؟ والظاهر ليس لها ذلك لأن له وطء أمته وربما احتاج إلى خدمة أرقائه . »

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٥٢/٩) : « يجب على الرجل نفقة امرأته ما لا غنى لها عنه ، وكسوتها بالمعروف ، ومسكنها بما يصلح مثلها ، وليس ذلك مقدرًا . لكنه معتبر بحال الزوجين . »

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦٩) : ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إبتاؤهم لها .

(مادة ١٨٥)

لَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يُغَيِّرَ الْمَرْأَةَ عَلَى إِسْكَانِ أَحَدٍ مَعَهَا مِنْ أَهْلِهَا وَلَا مِنْ أَوْلَادِهِ الَّذِينَ مِنْ غَيْرِهَا ، سِوَى وُلْدِهِ الصَّغِيرِ الْغَيْرِ الْمُمْتَرِ ، وَلَهُ إِسْكَانُ أُمِّهِ وَأُمِّ وُلْدِهِ مَعَهَا .
وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُسْكِنَ مَعَهَا فِي بَيْتِ الزَّوْجِ أَحَدًا مِنْ أَهْلِهَا ، وَلَوْ وَلَدَهَا الصَّغِيرُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بِالرَّضَا ^(١) .

= جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : انفراد الزوجة في المسكن :

المادة (٣٨) : ليس للزوج أن يسكن أهله واقاربه أو ولده المميز معه بدون رضاه زوجته في المسكن الذي هيأه لها ، ويستثنى من ذلك أبواه الفقيران العاجزان إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده دون أن يحول ذلك من المعاشرة الزوجية ، كما أنه ليس للزوجة أن تسكن معها أولادها من غيره أو أقاربها بدون رضاه زوجها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٥) لا يحق للزوجة أن تسكن معها في بيت الزوجية أولادها من غيره إلا إذا لم يكن لهم حاضن غيرها ، أو يتضررون من مفارقتها ، أو رضي الزوج بذلك صراحة أو ضمناً ، وبحق له العدول متى لحقه ضرر من ذلك .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٥٦/١) : « تجب السكنى لها عليه في بيت خال عن أهله وأهلها إلا أن تختار ذلك ، كذا في العيني شرح الكنز وإن أسكنها في منزل ليس معها أحد فشكت إلى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها ، وسألت القاضي أن يأمره أن يسكنها بين قوم صالحين يعرفون إحسانه وإسأته ، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت زجره عن ذلك ، ومنعه عن التعدي ، وإن لم يعلم بنظر إن كان جيران هذه الدار قوماً صالحين أقرها هناك ، ولكن يسأل الجيران عن صنعه ، فإن ذكروا مثل الذي ذكرت زجره عن ذلك ومنعه عن التعدي في حقها ، وإن ذكروا أنه لا يؤذيها فالقاضي يتركها ثمة ، وإن لم يكن في جواربه من يوثق به ، أو كانوا يميلون إلى الزوج ، فالقاضي يأمر الزوج أن يسكنها في قوم صالحين ، ويسأل عن ذلك ، وينهي الأمر على خبرهم ، كذا في المحيط . امرأة أبت أن تسكن مع ضررتها ، أو مع أحمامتها كأمه وغيرها ، فإن كان في الدار بيوت فرغ لها بيتاً ، وجعل لبيتها غلقاً على حدة ليس لها أن تطلب من الزوج بيتاً آخر ، فإن لم يكن فيها إلا بيت واحد فلها ذلك ، وإن قالت : لا أسكن مع أمتك ليس لها ذلك ، وكذلك لو قالت : لا أسكن مع أم ولدك كذا في الظهيرية ، وبه أفتى برهان الأئمة كذا في الوجيز للكردي » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢٧٥/١ ، ٢٧٦) : « ويمنع الزوجان من إخراج من سكن معهما من حين الابتداء من ولد لواحد منهما أو أم وفي سواهم عكس هذا الحكم ، يعني إذا بنى الزوج بزوجه ، فأنت معها بولدها الصغير ، أو وجدت عنده ولداً له صغيراً وسكن ذلك الولد معهما ثم أراد إخراج ولدها ، أو أرادت إخراج ولده عنها فليس ذلك له ، ولا لها ، ويجبر الممتنع منهما على السكنى مع ذلك الولد ، وكذلك إذا وجدت عند الزوج أمه وسكنت ثم امتنع من السكنى معها فليس لها ذلك . وأشار بقوله ، وفي سواهم عكس هذا الحكم إلى أنه إذا بنى بزوجه ولم تأت معها بولد ، أو لم تجد عنده ولداً ، ثم أرادت أن تأتي بولدها ، أو أراد أن يأتي بولد له ، وامتنع الآخر فإن له ذلك ، ولا يجبر على السكنى معه وإنما يجبر الممتنع من =

السكنى معه ، إذا لم يدخل عليه من أول وهلة ، إذا كان للولد ولي حاضن يمكن دفعه إليه ، وإلا أجبر الممتنع على السكنى معه . وإن لم يدخل عليه ابتداء ففي سماع أشهب وابن نافع من كتاب الطلاق من العتبية ، وسئل عن امرأة خطبها رجل ، لها بنت صغيرة لم تل نفسها فتزوجها وهو يعلم بذلك ، ثم بنى بها ، وابتها معها ، ثم قال لها بعد ذلك أخرجني ابنتك عني ، أتري ذلك له ، فقال له : ما أرى ذلك له .

(قال ابن رشد) : ظاهر قوله أنه إذا تزوجها وهو يعلم بابتها ، ثم بنى بها وهي معها فليس له أن يخرجها عنها وفي طرر ابن عات مما سئل عنه ابن زرب وإن بنى بها والصبي معه ، ثم أرادت بعد ذلك إخراجها عن نفسها لم يكن لها ذلك لدخولها عليه (وفي سماع سحنون) عن ابن القاسم من كتاب طلاق السنة من العتبية : أنه ليس للرجل أنه يسكن أولاده من امرأته مع امرأة له أخرى في بيت واحد ومسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك ، وفي سماع ابن القاسم عن مالك من كتاب النكاح من العتبية وسئل مالك عن امرأة تزوجها رجل فأسكنها مع أبيه وأمه فشكت الضرر في ذلك ، فقال مالك : ليس له أن يسكنها معهما ، فقيل له : إنه يقول : إن أبي أعمى ، وأغلق دوني ودونه باباً قال : ينظر في ذلك ، فإن رئي ضرر كأنه يقول : إن رئي ضرر يحولها عن حالها . ١ هـ . (وفي طرر ابن عات) سئل ابن زرب رحمته : إذا تزوج الرجل امرأة وله ولد صغير من غيرها فأراد إسكانه معها بعد البناء ، وأبت هي ذلك إن كان له من يدفعه إليه من أهله ليحضنه له ويكفله أجبر على إخراجها عنها ، وإن كان لا أهل له لم يكلف إخراجها ، وأجبرت هي على البقاء معه ، ثم قال : وكذلك الزوجة إذا كان لها ولد صغير مع الزوج هذا حرفاً بحرف . ١ هـ .

(تبيه) ظاهر قوله « أو أم » أن الأم تجري على هذا التفصيل الذي في الولد وأنها إن كانت مع ابنها يوم البناء ألزمت الزوجة بالسكنى معها ، وإلا فلا ، وليس كذلك ، بل لا تجبر الزوجة على السكنى مع أمه ، أو أبيه مطلقاً ، سواء كانا معه حين البناء أو لا ولكن هذا في ذوات القدر ، وأما الوضعية فلا .

(التوضيح) قال مالك : وليس له أن يسكن معها أبويه إلا برضاها قال في البيان لما عليها من الضرر باطلاعهم على أمرها وما تريد أن تكتمه عنهم من أمرها . (قال ابن الماجشون) في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة ، فتقول : إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني ، أو أخرجني عنهم ، رب امرأة لا يكون لها ذلك ؛ لكون صداقها قليلاً وتكون وضعية القدر ، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها ، وفي المنزل سعة ، فأما ذات القدر فلا بد له أن يعزلها ، وإن حلف أن لا يعزلها حمل على الحق أبره ذلك ، أو أحسنه . (قال في البيان) وليس قول ابن الماجشون عندي خلافاً لقول مالك ١ هـ .

وقد تلخص من هذا أن في الأولاد تفصيلاً غير الذي في الزوجة ففي الأولاد يفرق بين أن يسكنوا من أول وهلة ، أو لا ، وفي الزوجة يفرق بين أن تكون ذات قدر أو وضعية ، وهذا ظاهر من قول الشيخ خليل ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضعية كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه . قول الحنابلة : جاء في فتاوى ابن تيمية (٩٧/٣) : « مسألة : في رجل شرط على امرأته بالشهود أن لا يسكنها في منزل أبيه ، فكانت مدة السكنى منفردة وهو عاجز عن ذلك ، فهل يجب عليه ذلك ، وهل لها أن تفسخ النكاح إذا أراد إبطال الشرط ، وهل يجب عليه أن يمكن أمها أو أختها من الدخول عليها والمبيت عندها أم لا ، الجواب : لا يجب عليه ما هو عاجز عنه ، لا سيما إذا شرطت الرضا بذلك ، بل كان قادراً على مسكن آخر لم يكن لها عند كثير من أهل العلم كمالك ، وأحد القولين في مذهب أحمد وغيرهما ، غير ما =

١١٠٩ - وإذا وجبت السكنى حقاً للزوجة فليس للزوج أن يشرك غيرها معها ؛ لأنها تنضرب به ؛ فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها إلا أن تختار ذلك ؛ لأنها رضية بإسقاط حقها ، وحينئذ فليس للزوج أن يجبرها على إسكان أحد معها من أهله مطلقاً أي سواء كان من أولاده من غيرها أو من غيرهم إلا أن له أن يسكن ولده الصغير الغير المميز معها وإن لم ترض ؛ لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده كما إن له إسكان من يحتاجه لخدمته من غير رضاها أيضاً فإذا أراد أن يسكن جاريتها معها أو أم ولده - بأن كانت جارية وواقعها وأنت بولد ، فقال هذا الولد مني فقد صارت أمه أم ولد له - وامتنعت الزوجة من ذلك تجبر ولا يلتفت لامتناعها ؛ لأنه يحتاج إلى كل منهما لخدمته وكما إنه ليس للزوج إسكان أحد معها جبراً إلا من ذكروا فليس للزوجة أيضاً أن تسكن أحدًا في بيت الزوج ولو كان من تريد إسكانه فيه ولدها الصغير من غيره ؛ لأن البيت مملوك له ولو منقعة فلا يجبر على سكنى أحد فيه لا تلزمه سكناه شرعاً أما إن كان برضاها فلها ذلك لأنه أسقط حقاً له فلا يعارض (١) .

(مادة ١٨٦)

إِذَا أَسَكَّنَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ فِي مَسْكَنِ عَلَى جِدَّتِهِ مِنْ دَارِ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ ، فَلَيْسَ لَهَا طَلَبُ مَسْكَنِ غَيْرِهِ ، إِلَّا إِذَا كَانُوا يُؤَدُّونَهَا فِعْلًا أَوْ قَوْلًا . وَلَهَا طَلَبُ ذَلِكَ مَعَ الضَّرَّةِ . فَإِنْ كَانَ فِي نَفْسِ الْمَسْكَنِ الْمُقِيمَةِ هِيَ بِهِ ضَرَّةٌ لَهَا أَوْ إِخْدَى أَقَارِبِ زَوْجِهَا ، فَلَهَا طَلَبُ مَسْكَنِ غَيْرِهِ ، وَلَوْ لَمْ يُؤَدِّوْهَا فِعْلًا أَوْ قَوْلًا (١) .

• • •

= شرط لها ، فكيف إذا كان عاجزاً أو ليس لها أن تفسخ النكاح عند هؤلاء ، وإن كان قادراً . فأما إذا كان ذلك للسكن ويصلح لسكنى الفقير وهو عاجز عن غيره ، فليس لها أن تفسخ بلا نزاع بين الفقهاء ، وليس عليه أن يمكن من الدخول إلى منزله لا أمها ولا أختها إذا كان معاشراً لها بالمعروف .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة ٦٧ : ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٦) لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد ، إلا إذا رضيت بذلك ، ويحق لها العدول متى لحقها ضرر من ذلك .

(٢) ينظر تعليقاتنا على المسائل السابقة .

١١١٠ - والزوج هو الذي يسكن الزوجة حيث أحب ، ولكن يشترط أن لا تتضرر ، فإن تضررت من الزوج بأن قالت للقاضي : إنه يضربني ويؤذني ، فمره أن يسكنني بين قوم صالحين فإن علم القاضي ذلك زجره ومنعه من ذلك ، وإن لم يعلم يسأل الجيران عن صنيعه فإن صدقوها منعه عن التعدي في حقها وإن لم يكن في جوارها من يوثق به أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين .

١١١١ - وإن تضررت من غير الزوج فإما أن يكون تضررها من وجوده معها في الدار وهو في مسكن على حدته أو من وجوده معها في مسكن واحد ، فإن كان الأول بأن أسكنها في مسكن من دار على حدته وكان أحد أقاربه في مسكن آخر من هذه الدار وطلبت من الزوج أن ينقلها من هذه الدار ولم يجيبها فرفعت الأمر إلى القاضي أمر الزوج بإسكانها في محل آخر إذا كانوا يؤذونها بالقول أو بالفعل ، لأن غرضها منع الأذى فلها الحق فتجاب إلى طلبها فإن لم يثبت ذلك لديه فلا يلتفت إلى طلبها ؛ لأنها متعنتة إلا إذا كان التضرر من الضرة فتجاب إلى طلبها ؛ لأن المنافرة في الضرائر أوفر والاسم مشعر بذلك ولذا قلنا غير مرة أن الأحسن له التزوج بواحدة فقط إذا لم تدع الضرورة إلى تزوج غيرها .

١١١٢ - وإن كان الثاني أجيبت إلى طلبها ، لأن السكنى وجبت حقاً لها فليس له أن يشرك غيرها فيه إلا بالرضا ؛ لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من تمام المعاشرة مع زوجها فلا تكون متعنتة في هذا الطلب ، فتجاب إليه . وحاصل ما تقدم أنه متى جمعها مسكن واحد مع أحد أقاربه أو مع الضرة وطلبت النقلة تجاب ، وإن جمعت الكل دار ولكن كل في مسكن على حدته تجاب إلى طلبها بالنسبة للضرة لا للأقارب إلا إذا تحقق القاضي أنهم يؤذونها قولاً أو فعلاً ويؤخذ من عبارة بعض الكتب أنها لا تجاب إلى الطلب بالنسبة للضرة أيضاً إذا كانت المساكن متباينة ما لم تؤذها والصحيح ما تقدم .

(مادة ٨٧)

إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ تَشْتَرِجُشُ مِنَ الْمَسْكَنِ الَّذِي أَسْكَنَهَا فِيهِ زَوْجَهَا ، بَأَنَّ كَانَ كَبِيرًا كَالدَّارِ الْحَالِيَةِ مِنَ السُّكَّانِ الْمُرْتَفِعَةِ الْجُدْرَانِ ، أَوْ كَانَ الزَّوْجُ يَخْرُجُ لَيْلًا لِيَبِيَّتْ عِنْدَ صُرَّتَيْهَا وَلَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ أَوْ خَادِمَةٌ تَسْتَأْنِسُ بِهِمَا ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَهَا بِمُؤَسَّسَةٍ ، أَوْ يَنْقُلَهَا إِلَى

حَيْثُ لَا تَسْتَوْجِشُ^(١) .

• • •

١١١٣ - فإن قام الزوج بما يلزمه شرعاً وأسكن زوجته بين جيران صالحين تستأنس بهم فيها ونعمت وإن لم يقدّم بذلك بأن كان المسكن الذي أسكنها فيه دار خالية من السكان مرتفعة الجدران والزوج يخرج ليلاً لسبب من الأسباب فرفعت الأمر إلى القاضي مدعية إنها تستوحش من هذا المكان ، فإن كان لها ولد يستأنس به عادة أو خادمة كذلك فلا يجيئها إلى طلبها لظهور التعمت منها ، وإن لم يكن حكم على الزوج بأحد أمرين إما أن يأتيها بمؤنسة وإما أن ينقلها إلى مكان لا تستوحش فيه وإلى هذا كله تشير الآية الشريفة المتقدمة وهي قوله تعالى : ﴿ أَتَكُونُونَ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ بَيْنَ وُجُوهِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيْقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾^(٢) .

(مادة ١٨٨)

يُفْرَضُ لِلْمَرْأَةِ مَا تَنَامُ عَلَيْهِ مِنْ فِرَاشٍ وَحِلَافٍ وَمَا تَفْتَرِشُهُ لِلْفُغُودِ عَلَى قَدْرِ حَالِهَا ، وَلَا يَسْقُطُ عَنْهُ ذَلِكَ وَلَوْ كَانَ لَهَا أَفْبَعَةٌ مِنْ فِرَاشٍ وَنَحْوِهِ .
وَعَلَيْهِ أَيْضًا مَا يَلْزَمُ مِنْ سَائِرِ أَدْوَاتِ الْبَيْتِ ، وَمَا تَسْتَظِفُّ وَتَسْتَطِيبُ بِهِ الْمَرْأَةُ عَلَى عَادَةِ أَهْلِ الْبَلَدِ^(٣) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في حاشية ابن عابدين على البحر الرائق (٢١١/٤ ، ٢١٢) : « لا يلزم من كون المسكن بين جيران عدم لزوم الإتيان بالمؤنسة إذا استوحشت بأن كان المسكن متسعاً كالدار وإن كان لها جيران فعدم الإتيان بالمؤنسة في هذه الحالة لا شك أنه من المضارة لا سيما إذا خشيت على عقلها وما في النهر من قوله وهو ظاهر في وجوبها فيما إذا كان المسكن خالياً عن الجيران يحمل على ما إذا وضعت بإسكانها فيه ولم تطالبه بالمسكن الشرعي وهو ماله جيران وحينئذ فلا يستقم الرد عليه بما في البحر . فتحصل أن الإتيان بالمؤنسة وعدمه يختلف باختلاف المساكن ، ولو مع وجود الجيران فإن كان المسكن بحال لو استغاثت بجيرانها أغاثوها سريعاً لما بينهم من القرب لا تلزمه المؤنسة وإلا لزمته اهـ . وهو كلام حسن وينبغي أن يكون أَيْضًا مختلفاً باختلاف الناس فإن بعض النساء تستوحش في البيوتة في البيت ، ولو صغيراً بين جيران إذا كان زوجها له زوجة أخرى أو أكثر فإذا كان يخشى على عقلها إذا كانت ليلة ضررتها ينبغي أن يؤمر بالمؤنسة ولا سيما إذا كانت صغيرة فإن كثيراً من الرجال لا يمكنه أن يبيت وحده فكيف النساء ولا ضرار في الشرع » .

(٢) الطلاق : ٦ .

(٣) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٨٤/٢) : « ويجب عليه أن يعطيها ما تفرشه على قدر حال الزوج فإن كان موسراً وجب عليه طنفسة في الشتاء ونطع في الصيف وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء =

= ولا تكون الطنفسة والطنع إلا بعد أن يفترش الحصير ويجب لها ما تنظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والحطمي والأشنان والصابون على عادة أهل البلد وأما الحضاب والكحل فلا يلزمه بل هو على اختياره ، وأما الطيب فيجب عليه منه ما يقطع به السهوكة لا غير ويجب عليه ما يقطع به الصنان ولا يجب عليه الدواء للمرض ولا أجرة الطيب ولا الفصاد ولا الحجام وعليه من الماء ما تغسل به ثيابها وبدنها من الوسخ ، وليس عليه شراء الماء للغسل من الجنابة فإن كانت كرها فهو بالخيار إن شاء نقله إليها وإن شاء أذن لها أن تذهب لتقله لنفسها ، وإن كانت موسرة استأجرت من ينقله إليها ويجب عليه ماء الوضوء ويجب عليه مداس للرجل . وجاء في الفتاوى الهندية (١ / ٥٤٩) : « ويجب لها ما تنظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن ، وما تغسل به من السدر والحطمي ، وما تزيل به الدرن كالأشنان والصابون على عادة أهل البلد ، وأما ما يقصد به التلذذ والاستمتاع مثل : الحضاب والكحل فلا يلزمه بل هو على اختياره عادة أهل البلد ، وإن شاء تركه ، فإذا هياه لها فعليها استعماله ، وأما الطيب فلا يجب عليه منه إلا ما يقطع به السهوكة لا غير ويجب عليه ما يقطع به الصنان ، ولا يجب الدواء للمرض ، ولا أجرة الطيب ، ولا الفصد ، ولا الحجامة كذا في السراج الرواح ، وعليه من الماء ما تغسل به ثيابها وبدنها من الوسخ كذا في الجوهرة النيرة ، وفي فتاوى أبي الليث رحمته ثمن ماء الاغتسال على الزوج ، وكذا ماء وضوئها عليه غنية كانت أو فقيرة ، وفي الصيرفية : وعليه فتوى مشايخ بلخ وفتوى الصدر الشهيد رحمته وهو اختيار قاضي خان كذا في التارخانية في باب الفسل وأجرة القابلة عليها حين استأجرتها ، ولو استأجرها الزوج ، فعليه ، وإن حضر بلا إجارة فلقاتل أن يقول : على الزوج ؛ لأنه مؤنة الوطء وجوز أن يقال : عليها كأجرة الطيب كذا في الوجيز للكردي . »

قول الشافعية : جاء في البهجة الوردية (٤ / ٣٩٠) : « (وأمتعت) لنومها (لحافاً أو كساء) وذكر الكساء من زيادته (وطراحة وثيرة) بالثلثة أي لينة (شتاء) أي في الشتاء وملحفة في الصيف كما ذكرها الغزالي وغير عنها بالشعار ، فقال : ويجب لها شعار ، قال الرافعي : ويمكن أن يخص بالصيف كما خص للحاف بالشتاء ويمكن وجوبه مع اللحاف في الشتاء كالمقيص مع الجبة ، قال في المهمات : والاحتمال الأول نص عليه في الأم وصرح به بعض الأصحاب كما قاله في المطلب اه وظاهر كلامهم أنه لا يجب في الصيف طراحة وليس ببعيد وأمتعت (مخدة) بكسر الميم سميت بذلك ؛ لأنها توضع تحت الحد ويفاوت فيما ذكر بين الموسر وغيره في الحدودة والرداءة وأمتعت لجلوسها (حصيراً) في الصيف (أو لبداً) في الشتاء وهذا على المعسر أما المتوسط فعليه زلية بكسر الزاي وهي شيء مضرب صغير ، وقيل بساط صغير في الصيف والشتاء ، وعلى الموسر طنفسة بكسر الطاء والغاء وفتحهما وبكسر الطاء وفتح الغاء وهي بساط صغير تخين له وبرة كبيرة ، وقيل : كساء في الشتاء ونظف في الصيف ، قال الشيخان : وبشبه كونهما بعد بسط زلية أو حصير ومرجع ذلك العادة نوعاً وكيفية حتى قال الروياني وغيره : لو كانوا لا يعتادون في الصيف لنومهم غطاء غير لباسهم لم يجب غيره ولا يجب ذلك في كل سنة وإنما يجدد وقت تجديده عادة ، وما ذكره الناظم كأصله من أن ذلك إمتاع وجه والأصح أنه تمليك كما في النفقة والأدم . »

وجاء في مفتي المحتاج (١٥٨ / ١٥٩) : « (و) يجب لها عليه (آلة تنظيف) من الأوساخ التي تؤذيها ، وذلك (كمشط) وهو بضم الميم وكسرها مع إسكان الشين وضمها ، اسم لآلة المستعملة في ترجيل الشعر (ودهن) يستعمل في ترجيل شعرها وكذا في بدنها كما قاله الماوردي . أما دهن الأكل فتقدم في الأدم ، ويتبع فيه عرف بلدها ، حتى لو اعتدن المطيب بالورد أو البنفسج وجب ، قال الماوردي : ووقته كل أسبوع =

١١١٤ - فعلم مما تقدم إن جميع ما تحتاج إليه الزوجة واجب على الزوج سواء كان

= مرة ، والأولى الرجوع فيه إلى العرف كما قاله بعض المتأخرين .

تنبيه : سكت الشيخان عن وجوب الأشنان والصابون لغسل الثياب ، وصرح القفال والبغوي بوجوده . قال في الكافي : ويجب في كل أسبوع أو عشرة أيام ، وفيه البحث المثار . قال القفال : حتى لو كانت إذا أكلت احتاجت إلى الحلال فعلى الزوج ، وسكتوا عن دهن السراج والظاهر كما قاله بعض المتأخرين وجوبه ويتبع فيه العرف حتى لا يجب على أهل البوادي شيء (و) يجب لها عليه (ما تفسل به الرأس) من سدر أو خطمي على حسب العادة ، لاحتياجها إلى ذلك ، والرجوع في قدره إلى العادة (ومرتك) وهو بفتح الميم وكسرهما معرب ، وتشديد كافه خطأ ، أصله من الرصاص يقطع رائحة الإبط ؛ لأنه يجبس العرق وإن طرح في الخل أبدل حموضته حلاوة ، قاله الدميري (ونحوه) أي المرتك (لدفع) أي لقطع رائحة (صنان) إذا لم يندفع بدونه ، وتراب لأذيهما بالرائحة الكريهة ، و (لا) يجب لها عليه (كحل و) لا يجب لها عليه (خضاب) ولا عطر (و) لا (ما تزين به) بفتح أوله من آلات الحلبي لزيادة التلذذ وكمال الاستعمال ، وذلك حق له فلا يجب عليه ، فإن هبأ لها وجب عليها استعماله ، وعليه حمل ما قيل : « أنه يُحِبُّ لعن السلطان والمراهة » ، والأولى هي التي لا تختضب ، والثانية هي التي لا تكتحل (و) لا (دواء مرض و) لا (أجرة طبيب وحاجم) ونحو ذلك كفاصد وخاتن ؛ لأن ذلك لحفظ الأصل فلا يجب على مستحق المنفعة كعمارة الدار المستأجرة ، وخالف مؤنة التنظيف ؛ لأنه في معنى كس الدار وغسلها .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٨٥/٤ ، ١٨٦) : « وحصير وسرير احتيج له ، يعني أنه يفرض للزوجة حصير من حلفاء أو بردي يكون تحت فرشها ويفرض لها سرير يمنع عنها المقارب والبراغيث وما أشبه ذلك والبردي : ورق نابت يخرج في وسط الماء له عصعوص فيه يياض الغالب أنه في بلاد الأرز . وزينة تستنصر بتركها ككحل ودهن معتادين وحناء يعني أنه يلزم الزوج لزوجه الزينة التي تستنصر بتركها كالكحل لعينها والدهن لشعرها والحناء لرأسها وبدنها الجاري بذلك العادة وليس عليه طيب ولا زعفران ولا خضاب ليدبها ؛ إذ لا يضر بها تركه أي ولو اعتيد كما يفيد كلام المواق ومشط الأولى قراءته بالفتح أي ما تمتشط به من دهن مثلاً ويكون من عطف العام على الخاص عكس ﴿ فِيمَا فَكَهَتْ وَنَحْلٌ وَرَمَانٌ ﴾ لا بالضم وهو الآلة لتلا بشكل بأنه يلزم عليه أن يكون مشى على التفرقة في الآلة بين المشط والمكحلة والمشايخ لم يفرقوا بينهما ، انظر ابن غازي . قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٥٩/٨ ، ١٦٠) : « ويجب للمرأة ما تحتاج إليه ، من المشط ، والدهن لرأسها ، والسدر ، أو نحوه مما تفسل به رأسها ، وما يعود بنظافتها ؛ لأن ذلك يراد للتنظيف ، فكان عليه ، كما أن على المستأجر كس الدار وتنظيفها . فأما الخضاب ، فإنه إن لم يطلبه الزوج منها ، لم يلزمه ؛ لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها ، فهو عليه . وأما الطيب ، فما يراد منه لقطع السهولة كدواء العرق لزمه ؛ لأنه يراد للتنظيف ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ؛ لأن الاستمتاع حق له ، فلا يجب عليه ما يدعوه إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب ؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها ، وكذلك أجرة الحجام والفاصد . وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة ، كل على حسب عادته ؛ فإن كانت ممن عادته النوم في الأكسية والبساط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط والزي والحصير الرفيع أو الخشن المومر على حسب يساره ، والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد .

طعامًا أو كسوة أو سكنى فكل ما تحتاجه المرأة من لباس بدنها وفرش بيتها مما تنام عليه وما تغطي به لازم على الزوج فيما أن يأتي به وإما أن يفرض عليه القاضي أصنافًا أو دراهم كل ستة أشهر ويعجلها لها إذ الزوج هو الذي يتولى شراء الأمتعة لها إلا إذا ظهر مطله أو خيانته في الشراء لها فحينئذ هي التي تلي ذلك بنفسها أو بوكيلها . ويعلم من ذلك إنها لو كان لها أمتعة من فرش ونحوه لا يسقط عن الزوج ذلك بل يجب لها عليه ما ذكر ولا يلزمها أن تلبس ثيابها ولا أن تنام على فراشها ومن باب أولى لا يلزمها أن تفرش متاعها لينام هو أو يجلس عليه ، فإن رضيت بذلك كما هو جار الآن بين الأزواج كان حسنًا ؛ لأن فيه تعاونًا وتعاضدًا فتحصل الألفة والمحبة فيأتي الزواج بمقاصده المشروع هو لها ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : في غياب الزوج تحلف اليمين وتقام البينة: المادة ٧٦ : إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة وسافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشرة ولا مطلقة انقضت عدتها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٥) : إذا كان الزوج غالبًا غيبه قرية فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلًا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للاتفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المجل أو كان مفقودًا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضي . وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٥٤) للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته لمدة سنة فأكثر ، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه ويضرب له القاضي أجلًا لا يتجاوز شهرين يندره فيه إما بالعودة للإقامة معها أو نقلها إليه أو طلاقها ، وإلا فرق بينهما بعد ثبوت الدعوى وأداء اليمين لحق الغائب .

الفصل الخامس في نفقة زوجة الغائب

(مادة ١٨٩)

تُفْرَضُ النَّفَقَةُ لِزَوْجَةِ الْغَائِبِ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فِي مَنْزِلِهِ مِنْ جِنْسِ الثَّقَفَةِ ، كَالْعَلَالِ وَتَحْوِيهَا مِنْ أَصْنَافِ الْمَأْكُولَاتِ ، وَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ الْمَضْرُوبَتَيْنِ وَغَيْرِ الْمَضْرُوبَتَيْنِ ، أَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ مِنْ ذَلِكَ مُودَعٌ عِنْدَ أَحَدٍ أَوْ ذَيْنَ عَلَيْهِ ، وَأَقْرَبُ الْمُدْعَى أَوْ الْمُدْيُونُ بِالْمَالِ وَالزَّوْجِيَّةُ أَوْ لَمْ يَقْرَأْ ، أَوْ كَانَ الْحَاكِمُ يَظُنُّ بِهِمَا ، أَوْ أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ بَيْتَهُ عَلَى الْوَدِيعَةِ أَوْ الدَّيْنِ وَعَلَى التَّكَاحِ . وَإِنْ كَانَ لَا يُقْضَى لَهَا بِهِ عَلَى الْغَائِبِ . وَيَتَدَأُ الْحَاكِمُ فِي فَرْضِ الثَّقَفَةِ بِمَالِ الْوَدِيعَةِ ثُمَّ بِالذَّيْنِ فَلَوْ كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ فِي بَيْتِهِ مِنْ جِنْسِهَا فَرَضَهَا فِيهِ . وَيَأْخُذُ الْحَاكِمُ عَلَيْهَا كَيْفِيًّا بِالْمَالِ الَّذِي تَقْبِضُهُ ، وَيُحْلِفُهَا أَنْ زَوْجَهَا الْغَائِبُ لَمْ يَتْرُكْ لَهَا نَفَقَةً ، وَأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ نَائِزَةً وَلَا مُطْلَقَةً مَضَتْ عِدَّتُهَا (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (١٩٦/٥ - ١٩٨) : « وإن كان الرجل غائبا وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة ، فإن كان القاضي يعلم بالنكاح بينهما فرض لها النفقة في ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له . ألا ترى أن من أقر بدين ، ثم غاب قضى القاضي عليه بذلك لعلمه به ، فكذلك النفقة ولكن يشترط أن ينظر للغائب ، وذلك في أن يحلفها أنه لم يعطها النفقة لجواز أن يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانيا ، وإذا حلفت فأعطاها النفقة أخذ منها كفيلا لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البيعة أنه قد كان أوفى نفقتها ، وهذا لأن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه . وإن أحضرت غريمًا للزوج أو مودعًا في يده مال للزوج وهو مقر بالمال والزوجية أمره القاضي بأداء نفقتها من ذلك بخلاف دين آخر على الغائب فإن صاحب الدين إذا أحضر غريمًا ، أو مودعًا للغائب لم يأمره بقضاء دينه منه ، وإن كان مقرًا بالمال وبيدته ؛ لأن القاضي إنما يأمر في حق الغائب بما يكون نظرًا له وحفظًا للملكة عليه ، وفي الإنفاق على زوجته من ماله حفظ ملكة عليه ، وليس في قضاء الدين من ماله حفظ ملكة عليه ، بل فيه قضاء عليه بقول الغير ؛ فلهذا المعنى تقع الفقرة بينهما (قال :) وإن جحد المديون ، أو المودع الزوجية بينهما ، أو كون المال في يده لم تقبل بيتنها على شيء من ذلك ، أما على الدين الوديعة ؛ فلأنها تثبت الملك للغائب حتى إذا ثبت ملكة ترتب عليه حقها فيه وهي ليست بخصم في إثبات الملك للزوج في أمواله ، وأما إذا جحد الزوجية فقد كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول : أولاً تقبل بيتنها على الزوجية ؛ لأنها تدعي حقًا فيما في يده من المال بسبب ، فكان خصمًا في إثبات ذلك السبب كمن ادعى عيبًا في يد إنسان أنه له ، اشتراه من فلان الغائب ، ثم رجع ، وقال : لا تقبل بيتنها على ذلك ، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - لأنها تثبت النكاح على الغائب ، والمودع والمديون ليس بخصم عن الغائب في إثبات النكاح عليه بالبيعة .

والاشتغال من القاضي بالنظر يكون بعد العلم بالزوجة ، فإذا لم يكن ذلك معلوماً له لا يشتغل بسماع البينة من غير خصم ، وإن لم يكن له مال حاضر لم يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة عندنا خلافاً لفرقنا ؛ لأن في هذا قضاء على الغائب وقد بيناه ، وإن كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزلة حضوره استحساناً . وينفق عليها من غلة الدار والعباد ؛ لأن ذلك من جنس حقها ويعطيها الكسوة من الثياب إن كانت له والنفقة من طعامه إن كان له ؛ لأنه من جنس حقها ولها أن تأخذ من غير قضاء كما قال عليه السلام لهند : « عذبي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولديك بالمعروف » فلأن يقضي لها القاضي بذلك كان أولى ، ويأخذ منها كفيلاً بجمع ذلك نظراً منه للغائب فإذا رجع الزوج وأقام البينة على وصول النفقة إليها لهذا الوقت فالكفيل ضامن لما أخذت ؛ لأنه التزم بالكفالة ، وإن لم يكن له بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شيء على الكفيل ، وإن نكلت عن اليمين ونكل الكفيل لزمها وللزوج الخيار بين أن يأخذها بذلك ، أو يأخذ الكفيل ؛ لأنه كفيل بما لزمها رده من النفقة وقد ثبت ذلك بنكولها ولهذا لزم كفيلها ، والله عز وجل أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٣٠/٨) : « التمسست زوجة غائب من القاضي أن يفرض لها فرضاً عليه اشترط ثبوت النكاح ، وإقامتها في مسكنه ، وحلفها على استحقاق النفقة ، وأنها لم تقبض منه نفقة مستقبله فحيثذا يفرض لها عليه نفقة معسر حيث لم يثبت أنه غيره ، ويظهر أن محل ذلك إن كان له مال حاضر بالبلد تريد الأخذ منه ، وإلا فلا فائدة للفرض إلا أن يقال : له فائدة هي منع المخالف من الحكم بسقوطها بمضي الزمان ، وأيضاً فيحتمل ظهور مال له بعد فتأخذ منه من غير احتياج لرفع إليه » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥٧٧/٥ ، ٥٧٨) : « لا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال حاضر يعدي فيه ولا يؤخذ منها بما تأخذ كفيلاً والزوج على حجته إذا قدم . ابن عرفة : ظاهره إن لم يكن له ذلك لم يفرض . وقال المتيطي : إن علم أنه مليء في غيبته ، فالمشهور لابن القاسم أنه لا يفرض لها . انظر قبل هذا عند قوله « وإن كان غائبا » (ووديعته ودينه) للمتيطي : من غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة وله مال حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها أنه ما ترك لها نفقة ولا أرسل بها إليها ولا أسقطتها عنه ، وتبايع في ذلك عروضة وأملاكه بعد تأجيله في الأملاك كما لو قيم عليه بحق . قال في المدونة : إن كان للزوج ودائع وديون فرض لها في ذلك . (وأقام البينة على المنكر) من المدونة : ولها إقامة البينة على من جحد من غرمانه أن عليهم ديناً للزوج وكذا لمن قام عليه بدين . عياض : قول المدونة لها أن تقيم البينة دليل أنه إذا أقر لا تقيم بينة ويحكم على الغائب فيما أقر له به ويفرض لها فيه ، وهذا أصل مختلف فيه أي فيمن أقر بوديعة لغائب .

المتيطي : قول المدونة هو المشهور المعمول به (بعد حلفها باستحقاقها) تقدم نص المتيطي بعد يمينها ما ترك لها نفقة ولا أسقطتها (ولا يؤخذ منها كفيلاً وهو على حجته إذا قدم) انظر عند قوله : « وفرض في مال الغائب » . وقال ابن عبد الرحمن : إذا طلق على الغائب بعدم النفقة ثم قدم فأثبت أنه ترك نفقة ردت إليه زوجته وإن تزوجت . وقال ابن أبي زيد : ترد إليه ، ولا يكون له حجة إذا تزوجت ودخل بها إلا أن الطلاق لا يلزمه منه شيء متى تزوجها ، وكذا قال أصحابنا إذا بيعت دار الغائب في دينه ثم قدم فهو على حجته ، فإن أتى بحجة سقط الدين ورجع بالدين على أخذه ولا ينقض بيع الدار كمن شبه على الشهود أنه مات فبيع =

١١١٥ - اعلم أنه إذا غاب شخص وطلب شخص آخر من القاضي من تجب نفقته على الغائب أن يفرض له النفقة على الغائب فلا يجيبه القاضي إلى طلبه إلا إذا كان ذلك الطالب من أصول الغائب أو فروعه أو زوجة له فلو كان أختاً أو عمّاً أو خالاً مثلاً فلا يفرض القاضي له النفقة ؛ لأن هذا قضاء على الغائب والقضاء عليه لا يجوز ، ونفقة الأصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء ؛ بدليل أن لهم أن يأخذوها قبل القضاء بدون رضاه فيكون القضاء في حقهم إعانة وفتوى من القاضي بخلاف غيرهم من الأقارب فإن نفقتهم غير واجبة قبل القضاء بدليل أنه ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئاً قبل القضاء إذا ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداءً لإيجاب فلا يجوز ذلك على الغائب .

١١١٦ - وكلامنا الآن إنما هو في نفقة الزوجة فتكلم عليها وتترك نفقة الأصول والفروع حتى يأتي محلها إن شاء الله تعالى .

١١١٧ - فإذا غاب الزوج ، وطلبت الزوجة من القاضي أن يفرض لها النفقة أجبها إلى هذا الطلب . ثم إن الغائب إما أن يكون له مال أو لا ؛ فإن كان له مال فإما أن يكون من جنس النفقة أو لا ؛ وكل له حكم يخصه وإليك البيان : فإن كان له مال وهو من جنس حقها في النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة سواء كانا مضروبين أو غير مضروبين أو كان ثياباً من جنس حقها في الكسوة فرض لها فيه النفقة سواء كان هذا المال موجوداً في منزل الزوج أو غير موجود فيه بأن

ماله أنه يأخذه إن كان قائماً بالثمن ، وما فات بكمثقت مضى (وبيعت داره بعد ثبوت ملكه وإنها لم تخرج عنه في علمهم ثم بينة بالحيازة قائلة هذا الذي حزنه هي التي شهدنا بملكها للغائب) الذي للمتطي يعرف شهوده فلائناً الغائب ويعلمون له مالاً من ماله وملكاً من أملاكه جميع الدار بكذا لم تخرج عن يده في علمها فكلفها القاضي حيازة الدار المحدودة ووجه لحضور ذلك معها فلائناً وفلائناً قائماً ، وشهد عنده أن الشهود بالملك حازوها عليها وتطوفوا من داخلها وخارجها معهما ، وقالوا لهما : هذه الدار التي شهدنا بملكها للغائب ثم قال : وإن أردت أن تسقط الحيازة ، قلت : واستغنى عن حيازتها لمعرفة الشهود بها وإذ من مذهبه إسقاط الحيازة آخذاً بذلك يقول من ذهب إليه من أهل العلم .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٦٤/٨) : « وإن تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل ، فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه ، وإن لم يكن له وكيل ، ولم تقدر المرأة على الأخذ ، أخذ لها الحاكم من ماله ، ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك ، إذا لم نجد ما تنفق سواء . وينفق على المرأة يوماً بيوم . وبهذا قال الشافعي ، ويحیی بن آدم . وقال أصحاب الرأي : يفرض لها في كل شهر . ولنا : أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها ، فلم يجز ، كما لو عجل لها نفقة زيادة على شهر . »

كان مودعًا عند غيره كما لو أعطى لغيره شيئًا مما ذكر ليحفظه له ؛ فإنه يكون مملوكًا للغائب وهو مودع عند من أعطاه له أو مضاربة كما إذا أعطى لغيره مائة جنيه مثلاً ليتجر فيها ويكون الربح بينهما نصفين أو دينًا كما إذا باع شخص حصانًا مثلاً بخمسين جنيهًا ولم يستلم منه الثمن ؛ فإنه يكون دينًا عليه ولكن إذا كان المال الذي للغائب موجودًا في منزل الزوج فرض لها النفقة فيه وأمرها بالأخذ منه على حسب الفرض الذي قدره إن علم بالنكاح بينهما ؛ لأنه إيفاء لحق الزوجة وليس بقضاء على الزوج بالنفقة حتى يقال إن القاضي لا يقضي بعلمه .

١١١٨ - وأما إذا ادعت أنه ترك مالا مودعًا عند شخص ؛ فإن القاضي يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواها ؛ فإما أن يقر بالزوجية والوديعه أو ينكرهما أو يقر بالزوجية وينكر الوديعه أو يقر بالوديعه وينكر الزوجية فإن أقر بالوديعه والزوجية فرض لها القاضي النفقة في ذلك المال وأمر المودع بإعطائها النفقة منه لأنه لما أقر بالزوجية والوديعه فقد أقر بأن للزوجة حق الأخذ ؛ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبي سفيان وإقرار صاحب الدين مقبول في حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه تعدي إلى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر بإعطائها النفقة من ذلك المال .

١١١٩ - ولكن كيف يكون هذا الحكم مسلمًا مع أنهم نصوا على أنه إذا حضر صاحب الدين غريمًا للغائب أو مودعًا له وهما معترفان بثبوت الدين على الغائب ؛ فإن القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعه والدين ، فما الفرق بين هذه المسألة ومسألة النفقة التي نحن بصدددها ؟ قالوا : الفرق أن أمر القاضي في حق الغائب إنما هو للنظر وفي الأمر بالإتفاق على الزوجة إبقاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر ؛ لأن فيه قضاء على الغائب بقول الغير بإزالة ملكه ولذا قالوا : يقضي بالنفقة لا بالدين .

١١٢٠ - وإن أنكر الزوجية والوديعه أو أقر بواحد منهما وأنكر الآخر فإما أن يكون القاضي عالمًا بما أنكره أو غير عالم فإن كان عالمًا فرض لها النفقة أيضًا في هذا المال وأمره بإعطائها النفقة منه ؛ لأنه إذا جاز للقاضي أن يأمر المودع بالإتفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلا يجوز بعمله الذي لا يحتمله أولى ولكن كيف هذا مع قولهم القاضي لا يقضي بعلمه ، والجواب أن هذا من باب الإعانة والفتوى لا من باب القضاء .

١١٢١ - وإن كان القاضي غير عالم بما أنكره المودع وأرادت المرأة أن تثبت ما أنكره بالبينة ، قال الإمام : وصاحبه لا يلتفت لهذا الطلب ، وقال زفر : يجيبها إلى طلبها

ويسمع البينة ، ومتى ثبت ما ادعته فرض لها النفقة فإذا لم يثبت فلا يفرض لها شيئاً وجه قولهم أن المنكر إن كان هو المال فلأن المرأة بهذه البينة تثبت الملك للغائب وهي ليست بخصم في إثبات الملك للغائب وإن كان هو الزوجية فلأنها بهذه البينة تثبت النكاح على الغائب والمودع ليس بخصم في إثبات النكاح على الغائب ولا يمين للمرأة عليه ؛ لأنه لا يستحلف إلا من كان خصماً وحيث تكون هذه المسألة مستثناة من قولهم : كل من أقر بشيء لزمه ، فإذا أنكره يحلف عليه فإن المودع إذا أقر بالمال وبالزوجية لزمه إعطاؤه للزوجة لتنفقه على نفسها مع أنه إذا أنكره فلا يحلف .

١١٢٢ - ووجه قول زفر أن فيه نظراً للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب ؛ لأنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد يحلف فإن امتنع عن اليمين فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها وإن عجزت بضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا أي أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس ولا يقضي بالنكاح لأن القضاء به قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف القضاء بالنفقة فإنه من باب الإعانة على أخذ النفقة ، وكل ما قيل في الوديعة يقال بالنسبة للدين ومال المضاربة .

١١٢٣ - فإن لم يترك الغائب إلا مالاً في بيته أو وديعة فقط أو ديناً فرض القاضي النفقة فيه ؛ لأنه ليس هناك غيره وأما إن ترك الكل ، فإن القاضي يفرض النفقة أولاً في المال الموجود في بيته ثم في مال الوديعة ، ثم في الدين وسبب هذا الترتيب أن القاضي نصب للنظر في مصالح من هو عاجز عن النظر في شؤون نفسه ولا شك أن المصلحة للغائب فيما ذكر ؛ لأن مال الوديعة محفوظ عند المودع الذي أمنه عليه قبل غيابه فلم يكن معرضاً للخطر بخلاف المال الذي في بيته ومال الوديعة يحتمل أن يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب بخلاف الدين فإنه ليس شيئاً معيناً حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظاً أكثر من الوديعة فيكون النظر للغائب في هذا الترتيب في تبعه القاضي .

١١٢٤ - وبما أن القاضي نصب ناظراً للمصلحة فعندما يفرض النفقة في مال الغائب لا يسلمه للزوجة إلا إذا أخذ منها كفيلاً أي ضامناً للمال الذي تأخذه لأن في أخذ الكفيل مصلحة للغائب ؛ فإنه إذا تبين بعد ذلك أن المرأة لا تستحق الذي أخذته على سبيل النفقة يكون للغائب الحق في أن يأخذه من المرأة أو من الكفيل ولا شك أن هذا أضمن لأمواله لاحتمال أن لا يكون عند المرأة شيء يستوفى منه ما أخذته ، فيأخذ من الكفيل ولا يكتفي بهذا بل يحلف المرأة على ثلاثة أشياء :

١١٢٥ - الأول : أن زوجها الغائب لم يترك لها النفقة قبل سفره .

١١٢٦ - الثاني : أنها لم تكن ناشئة أي خارجة عن طاعته بغير حق .

١١٢٧ - الثالث : أن زوجها الغائب لم يطلقها قبل سفره وانقضت عدتها إذ فيه نظر للغائب أيضا ؛ لأنه من الجائز أن يكون شيء من ذلك حاصلًا ، والكفيل لا يعلم به فتمتنع المرأة عن اليمين فلا يقضي لها بأخذ شيء من ماله .

١١٢٨ - والمراد من الغيبة التي يفرض القاضي النفقة للزوجة بسببها أن لا يسهل إحضار الزوج ومراجعته ولو كان مختفيا في البلد الذي فيه الزوجة فلا يشترط أن تكون الغيبة مدة سفر شرعي ولا أن يكون الغائب مفقودا أي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته حتى لو ذهب إلى القرية وتركها في البلد ولا يسهل إحضاره ومراجعته ، فللقاضي أن يفرض لها النفقة وهناك أقوال في هذا الموضوع ، ولكن المعول عليه ما تقدم لك .

(مادة ١٩٠)

إِذَا لَمْ يُخْلِيفِ الْغَائِبُ مَالًا ، وَأَقَامَتِ الْمَرْأَةُ بَيْتَهُ عَلَى النِّكَاحِ يَقْضِي لَهَا الْحَاكِمُ بِالنَّفَقَةِ دُونَهُ ، وَيَأْمُرُهَا بِالِاسْتِدَانَةِ عَلَى زَوْجِهَا ، وَيُكْفِلُهَا وَيُحْلِفُهَا كَمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ طَلَبَتْ فَسَخَ النِّكَاحَ فَلَا يَفْسُخُهُ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في رد المحتار (٣ / ٥٩٠ ، ٥٩١) : « مطلب في فسخ النكاح بالعجز عن النفقة وبالغيبة (قوله ولا يفرق بينهما بعجزه عنها) أي غائبا كان أو حاضرا (قوله بأنواعها) وهي مأكول وملبوس ومسكن ح (قوله حقها) أي من النفقة وهو منصوب مفعول المصدر وهو إيفاء (قوله ولو موسرا) المناسب ولو معسرا ؛ لأنه إشارة إلى خلاف الشافعي رحمته والأصح عنده عدم الفسخ بمنع المورس حقها كمدبينا (قوله بإعسار الزوج) مقابل قوله : ولا يفرق بينهما بعجزه ط (قوله وتبضرها بغيته) أي تضرر المرأة بعدم وصول النفقة بسبب غيبته .

وفي بعض النسخ : وتبضرها بغيته: أي تعذر النفقة وهي أظهر ، وهذا مقابل قوله ولا بعدم إيفائه حقها . والحاصل أن عند الشافعي إذا أعسر الزوج بالنفقة فلها الفسخ ، وكذا إذا غاب وتعذر تحصيلها منه على ما اختاره كثيرون منهم ، لكن الأصح المتعمد عندهم أن لا فسخ ما دام موسرا وإن انقطع خبره وتعذر استيفاء النفقة من ماله كما صرح به في الأم . قال في التحفة بعد نقله ذلك : فجزم شيخنا في شرح منهجه بالفسخ في منقطع خبر لا مال له حاضر مخالف للمنقول كما علمت . ولا فسخ بغيته من جهل حاله يسارا وإعسارا بل لو شهدت بيته أنه غاب معسرا فلا فسخ ما لم تشهد بإعساره الآن وإن علم استنادها للاستصحاب أو ذكرته تقوية لا شكًا كما يأتي . ١ هـ (قوله نعم لو أمر شافعيًا) أي بشرط أن يكون مأذونا له بالاستنابة =

١١٢٩ - وإن لم يترك الغائب مالا مطلقاً ورفعت المرأة أمرها للقاضي وأرادت أن تقيم بينة على الزواج ليقضي لها بالنفقة عليه ، فقال أبو حنيفة وصاحباها : لا يلتفت إلى قولها ولا يجيبها إلى طلبها ؛ لأن فيه قضاء على الغائب وهو لا يجوز .

خاتمة . قال في غرر الأذكار : ثم اعلم أن مشايخنا استحسبوا أن ينصب القاضي الحنفي نائباً من مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضراً وأنى عن الطلاق ؛ لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة ، إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلاً أمر متوهم ، فالتفريق ضروري إذا طلبته ، وإن كان غائباً لا يفرق ؛ لأن عجزه غير معلوم حال غيبته ، وإن قضى بالتفريق لا ينفذ قضاؤه ؛ لأنه ليس في مجتهد فيه ؛ لأن المعجز لم يثبت . ١ هـ .

ونقل في البحر اختلاف المشايخ وأن الصحيح كما في الذخيرة عدم النفاذ ؛ لظهور مجازفة الشهود كما في العمادية والفتح . وذكر في قضاء الأشباه في المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي أن منها التفريق للمعجز عن الإنفاق غائباً على الصحيح لا حاضراً . ١ هـ والحاصل أن التفريق بالمعجز عن النفقة جائز عند الشافعي حال حضرة الزوج وكذا حال غيبته مطلقاً أو ما لم تشهد بينة بإعساره الآن كما علمت مما نقلناه عن التحفة ، والحالة الأولى جعلها مشايخنا حكماً مجتهداً فيه فينفذ فيه القضاء دون الثانية ، وبه تعلم ما في كلام الشارح حيث جزم بالنفاذ فيهما فإنه مبني على خلاف الصحيح المار عن الذخيرة . وذكر في الفتح أنه يمكن الفسخ بغير طريق إثبات عجزه بل بمعنى فقده ، وهو أن تتعذر النفقة عليها .

ورده في البحر بأنه ليس مذهب الشافعي . قلت : ويؤيده ما قدمناه عن التحفة حيث رد على شرح المنهج بأنه خلاف المقول ، فعلى هذا ما يقع في زماننا من فسخ القاضي الشافعي بالغبية لا يصح ، وليس للحنفي تنفيذه سواء بنى على إثبات الفقر أو على عجز المرأة عن تحصيل النفقة منه بسبب غيبته ، فليتبه لذلك ، نعم يصح الثاني عند أحمد كما ذكر في كتب مذهبه ، وعليه يحمل ما في فتاوى قارئ الهداية حيث سأل عن غاب زوجها ولم يترك لها نفقة . فأجاب : إذا أقامت بينة على ذلك وطلبت فسخ النكاح من قاضٍ يراه ففسخ نفذ وهو قضاء على الغائب ، وفي نفاذ القضاء على الغائب روايتان عندنا ، فعلى القول بنفاذه يسوغ للحنفي أن يزوجه من الغير بعد العدة ، وإذا حضر الزوج الأول وبرهن على خلاف ما ادعت من تركها بلا نفقة لا تقبل بينته ؛ لأن البينة الأولى ترجحت بالقضاء فلا تبطل بالثانية . ١ هـ . وأجاب عن نظيره في موضع آخر بأنه إذا فسخ النكاح حاكم يرى ذلك ، ونفذ فسخه قاضٍ آخر ، وتزوجت غيره صح الفسخ والتنفيذ والتزوج بالغير ، ولا يرتفع بحضور الزوج وادعائه أنه ترك عندها نفقة في مدة غيبته ... إلخ ، فقوله من قاضٍ يراه لا يصح أن يراد به الشافعي فضلاً عن الحنفي ، بل يراد به الحنبلي فافهم (قوله إذا لم يرتض الأمر والمأمور) أما الأول فلأن نصب القاضي بالرشوة لا يصح ، وأما الثاني فلأن حكمه بها لا يصح ، ولو صح نصبه ، وعليه فالمناسب العطف بأو .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٠٢/٣) : من جملة أمر الغائب فسخ نكاحه لعدم النفقة أو لتضرر الزوجة بخلو الفراش فلا يفسخ نكاحه إلا القاضي ما لم يتعذر الوصول إليه حقيقة أو حكماً بأن كان يأخذ دراهم على الفسخ وإلا قام مقامه جماعة المسلمين كما ذكر ذلك شيخنا العدوي .

١١٣٠ - وقال زفر وأبو يوسف في رواية عنه يجيبها إلى طلبها فيسمع بينتها ويقضي لها بالنفقة دون الزواج ولكن حيث أن الغائب لم يترك مالا أصلاً يأمرها القاضي بالاستدانة أي تأخذ ما تنفقه على نفسها من غيره ويكون ديناً على الغائب يؤخذ منه متى حضر إن لم يدع ما يسقط عنه ذلك ؛ لأن فيه نظراً للمرأة ولا ضرر فيه على الغائب ، لأنه لو حضر وصدقها في دعوى الزوجية فقد أخذت حقها ، فإن جحد حلف ، فإن امتنع فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت عن إقامة البينة يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا لحاجة الناس ولكن لا بد من أخذ كفيل منها بما تأخذه وتحليفها على الأشياء الثلاثة المتقدمة في المادة التي قبل هذه ؛ لأن في ذلك نظراً إلى الغائب ، ولهذا لو طلبت فسخ النكاح فلا يجيبها القاضي إلى هذا الطلب اتفاقاً ؛ لأن فيه إضراراً بالغائب وهو إسقاط حقه في الزوجية .

(مادة ١٩١)

إِذَا حَضَرَ الزَّوْجَ الْغَائِبَ ، وَادَّعَى أَنَّهُ عَجَلَ لَهَا النُّفْقَةَ قَبْلَ سَفَرِهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ ، أَوْ لَمْ يُقَمَّ وَاسْتَحْلَفَهَا فَتَكَلَّتْ ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ : إِنْ شَاءَ اسْتَرَدَّتْ النُّفْقَةَ مِنَ الْمَرْأَةِ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ بِهَا عَلَى الْكَفِيلِ . وَإِنْ أَقْرَبَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّهُ عَجَلَ لَهَا النُّفْقَةَ ، يَرْجِعُ بِهَا عَلَيْهَا لَا عَلَيْهِ (١) .

• • •

١١٣١ - فإن حضر الزوج الغائب من السفر ؛ فإما أن يصادق المرأة على ما ادعته أو ينكر ، فإن وافقها فلا يكون له حق في أخذ شيء لا من المرأة ولا من الكفيل ؛ لأنه لما وافقها على دعواها ثبت أنها أخذت شيئاً مستحقاً لها ، وكل من المودع والمدين أعطى الوديعة أو الدين إلى مستحقه فلا يأخذ منهما شيئاً .

١١٣٢ - وإن أنكر فإما أن ينكر عدم تعجيل النفقة قبل سفره ويدعي أنه عجل لها النفقة قبل السفر أو ينكر أنها زوجة له أو ينكر عدم الطلاق وانقضاء العدة ويدعي أنه طلقها قبل السفر وانقضت عدتها وكل له حكم يخصه .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١ / ٥٥٠) : « إذا رجع الزوج ينظران ، فإن لم يعجل لها النفقة ، فقد مضى الأمر ، وإن كان قد عجل وأقام البينة على ذلك ، أو لم تتم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار إن شاء أخذ من المرأة ، وإن شاء أخذ من الكفيل ، ولو أقربت المرأة أنها كانت قد عجلت النفقة من الزوج فإن الزوج يأخذ منها ، ولا يأخذ من الكفيل كذا في البدائع » .

١١٣٣ - فإن كان الأول ، وهو ما إذا ادعى أنه عجل لها النفقة قبل سفره وأنها لا تستحق المال الذي أخذته حال غيابه فإما أن تنكر المرأة ذلك أو تصدق فإن أنكرت فإما أن يمكنه إثبات ذلك بالبينة أو لا ، فإن أقام بينة ثبتت دعواه وحينئذ يكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته حال غيابه ؛ لأنه تبين أنها لا تستحقه ؛ لأنه ثبت أنه أعطاها النفقة الكافية مدة غيابه وفي هذه الحالة أي حالة إثبات ذلك بالبينة يكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته حال غيابه من المرأة أو من الكفيل ؛ لأن البينة حجة متعديّة فكما أنها تثبت حقاً له على المرأة تثبت حقاً له أيضاً على الكفيل فيخبر في ذلك فإن أخذه من الزوجة فلا ترجع به على أحد وإن أخذه من الكفيل يأخذ الكفيل مثله من المرأة إن كانت أمرته بالضممان .

١١٣٤ - وإن عجز من إقامة البينة فله أن يطلب من المرأة اليمين على أنه ما أعطاها نفقتها قبل سفره فعند توجه اليمين عليها إما أن تمتنع عن اليمين أو تحلف فإن امتنعت عن اليمين ثبت ما ادعاه وحينئذ يخير بين أخذه من الكفيل أو من المرأة كما هو صريح المادة ولكن هذا غير ظاهر ؛ لأنهم نصوا على أن الإنكار بذل أو إقرار وهي لو أقرت بأنه عجل لها النفقة قبل سفره فلا يرجع الزوج إلا عليها وليس له مطالبة الكفيل ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره اللهم إلا أن يكون في المسألة قولان .

١١٣٥ - وإن صدقته في أنه عجل لها النفقة قبل سفره كان له الحق في أن يأخذ منها المال الذي أخذته مدة غيابه ؛ لأنه ثبت بإقرارها أنها لا تستحقه إذ كان عجله لها قبل سفره فترد ما أخذت ؛ لأن الحق لا يستوفى مرتين وليس له أن يطالب الكفيل في هذه الحالة بما أخذته ؛ لأن الأخذ ما ثبت إلا بإقرارها وهو حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى إلى الكفيل .

(مادة ١٩٢)

إِذَا رَجَعَ الْغَائِبُ ، وَأَنْكَرَ النِّكَاحَ ، وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمَرْأَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ حَلْفِهِ . فَإِذَا حَلَفَ ، وَكَانَ الْمَالُ الَّذِي قَبَضَتْهُ وَدِيعةً فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى الْمَرْأَةِ أَوْ عَلَى الْمَوْدِعِ . وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَلَهُ الرَّجُوعُ عَلَى الْغَرِيمِ ، وَهُوَ يَرْجِعُ عَلَى الْمَرْأَةِ ^(١) .

•••

١١٣٦ - وإن كان الثاني وهو ما إذا أنكر الغائب الزواج أصلاً وادعى أنها ليست بزوجة له فحينئذ تكون المرأة مدعية عليه الزوجية وهو ينكرها فتكلف المرأة بإثبات دعواها فإن أقامت بينة على أنها زوجته ثبتت الزوجية وحينئذ لا يكون له حق في طلب المال الذي أخذته من أحد ؛ لأنه كان ينكر استحقاقها لما أخذت ؛ لأنها ليست زوجته ، وقد أثبتت الزوجية فتكون مستحقة له ، فتبين أنها أخذت حقها فلا يسترد ، وإن عجزت عن إقامة البينة فلها طلب يمينه فعندما تتوجه عليه اليمين فأما أن يمتنع ويحلف فإن امتنع ثبتت الزوجية أيضاً لأن امتناعه إقرار وحينئذ لا يكون له حق في استرداد ما أخذت لما تقدم وإن حلف أنها ليست زوجة له انتفت دعواها فيكون له الحق في أخذ المال الذي أخذته ؛ لأن أخذها له كان مبنياً على دعواها الزوجية ولم تثبت فيسترده . ثم إن المال الذي أخذته إما أن يكون وديعةً أو دينًا ، فإن كان وديعة فهو مخير بين أخذه من المرأة أو من المودع فإن اختار تضمين المرأة فليس لها حق في الرجوع به على أحد وإن أخذه من المودع كان له الحق في أخذه من المرأة .

١١٣٧ - وإن كان دينًا فليس له إلا أخذه من المدين وهو يرجع به على المرأة ، والفرق بينهما أن المرأة في الوديعة أخذت نفس ما يستحقه الغائب بتسليط من المودع فيكون كل منهما متعدداً على عين ما يستحقه ، فيثبت له الخيار وفي الدين أخذت مثل ما يستحقه الغائب لأن الدين تقضى بأمثالها لا بأعيانها ؛ فالمرأة لم تأخذ نفس ما يستحقه الغائب ؛ بل مثله فلا يرجع عليها بشيء ولكن أخذه من المدين يرجع المدين به على المرأة ؛ لأنه تبين أنها غير مستحقة لما أخذت فترده . ويظهر أن هذا مقيد بما إذا

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٥٠/١) : « وإن رجع الغائب وأنكر النكاح ، فالقول قوله مع حلفه ، فإذا حلف ، فإن كان المال وديعةً فله أن يأخذ من أيهما شاء ، إن شاء أخذ من المرأة ، وإن شاء أخذ من المودع ، وأما في الدين يأخذ من الغريم ، ثم يرجع الغريم على المرأة كذا في التارخانية » .

ثبتت الزوجية وكل من الودیعة والدين بإقرار المودع أو المدين .

١١٣٨ - وأما إذا كان ثبوت ذلك بالبينة بعد إنكار كل منهما فلا يكون للغائب حق الرجوع على كل من المودع والمدين لأنهما والحالة هذه مضطران إلى دفع المال إليها لأمر القاضي لهما بذلك فلا يكون للغائب حق في الرجوع على كل منهما بل له أخذه من المرأة فقط .

(مادة ١٩٣)

إِذَا رَجَعَ الزَّوْجُ الْغَائِبُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَعَدَمِ اسْتِخْقَاقِ الْمَرْأَةِ التَّفَقُّةَ الَّتِي أَخَذَتْهَا فِي غِيَابِهِ ، ضَمِنَتْ هِيَ لَا الدَّافِعَ مِنَ الْمَوْدَعِ أَوْ الْمَدْيُونِ ، إِلَّا إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الزَّوْجِ أَنَّ الدَّافِعَ كَانَ يَعْلَمُ بِالطَّلَاقِ ، فَحَيْثُ يَكُونُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ^(١) .

١١٣٩ - وإن كان الثالث وهو ما إذا ادعى الزوج الغائب أنها كانت زوجة له ولكن طلقها قبل سفره وانقضت عدتها وبناء عليه لا تستحق النفقة التي أخذتها في غيابها وأثبت ذلك بالبينة فله الحق في تضمين المرأة المال الذي أخذه حال غيابها ؛ لأنها أخذته على أنه نفقة وقد تبين أنها لا تستحقه فترده وليس له تضمين كل من المودع والمدين ؛ لأنهما معذوران في دفعهما المال إليها إذ الطلاق مما ينفرد به الزوج فيخفى عليهما حتى إذا وجد ما يدل على أنهما يعلمان بالطلاق وانقضت العدة بأن شهدت البينة التي أقامها الزوج على الطلاق وانقضاء العدة بأن كلا من المودع والمدين يعلم بذلك ثبت له حق الرجوع على كل منهما أيضا لتعدي كل منهما والحالة هذه على مال الغائب .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١ / ٥٥٠) : « وإذا رجع الزوج وأقام البينة على الطلاق وانقضاء العدة ضمن القابض ، ولا يضمن الدافع إلا إذا قالت بينة الزوج : إن الدافع كان يعلم بالطلاق وانقضاء العدة كذا في العتاية وإن قال الدافع : كنت أعلم بالزوجية ، ولا أعلم طلاقها لا يضمن ، ويحلف أنه لم يكن يعلم طلاقها كذا في غاية السروجي » .

(مادة ١٩٤)

إِذَا ادَّعَى الْمُوَدَّعُ أَوْ الْمُدَّيُونُ الَّذِي أَمَرَهُ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَى زَوْجَةِ الْغَائِبِ أَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا الْمَالَ لِنَفَقَةٍ ، وَأَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ يَقْبَلُ قَوْلُ الْمُوَدَّعِ بِلَا بَيِّنَةٍ ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُ الْمُدَّيُونِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ .

• • •

١١٤٠ - فإذا فرض أن القاضي أمر كلاً من المودع والمدين بالإنفاق على الزوجة من الوديعة والدين وامتثل كل منهما الأمر وبعد مدة عادت المرأة إلى القاضي وادعت أن كلاً منهما لم يعطها شيئاً لتنفقه على نفسها ، فأحضرهما القاضي ، فادعى كل منهما إنه أعطاهما المال الذي أمره بإعطائهما لها ، وأنكرت المرأة ذلك صدق المودع بلا بينة ؛ لأنه أمين ، ولا يقبل قول المدين إلا إذا ثبت بالبينة أنه دفع إليها الدين ؛ لأنه يدعي براءة ذمته منه فلا يسقط عنه إلا بينة .

(مادة ١٩٥)

إِذَا كَانَتْ الْوُدِيْعَةُ أَوْ الْمَالُ الَّذِي فِي يَدِ الزَّوْجِ الْغَائِبِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ النِّفَقَةِ ، فَلَيْسَ لِلزَّوْجَةِ أَنْ تَبِيعَ مِنْهُ شَيْئًا فِي نَفَقَةِ نَفْسِهَا ، وَلَا لِلْقَاضِي تَبِيعَ شَيْءٍ مِنْهُ ، وَتَوَجُّرُ عَقَارَاتِهِ وَيُضْرَفُ مِنْ أَجْرَتِهَا فِي نَفَقَةِ الْمَرْأَةِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الميسوط (١٨٩/٥ ، ١٩٠) : ولا يبيع القاضي عروضه في النفقة والدين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله تعالى- يبيع ذلك كله ، وهو بناء على مسألة الحجر ، فإن عند أبي حنيفة رضي الله عنه القاضي لا يحجر على المديون بسبب الدين . وبيع المال عليه نوع حجر فلا يفعله القاضي . وعندهما القاضي يحجر عليه بسبب الدين فيبيع عليه ماله واستدلا في ذلك بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضي الله عنه وباع عليه ماله وقسم ثمنه على غرمائه بالحصص . وقال عمر رضي الله عنه في خطبته أيها الناس إياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب ، وإن أسيغ جهينة قد رضي من دينه وأمانته أن يقال له : سبق الحاج ، فإدان معرضاً فأصبح وقد رين به ألا إني بائع عليه ماله ، وقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ، فمن كان له عليه دين فليعد .

والمعنى فيه أن قضاء الدين مستحق عليه بدليل أنه يحبس لأجله ، فإذا امتنع من ذلك وهو مما تجرى النيابة فيه ناب القاضي منابه كالتمزيق بين العين وامراته . وبالإنفاق يبادل أحد النقتدين بالآخر بهذا الطريق ، فكذلك =

١١٤١ - وإن كان المال الذي تركه الغائب ليس من جنس النفقة سواء كان موجوداً في بيته أو كان وديعة ، فأما أن يخشى عليه التلف من المكث أو لا فإن كان الأول باعه القاضي وأنفق على الزوجة من ثمنه ؛ لأن النظر إلى الغائب في ذلك ، وإن كان الثاني فلا تفرض فيه النفقة ؛ لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق .

١١٤٢ - أما عند أبي حنيفة فهو ظاهر ؛ لأن عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب

= يبيع العروض ، ولأبي حنيفة ما روي أن رجلاً من جهينة أعتق شقصاً من عبد بينه وبين آخر فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمة له وأدى ضمان نصيب شريكه . ومعلوم أن النبي كان علم يساره حين أئزمه ضمان العتق ، ثم اشتغل بحبسه ولم يبع عليه ماله فلو كان ذلك جائزاً لاشتغل به ؛ لأن فيه نظراً من الجانبين والمعنى فيه أن المستحق عليه قضاء الدين ولقضاء الدين طرق سوى بيع المال فليس للقاضي عليه ولاية تعيين هذا الطريق لقضاء الدين . ألا ترى أنه لا تزوج المدبونة لتقضي الدين من صداقها ولا يؤاجر المدبون ليقضي الدين من أجرته ؛ لأنه تعين قضاء الدين عليه ، فكذلك لا يبيع ماله ؛ لأنه تعين طريق قضاء الدين عليه . ومبادلة أحد التقدين بالآخر لا يفعله في القياس أيضاً ولكن في الاستحسان الدراهم والدنانير جملاً كجنس واحد ، فإن المقصود منهما واحد فكان ذلك بمنزلة قضاء الدين من جنس الحق وذلك متعين عليه لصاحب الحق ؛ لأن له أن يأخذ جنس حقه فكذلك للقاضي أن يعينه عليه وأما حديث معاذ - رضي الله تعالى عنه - فإنما باع رسول الله ﷺ ماله برضاه وسؤاله ؛ لأنه لم يكن في ماله وفاء بدينه فسأل رسول الله ﷺ أن يباشر بيع ماله لينال بركة رسول الله ﷺ ماله فيصير فيه وفاء بدينه ، والمشهور من حديث عمر - رضي الله تعالى عنه - إنني قاسم ماله بين غرماه ، فإنما يحمل ذلك على أن ماله كان من النقود ، والدليل عليه أن عندهما ليس للقاضي أن يبيع المال إلا بطلب من الخصم ، ولم يكن منهم طلب ففرقنا أنه كان ذلك من جنس الحق ، أو كان فيه نوع مصلحة رآها لأسيفع جهينة .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥٧٢/٥ ، ٥٧٣) : « لا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال حاضر يعدى فيه ولا يؤخذ منها بما تأخذ كفيلاً والزوج على حجة إذا قدم . ابن عرفة : ظاهره إن لم يكن له ذلك لم يفرض . وقال المتيطي : إن علم أنه مليء في غيبته فالمشهور لابن القاسم : أنه لا يفرض لها . انظر قبل هذا عند قوله « وإن كان غائباً » (ووديعته ودينه) المتيطي : من غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة ، وله مال حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها أنه ما ترك لها نفقة ولا أرسل بها إليها ولا أسقطتها عنه ، وتبايع في ذلك عروضه وأملاكه بعد تأجيله في الأملاك كما لو قيم عليه بحق . قال في المدونة : إن كان للزوج ودائع وديون فرض لها في ذلك . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٤/٨) : « وإن تعذرت النفقة في حال غيبته ، وله وكيل ، فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه ، وإن لم يكن له وكيل ، ولم تقدر المرأة على الأخذ ، أخذ لها الحاكم من ماله ، ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك ، إذا لم نجد ما تنفق سواه . وينفق على المرأة يوماً بيوم . وبهذا قال الشافعي ، ويحیی بن آدم . وقال أصحاب الرأي : يفرض لها في كل شهر . ولنا أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها ، فلم يجز ، كما لو عجل لها نفقة زيادة على شهر . »

من باب أولى وأما عند الصحابين ؛ فلأنه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه ، وإنما قالوا ببيع مال الحاضر إذا امتنع عن الدفع ؛ لأنه عرف امتناعه وحيثئذ تؤجر عقاراته ويصرف من أجرتها في نفقة المرأة .

(مادة ١٩٦)

في كُلِّ مَوْضِعٍ جَازٍ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ لِلْمَرْأَةِ بِالنَّفَقَةِ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا الْغَائِبِ ، جَازَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ مَا يَكْفِيهَا بِالْمَعْرُوفِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ .

١١٤٣ - وفي كل موضع جاز للقاضي أن يقضي للمرأة بالنفقة من مال زوجها الغائب جاز لها أن تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف من غير قضاء ؛ لأنك عرفت مما تقدم أن قضاء القاضي من قبيل الإعانة والفتوى ، فحقها ثابت ، وإن لم يقض به فلها أخذه وأيضاً قد نصوا على أن كل شخص مستحق قبل غيره شيء وظفر بماله وكان من جنس حقه فله أخذه من غير قضاء ولا شك أن المرأة مستحقة النفقة على زوجها ، فمتى ظفرت بماله الذي من جنس حقها جاز لها أخذه .

الفصل السادس

في دين النفقة

(مادة ١٩٧)

تَقَدَّمُ التَّفَقُّهُ الْكَافِيَةُ لِلشُّخْصِ وَرَزَّجِيهِ وَعِيَالِهِ بِقَدْرِ الصُّرُورَةِ عَلَى قَضَاءِ دُيُونِهِ .

• • •

١١٤٤ - اعلم أنه إذا كان شخص مديناً وطلب الدائنون ديونهم الثابتة بأي طريق من طرق الإثبات الشرعي يؤمر المدين بسداد تلك الديون فإن امتثل فيها ، وإن لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضي عليه من أمواله ما بقي بسداد ديونه على قول الصاحبين المعول عليه ، فإن كانت أمواله لا تفي بالديون باعها القاضي وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية ؛ أي كل من الدائنين يأخذ من ثمن ما يباع بنسبة دينه ، فإذا فرض أن شخصاً مدين بألف جنيه لثلاثة أشخاص لأحدهم خمسمائة وللثاني ثلاثمائة وللثالث مائتان وجميع أمواله لا تساوي إلا خمسمائة جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق معرفة ذلك أن تقسم ما عنده من المال على جميع الديون وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فالخارج هو ما يخص ذلك الدين ، ففي المثال المتقدم بلغ جميع الديون ألف جنيه وأمواله التي يمتلكها خمسمائة جنيه وبقسمة الخمسمائة على الألف يكون خارج القسمة نصفاً ، وبضربه في دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا .

$$٠ ، ١ = ٥٠٠ ، ٢٥٠ = ١٠٠٠ ، ٥٠٠$$

٢ ، ١ = ٥٠٠ ، ٢٥٠ = ١ ، ٢٥٠ = ٢ ، ٥٠٠ = ١ ، ٢٥٠ فيكون هذا نصيب الدائن بخمسمائة . ونصيب الدائن بثلاثمائة يحصل بهذا العمل .

٢ ، ١ = ٣٠٠ ، ٣٠٠ = ٢ ، ٣٠٠ = ١ ، ١٥٠ = ١ ، ١٥٠ ونصيب الدائن بمائتين يحصل بهذا العمل أيضاً .

٢ / ١ ، ٢٠٠ = ٢ ، ٢٠٠ = ١ ، ١٠٠ = ١ ، ١٠٠ وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل .

١١٤٥ - ولك أن تقول من أول الأمر حيث أن جميع أمواله تساوي نصف جميع

الدين فكل يأخذ نصف دينه فإن كان يساوي الثلثين فكل يأخذ ثلثي دينه .. وهكذا ؛ فاتبع ما يسهل عليك فإن الغرض الوصول إلى المقصود بأي طريق كان ، ولكن عندما يبيع القاضي أمواله لسداد ديونه فلا يبيعها كلها بل يترك النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة أو غيرها ولا شك أن النفقة تشمل السكنى والكسوة والطعام فيترك له بيتا يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته في الهيئة الاجتماعية ومن الثياب كذلك ومن الطعام ما يكفيه إلى أن يحصل على شيء آخر بحسب ما هو مستعد له من الكسب فإن كان كسبه يوميا أو أسبوعيا أو شهريا أو سنويا ترك له ما يكفيه هذه المدة لأنه بعدها يحصل على شيء جديد ينفق منه .

(مادة ١٩٨)

لَا تَصِيرُ النَّفَقَةُ دَيْنًا إِلَّا بِالْقَضَاءِ أَوْ بِتَرَاضِي الزَّوْجَيْنِ عَلَى شَيْءٍ مُعَيَّنٍ (١) .

١١٤٦ - واعلم أنه إذا مضت مدة لم ينفق الزوج فيها على زوجته بل أنفقت هي على نفسها سواء كان من مالها أو من مال غيرها ثم طالبت بما أنفقت فإما أن تكون نفقة تلك المدة غير مقضي بها ولم يحصل تراض بين الزوجين على إعطائه لها كل أسبوع مثلا كذا من الدراهم أو تكون نفقة تلك المدة مقضيًا بها أو متراضي عليها بين الزوجين والمقضي بها أو المتراضي عليها إما أن تكون مستدانة أو غير مستدانة ، والمستدانة إما أن تكون مستدانة بغير أمر القاضي أو أمر الزوج أو مستدانة بأمر واحد منهما وكل من هذه الأحوال له حكم يخصه وإليك البيان .

١١٤٧ - فإن كانت النفقة غير مقضي بها ولا متراضي عليها فأما أن يكون الزمن الذي مضى ولم تطلب المرأة فيه النفقة شهرا فأكثر أو أقل من شهر ، فإن كان الأول سقطت عنه النفقة بمضي هذا الزمن فليس لها حق في طلبها ؛ لأنها ليست بدين على الزوج إذ أن النفقة لا تصير دينا إلا بأحد أمرين .

١١٤٨ - الأول : قضاء القاضي بها على الزوج .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٣ / ٥٩٤) : « والنفقة لا تصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا » أي : اصطلاحهما على قدر معين أصنافا أو دراهم ، فقبل ذلك لا يلزم شيء ، وبعده ترجع بما أنفقت ولو من مال نفسها بلا أمر قاض .

١١٤٩ - الثاني : التراضي بين الزوجين لأن النفقة صلة وليست بعوض فلم يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة فإنها لا توجب الملك في الموهوب إلا بمؤكد وهو القبض وتراضي الزوجين بمنزلة القضاء لأن ولاية الزوج على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه .

١١٥٠ - وقال الشافعي وأحمد على أحد القولين في مذهبه تصير النفقة دينًا قبل القضاء أو الرضا لأنها عوض فصارت كسائر الديون فثبت وإن لم يقض بها القاضي ولم يتراض الزوجان على تقدير شيء معين - وهذا هو الظاهر ؛ لأن الحنفية نفسهم يقولون : إنها جزاء الاحتباس فالظاهر من هذا إنه متى وجد الاحتباس ثبت النفقة وهو النفقة سواء حصل القضاء أو الرضا أو لم يحصل واحد منهما (١) .

(مادة ١٩٩)

النفقة المفروضة للزوجة بحكم القاضي أو بالتراضي لا تسقط بمضي المدّة ، فإذا لم تطالب بها المرأة ولم تقبضها كلّها أو بعضها في مواعيدها المقررة ، فلها ما دامت حياة مطيعةً والزوج حيّ أن ترجع عليه بالمقدار المتجمد منها بعدّ القضاء أو الرضا سواء كانت المدّة الماضية قليلةً أو كثيرةً .

• • •

(مادة ٢٠٠)

ليس للمرأة الرجوع على زوجها حاضرًا كان أو غائبًا بما أنفقته من مالها قبل فزوض القاضي أو التراضي على شيء معين بل يسقط ذلك بمضي شهرٍ فأكثر لا أقل .

• • •

١١٥١ - وإن كانت المدّة الماضية أقل من شهر فلا تسقط وحيثيذ فلها الحق في طلب نفقة تلك المدّة لأنهم جعلوا هذا المدّة قليلة ، والليل مما لا يمكن التحرز عنه ؛ إذ لو سقطت بمضي اليسير من المدّة لما تمكنت من الأخذ أصلًا قبل القضاء أو الرضا ولا

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٧٩) : النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

يخفى ما فيه من الحرج .

١١٥٢ - وإن كانت النفقة مقضيا بها أو متراضي عليها بين الزوجين ولكن لم تطالب المرأة بها ولم تأخذها دينا بل أنفقت من مال نفسها مدة ، وبعد ذلك طالبت الزوج بما أنفقت في المدة الماضية بعد القضاء أو الرضا يثبت لها الحق ؛ لأنها لا تسقط بمضي الزمن إذ صارت دينا بالقضاء أو الرضا فلها أخذه سواء كانت المدة الماضية التي لم تأخذ فيها النفقة قليلة أو كثيرة ولكن هذه النفقة تسقط بموت أحد الزوجين أو بنشوز الزوجة أي خروجها عن طاعة زوجها بغير حق ، فإذا مضت أربعة أشهر مثلا بعد القضاء أو الرضا وتجمدت على الزوج نفقتها فمات الزوج فلا يكون للزوجة حق في أخذ المقدار المتجمد من التركة وإذا ماتت الزوجة فليس لورثتها حق في طلب المقدار المتجمع من الزوج ؛ لأن النفقة صلة والصلوات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية ، وكما أنها تسقط بالموت تسقط أيضا بالنشوز عقابًا لها واختلنوا في سقوطها بالطلاق .

١١٥٣ - وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه ، لا تسقط هذه النفقة بالموت ؛ لأنها صارت دينًا كباقي الديون فكما أن دين غير النفقة لا يسقط بالموت فكذلك دين النفقة وهذا هو الظاهر .

(مادة ٢٠١)

النَّفَقَةُ الْمَقْرُوضَةُ بِالْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا وَالْمُسْتَدَانَةُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ يَسْقُطُ ذَنْبُهَا بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ، وَلَا يَسْقُطُ ذَنْبُ النَّفَقَةِ بِالطَّلَاقِ ، إِلَّا إِذَا تَحَقَّقَ أَنَّهُ رَفَعَ لِسُوءِ أَخْلَاقِ الْمَرْأَةِ .

١١٥٤ - وإن كانت النفقة مقضيا بها أو متراضي عليها ولكنها مستدانة بغير أمر الزوج أو القاضي فهي مثل النفقة الغير المستدانة فلا تسقط بمضي الزمن بل تسقط بالموت والنشوز وبالطلاق إذا تحقق أنه حصل لسوء أخلاق الزوجة ، وهذا خلاف مذهب الشافعي أيضًا .

(مادة ٢٠٢)

الثَّقَفَةُ الْمُسْتَدَانَةُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ لَا يَسْقُطُ دَيْثُهَا بِأَيِّ حَالٍ ، بَلْ تَكُونُ دَيْثًا ثَابِتًا لَهَا فِي تَرَكَةِ زَوْجِهَا وَاجِبًا أَدَاؤُهُ . ثُمَّ إِنْ كَانَتْ الْإِسْتِدَانَةُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، فَلِلْفَرِيمِ الرُّجُوعُ عَلَى أَيِّهَامَا شَاءَ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ مِنَ الْمَرْأَةِ . وَإِنْ كَانَتْ بِلَا أَمْرِ الْحَاكِمِ ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ إِلَّا عَلَى الْمَرْأَةِ ، وَهِيَ تَرْجِعُ عَلَى زَوْجِهَا إِنْ ثَبَّتَ لَهَا عَلَيْهِ حَقٌّ ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٢٠٥/٤ - ٢٠٧) : « سقوط النفقة المقضي بها بالطلاق مختلف فيه فجزم في النقاية بسقوطها به كالموت مسويًا بينهما ، وكذا في الجوهره وذكر في الحانية والظهيرية ، وكما تسقط المفروضة بموت أحد الزوجين هل تسقط بالطلاق اختلفوا فيه فقال بعضهم : لا تسقط ، وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي : وجدت رواية في السقوط وذكر البقالي أن على قول محمد تسقط ولا رواية عن أبي يوسف ، وذكر شمس الأئمة الحلواني زاد في الخصايف لسقوط النفقة المفروضة سببًا آخر فقال : تسقط بموته وموتها وتسقط إذا طلقها أو أباها ا هـ . هذه عبارتها باللفظ وفي الخلاصة والبيازية وهل تسقط النفقة المفروضة بالطلاق ؟ حكى عن القاضي الإمام أبي علي النسفي أنها تسقط وفي فتاوى البقالي ذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد ا هـ .

وفي الذخيرة لو طلقها الزوج في هذا الوجه يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي كذا حكى عن القاضي الإمام أبي علي النسفي وكان يقول وجدنا رواية هذه المسألة في كتاب القاضي وبه كان يفتي الصدر الشهيد والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني وشبهه بالذمي إذا اجتمع عليه خراج رأسه ، ثم أسلم يسقط عنه ما كان اجتمع عليه ووجه التشبيه به أن الذمي إما كان يؤخذ منه خراج النفس لإصراره على الدين الباطل ، وقد زال ذلك المعنى بالإسلام فتسقط الجزية كذا ها هنا المرأة إما تستحق النفقة بالوصلة التي كانت بينهما وتلك الوصلة قد انقطعت بالطلاق ، فأما إذا كانت النفقة مستدانة بأمر القاضي فإنها لا تسقط بالطلاق وهو الصحيح لما ذكرنا أنه كاستدانة الزوج بنفسه ا هـ . ما في الذخيرة وفي المجتبى ، ولو طلقها الزوج في هذه الوجوه فإنه يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي ا هـ . فقد ظهر من هذا أن الراجح عندهم سقوطها بالطلاق كالموت خصوصًا قد أفتى به الشيخان كما في الذخيرة وظاهر كلامهم أنه لا فرق فيه بين الطلاق الرجعي والبائن ؛ لأنه في عبارة الحانية والظهيرية قد عطف البائن على الطلاق فلمعلم أن الطلاق رجعي قال العبد الضعيف ينبغي ضعف القول بسقوطها بالطلاق ، ولو بائنا لأمر : الأول : أنهم اتفقوا على أنه يحبس في النفقة المفروضة إذا امتنع من دفعها ، ولو كانت تسقط بالطلاق لأمكنه أن يطلقها فتسقط ثم يراجعها .

الثاني : أنهم صرحوا بجواز أخذ الكفيل بالنفقة المفروضة بقدر المدة التي فرضها القاضي مع أن الكفالة لا تصح إلا بدين صحيح ، قالوا : وهو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فلو كان دين النفقة يسقط بالطلاق لم يكن صحيحًا فلم تصح الكفالة به ولا يضرنا سقوطه بموت أحدهما ؛ لأنه لعارض أن أصله صلة والصلوات تسقط بالموت قبل القبض ، الثالث وهو أقواها ما ذكره في باب الخلع فإن الكل قد ذكروا أن الطلاق على =

١١٥٥ - وإن كانت النفقة مقضيًا بها أو متراضى عليها ولكنها مستدانة بأمر القاضي أو الزوج فلا يسقط دينها أصلًا لا بموت ولا بغيره ؛ لأن للقاضي ولاية عامة فهي بمنزلة استدانة الزوج ولو استدان الزوج بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام الزوج موجودًا فلها أن تطالبه بها قصرت المدة أو طال ، وإذا مات فلا تسقط أيضًا بل يكون لها الحق في أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة ؛ لأن الدين مقدم وكما ثبت للزوجة الحق في طلب دين النفقة من الزوج لتعطيه للدائن يثبت للدائن طلب الزوج مباشرة بهذا الدين إن كانت الاستدانة بأمر الحاكم وحيثذ يكون الدائن مخيرًا بين أخذ دينه من المرأة أو الزوج .

١١٥٦ - ومثله ما إذا كانت الاستدانة بأمر الزوج فإن كانت بلا أمر واحد منهما فله الحق في أخذه من المرأة فقط وهي تأخذه من زوجها إن ثبت لها عليه حق بأن كانت النفقة مقضيًا بها أو متراضى عليها ولم يوجد ما يسقطها^(١).

= مال لا يسقط شيئًا من حقوق النكاح بخلاف الخلع على مال ولا بأس بذكر عباراتهم ، قال في البدائع : ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح ا هـ . فقد أفاد عدم سقوط النفقة والكسوة المفروضتين بالطلاق على مال ؛ لأنه صرح بسائر الحقوق ، وهي ثلاثة : المهر والنفقة والكسوة ولا يمكن حمله على المهر فقط ؛ لأنه يطل به قوله سائر الحقوق ، وقال قبله : وأما حكم الخلع فإن كان بغير بدل بأن قال خالعتك ونوى به الطلاق فحكمه أن يقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر والنفقة الماضية وإن كان يبدل إلى آخره ، فهذا صريح في المسألة أيضًا وفي غاية البيان أما إذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح ، ففي ظاهر الرواية تقع ؛ لأن لفظ الطلاق لا يدل على إسقاط الحق الواجب بالنكاح وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة تقع البراءة عنها لإتمام المقصود ا هـ . وظاهره أن الطلاق إذا لم يكن على مال لا يسقط شيئًا من الحقوق الواجبة اتفاقًا ، فهذا كله يدل على ضعف الرواية السابقة خصوصًا أن مفهوم الكتب حجة ، وقد قيدوا سقوطها بموت أحدهما .

وظاهر ما في الحانية والظهيرية أن الخصاص زاد الطلاق من عنده وليس له أصل في المذهب ، فالذي يتعين المصير إليه على كل مفت وقاض اعتماد عدم السقوط خصوصًا ما تضمنه القول بالسقوط من الإضرار بالنساء حتى استفتيت وقت تأليف هذا المحل عن امرأة لها كسوة مفروضة تجمدها عشر سنين ولم يدفع لها الزوج ، ثم إنها رفعته إلى قاض وحكم عليه بالدفع فاستمهلها يوما ، ثم ذهب إلى قاض رومي وخلعها عنده بغير علمها فحكم له القاضي الحنفي بسقوط الكسوة الماضية ولا يخفى ما في ذلك من الضرر فإن قلت لِمَ لم تعتمد على تصحيح الزبلي بقوله : وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح لما ذكرنا قلت : لأن كلامه في النفقة المستدانة بأمر القاضي وكلامنا في المفروضة فقط .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٧٢) : النفقة تكون معجلة بالتعجيل وإذا حدثت وفاة أو طلاق بعد استيفاء الزوجة لها فلا يجوز استردادها .

(مادة ٢٠٣)

لا تُسْتَرَدُّ النَّفَقَةُ الَّتِي دُفِعَتْ لِلزَّوْجَةِ مُعْجَلًا ، لَا بِمَوْتٍ وَلَا بِطَلَاقٍ ، سِوَاءَ عَجَلَهَا الزَّوْجُ
أَوْ أَبُوهُ وَلَوْ كَانَتْ قَائِمَةً .

١١٥٧ - فإن أعطى الزوج لزوجته نفقة مدة مستقبله ولم يحصل في أثناء تلك المدة ما يسقط النفقة فقد استحققتها فلا حق له في استرداد شيء منها وأما إذا حصل في أثناء المدة ما يسقطها كما إذا عجل لها نفقة سنة مثلاً وماتت الزوجة بعد مضي أربعة أشهر أو مات الزوج بعد مضي هذا الزمن أو طلقها في أثناء المدة فليس له ولا لورثته حق في استرداد شيء منها أو من ورثتها ، كما لو مضت المدة المعجلة نفقتها ولم يطرأ ما يسقطها ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلوات بعد الموت لانتهاؤهما كما في الهبة .

١١٥٨ - وقال محمد والإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل تحسب لها نفقة ما مضى وما بقي يسترد سواء كان المعجل طعاما أو كسوة ؛ لأنها استعجلت عوضا عما تستحق عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق في البعض فيبطل العوض بقدره وهذا هو الظاهر لقوة دليبه ، ولا فرق في هذا الحكم بين أن يكون المعجل للنفقة هو الزوج أو أبوه .

(مادة ٢٠٤)

الإِبْرَاءُ عَنِ النَّفَقَةِ قَبْلَ فَرَضِهَا قَضَاءٌ أَوْ رِضًا بِاطِّلَ ، وَبَعْدَهُ صَحِيحٌ عَنِ نَفَقَةِ الْمُدَّةِ الْمَاضِيَةِ ، وَعَنِ نَفَقَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ مُسْتَقْبَلٍ دَخَلَ أَوَّلُهُ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً كُلَّ يَوْمٍ ، وَعَنِ أُسْبُوعٍ وَاحِدٍ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً كُلَّ أُسْبُوعٍ ، وَعَنِ نَفَقَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ مُسْتَقْبَلٍ قَدْ اسْتَهْلَ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً كُلَّ شَهْرٍ ، وَعَنِ نَفَقَةِ سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ قَدْ دَخَلَتْ إِنْ كَانَتْ مَفْرُوضَةً سَنَوِيًّا ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٥٣/١) : « المرأة إذا أبرأت الزوج عن النفقة بأن قالت : أنت بريء من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك ، فإن لم يفرض لها القاضي النفقة فالبراءة باطلة ، وإن كان فرض لها القاضي كل شهر عشرة دراهم يصح الإبراء من نفقة الشهر الأول ، ولم يصح من نفقة ما سوى ذلك الشهر ، ولو قالت بعد ما مكثت شهرا : أبرأتك من نفقة ما مضى ، وما يستقبل يبرأ من نفقة ما مضى ، ومن نفقة ما =

١١٥٩ - والنفقة حق للزوجة فلها أن تطالب زوجها بها ولها أن تبرئه منها أي تسقط حقها فيها فإن طالبته أجبر على الإعطاء ما لم تسقط بواحد من الأشياء المتقدمة ، وإن أبرأته منها فلا حق لها في الطلب بعد ذلك إن كان الإبراء صحيحاً .

١١٦٠ - والإبراء من النفقة إما أن يكون قبل القضاء بها أو التراضي عليها أو بعد واحد منهما فإن كان بعد واحد منهما فإما أن يكون عن مدة ماضية أو مستقبلية فإن كان قبل القضاء أو الرضا فهو باطل لأن الإبراء لا يكون إلا عن شيء موجود في الذمة وقته والنفقة لا تصير ديناً إلا بالقضاء أو الرضا فلم يكن الدين موجوداً وقت الإبراء فلا يصح وإن كان بعد القضاء أو الرضا وكان عن مدة ماضية بأن مضى شهران مثلاً بعد واحد منهما لم تأخذ فيهما شيئاً صح الإبراء لقيام الدين بذمته وقته وهو حق الزوجة فلها أن تسقطه وإن كان بعد القضاء أو الرضا ولكن عن زمن مستقبل فإن كانت مفروضة شهرياً ، واستهل الشهر بأن جاء أول يوم منه وأبرأته عن نفقة شهر صح هذا الإبراء فإن أبرأته عن نفقة شهرين أو ثلاث مثلاً فلا يبرأ إلا عن نفقة الشهر الذي دخل إرله وحينئذ يكون لها الحق في مطالبة بنفقة غير الشهر الذي حصل الإبراء فيه ؛ لأن القاضي لما فرض نفقة كل شهر فإنما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر فما لم يتجدد

= يستقبل بقدر نفقة شهر ، ولا يبرأ زيادة على ذلك كذا في الفتاوى الكبرى ، وهكذا في التنجيس والمزيد ولو قالت : أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ إلا من شهر إلا أن يكون فرض لها كل سنة كذا في فتح القدير . قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٠٩/٣) : (ولو أسقطت المعتدة حق السكنى) عن الزوج في المستقبل (لم تسقط ؛ لأنها تجب يوماً يوماً فيكون) ذلك (إسقاطاً) للشيء (قبل الوجوب) له ، وهو لا يصح .

قول المالكية : جاء في الفروق للقرافي (١٩٩/١ ، ٢٠٠) : (إذا أسقطت المرأة نفقتها على زوجها قال أصحابنا : لها المطالبة بها بعد ذلك مع أنه إسقاط بعد السبب الذي هو النكاح وقبل الشرط الذي هو التمكن أو يقال السبب هو التمكن خاصة وما وجد في المستقبل عند الإسقاط في الحال فقط أسقطت النفقة قبل سببها فيكون كإسقاط الشفعة قبل بيع الشريك ، والأول عندي أظهر وإسقاط اعتبار العصمة بالكلية لا يتجه فإن التمكن بدون العصمة موجود في الأجنبية ولا يوجب نفقة ، والأحسن أن يقال : هو من ذلك غير أنه يشق على الطبايع ترك النفقات فلم يعتبر صاحب الشرع الإسقاط لطفاً بالنساء لا سيما مع ضعف عقولهن وعلى التعليلين يشكل بما إذا تزوجت وهي تعلم بفقره قال مالك : ليس لها طلب فراقه بعد ذلك مع أنه قبل العقد وقبل التمكن والفرق أن المرأة إذا تزوجت من تعلم بفقره فقد سكنت نفسها سكوتاً كلياً فلا ضرر عليها في الصبر على ذلك كما إذا تزوجته مجبوراً أو عنيماً فلا مطالبة لها لفرط سكوت النفس .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٧٧/٥) : (تزوجته معسراً أو (شرط أن لا ينفق عليها ، أو أسقطت النفقة المستقبلية ، ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك) لأن النفقة بتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها الفسخ كذلك .

الشهر لا يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لا تصير نفقة الشهر الثاني واجبة فلا يصح الإبراء عنها ، وحاصله أن النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة فإذا فرضت كل شهر كذا صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر فقبل تجده لا يتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ولا يصح الإبراء عما لم يجب ، ومثله ما إذا كانت مفروضة يوميًا أو أسبوعيًا أو سنويًا لما ذكر^(١) .

(مادة ٢٠٥)

ذَيْنِ النَّفَقَةِ وَالذَّيْنِ الثَّابِتِ فِي ذِمَّةِ الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا لَا يَلْتَمِيزَانِ قِصَاصًا، فَإِذَا طَلَبَتِ الْمَرْأَةُ مُقَاصَّةَ ذَيْنِ نَفَقَتِهَا بِمَا عَلَيَّهَا لِزَوْجِهَا ، فَلَا تُجَابُ إِلَى مَطْلُوبِهَا ، إِلَّا إِذَا رَضِيَ بِذَلِكَ . وَإِنْ طَلَبَ هُوَ مُقَاصَّةَ ذَيْنِ نَفَقَتِهَا بِمَا عَلَيَّهَا ، يُجَابُ إِلَى طَلْبِهِ .

• • •

١١٦٦ - فإذا صارت النفقة ديناً بالقضاء أو الرضا ومضت مدة ولم تقبضها المرأة حتى تجمع لها مقدار من النقود عند الزوج وكان للزوج عليها دين بأن اشترت منه شيئاً مثلاً ولم تدفع له ثمنه وطلب أحدهما مقاصة الدينين ببعضهما أي إسقاط ما في ذمته في مقابلة ما في ذمة صاحبه فإما أن يكون المطالب الزوجة أو الزوج .

١١٦٢ - فإن كان الأول فلا بد من رضاه بذلك ؛ لأن الدين الثابت عليه دين نفقة وهو دين ضعيف والدين الثابت عليها دين صحيح فيكون أقوى فلا يجبر على ذلك لقوة دينه .

١١٦٣ - والدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء بخلاف الضعيف فإنه يسقط بهما وبغيرهما ولا شك أن دين النفقة ، كذلك إذ هو يسقط بهما وبالموت

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٨) - حقوق الزوجة على زوجها هي :

أ - النفقة الشرعية .

ب - السماح لها بزيادة أربوبها ومحارمها واستراتتهم بالمعروف .

ج - الاحتفاظ باسمها العائلي .

د - عدم التعرض لأموالها الخاصة فلها التصرف فيها بكل حرية .

هـ - عدم الإضرار بها مادياً أو معنوياً .

و - العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة .

وبالنسوز وبالطلاق إذا تحقق إنه وقع لسوء أخلاق المرأة .

١١٦٤ - ولا يخفى عليك أن هذا الحكم خاص بالنفقة إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضي أو الزوج ؛ لأنها إن كانت كذلك كانت دينًا صحيحًا لأنها لا تسقط والحالة هذه إلا بأحد الأمرين المتقدمين وهما الأداء أي الإعطاء أو الإبراء أي الإسقاط ، فلو طلبت الزوجة المقاصة في هذه الحالة أجبر الزوج لتساوي الدينين .

١١٦٥ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان طالب المقاصة هو الزوج أوجب إلى طلبه وتجب المرأة على ذلك ؛ لأن النفقة إذا لم تكن مستدانة بأمر القاضي أو أمر الزوج فهي دين ضعيف ودين الزوج صحيح فهو أقوى فيكون هذا الطلب في فائدة الزوجة فتجب على القبول .

١١٦٦ - وإن كانت مستدانة بالأمر صار كل من الدينين صحيحًا فتساويا في الحكم فتجاب الزوجة إلى مطلوبها .

الباب الثالث

في ولاية الزوج وما له من الحقوق

(مادة ٢٠٦)

ولاية الزوج على المرأة تأديبية ، فلا ولاية له على أموالها الخاصة منها ، بل لها التصرف في جميعها بلا إذنه ورضاه ، وبدون أن يكون له وجه في معارضتها معتمداً على ولايته . ولها أن تقبض غلة أملاكها ، وتوكل غير زوجها بإذارة مصالحها . وتتفقد عقودها بلا توقف على إجازته مطلقاً ، ولا على إجازة أبيها أو جدّها عند فقده ، أو وصيهما إن كانت رشيدهً محسنةً للتصرف . ومهما تكن ثروتها ، فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج .

• • •

١١٦٧ - اعلم أنه لا ولاية للزوج على الزوجة إلا فيما يحفظ به عرضه وشرفه ونسبه وماله فله تأديبها على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر كما يظهر لك في شرح مادة (٢٠٩) . وحيث لا ولاية له على أموالها الخاصة بها بل هي التي لها الولاية عليها فلها التصرف في جميعها سواء كان بإذنه أو بغيره ، وإذا أراد منعها من التصرفات في مالها معتمداً على ماله من الولاية فلا يكون له حق في ذلك لما عرفت من أن ولايته عليها تأديبية فقط فإذا كان لها أموال فهي التي تتولى إدارتها بنفسها أو توكل من شاءت سواء كان الزوج أو غيره فتقبض أجرة أملاكها بنفسها أو توكل من شاءت في ذلك وكل عقد صدر منها وكانت رشيده أي محسنة للتصرف في مالها لا يتوقف نفاذه على إجازة أحد ، ولو كان أباً أو جدّاً ، فإن كانت غير رشيده فلا يتوقف على إجازة الزوج ؛ لأنه لا ولاية له على أموالها الخاصة في حال من الأحوال ولكن العقود التي تصدر منها إذا كانت مترددة بين النفع والضرر يتوقف نفاذها في حال كونها غير رشيده على إجازة أبيها إن كان موجوداً فإن لم يكن فوصيه فإن لم يوجد فالجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه لأن كلاً من هؤلاء له الولاية على أموالها بهذا الترتيب وكل شيء يلزم المرأة من النفقة واجب على الزوج فلا يلزمها شيء من النفقات مهما كثرت أموالها كما عرفت مما تقدم في النفقة .

(مادة ٢٠٧)

لِلزَّوْجِ بَعْدَ إِفَاءِ الْمَرْأَةِ مُعْجَلٍ صَدَاقِهَا أَنْ يَتَمَتَّعَ مِنَ الْخُرُوجِ مِنْ بَيْتِهِ بِإِذْنِهِ فِي غَيْرِ الْأَحْزَالِ الَّتِي يُنَاحُ لَهَا الْخُرُوجُ فِيهَا ، كَ : زِيَارَةِ وَالِدَيْهَا فِي كُلِّ أَشْبُوعٍ مَرَّةً ، وَمَحَارِمِهَا فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً . وَلَهُ مُتَمَتُّعٌ مِنْ زِيَارَةِ الْأَجْنِيَّاتِ وَعِيَادَتِهِنَّ ، وَمِنْ الْخُرُوجِ إِلَى الْوَلَايِمِ وَلَوْ كَانَتْ عِنْدَ الْحَارِمِ . وَلَهُ إِخْرَاجُهَا مِنْ مَنْزِلِ أَبَوَيْهَا إِنْ كَانَتْ صَالِحَةً لِلرِّجَالِ ، وَأَوْفَاها مُعْجَلٌ صَدَاقِهَا ، وَإِسْكَانُهَا بَيْتَ مَنْ جِيرَانِ صَالِحِينَ حَيْثُ سَكَنَ مِنَ الْبَلَدَةِ الَّتِي تَزَوَّجَهَا بِهَا ، وَلَوْ اشْتَرَطَا عَلَيْهِ أَلَّا يُخْرِجَهَا مِنْ مَنْزِلِهِمَا . وَلَهُ أَنْ يَتَمَتَّعَ أَهْلُهَا مِنَ الْقَرَارِ وَالْمَقَامِ عِنْدَهَا فِي بَيْتِهِ ، سَوَاءً كَانَ يَلْكَأُ لَهُ أَوْ إِجَارَةً أَوْ عَارِيَةً ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٢١٢/٤) : « لها الخروج إلى زيارة الأبوين والمحارم فعلى الصحيح المتنى به تخرج للوالدين في كل جمعة بإذنه وبغير إذنه ولزيارة المحارم في كل سنة مرة بإذنه وبغير إذنه ، وأما الخروج للأهل زائدا على ذلك فلها ذلك بإذنه قال في الظهيرية : ويجوز للرجل أن يأذن لها في الخروج إلى زيارة الوالدين وتعزيتهما وعبادتهما وزيارة المحارم وفي الخلاصة معزتا إلى مجموع النوازل : يجوز للرجل أن يأذن لها بالخروج إلى سبعة مواضع زيارة الأبوين وعبادتهما أو أحدهما وزيارة المحارم فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها على آخر حق تخرج بالإذن وبغير الإذن والحج على هذا وفيما عدا ذلك من زيارة الأجناب وعبادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج . ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمتع من الحمام فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم أو أخيرها بذلك لا يسمعها الخروج وإن امتنع من السؤال يسمعها من غير رضا الزوج وإن لم تقع لها نازلة لكن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة فإن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر عندها فله أن يمتنعها وإن كان لا يحفظ فالأولى أن يأذن لها أحيانا وإن لم يأذن فلا شيء عليه ولا يسمعها الخروج ما لم يقع لها نازلة ، وفي الفتاوى في باب المهر ، والمرأة قبل أن تقبض مهرها لها الخروج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج فإن أعطاهها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج ا هـ .

وهكذا في الحامية إلا أنه زاد أنها تخرج بغير الإذن أيضا إذا كانت في منزل يخاف السقوط عليها ، وقيد الحج بالفرض مع وجود المحرم وقيد خروج القابلة والغاسلة بإذن الزوج وفسر الغاسلة بمن تغسل الموتى وينبغي للزوج أن يمتنع القابلة والغاسلة من الخروج ؛ لأن في الخروج إضرارا به وهي محبوسة لحقه ، وحقه مقدم على فرض الكفاية بخلاف الحج الفرض ؛ لأن حقه لا يقدم على فرض العين وينبغي أن يحمل كلامهم هنا على المرأة التي لم تكن مخدرة في مسألة خروجها للخصومة عند القاضي ؛ لأنه حينئذ لا يقبل منها التوكيل .
وأما إذا كانت مخدرة ، فليس لها الخروج بغير إذن الزوج لقبول التوكيل منها بغير رضا الخصم أما الزوج أو غيره ولم أر من نيه على هذا وسيأتي في باب التعزير المواضع التي يجوز للزوج أن يضرب امرأته فيها ، وقالوا هنا له أن يمتنع امرأته من الغزل ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج ، كذا في الظهيرية وينبغي عدم تخصيص الغزل ، =

١١٦٨ - وكل من الزوجين له حقوق على الآخر فمتى قام أحدهما بما عليه من الحقوق وجب على الآخر القيام بالحقوق التي من جهته ومن حقوق الزوجة على الزوج

= بل له أن يمنعهما من الأعمال كلها المقتضية للكسب ؛ لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه ، وكذا من العمل تبرعا لأجنبي بالأولى وفي فتح القدير حيث أبحنا لها الخروج فلإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى ﴾ وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضي خان قال في فصل الحمام في فتاويه حيث قال دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا خلافا لما قاله بعض الناس إلى آخره .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٤٢٧/٤) : « وللزوج منع زوجته من عيادة أبيها ومن شهود جنازتها وجنزة ولدها ، والأولى خلافه » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٥٤٨/٥ ، ٥٤٩) : « وفي العتية : ليس للرجل أن يمنع زوجته من الخروج لدار أبيها وأخيها ويقضى عليه بذلك خلافا لابن حبيب . وعند ابن رشد : أن هذا الخلاف إنما هو للشابة المأمونة ، وأما المتجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بزيارة أبيها وأخيها ، وأما الشابة غير المأمونة فلا يقضى لها بالخروج (لا إن حلف لا تخرج) سمع القرينان : إن حلف بطلاق أو يعقن أن لا بدعها تخرج أبدا أيقضى عليه في أبيها وأمها ويحنت ، قال : لا ، انظر إذا منع أخاها من الدخول عليها سئل عن ذلك مالك فقال : ما أرى أن يمنع . وسئل أيضا عن المرأة يغيب عنها زوجها فيمرض أخوها أو أمها أو أختها فتريد أن تأتيهم تعودهم ولم يأذن لها زوجها حين خرج قال : لا بأس بذلك أن تأتيهم وإن لم يأذن لها زوجها حين خرج » .

قول الحنابلة : جاء في المعني (٢٢٤/٧ ، ٢٢٥) : « وللزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد سواء أرادت زيارة والديها ، أو عيادتهما ، أو حضور جنازة أحدهما . قال أحمد : في امرأة لها زوج وأم مريضة : طاعة زوجها أوجب عليها من أمها ، إلا أن يأذن لها . وقد روى ابن بطه ، في « أحكام النساء » ، عن أنس ، « أن رجلا سافر ومنع زوجته من الخروج ، فمرض أبوها ، فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها ، فقال لها رسول الله ﷺ « اتقي الله ، ولا تخالفي زوجك » . فمات أبوها ، فاستأذنت رسول الله ﷺ في حضور جنازته ، فقال لها : « اتقي الله ، ولا تخالفي زوجك » . فأوحى الله إلى النبي ﷺ إني قد غفرت لها بطاعة زوجها » . ولأن طاعة الزوج واجبة ، والعيادة غير واجبة ، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب ؛ ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه ، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها ، وزيارتها ؛ لأن في ذلك قطيعة لهما ، وحملا لزوجته على مخالفته ، وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف ، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف . وإن كانت زوجته ذمية ، فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ؛ لأن ذلك ليس بطاعة ، ولا نفع . وإن كانت مسلمة ، فقال القاضي : له منعها من الخروج إلى المساجد . وهو مذهب الشافعي .

وظاهر الحديث يمنعه من منعها ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » . وروي أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل ، فكانت تخرج إلى المساجد ، وكان غيورا ، فيقول لها : لو صليت في بيتك . فنقول : لا أزال أخرج أو تمنعني . فكره منعها لهذا الخبر . وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زنارا ، قال : لا بل تخرج هي تشتري لنفسها . فقيل له : جاريته تعمل الزناير ، قال : لا » .

إعطاؤها معجل صداقها فإن لم يف به فليس له حق في منعها من الخروج من بيته وإن وفى به وأرادت أن تخرج ، فإما أن يكون خروجها بحق أو بغير حق ، فإن كان الأول فليس له منعها فلها الخروج ولو بلا إذنه ومنه الخروج لزيارة والديها في كل أسبوع مرة ولزيارة غيرهما من المحارم كالأخ والأخت والعم والخال في كل سنة مرة .

١١٦٩ - وعن أبي يوسف تقييد خروجها بعدم قدرتهم على المجيء إليها فإن كانوا قادرين على ذلك فلا تخرج وهو حسن فإن خروجهم قد لا يشق عليهم ويشق خروجها على الزوج ، فتمنع لأن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً إذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروجهم فإنه أيسر ، وحينئذ ينظر إلى من ليس في خروجه ضرر فيخرج ويمنع الآخر وله منعهم عند الزيارة من القرار والمقام عندها في بيته سواء كان ملكاً له أو مستأجره أو مستعيره لأن الفتنة في المكث وطول الكلام. ومن الخروج بحق ما إذا كان لها عند شخص حق أو أرادت أداء حج الفرض مع وجود محرم لها فليس له حق في منعها ؛ لأن حقه لا يقدم على فرض العين فلها الخروج ولو بلا إذنه. ومن الخروج بحق ما إذا وقعت لها مسألة تحتاج إليها في دينها ولكن إن سأل الزوج من العالم عنها أو كان عالماً بها فأخبرها بالحكم فلا يباح لها الخروج ، فإن امتنع من السؤال كان لها الحق في الخروج وإن لم يرض الزوج فإن لم تقع لها مسألة بالفعل ولكن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء أو الصلاة مثلاً فإن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكرها عندها فله أن يمنعها وإن كان لا يحفظ فالأحسن أن يأذن لها أحياناً وإن لم يأذن فلا شيء عليه ولا يباح لها الخروج ما لم تقع لها مسألة بالفعل. ومن الخروج بحق ما إذا خشيت سقوط البيت عليها أو حرقة أو غرقه فلها إن تخرج بغير إذنه .

١١٧٠ - وفي كل موضع أبحتنا لها الخروج فلئما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى ما يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَبْرَحْنَ نَبْرَجَ الْجَنَّةِ الْأُولَى ﴾ (١) .

١١٧١ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان خروجها بغير حق فلا يباح لها الخروج ، وذلك كالخروج لزيارة الأجنبية وعبادتهن أو الخروج للولائم ولو كانت عند المحارم لاشتمالها غالباً على المفاسد أو لزيارة الأولياء أو القبور ولو أذن لها وخرجت كانا عاصيين .

١١٧٢ - ومتى أوفأها معجل صداقها فله إخراجها من منزل أبيها إن كانت صالحة للرجال وإسكانها بين جيران صالحين حيث سكن من البلدة التي تزوجها بها ، وهذا الحق ثابت له ولو اشترط عليه الأبوان أن لا يخرجها من منزلهما ؛ لأن هذا الشرط فاسد لا يعول عليه فله مخالفته .

(مادة ٢٠٨)

يَجُوزُ لِلزَّوْجِ إِنْ كَانَ مَأْمُونًا وَأَوْفَى الْمَرْأَةَ مَعْجَلٌ صَدَاقِهَا ، أَنْ يَنْقَلَهَا مِنْ حَيْثُ تَزَوَّجَهَا فِيمَا هُوَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، سَوَاءَ كَانَ الْإِنْتِقَالُ مِنْ مِصْرَ إِلَى مِصْرَ ، أَوْ مِنْ مِصْرَ إِلَى قَرْيَةٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقَلَهَا جَبْرًا فِيمَا هُوَ مَسَافَةُ الْقَصْرِ فَمَا فَوْقَهَا ، وَلَوْ أَوْفَأَهَا جَمِيعَ الْمَهْرِ ^(١) .

١١٧٣ - فإن أراد الزوج أن يخرج زوجته من البلد الذي تزوجها فيه فإما أن يكون مأمونا عليها أو غير مأمون ، وعلى كل فإما أن يكون بين البلدين مسافة السفر الشرعي أو لا ، والسفر الشرعي هو مسافة ثلاثة أيام بالسير الوسط ومتى كان السفر شرعياً جاز للمسافر الفطر في رمضان ويجب عليه قضاء الأيام التي أفطر فيها إذا أقام ، ويجوز له

(١) قول الخنيفة : جاء في الفتاوى الهندية (٣١٧/١) : « وإذا أوفأها مهرها نقلها إلى حيث شاء وكثير من المشايخ على أنه ليس للزوج أن يسافر بها في زماننا ، وإن أوفأها المهر ولكن ينقلها إلى القرى أين أحب وعليه الفتوى وله أن ينقلها من القرية إلى المصر ومن القرية إلى القرية ، كذا في الكافي » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٥١٨/٣ ، ٥١٩) : « للرجل السفر بزوجه إذا كان مأمونا عليها قال ابن عرفة : بشرط أمن الطريق والموضع المنتقل إليه وجري الأحكام الشرعية فيه انتهى . وظاهر كلام ابن عرفة أنه من عنده ونص على ذلك ابن الجلاب في باب النفقة إلا شرط جري الأحكام فليس صريحا في كلامه ، ونقل في التوضيح كلامه في باب النفقات .

وقال البرزلي : الذي استقر عندي من أحوال قرى القيروان حين كنت مقيما بها أنها لا تتناولها الأحكام الشرعية فلا تمكن الغارة من زوجها من الخروج إلى القرى أو إلى الجبال التي حولها وبلاد هوارة مثل برقة انتهى . فلو كان الطريق مخوفاً أو الموضع المنتقل إليه لم يجبرها على السفر فلو رضيت بالسفر معه للموضع المخوف أو الطريق المخوف وأراد أبوها منعها فهل له ذلك ، لم أر فيه نصاً ووقعت وأفتى فيها بعض المالكية والشافعية بأن له منعها ويمكن أن يوجه بأنه لما كان الموضع أو الطريق مخوفاً سقط جبر الزوج إياها على السفر وصارت هي المختارة للسفر وقد صرح في التوضيح في باب الجهاد وغيره بأن للأبوين المنع من سفر الخطر والبحر فيكون له المنع ، وتوقف والدي فيها ولكنه مال إلى أن له المنع » .

٤٦٠ ===== فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه

أيضاً قصر الصلاة الرباعية بأن يصلي كلاً من الظهر والعصر والعشاء ركعتين تخفيفاً عليه .

١١٧٤ - فإن كان مأمونا وأوفى الزوجة معجل صداقها فله أن ينقلها إذا كانت المسافة بين البلدين أقل من السفر الشرعي فإن كانت سفراً شرعياً فليس له إجبارها على النقلة معه سواء كان الانتقال من مصر إلى مصر أو من مصر إلى قرية أو من قرية إلى مصر أو من قرية إلى قرية .

١١٧٥ - وإن كان غير مأمون عليها فلا تجبر على السفر معه مطلقاً أي سواء كانت المسافة بين البلدين مسافة قصراً أو أقل بل ولو كان يريد نقلها إلى جهة أخرى في البلد نفسه وهناك أقوال أخرى في هذه المسألة غير ما ذكر .

١١٧٦ - وقد استوفينا الكلام على هذا الموضوع في شرح مادة (١٦٢) فارجع إليه فإنه نفيس جداً .

(مادة ٢٠٩)

يُحْرَجُ لِلزَّوْجِ تَأْدِيبُ الْمَرْأَةِ تَأْدِيبًا خَفِيفًا عَلَى كُلِّ مَفْصِيَةٍ لَمْ يَرِدْ فِي شَأْنِهَا حَدٌّ مَقَدَّرٌ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَضْلًا أَنْ يَضْرِبَهَا ضَرْبًا فَاجِحًا وَلَوْ بِحَقٍّ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٧٠/١) : « وأما أحكامه - النكاح - : فحل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعا ، كذا في فتح القدير وملك الحيس وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز ووجوب المهر والنفقة والكسوة عليه وحرمة المصاهرة والإرث من الجانبين ، ووجوب العدل بين النساء وحقوقهن ووجوب إطاعته عليها إذا دعاها إلى الفراش وولاية تأديبها إذا لم تطعه بأن نشزت واستحباب معاشرتها بالمعروف ، هكذا في البحر الرائق ، وتحريم الجمع بين الأختين ومن في معناها ، كذا في السراج الرواح .
قول الشافعية : جاء في الإقناع للخطيب الشرييني (٤٧٤/٣) : « وإذا خاف (الزوج) نشوز المرأة) بأن ظهرت أمارات نشوزها فعلاً كأن يجد منها إعراضاً وعبوساً بعد لطف وطلاقة وجه ، أو قولاً كأن توجيهه بكلام خشن بعد أن كان بلين (وعظما) استحباباً لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّيْلِ نَسُوزُهُمْ قَبُوطُهُمْ ﴾ كأن يقول لها : اتقي الله في الحق الواجب لي عليك واحذري العقوبة ، بلا هجر ولا ضرب . وبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم فاعلمها تبدي عذراً أو تتوب عما وقع منها بغير عذر . وحسن أن يذكر لها ما في الصحيحين من قوله ﷺ : « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح » وفي الترمذي عن أم سلمة رضي الله تعالى عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرأة باتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة » . (فإن أبت) مع وعظه (إلا النشوز هجرها) في المضجع ، أي يجوز له ذلك لظاهر الآية ، ولأن في الهجر أثرًا ظاهرًا =

= في تأديب النساء . والمراد أن بهجر فراشها فلا يضاجمها فيه . وخرج بالهجران في المضجع الهجران بالكلام فلا يجوز الهجر به لا لزوجة ولا لغيرها فوق ثلاثة أيام ، ويجوز فيها للحديث الصحيح : « لا يحل لمسلم أن بهجر أخته فوق ثلاثة أيام » وفي سنن أبي داود : « فمن هجره فوق ثلاث فمات دخل النار » وحمل الأذرعى وغيره التحريم على ما إذا قصد بهجرها ردها لحظ نفسه ، فإن قصد به ردها عن المعصية وإصلاح دينها فلا تحريم ، وهذا مأخوذ من قولهم : يجوز هجر المتدع والفاسق ونحوهما ، ومن رجي بهجره صلاح دين الهاجر أو المهجور .

وعليه يحمل هجره عليه السلام كعب بن مالك وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم ونهيه عليه السلام الصحابة عن كلامهم ، وكذا هجر السلف بعضهم بعضا . (فإن أقامت عليه) أي أصرت على النشوز بعد الهجر المرتب على الوعظ (ضربها) ضربا غير مبرح لظاهر الآية ؛ فتقديرها : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجرهن في المضجع واضربوهن ، والخوف هنا بمعنى العلم كقوله تعالى : ﴿ قَمَنَ نَّافٍ بَيْنَ مَوْجِيْنٍ جَنَفًا أَوْ إِثْقًا ﴾ . تنبيه : ظاهر كلام المصنف أنه لا يضرب إلا إذا تكرر منها النشوز ، وهو ما رجحه جمهور العراقيين وغيرهم ورجحه الرافعي ، والذي صححه النووي جواز الضرب وإن لم يتكرر النشوز لظاهر الآية . وإنما يجوز الضرب إذا أفاد ضربها في ظنه ، وإلا فلا يضربها كما صرح به الإمام وغيره . وخرج بقوله : « غير مبرح » المبرح فإنه لا يجوز مطلقاً ، ولا يجوز على الوجه والمهالك . والأولى له العفو عن الضرب . وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، أو على الضرب بغير سب يقتضيه ، وهذا بخلاف ولي الصبي فالأولى له عدم العفو ؛ لأن ضربه للتأديب مصلحة له وضرب الزوج زوجته مصلحة لنفسه .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٣٥٨/٩) : « للزوج تأديب زوجته في منعه حقه » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٧٦/٨ ، ٢٧٧) : « إذا ظهر منها أمارات النشوز ، بأن لا تجيبه إلى الاستمتاع ، أو تجيبه متبرمة متكرهه : وعظها) . بلا نزاع في ذلك . قوله (فإن أصرت : هجرها في المضجع ما شاء) . هذا المذهب . جزم به في الوجيز ، والمعني ، والشرح . وقدمه في الفروع ، وغيره وجزم في التبصرة ، والغنية ، والمحرم : بأنه لا بهجرها في المضجع إلا ثلاثة أيام . قوله (وفي الكلام : فيما دون ثلاثة أيام) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقال في الواضح : بهجرها في الفراش فإن أضاف إليه الهجر في الكلام ودخوله وخروجه عليها : جاز .

تنبيه : مفهوم قوله (فإن أصرت) فله أن يضربها ضربا غير مبرح) أنه لا يملك ضربها إلا بعد هجرها في الفراش ، وتركتها من الكلام . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وعنه : له ضربها أو لا . يعني : من حين نشوزها . قال الزركشي : تقدير الآية الكريمة عند أبي محمد على الأول ﴿ وَأَلَيْ تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَيَقْبِضُوا عَلَىٰ عُنُقِهِمْ ﴾ فإن نشزن ﴿ وَأَقْبِضُوا عَنْهُمْ ﴾ فإن أصروا ﴿ وَأَشْرَبُوا مِنْهُمْ ﴾ وفيه تصسف . قال : ومقتضى كلام أبي البركات وأبي الخطاب : أن الوعظ والهجران والضرب على ظهور أمارات النشوز على جهة الترتيب . قال المجد : إذا بانن أماراته زجرها بالقول ، ثم هجرها في المضجع والكلام دون ثلاث ، ثم يضرب غير مبرح . قال الزركشي : وهو ظاهر الآية . والواو وقعت للترتيب .

فالتدنان : إحداهما : قوله (فله أن يضربها ضربا غير مبرح) . قال الأصحاب : عشرة فأقل . قال في =

١١٧٧ - فقد علمت مما تقدم أن ولاية الزوج على الزوجة تأديبية فقط فله أن يؤدبها تأديباً خفيفاً على كل معصية صدرت منها لم يرد في شأنها حد مقدر كترك الزينة إذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية ، وكعدم إجابته إذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس ، وككشف وجهها لغير محرم مع خوف الفتنة ، أو تمزيق ثيابه ، أو تكليم أجنبي إذا خيف من ذلك الفتنة ، أو أن تتكلم عمداً مع الزوج أو تشاغبه حتى يسمع صوتها الأجنبي أو تعطى من بيته شيئاً من الطعام بلا إذنه حيث كانت العادة لم تجر به ، أو تضرب ولده الذي لا يعقل عند بكائه ؛ لأن ضرب الدابة إذا كان ممنوعاً فهذا أولى وبالجملة فالمسائل التي من هذا القبيل كثيرة ، والضابط ما عرفته فقس ما لم يقل على ما قيل وإنما لم يقدر في التأديب شيء لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه ^(١) .

= الانتصار : وضربها حسنة . قال الإمام أحمد رحمته الله : لا ينبغي سؤاله لم ضربها ، [ولا يتركه عن الصبي لإصلاحه له في القول الأول . وقياسهما : العبد ، والدابة ، والرعية ، والمتعلم ، فيما يظهر] . قال في الترغيب ، وغيره : الأولى : ترك السؤال إبقاء للمودة [والأولى] : أن يتركه عن الصبي لإصلاحه . انتهى . فالضمير في « تركه » عائد إلى الضرب في كلامه السابق . ويدل عليه قوله بعده فيه « والأولى أن يتركه عن الصبي » . وقد جعله بعضهم عائداً إلى السؤال عن سبب الضرب . وهو بعيد . والموقع له في ذلك ذكر الفروع فيه لكلام الترغيب وغيره ، عقب قول الإمام أحمد رحمته الله « ولا ينبغي سؤاله [لم ضربها ،] . الثاني : لا يملك الزوج تزييرها في حق الله تعالى . قدمه في الفروع .

نقل منها : هل يضربها على ترك زكاة ، قال : لا أدري . قال في الفروع : وفيه ضعف . لأنه نقل عن الإمام أحمد رحمته الله : أنه يضربها على فرائض الله . قاله في الانتصار . وذكر غيره : أنه يملكه . قلت : قطع في المغني ، والشرح ، وغيرهما : بجواز تأديبها على ترك الفرائض فقالوا : له تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل إسماعيل بن سعيد الإمام أحمد رحمته الله عما يجوز ضرب المرأة عليه ، فقال : على فرائض الله وقال في الرجل : له امرأة لا تصلي يضربها ضرباً رفيقاً غير مبرح . وقال الإمام أحمد رحمته الله : أخشى أنه لا يحل للرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلي ، ولا تتغسل من الجنابة ، ولا تتعلم القرآن .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٤٠) إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين ، وتعدر الإصلاح يعين القاضي حكمن من أهلهما إن أمكن ، وإلا فممن يتوسم فيه القدرة على الإصلاح ويحدد لهما مدة التحكيم .

(مادة ٢١٠)

إِذَا وَقَعَ الشَّقَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَاشْتَدَّ الحِصَامُ ، وَرُفِعَ الأَمْرُ إِلَى الحَاكِمِ ، فَلَهُ أَنْ يَعْيِّنَ عَدْلَيْنِ وَيَجْعَلَهُمَا حَكَمَيْنِ . وَالأَوَّلَى أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مِنْ أَهْلِهِ ، وَالآخَرَ مِنْ أَهْلِهَا ، لِيَسْتَمِيعَا شَكْوَاهُمَا ، وَيَنْظُرَا بَيْنَهُمَا ، وَيَسْعَيَا فِي إِصْلَاحِ أَمْرِهِمَا . وَإِنْ لَمْ يَتَّيَسَّرْ لَهُمَا الإِصْلَاحُ ، فَلَيْسَ لَهُمَا التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا بِالحَلْعِ ، إِلا أَنْ يَكُونَا وَكِيلَيْنِ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجَيْنِ بِذَلِكَ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في أحكام القرآن للجصاص (٢٦٩/٢ ، ٢٧٠) : « قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ حَفِظْتُمْ شِقَاقَ بَنِيهِمَا فَأَبْغَوْا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾ . وقد اختلف في المخاطبين بهذه الآية من هم ، فروى عن سعيد بن جبيرة والضحاك : « أنه السلطان الذي يترافعان إليه » وقال السدي : « الرجل والمرأة » . قال أبو بكر : قوله : ﴿ وَاللَّيْئِ نَخَّافُونَ شَوْزَهُمْ ﴾ هو خطاب للأزواج لما في نسق الآية من الدلالة عليه ، وهو قوله : ﴿ وَأَفْجُرُوهُمْ فِي الصَّكَايِجِ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَإِنْ حَفِظْتُمْ شِقَاقَ بَنِيهِمَا ﴾ الأولى أن يكون خطابتا للحاكم الناظر بين الخصمين والمنع من التعدي والظلم وذلك ؛ لأنه قد بين أمر الزوج وأمره بوعظها وتخفيفها بالله ثم بهجرانها في المضجع إن لم تنجز ثم بضربها إن أقامت على نشوزها ، ثم لم يجعل بعد الضرب للزوج إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم منهما من الظالم ويتوجه حكمه عليهما . وروى شعبة عن عمرو بن مرة قال : سألت سعيد بن جبيرة عن الحكمين ، فغضب وقال : « ما ولدت ؛ إذ ذاك ؛ فقلت : إنما أعني حكمي شقاق ، قال : « إذا كان بين الرجل وامرأته درء وتدارؤ بعثوا حكمين فأقبلا على الذي جاء التدارؤ من قبله فوعظاه ، فإن أطاعهما وإلا أقبلا على الآخر ، فإن سمع منهما وأقبل إلى الذي يريدان وإلا حكمتا بينهما ، فما حكما من شيء فهو جاز » . وروى عبد الوهاب قال : حدثنا أيوب عن سعيد بن جبيرة في المختلة : « بعظها فإن انتهت وإلا هجرها وإلا ضربها ، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان ، فيبعث حكمتا من أهلها وحكمتا من أهله ، فيقول الحكم الذي من أهلها يفعل كذا ويفعل كذا ، ويقول الحكم الذي من أهله تفعل به كذا وتفعل به كذا ، فأبهما كان أظلم رده إلى السلطان وأخذ فوق يده ، وإن كانت ناشزا أمره أن يخلع » . قال أبو بكر : وهذا نظير العنين والمجبوب والإيلاء في باب أن الحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما بما يوجه حكم الله ، فإذا اختلفا وادعى النشوز وادعت هي عليه ظلمه وتقصيره في حقوقها ، حينئذ بعث الحاكم حكمتا من أهله وحكمتا من أهلها ليتوليا النظر فيما بينهما ويردا إلى الحاكم ما يقفان عليه من أمرهما . وإنما أمر الله تعالى بأن يكون أحد الحكمين من أهلها والآخر من أهله لتلا تسبق الظنة إذا كانا أجنبيين بالليل إلى أحدهما ، فإذا كان أحدهما من قبله والآخر من قبلها زالت الظنة وتكلم كل واحد منهما عن هو من قبله .

ويدل أيضا قوله : ﴿ فَأَبْغَوْا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾ على أن الذي من أهله وكيل له ، والذي من أهلها وكيل لها ، كأنه قال : فابعثوا رجلا من قبله ورجلا من قبلها ؛ فهذا يدل على بطلان قول من يقول =

= إن للحكمين أن يجعما إن شاءا وإن شاءا فرقا بغير أمرهما . وزعم إسماعيل بن إسحاق أنه حكى عن أبي حنيفة وأصحابه أنهم لم يعرفوا أمر الحكمين .

قال أبو بكر : هذا تكذب عليهم ، وما أولى بالإنسان حفظ لسانه لا سيما فيما يحكيه عن العلماء ، قال الله تعالى : ﴿ تَأْبَلِغُ بِن قَوْلِ إِلَّا لَدَيْ رَبِّ عَيْدٌ ﴾ ومن علم أنه مؤاخذ بكلامه قل كلامه فيما لا يعنيه . وأمر الحكمين في الشقاق بين الزوجين منصوص عليه في الكتاب ، فكيف يجوز أن يخفى عليهم مع محلهم من العلم والدين والشريعة ولكن عندهم أن الحكمين ينبغي أن يكونا وكيلين لهما ، أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج ، وكذا روي عن علي بن أبي طالب . وروى ابن عيينة عن أبيه عن ابن سيرين عن عبيدة قال : أتى عليا رجل وامرأته مع كل واحد منهما فقام من الناس ، فقال علي : ما شأن هذين ، قالوا : بينهما شقاق ، قال : ﴿ قَابَسْتُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِيهِمْ وَسَكَّمَا مِّنْ أَهْلِيهَا إِنْ يُرِيدَا إِسْلَامَنَا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ ، فقال علي : هل تدریان ما عليكما ، عليكما إن رأيتما أن تجعما أن تجعما وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال علي : كذبت والله لا تغفلت مني حتى تقر كما أقرت . فأخبر علي أن قول الحكمين إنما يكون برضا الزوجين ، فقال أصحابنا : ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يرضى الزوج ؛ وذلك لأنه لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين .

وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على رد مهرها ؛ فإذا كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكمين فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضی الزوج وتوكيله ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها ؛ فلذلك قال أصحابنا : إنهما لا يجوز خلعهما إلا برضى الزوجين ، فقال أصحابنا : ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضى الزوجين ؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان ، وإنما الحكمان وكيلان لهما أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج في الخلع أو في التفريق بغير جعل إن كان الزوج قد جعل إليه ذلك .

قال إسماعيل : « الوكيل ليس بحكم ولا يكون حكما إلا ويجوز أمره عليه وإن أوى » . وهذا غلط منه ؛ لأن ما ذكر لا ينفي معنى الوكالة ؛ لأنه لا يكون وكيلاً أيضاً إلا ويجوز أمره عليه فيما وكل به . فجواز أمر الحكمين عليهما لا يخرجهما عن حد الوكالة ، وقد يحكم الرجلان حكما في خصومة بينهما ويكون بمنزلة الوكيل لهما فيما يتصرف به عليهما ، فإذا حكم بشيء لزمهما ، بمنزلة اصطلاحهما على أن الحكمين في شقاق الزوجين ليس بغادر أمرهما من معنى الوكالة شيئا ؛ وتحكيم الحكم في الخصومة بين رجلين يشبه حكم الحاكم من وجه ويشبه الوكالة من الوجه الذي بنا . والحكمان في الشقاق إنما يتصرفان بوكالة محضة كسائر الوكالات . قال إسماعيل : « والوكيل لا يسمى حكما » . وليس ذلك كما ظن ؛ لأنه إنما سمي ههنا الوكيل حكما تأكيدا للوكالة التي فوضت إليه . وأما قوله : « إن الحكمين يجوز أمرهما على الزوجين وإن أوى » فليس كذلك ، ولا يجوز أمرهما عليهما إذا أوى ؛ لأنهما وكيلان ، وإنما يحتاج الحاكم أن يأمرهما بالنظر في أمرهما ويعرف أمور المانع من الحق منهما حتى ينقلا إلى الحاكم ما عرفاه من أمرهما ، فيكون قولهما مقبولاً في ذلك إذا اجتمعا ، وينهى الظالم منهما عن ظلمه ؛ فجاز أن يكونا سميا حكمين لقبول قولهما عليهما ، وجزاء أن =

= يكونا سميا بذلك ؛ لأنهما إذا خلعا بتوكيل منهما وكان ذلك موكولاً إلى رأيهما وتحريمهما للصلاح سميا حكمين ؛ لأن اسم الحكم يفيد تحريم الصلاح فيما جعل إليه وإنفاذ القضاء بالحق والعدل ، فلما كان ذلك موكولاً إلى رأيهما وأنفذاً على الزوجين حكماً من جمع أو تفریق مضى ما أنفذه فسميا حكمين من هذا الوجه .

فلما أشبه فعلهما فعل الحاكم في القضاء عليهما بما وكلا به على جهة تحريم الخير والصلاح وسميا حكمين ، ويكونان مع ذلك وكيلين لهما ؛ إذ غير جائز أن تكون لأحد ولاية على الزوجين من خلع أو طلاق إلا بأمرهما . وزعم أن علياً إنما ظهر منه التكبير على الزوج ؛ لأنه لم يرض بكتاب الله ، قال : « ولم يأخذه بالتوكيل وإنما أخذه بعدم الرضا بكتاب الله » ؛ وليس هذا على ما ذكر ؛ لأن الرجل لما قال : « أما الفرقة فلا » قال علي : « كذبت أما والله لا تنفقت مني حتى تفرق كما أقرت » ، وإنما أنكر على الزوج ترك التوكيل بالفرقة وأمره بأن يوكل بالفرقة ، وما قال الرجل لا أرضى بكتاب الله حتى ينكر عليه ، وإنما قال : لا أرضى بالفرقة بعد رضى المرأة بالحكميم ؛ وفي هذا دليل على أن الفرقة عليه غير نافذة إلا بعد توكيله بها . قال : « وما قال : ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِسْلَمًا يُوَفِّيَنَّ اللَّهُ رِزْقَهُمْ ﴾ علمنا أن الحكمين يمضيان أمرهما وأنهما إن قصدا الحق وفقهما الله للصراب من الحكم . قال : وهذا لا يقال للوكيلين ؛ لأنه لا يجوز لواحد منهما أن يتعدى ما أمر به . والذي ذكره لا ينفي معنى الوكالة ؛ لأن الوكيلين إذا كانا موكلين بما رأيا من جمع أو تفریق على جهة تحريم الصلاح والخير فعليهما الاجتهاد فيما يمضيانه من ذلك ، وأخبر الله أنه يوقفهما للصلاح إن صلحت نياتهما ، فلا فرق بين الوكيل والحكم ؛ إذ كل من فوض إليه أمر يمضيه على جهة تحريم الخير والصلاح ، فهذه الصفة التي وصفه الله بها لاحقة به .

قال : وقد روي عن ابن عباس ومجاهد وأبي سلمة وطاوس وإبراهيم قالوا : « ما قضى به الحكمان من شيء فهو جائز » ، وهذا عندنا كذلك أيضا . ولا دلالة فيه على موافقة قوله ؛ لأنهم لم يقولوا إن فعل الحكمين في التفریق والخلع جائز بغير رضى الزوجين ، بل جائز أن يكون مذهبهما أن الحكمين لا يملكان التفریق إلا برضى الزوجين بالتوكيل ولا يكونان حكمين إلا بذلك ، ثم ما حكما بعد ذلك من شيء فهو جائز ؛ وكيف يجوز للحكمين أن يخلعا بغير رضاه ويخرجوا المال عن ملكها وقد قال الله تعالى : ﴿ وَآزُوا ابْنَتَهُ سُدُقَيْنِ يَخْتَلِفَانِ بَيْنَ لَكُمْ عَنْ شَرِّهِنَّ فَكُلُوا مِنْهُنَّ مِمَّا كَرِهْتُمُوهَا ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَتْهُنَّ سِتْرًا لَكُمْ لِأَنْ يَخْفَأَ بِهِنَّ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ فَإِنْ حَفِظْتُمُوهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيهَا أَتَدْتُمْ بِهِ ﴾ ، وهذا الخوف المذكور ههنا هو المعنى بقوله تعالى : ﴿ فَأَبْسُوا لَهَبًا كَمَا كُنْتُمْ عَلَيْهِمْ وَكَلَمَاتٍ مِنْ أَعْلَاهُمْ ﴾ وحظر الله على الزوج أخذ شيء مما أعطاهما إلا على شريطة الخوف منهما ألا يقبض حدود الله ، فأباح حينئذ أن تنفدي بما شاءت وأحل للزوج أخذه فكيف يجوز للحكمين أن يوقعا خلعا أو طلاقاً من غير رضاهما ، وقد نص الله على أنه لا يحل له أخذ شيء مما أعطى إلا بطيبة من نفسها ولا أن تنفدي به فالقاتل بأن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب . وقال الله تعالى : ﴿ يَأْتِيَنَّكَ الْبُرُوكُ ، آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحُكْمٍ عَنْ رِضَىٰ بَيْنِكُمْ ﴾ فمنع كل أحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه . وقال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْمُضْتَضِرِّ ﴾ ، فأخبر تعالى أن الحاكم وغيره سواء =

= في أنه لا يملك أخذ مال أحد ودفعه إلى غيره .

وقال النبي ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه من نفسه » ، وقال ﷺ : « فمن قضيت له من حق أخيه بشيء ، فإنما أقطع له قطعة من النار » ، ثبت بذلك أن الحاكم لا يملك أخذ مالها ودفعه إلى زوجها ، ولا يملك إيقاع طلاق على الزوج بغير توكيله ولا رضاه ؛ وهذا حكم الكتاب والسنة وإجماع الأمة في أنه لا يجوز للحاكم في غير ذلك من الحقوق إسقاطه ونقله عنه إلى غيره من غير رضا من هو له ، فأحكامنا إنما يعثان للصلح بينهما وليشهدا على الظالم منهما كما روى سعيد عن قتادة في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ جَفَثَتْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ﴾ الآية ، قال : « إنما يعث الحكمان ليصلحا ، فإن أعياهما أن يصلحا شهدا على الظالم بظلمه ، وليس بأيديهما الفرقة ولا يملكان ذلك » وكذلك روي عن عطاء .

قال أبو بكر : وفي فحوى الآية ما يدل على أنه ليس للحكمين أن يفرقا ، وهو قوله تعالى : ﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّيَنَّ اللَّهُ أُمَّةً يَتَبَتَّأَنَّ ﴾ ولم يقل : إن يريدا فرقة ، وإنما يوجه الحكمان ليعظا الظالم منهما وينكرا عليه ظلمه وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ هو على يده ، فإن كان الزوج هو الظالم أنكرا عليه ظلمه وقال له : لا يحل لك أن تؤذيها لتخلع منك ، وإن كانت هي الظالمة قال لها : قد حلت لك الفدية ، وكان في أخذها معدوِّراً لما يظهر للحكمين من نشوزها ، فإذا جعل كل واحد منهما إلى الحكم الذي من قبله ما له من التفریق والحلج ؛ كانا مع ما ذكرنا من أمرهما وكيلين جائز لهما أن يخلعا إن رأيا وأن يجعما إن رأيا ذلك صلاحاً ، فهما في حال شاهدان ، وفي حال مصلحان وفي حال أمران بمعروف ونهايان عن منكر ووكيلان في حال إذا فوض إليهما الجمع والتفریق . وأما قول من قال : إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل من الزوجين ، فهو تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة .

قول الشافعية : جاء في الأم (١٢٤/٥ ، ١٢٥) : « قال الله تبارك وتعالى ﴿ وَإِنْ جَفَثَتْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا ﴾ الآية قال الله أعلم بمعنى ما أراد من خوف الشقاق الذي إذا بلغاه أمره أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها والذي يشبه ظاهر الآية فما عم الزوجين معا حتى يشته به حالهما الآية ، وذلك أنني وجدت الله ﷻ أذن في نشوز الزوج أن يصلحها ، وسن رسول الله ﷺ ذلك وأذن في نشوز المرأة بالضرب وأذن في خوفهما أن لا يقيما حدود الله بالخلع ودلت السنة أن ذلك يرصا من المرأة وحظر أن يأخذ الرجل مما أعطى شيئاً إذا أراد استبدال زوج مكان زوج ، فلما أمر فيمن خفنا الشقاق بينه بالحكمين دل ذلك على أن حكمهما غير حكم الأزواج غيرهما وكان يعرفهما بإبانة الأزواج أن يشته حالهما في الشقاق فلا يفعل الرجل الصلح ولا الفرقة ولا المرأة تأدية الحق ولا الفدية أو تكون الفدية لا تجوز من قبل مجاوزة الرجل ماله من أدب المرأة وتباين حالهما في الشقاق والتباين هو ما بصيران فيه من القول والفعل إلى ما لا يحل لهما ولا يحسن ويمتنعان كل واحد منهما من الرجعة وبتماديان فيما ليس لهما ولا يعطيان حقاً ولا يتطوعان ولا واحد منهما بأمر بصيران به في معنى الأزواج غيرهما فإذا كان هذا بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ولا يعث الحكمان إلا مأمونين وبرضا الزوجين ويوكلهما الزوجان بأن يجعما أو يفرقا إذا رأيا ذلك ، أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعي رحمه الله قال أخبرنا الثقفى عن أيوب عن محمد بن سريرة عن عبيدة عن علي في هذه الآية ﴿ وَإِنْ جَفَثَتْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْسَتْوَا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِيهِمْ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمَا ﴾ ثم قال للحكمين : هل تدریان ما عليكما ؟ عليكما =

إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا قالت المرأة : رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي ، وقال الرجل : أما الفرقة فلا فقال علي عليه السلام كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به . قال : فقول علي عليه السلام يدل علي ما وصفت من أن ليس للحاكم أن يعث حكمين دون رضا المرأة والرجل بحكمهما ، وعلى أن الحكمين إنما هما وكيلان للرجل والمرأة بالنظر بينهما في الجمع والفرقة ، فإن قال قائل ما دل علي ذلك ، قلنا لو كان الحكم إلى علي عليه السلام دون الرجل والمرأة بعث هو حكمين ولم يقل ابعثوا حكمين فإن قال قائل فقد يحتمل أن يقول ابعثوا حكمين فيجوز حكمهما بتسمية الله إياهما حكمين ، كما يجوز حكم الحاكم الذي يصيره الإمام فمن سماه الله تبارك وتعالى حاكما أكثر معنى أو يكونا كالشاهدين إذا رفعنا شيئا إلى الإمام أنفذه عليهما أو يقول ابعثوا حكمين أي دلوني منكم علي حكمين صالحين كما تدلوني علي تعديل الشهود ، قلنا : الظاهر ما وصفنا والذي يمنعنا من أن نحيله عنه مع ظهوره أن قول علي عليه السلام للزوج كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به يدل علي أنه ليس للحكمين أن يحكما إلا بأن يفوض الزوجان ذلك إليهما ، وذلك أن المرأة فوضت وامتنع الزوج من تفويض الطلاق فقال علي عليه السلام : كذبت حتى تقر بمثل الذي أقرت به يذهب إلى أنه إن لم يقر لم يلزمه الطلاق وإن رأياه ولو كان يلزمه طلاق بأمر الحاكم أو تفويض المرأة لقال له لا أبالي أقرت أم سكت وأمر الحكمين أن يحكما بما رأيا .

أخبرنا مسلم بن خالد عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة أنه سمعه يقول : تزوج عقيل بن أبي طالب فاطمة بنت عتبة بن ربيعة ، فقالت أصبر لي وأنفق عليك فكان إذا دخل عليها قالت أين عتبة بن ربيعة أين شبية ابن ربيعة ، فيسكت حتى يدخل عليها يوما وهو برم ، فقالت : أين عتبة بن ربيعة أين شبية بن ربيعة ، فقال : علي يسارك في النار إذا دخلت فشدت عليها ثيابها فجاءت عثمان فذكرت له ذلك كله فأرسل ابن عباس ومعاوية ، فقال ابن عباس لأفرقن بينهما وقال معاوية ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف قال : فأتياهما فوجدهما قد شدا عليهما أتواهما وأصلحا أمرهما . وهذا يشبه ما روي عن علي عليه السلام ألا ترى أن الحكمين ذهبا وابن عباس يقول : أفرق بينهما ومعاوية يقول : لا أفرق بينهما فلما وجداهما قد اصطلحا رجعا وذلك أن اصطلاحهما يدل علي أنهما لو جاءهما فسحا وكالتهما فرجعا ولم تعد المرأة ولا الرجل إلى الشقاق علمناه (قال الشافعي) رحمة الله عليه ولو عاد الشقاق عادا للحكمين ولم تكن الأولى أولى من الثانية فإن شأنهما بعد مرة ومرتين وأكثر واحد في الحكمين .

وإذا كان الخبر يدل علي أن معنى الآية : أن يجوز علي الزوجين وكالة الحكمين في الفرقة والاجتماع بالتفويض إليهما دل ذلك علي جواز الوكالات ، وكانت هذه الآية للوكالات أصلا والله أعلم . ودل ذلك علي أن للإمام أن يولي الحكم دونه من ليس يليه إلا بتوليته إياه وأن يولوا الحكم في بعض الأمور دون بعض لأن هذا حكم خاص (قال) ولو فوضنا مع الخلع والفرقة إلى الحكمين الأخذ لكل واحد منهما من صاحبه كان علي الحكمين الاجتهاد إن رأيا الجمع في الأخذ لأحدهما من صاحبه فيما يريانه صلاحا لهما إذا كان الأغلب عندهما بعد معرفة أخلاقهما ومذاهبهما أن ذلك أصلح لأمرهما والأخذ من مال أحدهما لصاحبه وكان تفويض ذلك إليهما مثل الفرقة أو أولى من الفرقة بينهما فإذا جازت توليتهما لهما الفرقة جاز الأخذ بتوليتهما وعلي السلطان إن لم يرضيا بحكمين عندي أن لا يجهزهما علي حكمين وأن يحكم عليهما فيأخذ =

لكل واحد منهما من صاحبه من نفقة وقسم ويجبر المرأة على ما عليها وكل واحد منهما على ما يلزمه وله أن يعاقب أيهما رأى إن امتنع بقدر ما يستوجب ولو قال قائل يجبرهما السلطان على الحكمين كان مذهباً .
 قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٩/٤ ، ١٠) : « وعليهما الإصلاح فإن تعذر فإن أساء الزوج طلقاً بلا خلع وبالعكس ائتمناه عليها أو خالها له بنظرهما وإن أساءا فهل يتعين الطلاق بلا خلع أو لهما أن يخالها بالنظر وعليه الأكثر ، تأويلان يعني أن الحكمين عليهما أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما للألفة وحسن المعاشرة وعند ابن فرحون أن على كل واحد منهما أن يخلو بقربيه وبسأله عما كره من صاحبه ويقول له : إن كان لك حاجة في صاحبك رددناه إلى ما تختار معه فإن تعذر عليهما ذلك نظراً فإن كانت الإساءة من الزوج طلقاً عليه بلا شيء بأخذه منها له من صداق ولا غيره وإن كانت الإساءة منها ائتمناه عليها بمعنى أنهما يجعلانه أمينا عليها بالعدل وحسن العشرة وإن رأيا أن يأخذها له منها شيئاً ويوقعا الفراق بينهما فعلا إن كان ذلك نظراً وسداً ، ولو كان ما أخذه منها له أكثر من صداقها وإن كانت الإساءة منها معاً فهل يتعين عند العجز عن الإصلاح الطلاق بلا عوض منها أو لهما أن يخالها بالنظر على شيء يسير منها له وعلى هذا أكثر الأشياخ وتأويلان ، وقوله : طلقاً بلا خلع أي إن لم ترض بالمقام معه . »

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٢٤٣/٧ ، ٢٤٤) : « (والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة ، وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، مأونين ، برضى الزوجين ، وتوكيلهما ، بأن يجمعاً إذا رأيا أو يفرقا ، فما فعلا من ذلك لزمهما) وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق ، نظر الحاكم ، فإن بان له أنه من المرأة ، فهو نشوز ، قد مضى حكمه ، وإن بان أنه من الرجل ، أسكنهما إلى جانب ثقة ، يمنعه من الإضرار بها ، والتعدي عليها . »

وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد ، أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه ، أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتهماً ذلك ، وتمادى الشر بينهما ، وخيف الشقاق عليهما والعصيان ، بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فنظرا بينهما ، وفعلا ما يريان المصلحة فيه ، من جمع أو تفریق ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ جُفَّتْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْصُرُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ إِنْ يُرِيدُوا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ لِنِيَّتِهِمْ ﴾ . واختلفت الرواية عن أحمد رضي الله عنه ، في إحدى الروايتين عنه ، أنهما وكيلان لهما ، لا يمكن التفریق إلا بإذنهما . وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لأن البضع حقه ، والمال حقه ، وهما رشيدان ، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما ، أو ولاية عليهما . والثانية ، أنهما حاكمان ، ولهما أن يفعل ما يريان من جمع وتفریق ، بعوض وغير عوض ، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما . وروي نحو ذلك عن علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبي والنخعي وسعيد ابن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر لقول الله تعالى ﴿ فَأَبْصُرُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ ﴾ . فسامها حكمن ، ولم يعتبر رضى الزوجين ، ثم قال : ﴿ إِنْ يُرِيدُوا إِصْلَاحًا ﴾ فخطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر ، بإسناده عن عبيدة السلماني ، أن رجلاً وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فقام من الناس ، فقال علي رضي الله عنه ابعثوا حكماً من أهله ، وحكماً من أهلها ، فبعثوا حكمن ، ثم قال علي للحكمن : هل تدريان =

١١٧٨ - فإن قام كل من الزوجين بالواجب عليه شرعاً فذاك هو المطلوب ولا شك أن في هذه الحالة تحصل الألفة والمحبة بين الزوجين ويعيشان آمنين مطمئنين ، وأما إن قصر كل منهما أو أحدهما في الواجب عليه شرعاً فلا شك في حصول النزاع واشتداد الخصام بينهما ، فإن حصل ذلك ورفع الأمر إلى القاضي أصلح بينهما بقدر الإمكان ، ولكن ربما تكون كثرة أشغاله لا تمكنه من الإصلاح بين كل زوجين يرفعان إليه أمرهما ، فله أن يعين عدلين ويجعلهما حكيمين بينهما والأحسن أن يكون أحدهما من أقارب الزوج والآخر من أقارب الزوجة ليثبت كل من الزوجين ما يتضرر منه فيسمع الحكمان شكواهما وينظران فيها وبعد ذلك يسعيان جهدهما في الإصلاح ، فإن أمكن فيها ، وإن لم يتيسر لهما ذلك فلا يثبت لهما التفريق بينهما بالخلع إلا إذا كانا وكيلين من قبل الزوجين بذلك ، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ (١) .

= ما عليكم من الحق ، إن رأيتم أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتم أن تفرقا فترقا . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله علي ولي . فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به . وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك ، ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة ، فتخاصما ، فجمعت ثيابها ، ومضت إلى عثمان فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس ، وحكماً من أهلها معاوية ، فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما . وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف .

فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا . ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق ، كما يقضي الدين عنه من ماله إذا امتنع ، ويطلق الحاكم على المولي إذا امتنع . إذا ثبت هذا ، فإن الحكيمين لا يكونان إلا عاقلين بالعين عدلين مسلمين ؛ لأن هذه من شروط العدالة سواء قلنا : هما حاكمان أو وكيلان ؛ لأن الوكيل إذا كان متعلقاً بنظر الحاكم ، لم يجوز أن يكون إلا عدلاً ، كما لو نصب وكيلاً لصبي أو مفلس ، يكونان ذكراً ؛ لأنه مفترق إلى الرأي والنظر . قال القاضي : يشترط كونهما حرين . وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته ، فتكون الحرية من شروط العدالة . والأولى أن يقال : إن كانا وكيلين ، لم تعتبر الحرية ؛ لأن توكيل العبد جائز ، وإن كانا حكيمين ، اعتبرت الحرية ؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً . ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق ؛ لأنهما يتصرفان في ذلك ، فيعتبر علمهما به . والأولى أن يكونا من أهلها ؛ لأمر الله تعالى بذلك ، ولأنهما أشفق وأعلم بالحال ، فإن كانا من غير أهلها جاز ؛ لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة ، فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحياباً ، فإن قلنا : هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح ، وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه ، فإن امتنعا من التوكيل ، لم يجبرا . وإن قلنا : إنهما حكمان . فإنهما مضيان ما يريانه من طلاق وخلع ، فينفذ ذلك عليهما ، رضاه أو أياه .

(مادة ٢١١)

إِذَا اشْتَكَبَتِ الْمَرْأَةُ نُشُورَ زَوْجِهَا وَضَرْبَهُ إِثَامًا ضَرْبًا فَاحِشًا وَلَوْ بِحَقٍّ، وَثَبَتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِالْبَيِّنَةِ، يُعَزَّرُ (١) .

١١٧٩ - وقد علمت مما تقدم أن الزوج له تأديب زوجته تأديباً خفيفاً على كل معصية صدرت منها لم يرد في شأنها حد مقدر ، فإن لم يتعد حدوده فلا سبيل لأحد عليه ، وأما إن تعدى حده - بأن ضربها بغير حق ولو كان الضرب خفيفاً أو ضربها بحق ولكن تعدى حده في الضرب ورفعت المرأة أمرها إلى القاضي وحقق ذلك فثبت لديه ما قالته عزره القاضي أي عاقبه بما يعلم أنه ينزجر به عن ارتكاب مثل ما فعل (٢) .

(١) قول الخنفية : جاء في غرر الأحكام (٢/٧٧) : « ادعت على زوجها ضرباً فاحشاً ، وثبت ذلك عليه ، بعزر » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤/٤٢٦) : « ولا يأتي بضرب مبرح ، ولا على الوجه والمهالك ، وعبر في الأنوار بالوجوب في ذلك ، وهو ظاهر ، وعليه يحمل تعبير الشيخين بـ : ينبغي وهو ضرب التعزير » .
قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي (٢/٣٤٣) : « الضرب المبرح هو الشاق ، وإن ضربها فادعت العداء وادعى الأدب فإنها تصدق وحينئذ فيعزرها الحاكم على ذلك العداء ما لم يكن الزوج معروفاً بالصلاح وإلا قبل قوله » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٦٦) : على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٥٩) - حقوق الزوج على زوجته هي :

- أ - العناية به وطاعته بالمعروف .
- ب - المحافظة على نفسها وماله .
- ج - الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه .
- د - رعاية أولاده منها وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع شرعي .

الباب الرابع

فيما للزوجة وما عليها من الحقوق

الفصل الأول

فيما على الزوجة من الحقوق لزوجها

(مادة ٢١٢)

مِنَ الْحَقُوقِ عَلَى الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا : أَنْ تَكُونَ مُطِيعَةً لَهُ فِيمَا يَأْمُرُهَا بِهِ مِنْ حَقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ وَيَكُونُ مَبَاحًا شَرْعًا ، وَأَنْ تَتَّقِدَ بِمَلَاذِمَةٍ يَتَّبِعُهَا بَعْدَ إِيفَائِهَا مُعْجَلٌ صَدَاقِهَا ، وَلَا تَخْرُجُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَأَنْ تَكُونَ مُبَادِرَةً إِلَى فِرَاشِهِ إِذَا التَّمَسَّهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَلَمْ تَكُنْ ذَاتَ عُدْرِ شَرْعِيٍّ ، وَأَنْ تَصُونَ نَفْسَهَا ، وَتَحَافِظَ عَلَى مَالِهِ وَلَا تُعْطِي مِنْهُ شَيْئًا لِأَحَدٍ مِمَّا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِإِعْطَائِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ (١) .

١١٨٠ - إذا أمر الزوج زوجته بشيء فإما أن يكون هذا الشيء من حقوق الزوجية أو لا فإن كان الأول لزمها طاعته إذا كان مباحاً شرعاً فتتقيد بملازمة بيتها بعد إيفائها معجل صداقها ولا تخرج منه إلا بإذنه ، فإن لم يأذن لها بالخروج فلا يباح لها إلا في المسائل التي تقدمت لك في شرح مادة (٢٠٦) وتبادر إلى فراشه إذا طلبها ولم تكن ذات عذر شرعي ، فإن كانت حائضاً أو نفساء فلا يلزمها ذلك بل يحرم عليها إجابته ، وتصون نفسها عن كل ما يشينها ويلحق ضرراً بالزوج سواء كان في نسبه أو في شرفه ، وتحافظ على أمواله فلا تعطي منها لأحد شيئاً مما لم تجر العادة بإعطائه إلا بإذنه .

١١٨١ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المأمور به ليس من حقوق الزوجية كما إذا أمرها أن تبيع بيتها أو تؤجره لفلان مثلاً فلا يلزمها طاعته .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٤/٢) : « وجوب طاعة الزوج على الزوجة إذا دعاها إلى الفراش لقوله تعالى ﴿ وَامْرَأَتُكَ يَدُكَ يَسْتَبِيحُ وَيَسْتَبِيحُ عَلَيْكَ بِالْمَرْفُوقِ ﴾ قيل : لها المهر والنفقة ، وعليها أن تطيعه في نفسها ، وتحفظ غيبته ؛ ولأن الله ﷻ أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ، ونهى عن طاعتهن بقوله ﷻ ﴿ فَإِنِ أَقْتَضَكُمُ فَلَا تُبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾ ، فدل أن التأديب كان لترك الطاعة ، فيدل على لزوم طاعتهن الأزواج ، .

الفصل الثاني فيما للزوجة من الحقوق

(مادة ٢١٣)

لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْتَنِعَ نَفْسَهَا مِنَ الْوِقَاعِ وَدَوَاعِيهِ ، وَمِنْ إِخْرَاجِهَا مِنْ بَيْتِهَا وَلَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا زَانِيَةً ، إِلَى أَنْ يُوفِّيَهَا زَوْجُهَا جَمِيعَ مَا بَيَّنَّ تَعْجِيلَهُ مِنْ مَهْرِهَا إِنْ كَانَ بَعْضُهُ مُعْجَلًا وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا . وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قَدْرَ الْمُعْجَلِ مِنْهُ ، فَحَتَّى تَسْتَوْفِيَ قَدْرَ مَا يُعْجَلُ لِبَيْتِهَا عَلَى حَسَبِ عَزْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ . وَلَهَا مَنَعُهُ أَيْضًا إِنْ كَانَ الْمَهْرُ مُؤَجَّلًا كُلَّهُ ، إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ الدُّخُولَ بِهَا قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ ، وَرَضِيَتْ بِهِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٥٦ ، ١٥٥/٢) : (ولها منعه من الوطء والإخراج للمهر ، وإن وطئها) أي لها أن تمتنع نفسها إذا أراد الزوج أن يسافر بها أو يطأها حتى تأخذ مهرها منه ولو سلمت نفسها ووطئها برضاها لتعين حقها في البذل كما تعين حق الزوج في البذل وصار كالبيع ، وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله حتى يوفى مهرها ؛ لأن حق الحيس لاستيفاء المستحق ، وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء ، والحلوة برضاها في هذا كالوطء ، سوى المصنف رحمته بينهما أعني قبل الدخول وبعده ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد ، إذا دخل بها برضاها أو خلا بها ليس لها أن تمتنع نفسها ، ويترتب عليه استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه قد صار مسلماً إليه بالوطء أو بالخلوة ، ولهذا يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحيس كالبائع إذا سلم المبيع بخلاف ما إذا كانت مكروهة أو صغيرة أو مجنونة وله أنها منعت منه ما قابل البذل ؛ لأن كل وطء تصرف في البضع المحترم فلا تخلو عن العوض إبانة لخطره والتأكد بالوطء الواحدة لجهالة ما وراءها ، فلا يصلح مزاحمة للمعلوم ما لم يوجد فإذا وجد صار معلوما فتحققت المزاحمة وصار المهر مقابلاً بالكل كالمدير إذا جنى جناية يدفع المولى قيمته لولي الجناية ، ثم إذا جنى أخرى يتبع ولي الجناية الثانية ولي الأولى لتحقق المزاحمة ، اعلم أن المهر المذكور هنا ما تعرف تعجيله حتى لا يكون لها أن تحبس نفسها فيما تعرف تأجيله إلى الميسرة أو الموت أو الطلاق ولو كان حالاً ؛ لأن المتعارف كالمشروط وذلك يختلف باختلاف البلدان والأزمان والأشخاص هذا إذا لم ينص على التعجيل أو التأجيل وأما إذا نص على تعجيل جميع المهر أو تأجيله فهو على ما شرطنا حتى كان لها أن تحبس نفسها إلى أن تستوفي كله فيما إذا شرط تعجيل كله ، وليس لها أن تحبس نفسها فيما إذا كان كله مؤجلاً ؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة فكان أولى ، وشدد أبو يوسف آخرًا فيما روى عنه المولى فقال لها : أن تمتنع نفسها إذا كان كله مؤجلاً استحساناً ؛ لأن الاستمتاع في مقابلة تسليم المهر فإذا طلب تأجيل المهر فقد رضي بإسقاط حقه في الاستمتاع واختار بعضهم الفتوى بهذا القول لجرى العادة بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر ، وإذا أوفأها مهرها أو كان كله مؤجلاً ينقلها حيث شاء ، لقوله تعالى ﴿ أَنْتِكُمْ بَيْنَ حَيْثُ سَكَّرْتُمْ ﴾ ، وكذلك إذا دخل بها برضاها عندهما =

لسقوط حق الحبس ، وعند أبي حنيفة ليس له ذلك لبقائه وكان أبو القاسم الصغار يعني بقول أبي حنيفة في النع من السفر ، ويقولهما في عدم المنع من الوطاء ، وقيل : لا يخرجها إلى بلد غير بلدها إلا برضاها ؛ لأن الغربة تؤدي إذا لم يكن لها فيها عشيرة ، واختاره أبو الليث ، وقال صاحب ملتقى البحار : وأفتي أنا بأنه يتمكن من نقلها إذا أوفاهما المعجل والمؤجل وكان مأموناً ولا يمكن منه إذا أوفاهما المعجل دون المؤجل ؛ لأنها لا ترضى بالتأجيل إذا أخرجها إلى بلاد الغربة لعلها أن الغربة تؤدي .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٣/٣) : « فلكبيرة) عاقلة (سلمت نفسها) للزوج (مطالبة الزوج) نفسه أو وليه (بالمهر وإن كان) الزوج (صغيراً) كما في النفقة . (ولها) أي للكبيرة (حبس نفسها حتى يسلم) الزوج (المهر) المعين أو الحال كالبائع سواء أخر تسليمه لعذر أم لا والحبس في الأمة لسيدها أو لوليه (لا المؤجل ولو حل) قبل تسليمها لوجوب تسليمها قبل الحلول ؛ لأنها رضيت بالتأجيل كما في البيع وما ذكر من الحبس محله في غير ما مر في أوائل الباب الحادي عشر (ولولي صغيرة ومجنونة ترك الحبس) لهما (للمصلحة) فعلم أن له حبسهما حتى يسلم الزوج المهر (وإن تنازعا) أي الزوجان في البداية بالتسليم بأن قال : لا أسلم المهر حتى تسلمي نفسك وقالت : لا أسلمها حتى تسلمه ؛ أجبراً بما ذكره بقوله : (أمر بتسليمه إلى عدل ثم أمرت بالتمكين) فإذا مكنت سلم العدل المهر إليها وإن لم يأتها الزوج لما فيه من فصل الخصومة قال الإمام : فلو هم بالوطء بعد أن تسلمت المهر فامتعت ، فالوجه استرداده واستشكال ابن الرفعة تسليمه إلى عدل ؛ لأنه إن كان نائبها فالحجج الزوج وإلا فالزوجة وأجاب بأنه نائبا كما صرح به الجلي . واقتضاه كلام الأصحاب فيما إذا أخذ الحاكم الدين من الممتنع فإن المأخوذ يملكه الغريم ، وتبرأ ذمة المأخوذ منه ومع كونه نائبا هو ممنوع من تسليمه إليها وهي ممنوعة من التصرف فيه قبل تمكينها بخلاف القول بإجبار الزوج فإنما إذا أجبرناه أطلاقاً تصرفها في المأخوذ بمجرد التسليم وأجاب آخر بأنه نائبا واستشهد له بمقتضى كلام الأصحاب المذكور وهو ظاهر وآخر بأنه نائبه ولا محذور في إجبارها لزوال العلة المقتضية لعدم إجبارها وآخر بأنه نائب الشرع لقطع الخصومة بينهما (وتجب) عليه (نفقتها بقولها إذا سلم) المهر (مكنت) ؛ لأنها حينئذ يمكنه .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (٢٥٧/٣ ، ٢٥٨) : « الصداق يجب دفعه للزوجة إذا كان معيّنًا عرضًا كان أو حيوانًا ناطقًا أو صامتًا كانت الزوجة مطيقة للوطء أم لا كان الزوج بالغًا أم لا ؛ لأن ذلك مثل بيع الشيء المعين وهو لا يجوز تأخير تسليمه بعد بيعه لما يلحق ذلك من الضرر ؛ لأنه لا يدري كيف يقبض لإمكان هلاكه قبل قبضه . وإلا فلها منع نفسها وإن معية من الدخول والوطء بعده يعني أن الصداق إذا كان غير معين بأن كان مضمونًا في ذمة الزوج فإن للزوجة أن تمتع نفسها من زوجها أن يختلي بها إلى أن يدفع لها ما حل من صداقتها ، وسواء كان حالاً من أصله أو حل عليه بالنجوم وكذلك لها أن تمتع نفسها من تمكين الزوج بها بعد اختلاطها بها وقبل أن يصيبها إلى أن يسلم لها ما حل ، وسواء كانت الزوجة صحيحة أو معيبة أي طراً بها العيب بعد العقد كالرتق والجنون ونحوهما أو كان العيب قبل العقد ورضي به الزوج وإنما كان لها منع نفسها حتى تقبض صداقتها ؛ لأنها بائعة والبائع له منع سلعته حتى يقبض الثمن .

والسفر أي ولها أيضاً الامتناع من السفر معه إذا طلبها ولو بعد الوطاء عند بعضهم موسراً أو معسراً ، وعند ابن =

عبد السلام : لا منع لها منه بعد الوطء وعند ابن يونس إلا أن يكون موسراً وعند غيره إذا أراد السفر بها إلى بلد لا تجري الأحكام فيه فلها المنع ، وغاية المنع من المذكورات (إلى تسليم ما حل) من المهر بالأصالة أو مؤجلاً فحل على المشهور .

لا بعد الوطء إلا أن يستحق يعني أن الزوجة ليس لها أن تمتنع نفسها من زوجها بعد الوطء حتى تقبض منه ما حل لها من الصداق إلا أن يستحق الصداق من يدها فإن لها أن تمتنع نفسها من أن تمتكته ، ولو بعد الوطء إلى أن يعطيها بدل ما استحق منها لعذرها ؛ لأنها تقول مكنت نفسي على أن يدوم إلى ما دفع فأنما أمتنع نفسي منه ، وأشار بقوله (ولو لم يفرها) إلى أن للمرأة أن تمتنع نفسها من الزوج إلى أن يسلم لها ما حل من الصداق ، ولو لم يفرها من نفسه (على الأظهر) وأولى إن فرها . ومن بادر أجبر له الآخر إن بلغ الزوج وأمكن وطؤها يعني أن أحد الزوجين إذا بادر مع المنازعة أو عدهما بدفع ما في جهته أجبر له الآخر بتسليم ما في جهته ، فإن دفع الزوج ما حل من الصداق وكانت الزوجة مطيقة للوطء والزوج بالغ فإن الزوجة تجبر له على أن تمتكته من نفسها ، كذلك لو بادرت الزوجة بالتمكين من نفسها وهي مطيقة للوطء وأبى الزوج أن يدخل عليها وهو بالغ فإنه يجبر أن يدفع لها ما حل من صداقها فقولُه إن بلغ الزوج أي بلغ الحلم لا إن أطاق الوطء فقط على المشهور ، وقوله : وأمكن وطؤها أي بلا حد سن بل يختلف باختلاف الأشخاص ولا يشترط الاحتلام فيها كالرجل ؛ لأن من أطاقت الوطء بحصل بها للرجل كمال اللذة ولا يحصل كمال اللذة إلا إذا بلغ الحلم ، وهذا إذا كان الصداق غير معين وإلا فلا يشترط بلوغ ولا إطاعة .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٠٠/٧ ، ٢٠١) : « فإن تمتعت نفسها حتى تسلم صداقها ، وكان حالاً ، فلها ذلك . قال ابن المنذر وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها ، حتى يعطيها مهرها . وإن قال الزوج : لا أسلم إليها الصداق حتى أتسلمها . أجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً ، ثم تجبر هي على تسليم نفسها . ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع .

ولنا أن في إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البضع ، والامتناع من بذل الصداق ، ولا يمكن الرجوع في البضع ، بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليمه ثمنه . فإذا تقرر هذا ، فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وإن كان معسراً بالصداق ؛ لأن امتناعها بحق . وإن كان الصداق مؤجلاً ، فليس لها منع نفسها قبل قبضه ؛ لأن رضاها بتأجيله رضئ بتسليم نفسها قبل قبضه ، كالثمن المؤجل في البيع . فإن حل المؤجل قبل تسليم نفسها ، لم يكن لها منع نفسها أيضاً ؛ لأن التسليم قد وجب عليها ، واستقر قبل قبضه ، فلم يكن لها أن تمتنع منه . وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً ، فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل . وإن كان الكل حالاً ، فلها منع نفسها على ما ذكرنا . فإن سلمت نفسها قبل قبضه ، ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه ، فقد توقف أحمد عن الجواب فيها . وذهب أبو عبد الله ابن بطه وأبو إسحاق بن شافلا إلى أنها ليس لها ذلك . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم ، فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك ، كما لو سلم البائع المبيع . وذهب أبو عبد الله بن حامد ، إلى أن لها ذلك . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه تسليم يوجب عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها ، كالأول . فأما إن وطئها مكروهة ، لم يسقط به حقها من الامتناع ؛ لأنه حصل بغير رضاها ،

١١٨٢ - محل وجوب طاعة الزوجة لزوجها إذا قام بالواجب عليه فإن لم يقم به فلا يلزمها طاعته ، فإذا لم يعطها معجل صداقها فلها الحق في أن تمنع نفسها من الوقاع ودواعيه سواء كان قبل الدخول أو بعده وسواء كانت مكرهة على الدخول أو راضية به وهذا مذهب الإمام .

١١٨٣ - وقال الصاحبان : إن دخل بها راضية قبل أن تأخذ معجل صداقها فلا يكون لها حق في منعه من ذلك ، وكل من التعجيل والتأجيل يختلف بحسب الشروط والعرف فمتى كان هناك شرط في العقد اتبع سواء كان تعجيل الكل أو بعضه أو تأجيل الكل ، فإن اشترطوا تعجيل الكل ثبت لها المنع حتى تقبضه ومثله اشترط تعجيل البعض فلها المنع إلى أن تقبض ما اشترط تعجيله فإن كان كل المهر مؤجلاً فلها الحق في المنع أيضاً حتى يحل الأجل وتقبضه إلا إذا كان هناك شرط بخلاف ذلك بأن اشترط عليها الزوج الدخول بها قبل حلول الأجل ، فليس لها المنع وإن لم يكن هناك شرط بالنسبة للتأجيل والتعجيل بل سكتوا عن ذلك كان لها الحق في المنع حتى تقبض ما يجعل مثلها من المهر على حسب العرف .

(مادة ٢١٤)

إِذَا لَمْ يُؤْفَ الرُّوْحُ الْمَرْأَةَ مَا تُعْرَفُ تَعْجِيلُهُ مِنْ مَهْرِهَا ، جَازَ لَهَا الْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهِ بِلَا إِذْنِهِ ، وَلَا تَكُونُ بِذَلِكَ نَائِبَةً ، وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا .

١١٨٤ - فإن أعطاهما ما يجعل مثلها عرفاً لزمها طاعته ، وإن لم يوف بذلك فلا تلزمها وحيثئذ يجوز لها الخروج من بيته بلا إذنه ، ولا تكون بذلك خارجة من طاعته بغير حق بل خروجها بحق إذ لم يقم الزوج بالواجب عليه فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها لا تسقط إلا إذا كانت خارجة عن طاعته بغير حق ، فإذا لم تمتثل أمره بحق ، فلا تسقط .

= كالمبيع إذا أخذه المشتري من البائع كرهاً وإن أخذت الصداق ، فوجدته معيثاً ، فلها منع نفسها حتى يبدله ، أو يعطيها أرشها ؛ لأن صداقها صحيح . وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها ، خرج على الوجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع . وكل موضع قلنا : لها الامتناع من تسليم نفسها . فلها السفر بغير إذن الزوج ؛ لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس ، فصارت كمن لا زوج لها . ولو بقي منه درهم ، كان كبقاه جميعه ؛ لأن كل من ثبت له الحبس بجمع البدل ، ثبت له الحبس ببعضه ، كسائر الديون .

(مادة ٢١٥)

للمرأة أن تخرج لزيارة والدتها في كل أسبوع مرة ، ولزيارة محارمها في كل سنة مرة ، ولا تبسّ عند أحدٍ منهم بغير إذن زوجها ، ولا يتنقأ أبويها من الدخول عليها لزيارتها في كل جمعة مرة ، ولا غيرهم من المحارم في كل سنة مرة ^(١) .

١١٨٥ - وهناك أحوال يجوز للزوجة الخروج فيها بغير إذن الزوج ولو كان قائماً بالواجب عليه ، ومنها خروجها لزيارة أبويها في كل أسبوع مرة ، ولزيارة محارمها في كل سنة مرة وتقدم كل ذلك مستوفى في شرح مادة (٢٠٧) .

(مادة ٢١٦)

إذا كان أبو الزوجة مريضاً مريضاً طويلاً ، فأحتاجها ولم تكن لذيته من يقوم بشأنيه ؛ فعليها الذهاب إليه ، وتعاهده بقدر احتياجه ، ولو كان غير مُسليم ، وإن أبى الزوج ذلك .

١١٨٦ - ومن هذه الأحوال ما إذا كان أبو الزوجة مريضاً فاحتاج إليها لعدم من يقوم بشأنيه ففي هذه الحالة يلزمها الذهاب إليه وتعاهده بقدر احتياجه ، رضي الزوج أو لم يرض ، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الأب مسلماً أو غير مسلم ، ومثله الأم لأن الشخص مأمور ببر الوالدين على قدر استطاعته ، ويكفي في الحث على وجوب بر الوالدين قوله جل وعز في شأنهما : ﴿ إِنَّمَا يَلْفَنَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهْرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۗ وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا ۝ ﴾ ^(١) .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٢٠٧) .

فهرس المجلد الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

- ٥ تصدير
- ٧ مقدمة التحقيق
- ١٩ مقدمة قدرى باشا
- ٢٠ مقدمة الشارح
- ٢٣ **الكتاب الأول : في النكاح**
- ٢٥ **الباب الأول : في مقدمات النكاح**
- ٢٥ مادة ١ : تجوز خطبة المرأة الخالية عن نكاح وعدة
- ٢٧ مادة ٢ : تحرم خطبة المعتدة تصريحا سواء كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن...
- ٣١ مادة ٣ : يجوز للخاطب أن يصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها
- ٣٣ مادة ٤ : الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعي...
- ٣٥ **الباب الثاني : في شرائط النكاح وأركانه وأحكامه**
- ٣٥ مادة ٥ : ينعقد النكاح بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر.....
- ٤٢ مادة ٦ : يشترط لعقد النكاح اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.....
- ٤٢ مادة ٧ : لا يصح عقد النكاح إلا بحضور شاهدين حرين أو حرًا
وحرتين عاقلين بالغين.....
- ٤٤
- ٤٩ مادة ٨ : إذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة بأمرها ورضاها وكانت حاضرة
- ٤٩ مادة ٩ : لا ينعقد النكاح بالكتابة إذا كان العاقدان حاضرين
وينعقد بكتابة الغائب.....
- ١٠ مادة ١٠ : ينعقد نكاح الأخرس بإشارته إذا كانت معلومة مؤدية
إلى فهم مقصوده...
- ٥٢

- مادة ١١ : ينعقد النكاح صحيحًا بدون تسمية المهر ومع نفيه أصلاً ٥٢
- مادة ١٢ : لا ينعقد النكاح المعلق بشرط غير كائن أو حادثة
غير محققة الحصول ٥٥
- مادة ١٣ : لا ينعقد النكاح المؤقت على الصحيح كنكاح المتعة ٥٧
- مادة ١٤ : نكاح المتعة هو : أن يعقد الرجل عقدًا على امرأة
بلفظ المتعة وهو باطل ٥٧
- مادة ١٥ : نكاح الشغار وهو : أن يجعل بضع كل من المرأتين مهرًا للأخرى ٦٣
- مادة ١٦ : لا يثبت في النكاح خيار رؤية ولا خيار شرط ولا خيار عيب ٦٤
- مادة ١٧ : متى انعقد النكاح صحيحًا ثبتت الزوجية ولزم الزوج
والزوجة أحكامه ٧٠
- مادة ١٨ : كل عقد نكاح لم تحضره الشهود أو فقد شرطًا آخر من شروط
الصحة فهو فاسد ٧٣
- الباب الثالث : في موانع النكاح الشرعية ، وبيان المحلات والمحرمات من النساء ... ٧٩
- مادة ١٩ : يجوز للحر أن يتزوج أربع نسوة في عقد واحد أو في عقود متفرقة ٧٩
- مادة ٢٠ : يشترط لصحة النكاح أن تكون المرأة محلًا له غير محرمة ٨١
- مادة ٢١ : أسباب التحريم قسمان : مؤبدة ، ومؤقتة . فالمؤبدة هي :
القرابة ، والمصاهرة ، والرضاع ٨٢
- مادة ٢٢ : يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب أمه وجدته وإن علت ٨٤
- مادة ٢٣ : يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وهو مشتبهى ٨٧
- مادة ٢٤ : يحرم على الرجل أن يتزوج أصل مزنيته وفرعها ٩٧
- مادة ٢٥ : كل من تحرم بالقرابة و المصاهرة تحرم بالرضاع ٩٩
- مادة ٢٦ : لا يحل للرجل أن يتزوج أخت امرأته التي في عصمته ١٠٦
- مادة ٢٧ : يحرم نكاح زوجة الغير ومعتدته قبل انقضاء عدتها ١٠٩

- مادة ٢٨ : يحرم على الرجل أن يتزوج حرة طلقها ثلاثاً حتى تنكح
زوجاً غيره ١١١
- مادة ٢٩ : يحرم نكاح الحامل الثابت نسب حملها ويصح نكاح
الحامل من الزنى ١١٢
- مادة ٣٠ : من له أربع نسوة بنكاح صحيح فلا يجوز له أن ينكح خامسة
مادة ٣١ : يحل نكاح الكتائيات المؤمنات بكتاب منزل سواء كن ذميات
أو غير ذميات ١١٤
- مادة ٣٢ : لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصابئات ١١٥
- الباب الرابع : في الولاية على النكاح وفيه فصلان** ١١٧
- الفصل الأول : في بيان الولي وشروطه** ١١٧
- مادة ٣٣ : يجب أن يكون الولي حرّاً عاقلاً بالغاً مُشتملاً ١١٧
- مادة ٣٤ : الولي شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما ١١٩
- مادة ٣٥ : الولي في النكاح العصبة بنفسه على ترتيب الإرث والحجب ١٢٠
- مادة ٣٦ : إذا لم يكن عصبة تنتقل ولاية النكاح للأم ثم لأُم الأب ثم للبت ١٢٣
- مادة ٣٧ : السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له ثم القاضي الذي كتب
له بذلك في منشوره ١٢٤
- مادة ٣٨ : ليس للوصي أن يزوج اليتيم واليتيمة مطلقاً وإن أوصى إليه الأب ١٢٥
- مادة ٣٩ : لا ولاية في النكاح ولا في المال لمسلم على ذمي ١٢٧
- مادة ٤٠ : لا ولاية للولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب المتوفرة
فيه شروط الأهلية ١٢٨
- مادة ٤١ : إذا عضل الأقرب وامتنع من تزويج الصغيرة فليس للأبعد
ولاية تزويجها ١٣٠
- مادة ٤٢ : إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى النكاح بشروطه جاز ١٣٢

مادة ٤٣ : لا يجوز للحاكم الذي له ولاية الإنكاح أن يزوج اليتيمة التي لا ولي لها من نفسه ولا من أصوله وفروعه

١٣٣

الفصل الثاني :

في نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما والكبير والكبيرة المكلفين

١٣٥

مادة ٤٤ : للأب والجد وغيرهما من الأولياء ولاية إنكاح الصغير

١٣٥

والصغيرة بشروطه

مادة ٤٥ : إذا ولي الأب أو الجد بنفسه نكاح الصغير والصغيرة

١٣٧

ومن يلحق بهما

مادة ٤٦ : لو كان الأب أو الجد مشهورًا قبل العقد بسوء الاختيار

١٣٩

مجانةً وفسقًا

مادة ٤٧ : إذا كان الزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد ولو القاضي.....

١٤٠

مادة ٤٨ : إذا بلغ الصغير والصغيرة واختارا فسخ النكاح الذي باشره

١٤٤

غير الأب والجد

مادة ٤٩ : الزوجة التي لها خيار الفسخ بالبلوغ إذا بلغت وهي بكرة

١٤٦

واختارت فسخ النكاح.....

مادة ٥٠ : إذا بلغت الزوجة التي لها الخيار وهي ثيب وسكنت

١٤٧

عن اختيار نفسها

مادة ٥١ : للحر البالغ العاقل الزوج ولو كان سفيهاً بلا توسط ولي

١٤٨

وللحرة المكلفة أيضًا

مادة ٥٢ : إذا تزوجت الحرة المكلفة بلا رضا وليها بأقل من مهر

١٤٩

المثل صح العقد

مادة ٥٣ : لا تُجبر الحرة البالغة على النكاح بكرةً كانت أو ثيبًا ،

١٥٢

بل لابد من استئذنها واستثمارها

- مادة ٥٤ : البالغ الثيب إذا استأذنها الولي بعيدًا كان أو قرينًا فسكتت فلا يكون سكوتها رضا ١٥٦
- مادة ٥٥ : من زالت بكارتها بعارض أو تعنيس فهي بكر حقيقية كمن فرق بينها وبين زوجها بعته ١٥٨
- مادة ٥٦ : لا تسلم الزوجة الصغيرة للزوج حتى تطيق الوطاء ١٦٠
- ١٦٣ **الباب الخامس : في الوكالة بالنكاح**
- مادة ٥٧ : يجوز للزوج والزوجة أن يتوليا عقد نكاحهما بأنفسهما وأن يوكلتا به من شاء ١٦٣
- مادة ٥٨ : يصح التوكيل بالنكاح شفاهًا وبالكتابة ولا يشترط الإشهاد عليه ١٦٤
- مادة ٥٩ : لا يجوز للتوكيل بالنكاح أن يوكل غيره بلا إذن موكله أو موكلته ١٦٥
- مادة ٦٠ : لا يطالب الوكيل بتسليم الزوجة للزوج ولا بمهرها إلا إذا ضمنه لها ١٦٥
- مادة ٦١ : يشترط للزوم عقد الوكيل ونفوذه على من وكله موافقته لما أمره به ١٦٦
- ١٦٩ **الباب السادس : في الكفاءة**
- مادة ٦٢ : تعتبر الكفاءة من جانب الزوج لا من جانب المرأة ١٦٩
- مادة ٦٣ : إذا زوجت الحرة المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب ١٧١
- مادة ٦٤ : يعتبر الإسلام بالنظر للزوج وأبيه وجده لا غير ؛ فمسلم بنفسه ليس كفاً لمسلمة أبوها مسلم ١٧٩
- مادة ٦٥ : شرف العلم فوق شرف النسب فغير العربي العالم كفاء للعربية ١٨٠
- مادة ٦٦ : لا عبرة بكثرة المال في النكاح فمن قدر على المهر المتعارف تعجيله ١٨١
- مادة ٦٧ : لا يكون الفاسق كفاً لصالحة بنت صالح وإنما يكون كفاً لفاسقة ١٨٢
- مادة ٦٨ : تعتبر الكفاءة حرفة في غير العرب ، وفيمن يحترف بنفسه من العرب ١٨٤

مادة ٦٩ : إذا زوج الولي موليته الكبيرة برضاها جاهلاً قبل العقد

١٨٦ كفاءة الزوج لها

١٨٩ الباب السابع : في المهر

١٨٩ الفصل الأول : في بيان مقدار المهر وما يصلح تسميته مهراً وما لا يصلح ..

مادة ٧٠ : أقل المهر عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل مضروبة

١٨٩ أو غيره مضروبة

مادة ٧١ : كل ما كان مقوماً بمال من العقارات والعروض والمجوهرات

١٩١ والأنعام والمكيلات

مادة ٧٢ : كل ما ليس مقوماً بمال في ذاته أو في حق المسلم

١٩٢ لا يصلح تسميته مهراً

مادة ٧٣ : يصح تعجيل المهر كله وتأجيله كله إلى أجل قريب أو بعيد

١٩٥ الفصل الثاني : في وجوب المهر

١٩٥ مادة ٧٤ : يجب للزوجة المهر شرعاً بمجرد العقد الصحيح عليها

مادة ٧٥ : إذا سمى الزوج عشرة دراهم أو دونها مهراً لامرأته وجبت

١٩٦ لها العشرة بتمامها

مادة ٧٦ : إذا لم يسم الزوج أو وليه مهراً وقت العقد وجب عليه مهر المثل

مادة ٧٧ : مهر المثل للحره هو مهر امرأة تماثلها من قوم أبيها كأختها أو عمتها

مادة ٧٨ : المفوضة التي زُوِّجت بلا مهر إذا طلبت من الزوج

٢٠٤ أن يفرض لها مهراً

مادة ٧٩ : يجوز للزوج أو أبيه أو جده الزيادة في المهر بعد العقد وتلزمه الزيادة

مادة ٨٠ : كما يجوز للزوج الزيادة في المهر يجوز للمرأة البالغة أن تحط برضاها

٢٠٧

الفصل الثالث : في الأسباب التي تؤكد وجوب المهر بتمامه للمرأة والأحوال التي

- ٢٠٩ يجب لها فيها نصف المهر والتي لا تستحق فيها شيئاً منه
- مادة ٨١ : بالوطء في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة وبالخلوة الصحيحة
- ٢٠٩ في النكاح الصحيح.....
- مادة ٨٢ : الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الوطاء وتؤكد لزوم كل المهر
- ٢١٤
- مادة ٨٣ : حكم الخلوة الصحيحة كحكم الوطاء في تأكد لزوم المهر كله..... ٢١٥
- مادة ٨٤ : إذا طلق الزوج امرأته قبل الوطاء والخلوة الصحيحة
- ٢١٩ من نكاح صحيح
- مادة ٨٥ : الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطاء
- ٢٢٤ حقيقة أو حكماً
- مادة ٨٦ : إذا بلغت الصبية التي زوجها غير الأب والجد
- ٢٢٨
- مادة ٨٧ : مهر المثل وما فرض للمفوضة بعد العقد بالقضاء أو الرضا..... ٢٢٩
- مادة ٨٨ : الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطاء في النكاح الفاسد..... ٢٣١
- مادة ٨٩ : إذا تزوج صبي محجور عليه امرأة بلا إذن وليه ودخل بها
- ٢٣٣ فرداً الولي نكاحها
- مادة ٩٠ : المعتبر في المتعة عُرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسي به المرأة
- ٢٣٤
- الفصل الرابع : في شروط المهر**..... ٢٣٩
- مادة ٩١ : إذا سمى الزوج للمرأة مهراً أقل من مهر مثلها واشترط
- ٢٣٩ في نظير ذلك منفعة.....
- مادة ٩٢ : إذا تزوج الرجل امرأة بأكثر من مهر مثلها على أنها بكر
- ٢٤٢ فإذا هي ثيب
- مادة ٩٣ : إذا اشترط الزوج بكارة المرأة فوجدها ثيباً يلزمه كل المهر المسمى
- ٢٤٢

- مادة ٩٤ : إذا تردّد الزوج في المهر كثرة وقلة بين صباحة المرأة وقباحتها
 ٢٤٣ صح الشرطان
- الفصل الخامس : في قبض المهر ، وما للمرأة من التصرف فيه ٢٤٥
- مادة ٩٥ : للأب والجد والوصي والقاضي ولاية قبض المهر للقاصرة بكذا
 ٢٤٥ كانت أو ثيبًا
- مادة ٩٦ : ليس لأحد من الأولياء غير من ذكر في المادة السابقة ولا للأُم
 ٢٤٧ قبض صدق القاصرة إلا إذا كان وصيًا عليها
- مادة ٩٧ : المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت بلا أمر زوجها مطلقًا
 ٢٤٨
- مادة ٩٨ : إذا وهبت المرأة مهرها كله أو بعضه لزوجها بعد قبضه بتمامه
 ٢٤٩ مادة ٩٩ : لا تجبر المرأة على فوات شيء من مهرها لا لزوجها
 ولا لأحد من أوليائها ٢٥٦
- الفصل السادس : في ضمان المهر وهلاكه واستهلاكه واستحقاقه ٢٥٧
- مادة ١٠٠ : ولي الزوج أو الزوجة يصح ضمانه مهرها في حال صحته
 ٢٥٧ صغيرة كانت الزوجة أو كبيرة
- مادة ١٠١ : للمرأة المكفول مهرها أن تطالب به أيًا شاءت من الزوج
 بعد بلوغه أو الضامن ٢٦٠
- مادة ١٠٢ : إذا زوج الأب ابنه الصغير الفقير امرأة فلا يُطالب بمهرها
 ٢٦١ إلا إذا ضمنه
- مادة ١٠٣ : إذا كان المهر معينًا فهلك في يد الزوج أو استهلك قبل التسليم
 ٢٦٣ أو استحق بعده
- الفصل السابع : في قضايا المهر ٢٦٧
- مادة ١٠٤ : بعد تسليم المرأة نفسها للزوج لا تقبل دعاها عليه بعدم قبضها
 ٢٦٧ كل معجل مهرها

- مادة ١٠٥ : إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر فادعى أحدهما
تسمية قدر معلوم .. ٢٦٨
- مادة ١٠٦ : إذا اختلف الزوجان في قدر المهر حال قيام النكاح
قبل الدخول أو بعده ٢٧١
- مادة ١٠٧ : موت أحد الزوجين كحياتها في الحكم أصلاً وقدرًا
مادة ١٠٨ : إنما يقضي بجميع مهر المثل للمرأة في الصور المتقدمة
إذا وقع الاختلاف ٢٧٨
- مادة ١٠٩ : إذا أنفق الخاطب على معتدة الغير وأبث أن تتزوج
بعد انقضاء عدتها ٢٧٩
- مادة ١١٠ : إذا خطب أحد امرأة وبعث إليها بهدية أو دفع إليها المهر
كله أو بعضه ٢٨١
- مادة ١١١ : إذا بعث الزوج إلى امرأته شيئًا من النقدين أو العروض
أو مما يؤكل قبل الزفاف ٢٨٣
- الفصل الثامن : في الجهاز ومتاع البيت والمنازعات التي تقع بشأنها**
مادة ١١٢ : ليس المال بمقصود في النكاح فلا تُجبر المرأة على تجهيز نفسها
من مهرها ولا من غيره ٢٨٩
- مادة ١١٣ : إذا تبرع الأب وجهاز بنته البالغة من ماله فإن سلمها الجهاز
في حال صحته ٢٩٠
- مادة ١١٤ : إذا اشترى الأب من ماله في صحته جهازًا لبنته القاصرة
ملكته بمجرد شرائه ٢٩٢
- مادة ١١٥ : إذا جهز الأب بنته من مهرها وقد بقي عنده شيء منه
فاضلاً عن تجهيزها ٢٩٣
- مادة ١١٦ : الجهاز ملك المرأة وحدها فلا حق للزوج في شيء منه ٢٩٣

- مادة ١١٧ : إذا جهز الأب بنته وسلمها إلى الزوج بجهازها ثم ادعى هو أو ورثته ٢٩٤
- مادة ١١٨ : إذا اختلف الزوجان حال قيام النكاح أو بعد الفقرة في متاع موضوع في البيت ٢٩٧
- مادة ١١٩ : إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت ٢٩٩
- الباب الثامن : في نكاح الكتابيات وحكم الزوجية بعد إسلام الزوجين أو أحدهما**
- ٣٠٣
- الفصل الأول : في نكاح المسلم الكتابيات**
- مادة ١٢٠ : يصح للمسلم أن يتزوج كتابية نصرانية كانت أو يهودية ذميمة أو غير ذميمة ٣٠٣
- مادة ١٢١ : يصح نكاح الكتابية على المسلمة ، والمسلمة على الكتابية وهما في القسَم سَيَّان ٣٠٥
- مادة ١٢٢ : لا تتزوج المسلمة إلا مسلمًا فلا يجوز تزوجها مشركًا ولا كتابيًا يهوديًا كان أو نصرانيًا ٣٠٦
- مادة ١٢٣ : إذا تزوج المسلم نصرانية فتهوِّدت أو يهودية فتنصَّرت فلا يفسد النكاح ٣٠٧
- مادة ١٢٤ : الأولاد الذين يولدون للمسلم من الكتابية ذكورًا كانوا أو إناثًا يتبعون دينه ٣٠٧
- مادة ١٢٥ : اختلاف الدين من موانع الميراث فلا يرث المسلم زوجته الكتابية ٣٠٨
- الفصل الثاني : في حكم الزوجية بعد إسلام الزوجين أو أحدهما**
- مادة ١٢٦ : إذا كان الزوجان غير مسلمين فأسلمت المرأة يُعرض الإسلام على زوجها ٣٠٩

- مادة ١٢٧ : إذا أسلم الزوج وكانت امرأته كناية فالنكاح باقٍ على حاله ٣١٣
- مادة ١٢٨ : إذا أسلم الزوجان معاً بقى النكاح على حاله ما لم تكن المرأة محرماً له ٣١٥
- مادة ١٢٩ : إذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير أو ولد لهما ولد ٣١٧
- مادة ١٣٠ : لا يتبع الولد جده ولا يصير مسلماً بإسلامه لو كان أبوه ميتاً ٣١٨
- الباب التاسع : في النكاح الغير الصحيح والموقوف** ٣٢١
- الفصل الأول : في النكاح الغير الصحيح** ٣٢١
- مادة ١٣١ : إذا تزوج أحد إحدى محارمه نسباً أو رضاعاً أو صهرية فالنكاح لا يصح ٣٢١
- مادة ١٣٢ : إذا تزوج أحد امرأة الغير أو معتدته فلا يصح النكاح أصلاً ويوجب عقوبة ٣٢٣
- مادة ١٣٣ : إذا تزوج الرجل أختين خاليتين عن نكاح وِعْدَةٌ في عقد واحد ٣٢٥
- مادة ١٣٤ : إذا تزوج الرجل مطلقته ثلاثاً قبل أن يصيبها زوج غيره ويحلها له ٣٣٠
- مادة ١٣٥ : كل نكاح وقع غير صحيح لا يوجب حرمة المصاهرة إذا وقع التفريق قبل الوطاء ودواعيه ٣٣٢
- مادة ١٣٦ : إذا استوى وليان في القرب وزوج كل منهما الصبية من رجل آخر صحح الأسبق ٣٣٢
- مادة ١٣٧ : إذا زوج الولي نفسه من مؤلته البالغة التي تحل له بغير إذنها قبل العقد ٣٣٥
- الفصل الثاني : في النكاح الموقوف** ٣٤١
- مادة ١٣٨ : إذا تزوج الصغير أو الصغيرة الممتران غير المأذونين أو الكبير أو الكبيرة ٣٤١
- مادة ١٣٩ : إذا زوج الولي الأبعد الصغيرة مع وجود الولي الأقرب المتوفرة فيه شروط الأهلية ٣٤٢

- مادة ١٤٠ : إذا أمر الموكل الوكيل بتزويجه امرأة غير معينة فزوجه امرأة ولو بها عيب ٣٤٣
- مادة ١٤١ : إذا أمر الموكل وكيله أن يزوجه امرأة معينة فخالف وزوجه غيرها ٣٤٥
- مادة ١٤٢ : إذا أمرت المرأة وكيلها أن يزوجه ولم تعين أحدًا فزوجها من نفسه ٣٤٨
- مادة ١٤٣ : إذا غرَّ الزوج المرأة بانتسابه لها نسبتًا غير نسبه الحقيقي ثم ظهر لها بعد العقد ٣٥٠
- مادة ١٤٤ : الفضولي الذي يُوجب النكاح أو يقبله بلا توكيل ولا ولاية ينعقد نكاحه موقوفًا ٣٥١
- الباب العاشر : في إثبات النكاح والإقرار به ..** ٣٥٣
- مادة ١٤٥ : إذا وقع نزاع بين الزوجين في أمر النكاح يثبت بشهادة رجلين عدلين ٣٥٣
- مادة ١٤٦ : لا يثبت النكاح بشهادة ابني الزوجين لمن ادعاه منهما وكذا لو كان أحد الشاهدين ابناً ٣٥٦
- مادة ١٤٧ : لا يعتبر إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالنكاح إلا أن يشهد الشهود..... ٣٥٧
- مادة ١٤٨ : إذا أقر أحد لامرأة أنها زوجته ولم يكن تحتها محرم لها ٣٥٨
- ولو أربع سواها
- مادة ١٤٩ : إذا أقرت المرأة في حال صحتها أو في مرضها أنها تزوجت فلانًا ٣٦٠
- الكتاب الثاني : فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه** ٣٦١
- الباب الأول : فيما يجب على الزوج من حُسن المعاملة للزوجة** ٣٦٣
- مادة ١٥٠ : يجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ويحسن عشرتها ويقوم بنفقتها ٣٦٣
- مادة ١٥١ : يجب قضاء على الزوج أن يواقع زوجته مرة واحدة في مدة الزوجية..... ٣٦٤

- مادة ١٥٢ : إذا تعددت الزوجات وكن أحرارًا كلهن يجب عليه أن يعدل بينهما ٣٦٥
- مادة ١٥٣ : البكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية سواء
في وجوب العدل ٣٦٧
- مادة ١٥٤ : يقيم عند كل واحدة منهن يومًا وليلة أو ثلاثة أيام وإن شاء
جعل لكل واحدة منهن سبعة أيام ٣٧٠
- مادة ١٥٥ : لا ينبغي له أن يقيم عند إحداهن أكثر من الدور الذي قدره
إلا بإذن الأخرى ٣٧٢
- مادة ١٥٦ : إذا تركت إحداهن نوبتها إلى غيرها من ضرائرها صح تركها
ولها الرجوع ٣٧٣
- مادة ١٥٧ : لا قسم في السفر بل له أن يسافر بمن شاء منهن والقرعة أحب ٣٧٥
- مادة ١٥٨ : إذا مرض الزوج في بيت له خال عن أزواجه فله أن يدعو
كل واحدة منهن ٣٧٧
- مادة ١٥٩ : إذا أقام الزوج قبل تعيين مقدار الدور وترتيبه عند إحدى زوجتيه
مدة كشهريه ٣٧٧
- الباب الثاني : في النفقة الواجبة على الزوج للزوجة** ٣٧٩
- الفصل الأول : في بيان من تستحق النفقة من الزوجات** ٣٧٩
- مادة ١٦٠ : تجب النفقة من حين العقد الصحيح على الزوج ولو فقيرًا أو مريضًا
أو عنيًا ٣٧٩
- مادة ١٦١ : تجب النفقة للزوجة على زوجها ولو هي مقيمة في بيت أبيها
ما لم يطالبها الزوج بالثقل ٣٨١
- مادة ١٦٢ : تجب النفقة للزوجة لو أبت أن تسافر مع زوجها فيما هو مسافة
قصر أو فوقها ٣٨٢

- مادة ١٦٣ : إذا مرضت المرأة مرضًا يمنع من مباشرتها بعد الزفاف
 ٣٨٦ والنقلة إلى منزل زوجها
- مادة ١٦٤ : إذا كان الزوج محبوسًا ولو بدين عليه لزوجته فلا تسقط نفقتها
 ٣٨٨ وإن كان غير قادر
- مادة ١٦٥ : إذا كان الزوج موسرًا وكان لامرأته خادمة تجب عليه نفقتها
 ٣٨٨ بقدر ما يكفيها
- الفصل الثاني : في بيان من لا نفقة له من الزوجات**
 ٣٩١
- مادة ١٦٦ : إذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال ولا تشتهى للوقاع
 ٣٩١ ولو فيما دون الفرج
- مادة ١٦٧ : المريضة التي لم تزف إلى زوجها ولم يمكنها الانتقال أصلًا
 ٣٩٢ لا نفقة لها
- مادة ١٦٨ : الزوجة التي تسافر إلى الحج ولو لأداء فريضة بدون أن يكون
 ٣٩٢ معها زوجها
- مادة ١٦٩ : الزوجة المحترفة التي تكون خارج البيت نهارًا وعند الزوج ليلاً
 ٣٩٤ إذا منعها من الخروج وعصته
- مادة ١٧٠ : إذا حبست المرأة ولو في دين لا تقدر على إيفائه فلا يلزم
 ٣٩٥ زوجها نفقتها مدة حبسها
- مادة ١٧١ : الناشئة وهي : التي خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا إذنه
 ٣٩٦ بغير وجه شرعي
- مادة ١٧٢ : المنكوحة نكاحًا فاسدًا والموطوءة بشبهة لا نفقة لهما إلا المنكوحة
 ٤٠١ بلا شهود

٤٠٣ **الفصل الثالث : في تقدير نفقة الطعام**

مادة ١٧٣ : تُقدر نفقة الطعام بقدر حال الزوجين يسارًا وإعسارًا فإن

٤٠٣ كانا مُوسرين

مادة ١٧٤ : تفرض النفقة أصنافًا أو تقوم الأصناف بدراهم على حساب

٤٠٦ اختلاف أسعار المأكولات

مادة ١٧٥ : يعتبر في فرض النفقة وإعطائها للمرأة الأصلح والأيسر

٤٠٦ فإن كان الزوج

مادة ١٧٦ : للزوج أن يلي الإنفاق بنفسه على زوجته حال قيام النكاح

٤٠٨ فإذا اشتكت

مادة ١٧٧ : إذا ثبت إعسار الزوج وعجزه عن القيام بنفقة زوجته فلا يحبس

٤١١ الحاكم ولا يفرق بينهما

مادة ١٧٨ : إذا فرض الحاكم النفقة أو تراضى الزوجان على شيء معين

مادة ١٧٩ : النفقة المقدرة لا تبقى بحال واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعًا

٤١٥ لتغير أحوال الزوجين

مادة ١٨٠ : لا يجوز للمرأة أخذ أجره من زوجها على ما تهيئه من الطعام لأكلهما

٤١٧ **الفصل الرابع : في تقدير الكسوة والسكنى**

مادة ١٨١ : كسوة المرأة واجبة على الزوج من حين العقد الصحيح عليها

٤١٧ ويفرض لها كسوتان في السنة

مادة ١٨٢ : تفرض الكسوة ثيابًا أو تقدر الثياب بدراهم ويقضى بقيمتها

٤١٩ وتعطى لها معجلة

مادة ١٨٣ : لا يقضى للمرأة بكسوة جديدة قبل تمام المدة إلا إذا تخرقت كسوتها

٤٢٠ بالاستعمال المعتاد

- مادة ١٨٤ : تجب السكنى للمرأة على زوجها في دار على حدتها
 إن كانا مُوسرين ٤٢١
- مادة ١٨٥ : ليس للزوج أن يجبر المرأة على إسكان أحد معها من أهله
 ولا من أولاده ٤٢٣
- مادة ١٨٦ : إذا أسكن الزوج امرأته في مسكن على حدته من دار فيها
 أحد من أقاربه ٤٢٥
- مادة ١٨٧ : إذا كانت المرأة تستوحش من المسكن الذي أسكنها فيه زوجها
 بأن كان كبيراً ٤٢٦
- مادة ١٨٨ : يفرض للمرأة ما تنام عليه من فراش ولحاف وما تفرشه للقعود
 على قدر حالها ٤٢٧
- الفصل الخامس : في نفقة زوجة الغائب** ٤٣١
- مادة ١٨٩ : تفرض النفقة لزوج الغائب في ماله إن كان له مال حاضر في منزله ٤٣١
- مادة ١٩٠ : إذا لم يخلف الغائب مالاً وأقامت المرأة بينة على النكاح يقضي
 لها الحاكم ٤٣٦
- مادة ١٩١ : إذا حضر الزوج الغائب وادعى أنه عجل لها النفقة قبل سفره
 وأقام البينة على ذلك ٤٣٨
- مادة ١٩٢ : إذا رجع الغائب وأنكر النكاح ولا بينة للمرأة ، فالقول قوله مع حلفه ٤٤٠
- مادة ١٩٣ : إذا رجع الزوج الغائب وأقام البينة على الطلاق وانقضاء العدة
 وعدم استحقاق المرأة النفقة ٤٤١
- مادة ١٩٤ : إذا ادعى المدوع أو المديون الذي أمره القاضي بالإفناق
 على زوجة الغائب ٤٤٢
- مادة ١٩٥ : إذا كانت الودیعة أو المال الذي في بيت الزوج الغائب
 من غير جنس النفقة ٤٤٢

- ٤٤٤ مادة ١٩٦ : في كل موضع جاز للقاضي أن يقضي للمرأة بالنفقة من مال زوجها الغائب جاز لها أن تأخذ منه
- ٤٤٥ **الفصل السادس : في دين النفقة**
- ٤٤٥ مادة ١٩٧ : تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله بقدر الضرورة على قضاء ديونه
- ٤٤٦ مادة ١٩٨ : لا تصير النفقة دينًا إلا بالقضاء أو بتراضي الزوجين على شيء معين
- ٤٤٧ مادة ١٩٩ : النفقة المفروضة للزوجة بحكم القاضي أو بالتراضي لا تسقط بمضي المدة ...
- ٤٤٧ مادة ٢٠٠ : ليس للمرأة الرجوع على زوجها حاضرًا كان أو غائبًا بما أنفقته من مالها قبل فرض القاضي
- ٤٤٨ مادة ٢٠١ : النفقة المفروضة بالقضاء أو الرضا والمستدانه بغير أمر الحاكم يسقط دينها بموت أحد الزوجين
- ٤٤٩ مادة ٢٠٢ : النفقة المستدانة بأمر الحاكم لا يسقط دينها بأي حال بل تكون دينًا ثابتًا لها
- ٤٥١ مادة ٢٠٣ : لا تسترد النفقة التي دفعت للزوجة معجلًا لا بموت ولا طلاق
- ٤٥١ مادة ٢٠٤ : الإبراء عن النفقة قبل فرضها قضاء أو رضا باطل وبعده صحيح
- ٤٥٣ مادة ٢٠٥ : دين النفقة والدين الثابت في ذمة المرأة لزوجها لا يلتقيان قصاصًا
- ٤٥٥ **الباب الثالث : في ولاية الزوج وما له من الحقوق**
- ٤٥٥ مادة ٢٠٦ : ولاية الزوج على المرأة تأديبية فلا ولاية له على أموالها الخاصة بها
- ٤٥٦ مادة ٢٠٧ : للزوج بعد إيفاء المرأة معجل صداقتها أن يمنعها من الخروج من بيته بلا إذنه
- ٤٥٩ مادة ٢٠٨ : يجوز للزوج إن كان مأمورًا وأوفى المرأة معجل صداقتها أن ينقلها

- مادة ٢٠٩ : يباح للزوج تأديب المرأة تأديبًا خفيفًا على كل معصية لم يرد
 في شأنها حد مقدر.....
 ٤٦٠
- مادة ٢١٠ : إذا وقع الشقاق بين الزوجين واشتد الخصام ورفع الأمر
 إلى الحاكم
 ٤٦٣
- مادة ٢١١ : إذا اشتكت المرأة نشوز زوجها وضربه إياها ضربًا فاحشًا
 ولو بحق
 ٤٧٠
- الباب الرابع : فيما للزوجة وما عليها من الحقوق**
 ٤٧١
- الفصل الأول : فيما على الزوجة من الحقوق لزوجها**
 ٤٧١
- مادة ٢١٢ : من الحقوق على المرأة لزوجها أن تكون مطيعة فيما يأمرها به
 ٤٧١
- الفصل الثاني : فيما للزوجة من الحقوق**
 ٤٧٢
- مادة ٢١٣ : للمرأة أن تمتنع نفسها من الوقاع ودواعيه ومن إخراجها من بيتها
 ٤٧٢
- مادة ٢١٤ : إذا لم يوف الزوج المرأة ما تعرف تعجيله من مهرها جاز لها الخروج
 ٤٧٥
- مادة ٢١٥ : للمرأة أن تخرج لزيارة والديها في كل أسبوع مرة ولزيارة محارمها
 ٤٧٦
- مادة ٢١٦ : إذا كان أبو الزوجة مريضًا مرضًا طويلًا فاحتاجها ولم يكن
 لديه من يقوم بشأنه
 ٤٧٦

سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (1)

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

محمد قري باشا

(الترقي سنة ١٣٠٦ هـ)

وشرح لمحمد زيد الباياني

مع مآخذ قوانين الأحوال الشخصية العربية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د. علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

أ.د. محمد أحمد سراج

استاذ الدراسات الإسلامية بجامعة الأزهر

المجلد الثاني

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والزحمة

كَافَةُ حُقُوقِ الطَّبِيعِ وَالنِّشْرِ وَالترَّجِمَةِ مَحْفُوظَةٌ

لِلنَّاشِرِ

دَارُ السَّلَامِ لِلطَّبَاعَةِ وَالنِّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ وَالتَّجْمِيعِ

لصاحبها

عَبْدُ العَادِ مُحَمَّدُ البَكَارُ

الطبعة الأولى

١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفى مواز لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران

عند حديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشريبي - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (+ ٢٠٢) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع

مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين

هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (+ ٢٠٢)

بريدياً : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

دَارُ السَّلَامِ

الطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت

على جائزة أفضل ناشر للتراث الثلاثة

أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ،

٢٠٠١م هي عتر الجائزة تويجاً لعقد

ثالث مئسى في صناعة النشر

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الثالث : في فرق النكاح

الباب الأول في الطلاق

١١٨٧ - لما كانت الفرقة بين الزوجين لا تحصل إلا بعد الزواج أخرجها عنه ، والفرق كثيرة منها : الفرقة بالطلاق ، ومنها الفرقة بالخلع أو بالعنة أو بالردة ، ولذلك جمعها وبدأ بالطلاق فقال : الباب الأول في الطلاق .

١١٨٨ - لما كان الطلاق يشتمل على عدة مباحث كتعريفه وسببه ومن يقع طلاقه ومن لا يقع ومحله وعدده وأقسامه وتنجيذه وتعليقه وتفويضه للزوجة أتى بفصول تحت هذه الترجمة ولكن لم يبين معنى الطلاق في اللغة ولا في اصطلاح الفقهاء مع أنه لا بد من معرفة معناه حتى يتميز عن غيره ولم يبين السبب أيضا مع أنه لا بد من معرفته .

١١٨٩ - فالطلاق معناه في اللغة رفع القيد مطلقا أي سواء كان حسيًا أو معنويًا فكما يقال في اللغة : طلقت المرأة أي رفعت قيد الزواج المعنوي عنها يقال أيضًا : طلقت البعير من عقاله أي رفعت القيد الحسي عنه وكما يقال أطلقت الأسير من قيده يقال : أطلقت المرأة أي رفعت عنها قيد الزواج المعنوي ، ولكن العرف خصص استعمال هذه المادة في رفع القيد المعنوي وهو الزواج بالتفعل وفي رفع القيد الحسي بالأفعال فيقال عرفا : طلق فلان امرأته ولا يقال أطلقها وأطلق فلان الدابة ، ولا يقال طلقها فيكون الأول صريحًا في الطلاق أي لا يحتاج إلى النية بخلاف الثاني ، فإنه كناية يحتاج إليها ولذا لو قال لزوجته : أطلقتك أو أنت مطلقة بسكون الطاء وتخفيف اللام فلا يقع الطلاق إلا إذا نواه بخلاف ما إذا قال لها طلقتك أو أنت مطلقة بفتح الطاء وتشديد اللام فإن الطلاق يقع ولو لم ينوه .

١١٩٠ - ومعنى الطلاق شرعًا أي في عرف الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال في المآل بلفظ مخصوص فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان الطلاق بائنًا فلو أراد الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته فلا بد من أن يعقد عليها عقدًا جديدًا ويجعل لها مهرًا جديدًا ، ولا بد من رضاها بذلك ؛ لأن قيد النكاح قد ارتفع بمجرد الطلاق البائن وهذا إن كان بائنًا بينونة صغرى فلو كبرى فلا بد من تزوجها بغيره كما عرفته غير مرة .

١١٩١ - ويرتفع قيد النكاح بالطلاق في المآل إذا كان الطلاق رجعيًا فمن طلق زوجته طلاقًا رجعيًا فلا يرتفع الزواج في الحال بل بعد انقضاء العدة ؛ ولذا يجوز للزوج أن يراجعها ما دامت في العدة بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض فإن

انقضت عدتها التحق بالبائن في الحكم فإذا أراد إرجاعها فلا بد من رضاها وعقد ومهر جديدين . واللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحاً وكناية كما سيتضح مما يأتي .

سبب الطلاق

١١٩٢ - اعلم أنهم اختلفوا في إيقاع الطلاق هل هو مباح أو محظور فبعضهم يقول بالأول مستنداً بقوله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ ﴾ ^(١) وقوله تعالى : ﴿ فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ ^(٢) ولأنه صلى الله تعالى عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها وكذا الصحابة رضي الله تعالى عنهم فإن عمر رضي الله تعالى عنه طلق أم عاصم وابن عوف طلق تماضر ^(٤) والمغيرة بن شعبة ^(٥) طلق أربع نسوة والحسن بن علي - رضي الله

(١) البقرة : ٢٣٦ .

(٢) الطلاق : ١ .

(٣) هي : حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهي من بني عدي بن كعب ، وكانت حفصة من المهاجرات وكانت قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم تحت خنيس بن حذافة السهمي ، وكان ممن شهد بدرًا وتوفي بالمدينة ، فلما تأميت ذكرها عمر لأبي بكر وعرضها عليه فلم يرد عليه أبو بكر كلمة ، فعرضها على عثمان حين ماتت رقية بنت رسول الله فقال عثمان : ما أريد أن أتزوج الآن ، فانطلق عمر إلى رسول الله فشكا إليه عثمان فقال رسول الله : « يتزوج حفصة من هو خير من عثمان ويتزوج عثمان من هي خير من حفصة » ثم خطبها إلى عمر فتزوجها رسول الله ثم طلقها تطليقة ثم ارتجعها أمره جبريل بذلك ، وقال : إنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة توفيت حفصة حين بايع الحسين بن علي رضي الله عنه سنة إحدى وأربعين . انظر : أسد الغابة (٦٥ : ٦٧) .

(٤) هي : تماضر بنت الأصيب بن عمرو بن ثعلبة الكلبي ، وقيل هي تماضر بنت زيان بن الأصيب . انظر ترجمتها في الإصابة (٥٦/٨) .

(٥) هو : المغيرة بن شعبة ابن أبي عامر بن مسعود بن معتب . الأمير أبو عيسى ، ويقال : أبو عبد الله ، وقيل : أبو محمد . من كبار الصحابة أولي الشجاعة والمكيدة . شهد بيعة الرضوان . كان رجلاً طوالاً مهيباً ، ذهب عينه يوم اليرموك ، وقيل : يوم القادسية ، المغيرة بن شعبة تكفى بأبي عيسى ، فقال له عمر : أما يكفيك أن تكفى بأبي عبد الله ، فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كنانتي ، فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وأنا في جلجتنا . فلم يزل يكفى بأبي عبد الله حتى هلك . عن زياد بن علاقة ، سمعت جريزاً يقول حين مات المغيرة بن شعبة : أوصيكم بتقوى الله ، وأن تسمعوا وتطيعوا حتى يأتيكم أمير ، استغفروا للمغيرة غفر الله له ، فإنه كان يحب العافية .

تعالى عنهما - (١) استكثر من النكاح والطلاق .

١١٩٣ - وبعضهم يقول بالثاني وهو أن الأصل فيه المنع ولا يباح إلا الحاجة ككبر ورية فهو مشروع من جهة ومحظور من جهة أخرى ، فمشروعيته من حيث إن فيه إزالة ملك الزواج عندما تكون هناك داعية إليه وحظره من جهة أن فيه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدنيوية والأخروية ، وهذا القول هو الصحيح ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ (٢) ففي الطلاق كفران النعمة وقطع لهذه المودة والرحمة التي بها مصالح الدين والدنيا ولا تنافي بين الحظر والمشروعية من جهتين كالصلاة في الأرض المغصوبة لكن جهة الحظر تندفع بالحاجة ككبر أو رية أو دمامة خلق أو تنافر طباع بينهما أو إرادة تأديب أو عدم قدرة على القيام بحقوق النكاح ونحو ذلك ، فبالحاجة تتمحض جهة المشروعية وتزول جهة الحظر وبدونها تبقى الجهة الثانية لما فيه من كفران النعمة وإيذاء أهلها وأولاده منها بلا حاجة ولا سبب .

١١٩٤ - ولذا قال تعالى : ﴿ فَإِنْ أظْمَنَكُم فَلَا تَبْغُوا عَلَيْنَ سَبِيلًا ﴾ (٣) أي فلا تطلبوا الفراق . وكفيك في التشنيع على الطلاق قوله ﷺ : « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » وإنما كان حلالاً باعتبار إباحته في بعض الأوقات أعني أوقات تحقق الحاجة إليه ولا يمكن إثبات الإباحة مطلقاً لمنافاته إثبات جهة الحظر إذ لا شك في أنه بلا سبب أصلاً لا ينبغي الإقدام عليه وينسب فاعله للحمق ؛ لما فيه من كفران النعمة والإيذاء المنهي عنه ولا يمكن أن يحمل طلاق النبي ﷺ وأصحابه - رضي الله تعالى عنهم - على أن يكون صادراً بلا سبب أصلاً بأن يكون لغواً وعبثاً ، بل لا بد من سبب

(١) هو : الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، الإمام السيد ، ريحانة رسول الله ﷺ وسبطه ، وسيد شباب أهل الجنة ، كان مولده ﷺ سنة ثلاث من الهجرة ، حدث عن : جده ﷺ ، وعن أبيه ، أمه ، وأخيه ، ﷺ ، وحدث عنه : ابنه الحسن ، وسويد بن غفلة ، وأصعب بن نباتة ، وغيرهم . قال عنه أنس بن مالك : كان أشبه الناس برسول الله ﷺ ، وقال عنه أسامة : كان النبي ﷺ يأخذني والحسن ويقول : اللهم إني أحبهما فأحبهما ، كان ﷺ كريماً ، ورعاً دعاه ورعه وفضله إلى أن ترك الملك والدنيا رغبة فيما عند الله تعالى ، وكان يقول : ما أحببت أن أئبي أمر أمة محمد ﷺ ، على أن يهراق في ذلك محجمة دم ، وكان من المبادرين إلى نصره عثمان ، وولي الخلافة بعد قتل أبيه علي ، ثم ترك الخلافة لمعاوية درءاً للفتنة بين المسلمين ، توفي ﷺ سنة تسع وأربعين من الهجرة على أحد الأقوال . انظر : أسد الغابة (١٠/٢) ، الإصابة (١١/٢) ، سير أعلام النبلاء (٣٧٧/٤) .

معتبر شرعاً كالأعذار المذكورة ونحوها .

١١٩٥ - ومن تأمل في قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْشُرُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِيهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ (١) ظهر له جلياً أن الغرض التباعد عن الفراق بقدر الاستطاعة فالذي ينبغي التعميل عليه أن الشريعة الإسلامية لم تبح الطلاق في أي وقت ولم تمنعه كذلك بل هي وسط بين الاثنين - إذا عرفت هذا تعلم أن ما يحصل من إيقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه في الشريعة الإسلامية أو هو خروج عما تأمر به فالعيب كل العيب إنما هو على من يدعي أنه متبع للشريعة ولا يدري ما فيها أو يعلمه ولكن لا يعمل به والشريعة بريئة من التقصير والقصور ومن اطلع على ما قاله العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر الرائق والدر المختار أول كتاب الطلاق ظهر له جلياً صحة ما قلناه .

١١٩٦ - فالطلاق له محاسن كثيرة منها التخلص به من المكاره إذ لو فرض أنه لم يشرع وأن من تزوج امرأة لا يباح له تطليقها أصلاً وحصل من أحدهما ما ينفر الآخر وليس هناك طريقة للفرقة إلا الموت لربما يرتكب أسبابه ليتخلص من صاحبه .

١١٩٧ - ومنها شرعه ثلاثاً لأن النفس كذوبة ربما يظهر لها عدم الحاجة إلى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثاً ليحرب نفسه أولاً وثانياً .

١١٩٨ - ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لأنهن يجزغن غالباً فيتأثرن بأقل مؤثر فيقدمن عليه كثيراً بخلاف الرجال (٢) .

(١) النساء : ٣٥ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٢١) : لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار ، إلا بالإشهاد والتوثيق ، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما .

فان أصر الزوجان معا على إيقاع الطلاق فوراً ، أو قررا معا أن الطلاق قد وقع ، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق ، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه .

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج .

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك ، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه ، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل العاشر : أحكام عامة في الطلاق أهلية الزوج للطلاق =

-
- = المادة (٨٣) : يكون الزوج أهلاً للطلاق إذا كان مكلفاً .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٠) تقع الفرقة بين الزوجين :
- أ - بإرادة الزوج وتسمى طلاقاً .
 - ب - بإرادة الزوجين وتسمى مخالعة أو طلاقاً على مال .
 - ج - بحكم القضاء وتسمى تطليقاً أو فسحاً .
 - د - بوفاة أحد الزوجين .
- الباب الأول الطلاق المادة (١١١) الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعة له شرعاً .

الفصل الأول

فيمن يقع طلاقه ومن لا يقع

ومحل الطلاق وعدده

(مادة ٢١٧)

لِلزَّوْجِ دُونَ الْمَرْأَةِ أَنْ يَرْفَعَ قَيْدَ النَّكَاحِ الصَّحِيحِ بِالطَّلَاقِ . وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ بَالِغٍ عَاقِلٍ ، وَلَوْ كَانَ مَخْجُورًا عَلَيْهِ لِسَفَهِهِ ، أَوْ مَرِيضًا غَيْرَ مَخْتَلِ الْعَقْلِ ، أَوْ مُكْرَهًا ، أَوْ هَارِبًا (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٩٥/٢ ، ١٩٦) : « ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ ، ولو مكرها وسكران وأخرس بإشارته حرا أو عبداً) لا طلاق الصبي والمجنون والنائم والسيد على امرأة عبده لقوله عليه الصلاة والسلام : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون » ؛ ولأنه صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بوقوعه ، وقوله يقع طلاق كل زوج لا ينتقض بالبلوغ حيث لا يلحقها الباتن ؛ لأن امتناعه لعارض لاستحالة تحصيل الحاصل حتى لو كان صريحا لحقها ؛ ولأنه ليس بزواج من كل وجه ، والمراد هو الزوج مطلقا والمتوه والمغنى عليه كالتائم والمجنون لعدم التمييز أو العقل ، والمتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون ، وقيل في الفاصل بينهم أن العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمتوه من يكون ذلك منه على السواء ، وقيل : المجنون من يفعل ما يفعله لا عن قصد والعاقل قد يفعل ما يفعله المجانين أحيانا لا عن قصد على ظن الصلاح ، والمتوه من يفعل ما يفعله المجانين عن قصد مع ظهور الفساد . وقال الشافعي رحمه الله : طلاق المكره لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، والمراد حكمه فيشمل حكم الدارين ؛ ولأنه يسلب الاختيار والتصرف الشرعي لا يعتبر بدون الاختيار فصار كالإكراه على الإقرار بالطلاق بخلاف الهازل ؛ لأنه مختار في التكلم به ، والحجة عليه ما روينا ولا نسلم عدم الاختيار ، بل له اختيار ؛ لأنه عرف الشرين فاختار أهونهما إلا أنه فات رضاه وذلك لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل ؛ ولأنه مخاطب أما في غير ما أكره عليه فظاهر ، وكذا فيما أكره عليه ؛ لأنه أبيض له الفعل تارة وفرض عليه أخرى وحرم عليه تارة والمخاطب بدون الأهلية لا يتصور بخلاف الإكراه على الإقرار ؛ لأنه غير محتمل للصدق والكذب وقيام السيف على رأسه يرجع جانب الكذب ، والمراد بما رواه أحكام الآخرة ؛ لأن نفسه ليس بمراد لوجوده حقيقة . وحكمه نوعان : دينوي وأخروري فلا يتناولهما اللفظ الواحد ؛ لأنهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالإجماع فانتهى الآخر أن يكون مرادا ، واستدل الطحاوي على أن طلاقه واقع بحديث حذيفة وابنه حين حلفهما المشركون فقال لهما رسول الله ﷺ : « نفي لهم بعهدهم ونستعين بالله عليهم » فقال الطحاوي : بين رسول الله ﷺ أن اليمين على الطواغية والإكراه سواء ، فكذا الطلاق والعناق لعدم العاقل بالفرق ، وقال عليه الصلاة =

= والسلام : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة ، رواه البخاري وجماعة ، وقال الترمذي : حديث حسن غريب أخرجه الحاكم في المستدرک ، وقال هذا صحيح الإسناد .

وقال في الغاية : العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ فدل على عدم اشتراط الرضا ، ثم جملة ما يصح من الأحكام مع الإكراه عشرة : العتاق والطلاق والنكاح والعفو عن القصاص والرجعة والإبلاء والفئس في الإبلاء والظهار واليمين والنذر ؛ لأن هذه تصرفات لا يفترق وقوعها إلى الرضا بدليل أنها تصح مع الهزل والخطأ واختار الكرخي والطحاوي أن طلاق السكران لا يقع ؛ لأنه لا قصد له كالثائم ، وهذا لأن شرط صحة التصرف العقل ، وقد زال فصار كزواله بالبنج وغيره من المباحات ، ولنا أنه مخاطب شرعاً لقوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا الْمَسْكُوتَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ ﴾ فوجب نفوذ تصرفه ؛ ولأنه زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقياً زجراً له بخلاف ما إذا زال بالمباح حتى لو صدع رأسه وزال بالصداع لا يقع طلاقه وبخلاف رده حيث لا تعتبر ؛ لأنه لا يدل على تبدل الاعتقاد في هذه الحالة ، والذي يوضحه أن عقله باق في حق حكم لا يثبت مع الشبهة كحد القذف والقصاص فأولى أن يجعل باقياً في حق حكم يثبت مع الشبهة واختلفوا فيما إذا شرب الخمر مكرها فسکر وطلق منهم من قال لا يقع ؛ لأن عقله زال بالمباح ومنهم من قال يقع لوجود التلذذ به ولا إكراه عنده ، ومثله إذا شربها للضرورة ، ولو سكر من الأنيذة المتخذة من الحبوب أو العسل لا يقع طلاقه عندهما ، وعند محمد يقع بناء على أنه حرام أم لا ، ولو زال عقله بالبنج لا يقع ، وعند أبي حنيفة رحمته أنه إن كان يعلم حين يشرب أنه بنج يقع وإلا فلا ، وطلاق الأخرس بالإشارة إن كانت تعرف ؛ لأنه يحتاج إلى ما يحتاج إليه الناطق ، ولو لم تجمل إشارته كعبارة الناطق لأدى إلى المرح وهو مدفوع بالنص ، وعلى هذا جميع تصرفاته بالإشارة إن كانت تعرف كإعتاقه وبيعه وشرائه وغيرها لما ذكرنا ، وفي البنائيع هذا إذا ولد أخرس أو طراً عليه ودام وإن لم يدم لا يقع طلاقه وإنما وقع طلاق العبد على امرأته دون طلاق مولاه لقول ابن عباس : جاء النبي ﷺ رجل فقال : يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي ﷺ المنبر فقال : « يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ، ثم يريد أن يفرق بينهما وإنما الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه من رواية ابن لهيعة وهو ضعيف . ورواه الدارقطني أيضاً عن غيره ، وفي المنافع قال عليه الصلاة والسلام : « لا يملك العبد ولا المكاتب شيئاً إلا الطلاق » ؛ ولأن ملك النكاح من خصائص آدمية والعبد دخل في ملك المولى من حيث المالية دون الأدمية ولهذا يملك الإقرار بالدم والحدود ولا يملكه المولى عليه وقوع طلاقه لكونه مالكاً لإطلاق مولاه على امرأته لاستحالة وقوعه بدون الملك .

قول الشافعية : جاء في الفرر البهية (٤/٢٤٦ - ٢٥١) : « صح الطلاق من زوج ، ولو بنائبه (مكلف) مختار فلا يصح من غيره تنجزاً ولا تعليقاً ، وإن وجدت الصفة بعد الأهلية إلا السكران كما سيأتي (وفي هزل سوى النكاح) أي : وصح في حال الهزل غير النكاح (من) أي (تصرف) ، كان طلاق أو غيره ، كما يصح في حال الجذ ، فلو قالت له في معرض الدلال أو الاستهزاء : طلقني فقال : طلقتك وقع ظاهراً أو بائناً للخبر الآتي ؛ ولأنه أتى باللفظ عن قصد واختيار ، وعدم رضاه بوقوعه لظنه أنه لا يقع لا أثر له لخطأ ظنه ، كما لا أثر له فيما لو طلق بشرط الخيار له ، بخلاف النكاح لا يصح في حال الهزل لاختصاصه بمزيد احتياط ، وهذا وجه جرى عليه الحاوي تبعاً للفرالي .

والأصح خلافه كما ذكره الناظم بقوله (قلت : الأصح) كما في أصل الروضة (في النكاح العقد) له =

صحيح (بالهزل ، إذ هزل النكاح جد) للنص عليه في خير : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » رواه أبو داود ، وصحح الحاكم إسناده ، وحكم غير الثلاث حكمهما كما يفهم بالأولى ، وخصت بالذكر لتعلقها بالأبضاع المختصة بزبد اعتناء (ولو يظنها) أي زوجته (سواها) لكونها في ظلمة أو من وراء حجاب أو نحوهما ، فإنه يصح طلاقه لها ؛ لأنه أوقع الطلاق في محله ؛ ولأن عدم العلم بالزوجية عند قصد الخطاب باللفظ الصالح للإيقاع لا يمنع الإيقاع ، وفي معنى الظن النسيان والجهل كأن قبل له أبوه في صفره أو وكيله في كبره نكاح امرأة ، وهو لا يدري فخاطبها بالطلاق ، وهذا في الظاهر ، أما نفوذه في الباطن ففيه وجهان بناهما المتولي على صحة الإبراء من المجهول ، وقضيته : ترجيح المنع وقضية كلام غيره النفوذ . (أو فسق) صفة لمعطوف على مكلف أي صح الطلاق من مكلف أو غير مكلف فسق (بالسكر) أو بغيره مما يزيل العقل ، كدواء مجنون بلا حاجة ، فيصح طلاقه كسائر تصرفاته لعصيانه بسبب زوال عقله فجعل وكأنه لم يزل ، وعدلت عن عطف ذلك على يظنها المقتضي لكون السكران مكلفا إلى ما ذكرته ليفيد أنه غير مكلف ، وهو ما نقله في الروضة عن أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول ، وانتفاء تكليفه لانتفاء الفهم الذي هو شرط التكليف ، فلا تصح منه الصلاة ونحوها ، ونفوذ طلاقه من قبيل ربط الأحكام بالأسباب كما قاله الغزالي في المستصفى ، وأجاب عما استدلت به الجويني وغيره على تكليف السكران من قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا الْمَسْكُوتَ وَأَنْتُمْ سُكَوْتٌ ﴾ بأن المراد به من هو في أوائل السكر لبقاء عقله .

وخرج بقول الناظم من زيادته فسق من لم يفسق كأن أكره على شرب خمر أو جره ، فلا يصح طلاقه وفي حد السكران عبارات متقاربة ، فقال الشافعي : هو من اختل كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم ، وقيل : من يظهر ما يحتشمه وقيل : من يتمايل ماشيا ويهذي متكلمًا وقيل : غير ذلك قال في الروضة كأصلها : والأقرب ما نقل عن ابن سريج : أنه يرجع فيه إلى العرف . (لا حيث لسانه سبق) إلى لفظ الطلاق بأن لم يقصده ، لكن لا يقبل دعوى السبق ظاهرا إلا بقربة كأن طهرت من حيضها فقال : أنت الآن طالقة ومراده طاهرة ، أو كان اسمها طالبا أو طارقا فقال : يا طالق وادعى أن الحرف التف فيصدق لظهور القربة ، ولو قال لمن اسمها طالق : يا طالق وقصد الطلاق وقع أو النداء لم يقع ، وكذا إن أطلق على الأصح حملًا على النداء . (أو بالإكراه قرن) أي الطلاق فلا يصح من المكره ، وإن قدر على التورية لخبر « لا طلاق في إغلاق » أي إكراه ، رواه أبو داود والحاكم ، وصحح إسناده على شرط مسلم . وشرط الإكراه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب أو فرط هجوم ، وعجز المكره عن دفعهم بهرب أو غيره ، وظنه أنه إن امتنع حققه ، وخرج بقوله من زيادته . (ظلمًا) الإكراه بحق ، كأن قال : ولي الدم لمن له عليه دم ؛ طلق ، وإلا اقتضت منك ، والإكراه يحصل بتخويف (بمحدور) من قتل أو قطع أو أخذ مال أو إتلافه أو ضرب أو حبس أو استخفاف ، وتختلف الثلاثة الأخيرة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم ، ولا يختلف به ما قبلها وقيل : يختلف به أخذ المال ، واختاره الروياني وحصول الإكراه بذلك هو ما حكى عن النص ، وصححه في المنهاج وأصله ، وقال في الشرح الصغير كالكبير : إنه الأرجح عند الأئمة ، وقيل : إنما يحصل بإكراهه على فعل يؤثر العاقل الإقدام عليه حذرا مما هدد به ، قال الرافعي : فعلية ينظر فيما طلب منه وما هدد به ، فقد يكون الشيء إكراهًا في مطلوب دون آخر وفي شخص دون آخر ، فإن أكره على طلاق حصل بتخويفه بقطع طرف =

= أو حبس طويل ، وبقتل ولد أو والد ، وبخوف ذوي المروءة بالصفع في الملاء وتسويد الوجه والظوف به في السوق دون إتلاف المال على الأصح ، وإن أكرهه على قتل لم يحصل بتخوفه بالحبس ، وقتل الولد أو الوالد أو على إتلاف مال حصل بتخوفه بجميع ذلك .

وهذا الوجه صححه في الروضة وقال : لكن في بعض تفصيله نظر ، ولا يحصل الإكراه بتخوف بمحذور أجلا كقوله : طلق ، وإلا ضربتك غدا ، قال الدارمي ولا بقوله : طلقها ، وإلا زنت بها ، ولو أكره الوكيل في الطلاق عليه ، قال الروياني : يحتمل وقوعه لاختيار المالك ويحتمل المنع ، وهو الأصح ؛ لأنه المباشر ، ولا أثر لقوله : طلق ، وإلا قتلت نفسي أو كفرت ، ولو وافق المكره ونوى الطلاق وقع لاختياره ، (ككل شي) من التصرفات القولية ، فإنه لا يصح مع الإكراه لحبر : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » نعم تقدم في شروط الصلاة أنه لو تكلم فيها مكرها بطلت ، أما الفعلية فيثبت أثرها معه كالرضاع والحدث والتحول عن القبلة وترك القيام للقادري الصلاة الواجبة والقتل ، وقد لا يثبت أثرها معه كالفعل في باب اليمين . (لا السلم) بكسر السين أي : الإسلام (للمرتد والحربي) فيصح منهما مع الإكراه عليه ، ولو من كافر ؛ لأنه إكراه بحق بخلاف إسلام الذمي ؛ لأنه مقرر على كفره بالجزية . قال ابن الرقعة : ويشبه أن المعاهد كالذمي وذكر المرتد مزيد على الحاوي ، وهو مفهوم بالأولى من الحربي ، بل هما مفهومان من : ظلما (إلا) إذا أكره (على) طلاق (اثنتين) أي زوجتين أو على طلقتين ، وبهما عبر الحاوي (أو) على طلاق (إحداهما) مبهمة ، (ففردة) أي فطلق واحدة في الصورة الأولى . (أو ذات تعيين) في الثانية فيصح لظهور قصد الاختيار (كما في عكسه) بأن أكرهه على أن يطلق زوجة أو طليقة فطلق ننتين ، أو على طلاق معينة فطلق مبهمة ، وكذا لو أكرهه على طلاق حفصة فطلقها مع ضربتها كما نقله الشيخان عن الإمام عن الأصحاب قالا : وفصل بغوي والمتولي وغيرهما فقالوا : إن قال : طلقتكما طلقنا لعدولها عن كلمة الإكراه ، أو طلقت حفصة وعمرة لم تطلق حفصة ، وعلى نقل هذا اقتصر في الشرح الصغير وصححه البارزي في تمييزه ، ولو أكرهه على صريح فعدل إلى صريح آخر أو كناية صح طلاقه . (وكلمات الكفر يبيح الإكراه) أي ويبيح الإكراه التكلم بكلمة الكفر والقلب مطمئن بالإيمان لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَن أَكْثَرَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ لكن الثبات أفضل ، ولو حذف كلمات لشمل كلامه الفعل المكفر لكنه مفهوم بالأولى أو بالمساواة . (و) يبيح (شرب الخمر) كما يباح لمن غص بلقمة أن يسقيها بخمر إذا لم يجد غيرها ، (و) يبيح (الفطر) من صوم واجب والخروج من صلاة واجبة (لا زنا وقتلا) محرما لذاته ، فلا يبيحهما لتعلقهما بالغير ، وقضية هذا أنه لا يبيح القذف أيضا ، والأصح تصور الإكراه على الزنا ، إذ الانتشار المتعلق بالشهوة ليس شرطاً للزنا ، بل يكفي مجرد الإبلاج والإكراه لا ينافيه . (وحتم) أي ووجب عليه بالإكراه (إتلافه المال) ؛ لأن له بدلا كما زاده بقوله (ومكره) بكسر الراء (غرم) ، ومحل الوجوب إذا أكرهه بقتل أو قطع وكان الإكراه على إتلاف ماله ، فإن أكرهه باستخفاف أو إتلاف مال أو نحوهما أو على إتلاف مال غيره ، فلا يجب عليه الإتلاف ، بل يباح للمالك في الأخيرة مطالبة كل من المكره والمكره ، والقرار على المكره لتعديبه ، ومثل هذا يجري في جزاء الصيد إذا قتله المحرم مكرها ، ولكل من المالك والمكره على إتلاف المال دفع المكره بما أمكنهما ، وسيأتي في الصيال أنه ليس للمالك دفع المكره ، بل يلزمه أن يقي روحه بماله . (ولو بتعليق) أي =

صح الطلاق ممن ذكر ، ولو بتعليقه ، وإنما امتنع تعليقه من الوكيل فيه ؛ لأنه لا يملك تعليقه بالوكالة كما مر في بابها ، (ولم بينها) أي : صح طلاق المرأة والحالة أنه لم بينها ، بأن تكون زوجة ، ولو رجعية بخلاف البائن والأجنبية ، وإن وجدت الصفة حال الزوجية في الطلاق المعلق ، لامتناع تصرفه فيما لا يملكه ، وفي الخبر : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » رواه أبو داود وغيره ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، ورواه الحاكم من رواية جابر بلفظ : « لا طلاق لمن لا يملك ولا عتاق لمن لا يملك » وقال : صحيح على شرط الشيخين . (وصح تعليق الرقيق الأنهى) أي أكثر الطلاق ، وهو ثلاث على شرط ، حتى إذا وجد وقع عليه الثلاث ، (إن كان) ، وفي نسخة إن صار (قبل) وجود (شرطه) أو معه (عتقاً) ، وإن لم يكن مالكا للثلاثة حالة التعليق ؛ لأنه ملك التعليق في الجملة ؛ ولأنه ملك أصل الطلاق المفيد لملك الثلاث بشرط الحرية ، وشبه ذلك بتعليق السني حال البدعة ، (خلاف من لا يملك التعليق) ، لا يصح تعليقه كقوله : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، وهذا مزيد على الحاوي ، وهو مفهوم من قوله : ولم بينها ، وظاهر أنه لو أبدل التعليق بالتطبيق كان أولى . قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٣٠٨/٥) : « (وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ، ولو سكر حراماً . وهل إلا أن لا يميز أو مطلقاً ؟ تردد .) ابن شاس : شرط المطلق أن يكون مسلماً مكلفاً فلا ينمقد طلاق الكافر ولا الصبي ولا من زال عقله بجنون أو إغماء ونحو ذلك من نوم أو غيره مما يذهب الاستشعار . من المدونة : طلاق المبرسم في هذيانه لا يلزمه . ابن القاسم : وكذا إن سقي السكران ولم يعلم . ابن رشد : قوله « ولم يعلم » فيه نظر لأنه يدل على أنه لو شربه وهو يعلم أنه يفقد عقله لزمه ما أعتق أو طلق وإن كان لا يعقل ، وهذا لا يصح أن يقال وإنما أُرْم من أُرْم السكران طلاقه وعتقه لأن معه بقية من عقله ، لا لأنه أدخل السكر على نفسه ، وقول من قال : إنه أدخل السكر على نفسه غير صحيح . وقال ابن عرفة : طلاق السكران أطلق الصقلي وغير واحد الروايات بلزومه . وقال ابن رشد : السكران المختلط طلاقه لازم . وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه ، وذكره المازري رواية (وطلاق الفضولي كبيعته ولزم ولو هزل) ابن عرفة : هزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقاً وهزل إطلاق لفظه عليه المعروف لزومه . اللخمي : أرى إن قام دليل الهزل لم يلزمه طلاق ، وقال ابن القاسم : من قال لامرأته قد ولتنيك أمرك إن شاء الله فقالت فارتقتك إن شاء الله وهما لابعان لا يريدان طلاقاً فلا شيء عليهما . وقال ابن القاسم في رجل قال له رجل : أطلقت امرأتك ، قال : نعم كما طلقت أنت امرأتك فإذا بالآخر قد طلق امرأته والآخر لم يعلم : لا شيء عليه إذ لم يرد طلاقاً ويحلف أنه لم يعلم بطلاق الآخر ولا يحلف أنه كان لاعتباً لأن اللاعب يلزمه الطلاق (لا إن سبق لسانه في الفتوى) . قول الحنابلة : جاء في الإحصاف (٤٣٢/٨ ، ٤٣٣) : « (ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالجنون ، والنائم ، والمغنى عليه ، والمبرسم : لم يقع طلاقه) . هذا صحيح . لكن لو ذكر المغنى عليه والجنون بعد أن أفاقا أنهما طلقا : وقع الطلاق . نص عليه . قال المصنف : هذا فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية . فأما المبرسم ، ومن به نشاف : فلا يقع . وقال في الروضة : المبرسم ، والممسوس إن عقلا الطلاق : لزمهما . قال في الفروع : ويدخل في كلامهم : من غضب حتى أغشى عليه ، أو غشي عليه ، قال الشيخ تقي الدين ^{رحمته} : يدخل ذلك في كلامهم بلا ريب . وقال الشيخ تقي الدين أيضاً : إن غيره الغضب ، ولم يزل عقله : لم يقع الطلاق ؛ لأنه ألجأه وحمله عليه فأوقعه وهو يكرهه ليستريح منه فلم يبق له قصد صحيح . فهو كالسكره . ولهذا لا يجاب دعاؤه على نفسه وماله . ولا يلزمه نذر الطاعة فيه . »

١١٩٩ - الزوج هو الذي له أن يرفع قيد الزواج إذا كان صحيحاً فالطلاق لا يلحق النكاح الفاسد فلو فرض أن رجلاً تزوج امرأة بعقد فاسد ثم أوقع عليها طلاقاً ؛ فلا يلحق هذا الطلاق الزوجة فله أن يجدد العقد عليها ولا ينقص من عدد الطلاق شيء حتى لو كان الطلاق الذي أوقعه ثلاثاً جاز له أن يعقد عليها قبل أن تتزوج بغيره ؛ لأنه غير واقع لما عرفت من أن الطلاق لا يقع إلا إذا كان عقد الزواج صحيحاً .

١٢٠٠ - وجعل الطلاق بيد الرجال من محاسنه لأن النساء يتأثرن بأقل مؤثر فيقدمن عليه عند حصول ما يتأثرن به فيكثر الطلاق القاطع للزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدينية فلم يجعل بيد النساء لذلك وهذا في الأصل أي إنه يثبت للزوج بمجرد العقد الصحيح وأما الزوجة فلا يثبت لها إلا بالشرط فإذا اتفق الزوجان في عقد الزواج أو بعده على أن الزوجة لها أن توقع الطلاق على نفسها في أي وقت شاءت أو عندما يحصل الأمر الفلاني صح ذلك ، ولها أن تطلق نفسها حسب التمليك والأحسن في هذا الزمان أن تحفظ الزوجة لنفسها الحق في إيقاع الطلاق عند ما يحصل من الزوج شيء تكرهه كالزواج عليها أو غيابها عنها مدة معلومة أو عدم الإنفاق عليها كذلك بأن يقول الزوج لزوجته إن تزوجت عليك فلك الحق في أن تطلقني نفسك فيثبت لها هذا الحق متى تزوج عليها ومثل التزوج غيره .

١٢٠١ - ولا يقع طلاق الزوج إلا إذا كان بالغاً عاقلاً سواء كان محسناً للتصرف في ماله أو غير محسن له وهو السفیه أي يضيع ماله على خلاف ما يقتضيه الشرع والعقل وسواء كان صحيحاً أو مريضاً لوجود العقل عند كل واحد منهما حتى إذا انتفى بأن نشأ عن تأثير المرض اختلال في العقل فلا يقع طلاق المريض وسواء كان الزوج مختاراً أو مكرهاً وسواء كان يقصد حقيقة كلامه أو لا يقصده وهو الهازل وكل هذا باتفاق إلا المكره فإن القائل بوقوع طلاقه أبو حنيفة وباقي الأئمة يقولون بعدم الوقوع فإذا هدده شخص آخر بشيء يكرهه قتل أو قطع عضو أو إتلاف مال مثلاً إن لم يطلق زوجته وكان المكره قادراً على إيقاع ما هدده به وطلق وقع الطلاق عند أبي حنيفة ولا يقع عند باقي الأئمة ، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ^(١) أي رفع عن الأمة حكم ما فعلوه خطأ أو نسياناً أو مع الإكراه فلا يؤاخذون عليه ولا يعاملون بما يقتضيه لو حصل منهم في غير هذه الأحوال

(١) سنن ابن ماجه (كتاب : الطلاق ، ٢٠٣٥) .

ولأن الإكراه لا يجمع الاختيار لإفساده إياه واعتبار التصرف الشرعي إنما هو بالاختيار بخلاف الهازل فإنه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه واستدل أبو حنيفة بأن المكره قصد إيقاع الطلاق على زوجته حال أهليته ؛ لأنه عرف الشرين وهما الهلاك مثلاً والطلاق ، واختار أهونهما واختيار أهون الشرين آية القصد والاختيار وكل من قصد إيقاعه كذلك لا يخلو فعله عن حكمه كما في الطائع إذ العلة فيه دفع الحاجة وهي موجودة في المكره لحاجته إلى التخلص مما توعد به من القتل أو الجرح مثلاً إلا أنه غير راض بالحكم فيقع الطلاق ولا تأثير لهذا في نفي الحكم كما في الهازل .

١٢٠٢ - يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما ﷺ : « نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم » ^(١) فبين أن اليمين طوعاً وكرهاً سواء ، فعلم أن لا تأثير للإكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار ولكن يقال على هذا إنه لو كان المكره مختاراً ولما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرهاً من البيع والشراء والإجارة وغيرها مع أن له الخيار في فسخ العقود أو إمضائها بعد زوال الإكراه ويوجب بأن وجه ثبوت الخيار له في فسخ هذه العقود أو إمضائها أنه غير راض بالحكم فثبت له فسخ العقود وأما هاهنا فإنه وإن كان غير راض بالحكم إلا إنه غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم ، وقد يقال : إن هناك فرقاً بين المكره والهازل فلا يصح القياس ؛ وذلك لأن المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم .

١٢٠٣ - فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره ويوجب عن هذا بأن للهازل اختياراً كاملاً في السبب أما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له أصلاً فكان اختيار الهازل أيضاً غير كامل بالنظر إلى الحكم فكانا متساويين فيصح اعتبار أحدهما بالآخر والجواب عن الحديث المتقدم أنه لا يصح أن تنفي نفس ما استكرهوا عليه لوجوده حقيقة فلا بد من تقدير الحكم وهو نوعان : دنيوي وأخروي فلا يتناولهما اللفظ الواحد لأنهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالإجماع فانتفى الآخر أن يكون مراداً . وتوضيح ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته ولم تكن هناك داعية إلى الطلاق ترتب عليه حكمان دنيوي وهو وقوع الطلاق وأخروي وهو العقاب في الآخرة لما عرفت مما تقدم أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح الإقدام عليه إلا إذا كانت هناك داعية إليه

(١) مسلم في كتاب الجهاد والسير حديث رقم (٣٣٤٢) ، وأحمد في المسند حديث رقم (٢٢٢٨٣) .

فإذا أكره على الطلاق وأوقعه ثبت الحكم الدينوي وهو الوقوع وانتفى الحكم الأخروي وهو العقاب لارتفاعه بالإكراه ولا يصح أن نريد رفع الحكمين عن المكره ؛ لأن المشترك لا يستعمل في معنييه .

١٢٠٤ - وكل هذا فيما إذا كان الإكراه على إنشاء الطلاق فلو كان على الإقرار به فلا يقع إجماعاً أما عند غير أبي حنيفة فظاهر ، وأما عنده فلان الإقرار خبير محتمل للصدق والكذب وقيام السيف على رأسه مثلاً يرجع جانب الكذب فلا يقع لأنه إقرار بشيء غير حاصل في الواقع ونفس الأمر .

١٢٠٥ - وإنما اتفقوا على وقوع طلاق الهازل لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعاق » ^(١) وكما يقع طلاق المكره عند أبي حنيفة يقع طلاق المخطئ والناسي ، فالمخطئ هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فيجري على لسانه الطلاق والنسيان لا يتصور إلا في فعل الشرط المعلق عليه الطلاق ، فإذا حلف رجل بطلاق زوجته أن لا يكلم فلاناً وكلمه ناسياً هذا الحلف وقع الطلاق أيضاً عند أبي حنيفة ولكن ينتفي عنه العقاب الأخروي - والظاهر مذهب من قال بعدم وقوع طلاق المكره والمخطئ والناسي ^(٢) .

(مادة ٢١٨)

يَقَعُ طَلَاقُ السُّكْرَانِ الَّذِي سَكِرَ بِمَخْطُورٍ ، طَائِعًا ، مُخْتَارًا ، لَا مُكْرَهًا ، وَلَا مُضْطَرًّا ^(٣) .

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الطلاق حديث رقم (١١٠٤) ، وابن ماجه في الطلاق حديث رقم (٢٢٠٩) بلفظ : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٨٩) : ١ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

٢ - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٨٨) : أ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المعنى عليه ولا النائم .

ب - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو وله أو غيرها فلا يدري ما يقول .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة ١ : لا يقع طلاق السكران والمكره .

(٣) قول الحنفية : جاء في الهداية (٤٩٠/٣) : « (وطلاق السكران واقع) واختيار الكرخي والطححاوي أنه لا يقع ، وهو أحد قولي الشافعي ؛ لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء . ولنا =

أنه زال (بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له ، حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول)
لا يقع طلاقه) .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٧٠/٥) : « ومن شرب خمرا أو نبذنا فأسكره فطلق لزمه الطلاق والحدود كلها والفرائض ولا تسقط المعصية بشرب الخمر والمعصية بالسكر من النبذ عنه فرضا ولا طلاقا . فإن قال قائل : فهذا مغلوب على عقله والمجنون مغلوب على عقله ، قيل المريض مأجور ومكفر عنه بالمرض مرفوع عنه القلم إذا ذهب عقله ، وهذا أتم مضروب على السكر غير مرفوع عنه القلم فكيف يقاس من عليه العقاب بمن له الثواب ، والصلاة مرفوعة عمن غلب على عقله ولا ترفع عن السكران . وكذلك الفرائض من حج أو صيام أو غير ذلك ومن شرب بنجاء أو حريقا أو مرقدا ليتعالج به من مرض فأذهب عقله فطلق لم يلزمه الطلاق من قبل أن ليس في شيء من هذا أن تضربهم على شربه في كتاب ولا سنة ولا إجماع ، فإذا كان هكذا كان جائزا أن يؤخذ الشيء منه للمنفعة لا لقتل النفس ولا لإذهاب العقل . فإن جاء منه قتل نفس أو إذهاب عقل كان كالمرضى يمرض من طعام وغيره وأجد أن لا يأثم صاحبه بأنه لم يرد واحدا منهما كما يكون جائزا له بط الحرح (بط الحرح أي شقه) ، وفتح العرق والحجامة وقطع العضو رجاء المنفعة ، وقد يكون من بعض ذلك سبب التلف ولكن الأغلب السلامة وأن ليس يراد ذلك لذهاب العقل ولا للتلف بالمعصية . »

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٣٠٩ ، ٣٠٨/٥) : « وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ولو سكر حراما وهل إلا أن لا يميز أو مطلقا تردد) ابن شاس : شرط المطلق أن يكون مسلما مكلفا فلا يتعد طلاق الكافر ولا الصبي ولا من زال عقله بجنون أو إغماء ونحو ذلك من نوم أو غيره مما يذهب الاستشعار . من المدونة : طلاق المبرسم في هذيانه لا يلزمه . ابن القاسم : وكذا إن سقي السكران ولم يعلم . ابن رشد : قوله « ولم يعلم » فيه نظر لأنه يدل على أنه لو شربه وهو يعلم أنه يفقد عقله لزمه ما اعتق أو طلق وإن كان لا يعقل وهذا لا يصح أن يقال : وإنما ألزم من ألزم السكران طلاقه وعتقه لأن معه بقية من عقله لا لأنه أدخل السكر على نفسه ، وقول من قال : إنه أدخل السكر على نفسه غير صحيح . وقال ابن عرفة : طلاق السكران أطلاق الصقلي وغير واحد الروايات بلزومه . وقال ابن رشد : السكران المختلط طلاقه لازم . وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه وذكره المازري رواية . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٨٨/٧ - ٢٩١) : « وطلاق الزائل العقل بلا سكر ، لا يقع . أجمع أهل العلم على العلم أن الزائل العقل بغير سكر ، أو ما في معناه ، لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان ، وعلي ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وأبو قلابة ، وقاتدة ، والزهرري ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه ، لا طلاق له . وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : « رفع القلم عن ثلاثة ؛ عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » . وروي عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المحتوه المغلوب على عقله » . رواه النجاد . وقال الترمذي : لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان ، وهو ذاهب الحديث . وروي بإسناد عن علي مثل ذلك . ولأنه قول يزيد الملك ، فاعتبر له العقل ، كالبيع . وسواء =

زال عقله مجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو إكراه على شرب خمر ، أو شرب ما يزيل عقله شربه ، ولا يعلم أنه مزبل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق ، رواية واحدة ، ولا نعلم فيه خلافا . فأما إن شرب البتج ونحوه مما يزيل عقله ، عالما به ، متلاعيا ، فحكمه حكم السكران في طلاقه . وبهذا قال أصحاب الشافعي ، وقال أصحاب أبي حنيفة : لا يقع طلاقه ؛ لأنه لا يلد بشريها . ولنا ، أنه زال عقله بمصيبة ، فأشبهه السكران . (وعن أبي عبد الله عليه السلام ، في السكران روايات ؛ رواية يقع الطلاق . ورواية لا يقع . ورواية يتوقف عن الجواب) ويقول : قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أما التوقف عن الجواب ، فليس بقول في المسألة ، إنما هو ترك للقول فيها ، وتوقف عنها ، لتعارض الأدلة فيها ، وإشكال دليلها . ويبقى في المسألة روايتان : إحداهما ، يقع طلاقه .

اختارها أبو بكر الخلال ، والقاضي . وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي ، وميمون بن مهران ، والحكم ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي في أحد قوليه ، وابن شبرمة ، وأبي حنيفة ، وصاحبيه ، وسليمان بن حرب ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه » . ومثل هذا عن علي ، ومعاوية ، وابن عباس ، قال ابن عباس : طلاق السكران جائز ، إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ، ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقدف ؛ بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي ، قال : أرسلني خالد إلى عمر ، فأثبته في المسجد ، ومعه عثمان ، وعلي ، وعبد الرحمن وطلحة ، والزبير ، فقلت : إن خالدًا يقول : إن الناس انهمكوا في الخمر ، وتحارقوا العقوبة . فقال عمر : هؤلاء عندك فسلهم . فقال علي : نراه إذا سكر هذي ، وإذا هذي افتري ، وعلي المفتري ثمانون . فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال . فجعلوه كالصاحي ، ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه ، فوجب أن يقع ، كطلاق الصاحي ، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ، ويقطع بالسرقة ، وبهذا فارق المجنون . والرواية الثانية ، لا يقع طلاقه . اختارها أبو بكر عبد العزيز . وهو قول عثمان رضي الله عنه . ومذهب عمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وطاووس ، وربيعة ، ويحيى الأنصاري ، والليث ، والنعيري ، وإسحاق ، وأبي ثور ، والمزني .

قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ، ولا نعلم أحدًا من الصحابة خالفه . وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شيء فيه ، وهو أصح . يعني من حديث علي ، وحديث الأعمش ، منصور لا يرفعه إلى علي . ولأنه زائل العقل ، أشبه المجنون ، والنائم ، ولأنه مفقود الإرادة ، أشبه المكره ، ولأن العقل شرط للتكليف ؛ إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط بمصيبة أو غيرها ؛ بدليل أن من كسر ساقه جاز له أن يصلي قاعدًا ، ولو ضربت المرأة بطنها ، فنفس ، سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن ، سقط التكليف .

وحديث أبي هريرة لا يثبت ، وأما قتله وسرقته ، فهو كمسألتنا . (٥٨٤٠) فصل : والحكم في عقفه ، ونذره ، وبيعه ، وشرائه ، وردته ، وإقراره ، وقلته ، وقذفه ، وسرقته ، كالحكم في طلاقه ؛ لأن المعنى في الجميع واحد . وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايات الثلاث . وسأله ابن منصور : إذا طلق السكران ، أو سرق ، أو زنى ، أو افتري ، أو اشترى ، أو باع فقال : أجبين عنه ، لا يصح من أمر السكران شيء . وقال =

١٢٠٦ - فقد علمت مما تقدم أنه لا يقع طلاق الزوج إلا إذا كان عاقلاً بالغاً فلو زال عقله ، فإما أن يكون زواله بسبب هو معصية أو لا ، فإن كان الأول كما إذا تناول الشخص شيئاً محرماً طائفاً مختاراً سواء كان خمراً أو نبيذاً أو حشيشاً أو أفيوناً أو بنجاً فسكر وغاب عقله بحيث صار لا يميز الأشياء عن بعضها بأن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض ولا الطول من العرض وطلق زوجته وقع عليه الطلاق ، لكن يشترط أن يكون زوال العقل مترتباً على السكر ، فلو شرب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع وطلق لم يقع طلاقه لأن علة زوال العقل الصداع والشرب علة العلة والحكم لا يضاف إلى علة العلة إلا عند عدم صلاحية العلة ، وقال جمع من الصحابة بعدم الوقوع ووافقهم بعض الحنفية ؛ لأنه لا قصد له كالتائم بل هو أسوأ حالاً منه لأن التائم إذا استوقف استيقظ بخلاف السكران ؛ وهذا لأن شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالدواء وغيره من المباحات وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا أثر له وإلا صححت رده ولنا أنه مخاطب شرعاً بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ ﴾ ^(١) فوجب نفوذ تصرفه ولأن عقله زال بسبب هو معصية فيجمل باقياً زجراً له بخلاف ما إذا زال بالمباح .

١٢٠٧ - والظاهر عدم وقوع طلاق السكران ولو سكر بمحذور ؛ لأن الطلاق ليس عقاباً له فقط بل يترتب عليه قطع الزواج المترتبة عليه المصالح الدينية والدنيوية والإضرار بالزوجة وبأولادها منه وبأهلها فلو أوقعتنا طلاق السكران لعاقبتنا غير المذنب ممن ذكر وهو غير جائز فلا يعاقب إلا السكران وعقابه يكون بالحد لينزجر عن مثل هذا ويعتبر غيره .

١٢٠٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان زوال العقل بسبب غير معصية كما إذا تعاطى المسكر للتداوي بعد أن تعين فيه الشفاء بإخبار طبيب ماهر عدل أو شرب شيئاً من المباحات ولكن لعدم موافقة الطبيعة زال عقله فلا يقع الطلاق وعلى هذا لو أكره على تعاطي ما يزيل العقل فتعاطاه أو كان مضطراً لشرب الخمر كما إذا كان يأكل فغص باللقمة حتى خاف على نفسه الموت ولم يجد ما يسيغها به إلا الخمر وتناول منه مقداراً يكفي لذلك فزال عقله وطلق لم يقع طلاقه ، وهذا هو الذي يجب التعويل عليه ؛

= أبو عبد الله بن حامد : حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه ؛ فأما فيما له وعليه ، كالبيع ، والنكاح ، والمعاضات ، فهو كالجنون ، لا يصح له شيء . وقد أومأ إليه أحمد ، والأولى أن ماله أيضاً لا يصح منه ؛ لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له ، وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له .

لأنه غير مختار .

١٢٠٩ - وبعضهم يقول بالوقوع في هاتين الحالتين معللاً بأن زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الأصل وإن كان مباحاً بعارض الإكراه والاضطرار ولكن السبب الداعي للحظر قائم فأثر قيام السبب في حق الطلاق ولا يخفى ما فيه من التشديد ؛ لأن الإباحة العارضة كافية في عدم المؤاخذه بما يترتب على الفعل وإن كان محظوراً في الأصل خصوصاً بالنسبة للطلاق الذي وقوعه معاقبة غيره كما علمته مما تقدم في السكران (١) .

(مادة ٢١٩)

يَقَعُ طَلَاقُ الْأَخْرَسِ بِإِشَارَتِهِ الْمَفْهُودَةِ الدَّالَّةِ عَلَى قَضِيهِ الطَّلَاقِ (٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٨٨) : أ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم .

ب - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو وله أو غيرها فلا يدري ما يقول .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٥) أ - يشترط في المطلق العقل والبلوغ والاختيار .

ب - لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره .

(٢) قول الحنفية : جاء في الميسوط (١٤٣/٦ ، ١٤٤) : « وإذا طلق الأخرس امرأته في كتاب ، وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح في كتابه ؛ لأن الأخرس عاجز عن الكلام ، وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء ، والأصل أن البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان ؛ لأن المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالقلام ألا ترى أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ الرسالة ، وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ، ثم الكتاب على ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن يكتب طلاقاً ، أو عتاقاً على ما لا يتبين فيه الخط كالهواء ، والماء ، والصخرة الصماء فلا يقع به شيء نوي أو لم ينو ؛ لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يتبين منه حروف ، ولو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيته ، وذلك لا يجوز .

(الثاني) أن يكتب طلاق امرأته على ما يتبين فيه الخط ، ولكن لا على رسم كتب الرسالة فهذا ينوي فيه ؛ لأن مثل هذه الكتابة قد تكون للإيقاع ، وقد تكون لتجربة الخط ، والقلم ، والبياض ، وفيه ينوي كما في الألفاظ التي تشبه الطلاق ، فإن كان صحيحاً تبين نيته بلسانه ، وإن كان أخرس تبين نيته بكتابه .

(والثالث) أن يكتب على رسم كتب الرسالة طلاق امرأته أو عتاق عبده فيقع الطلاق ، والعتاق بهذا في القضاء ، وإن قال : عنيت به تجربة الخط لا يدين في القضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ، وهو نظير ما لو قال : أنت طالق ، ثم قال : عنيت الطلاق من وثاق ، ثم ينظر إلى المكتوب ، فإن كان كتب : امرأته طالق فهي طالق =

١٢١٠ - ولا يشترط اللفظ في وقوع الطلاق بل كما يكون باللفظ يكون بالإشارة لغير القادر على اللفظ فيقع طلاق الأخرس بإشارته المعهودة الدالة على قصده الطلاق ؛ لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة في الدلالة استحساناً فتصح بها جميع تصرفاته سواء كانت زواجاً أو طلاقاً أو غيرهما وسواء كان يحسن الكتابة أو لا ، وقال بعضهم : إن كان يحسن الكتابة فلا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة قال في فتح القدير : وهو قول حسن ^(١) .

= سواء بعث الكتاب إليها ، أو لم يعث ، وإن كان المكتوب : إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق ، فما لم يصل إليها لا يقع الطلاق ؛ كما لو تكلم بما كتب ، فإن ندم على ذلك فمحي ذكر الطلاق من كتابه ، وترك ما سوى ذلك ، وبعث بالكتاب إليها فهي طالق إذا وصل إليها الكتاب ؛ لوجود الشرط ، ومحوه كرجوعه عن التعليق ، فإن محى الخطوط كلها ، وبعث بالبياض إليها لم تطلق ؛ لأن الشرط لم يوجد فإن ما وصل إليها ليس بكتاب ، ولو جحد الزوج الكتاب ، وأقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء ؛ لأن الثابت بالبينة عليه كالثابت بإقراره .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٢٣٠/٦) : « كتابة الأخرس بالطلاق كناية على الصحيح » .
قول المالكية : جاء في تبصرة الحكام (٨٦/٢) : « وفي المشيطة : ويصح طلاق الأخرس والأبكم بالكتابة والإشارة كتكاحه وبيعه واتباعه » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٢٥٩/٥) : « إذا طلق الأخرس بالإشارة (المفهومة) فإن طلق في قلبه لم يقع كالتعتق ولو أشار بإصبعه أو أصابعه الثلاثة (مع نيته بقلبه) لما تقدم (نقل ابن هانئ) عن أحمد إذا طلق في نفسه (لا يلزمه) أي الطلاق (ما لم يلفظ به أو يحرك لسانه) قال في الفروع ، فظاهره أي النص المذكور (يقع ولو لم يسمعه بخلاف القراءة في الصلاة) فإنها لا تجزئه حيث لم يسمع نفسه قال في الفروع ويتوجه كقراءة في صلاة يعني أنه لا يقع طلاقه إذا حرك لسانه به إلا إذا كان بحيث يسمع نفسه لولا المانع وتقدم ويميز ويميزة في كل ما سبق كالبالغين » .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٥) أ - يشترط في المطلق العقل والبلوغ والاختيار .
ب - لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره .

(مادة ٢٢٠)

لَا يَقَعُ طَلَاقٌ : الثَّامِمْ ، وَالْمَجْتُونُ ، وَالْمَغْتَوَى ، وَمَنْ اخْتَلَّ عَقْلُهُ لِكَبِيرٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ مُصِيبَةٍ فَاجْتَانَتْهُ ، وَإِنَّمَا يَقَعُ طَلَاقُ الْمَجْتُونِ إِذَا عَلَّقَهُ بِشَرْطٍ وَهُوَ عَاقِلٌ ، ثُمَّ جُنَّ ، وَوُجِدَ الشَّرْطُ وَهُوَ مَجْتُونٌ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٩٩/٣ ، ١٠٠) : « وأما شرائط الركن فأنواع ، بعضها يرجع إلى الزوج وبعضها يرجع إلى المرأة ، وبعضها يرجع إلى نفس الركن ، وبعضها يرجع إلى الوقت . أما الذي يرجع إلى الزوج فمنها أن يكون عاقلاً حقيقة أو تقديرًا فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل ؛ لأن العقل شرط أهلية التصرف ؛ لأن به يعرف كون التصرف مصلحة وهذه التصرفات ما شرعت إلا لمصلحة العباد ، وأما السكران إذا طلق امرأته فإن كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعاً حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن عثمان رضي الله عنه أنه لا يقع طلاقه ، وبه أخذ الطحاوي والكرخي وهو أحد قولي الشافعي وجه قولهم : إن عقله زائل والعقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل والذي زال عقله بالبنج والدواء كذا هذا ، والدليل عليه أنه لا تصح رده فلأن لا يصح طلاقه أولى .

ولنا عموم قوله رضي الله عنه : ﴿ أَنْتَلَقَ سَرَّتَاتِي ﴾ إلى قوله رضي الله عنه : ﴿ إِنْ عَلَّقَهَا فَلَا عَيْلَ لَمْ يَنْ بَدَّ حَتَّى تَنْكِحَ زَيْبًا غَيْرِي ﴾ من غير فصل بين السكران وغيره إلا من خص بدليل . وقوله عليه الصلاة والسلام : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه » ولأن عقله زال بسبب ؛ هو معصية فينزل قائماً عقوبة عليه وزجراً له عن ارتكاب المعصية ؛ ولهذا لو قذف إنساناً أو قتل يجب عليه الحد والقصاص وأنهما لا يجبان على غير العاقل دل أن عقله جعل قائماً وقد يعطى للزائل حقيقة حكم القائم تقديرًا إذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه أنه يحرم الميراث ويجعل المورث حياً زجراً للقاتل وعقوبة عليه بخلاف ما إذا زال بالبنج والدواء ؛ لأنه ما زال بسبب هو معصية إلا أنه لا تصح ردة السكران استحساناً نظراً له لأن بقاء العقل تقديرًا بعد زواله حقيقة للزجر ، وإنما تقع الحاجة إلى الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعي إليه طبعاً ، والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعي إليها ؛ فلا حاجة إلى استبقاء عقله فيها للزجر ، ولأن جهة زوال العقل حقيقة تقتضي بقاء الإسلام ، ووجه بقائه تقديرًا تقتضي زوال الإسلام فيرجح جانب البقاء لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولهذا يحكم بإسلام الكافر إذا أكره على الإسلام ولا يحكم بكفر المسلم إذا أكره على إجراء كلمة الكفر فأجري وأخبر أن قلبه كان مطمئناً بالإيمان كذا هذا ، وإن كان سكره بسبب مباح لكن حصل له به لذة بأن شرب الخمر مكرها حتى سكر أو شربها عند ضرورة العطش فسكر قالوا : إن طلاقه واقع أيضاً ؛ لأنه وإن زال عقله فيما حصل زوال عقله بلدة فيجعل قائماً ويلحق الإكراه والاضطرار بالعدم كأنه شرب طائفاً حتى سكر . وذكر محمد رضي الله عنه فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ولكن صدع فزال عقله بالصداع أنه لا يقع طلاقه ؛ لأنه ما زال عقله بمعصية ولا بلدة فكان زائلاً حقيقةً وتقديرًا ، وكذلك إذا شرب البنج أو الدواء الذي يسكر وزال =

١٢١١ - وبناء على ما تقدم لا يقع طلاق المجنون والمعتوه لأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل لكل منهما وأحسن الأقوال في الفرق بينهما أن المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير ، لكنه لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون ومثلهما من اختل عقله بسبب من الأسباب سواء كان لكبر أو مرض أو مصيبة نزلت به لأن أهلية التصرف بالعقل المميز وهو غير موجود عندهم ولكن إذا علق الشخص طلاق زوجته وهو عاقل على شيء من الأشياء ووجد هذا الشيء وهو مجنون وقع الطلاق فإذا قال لها وهو عاقل : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ثم جن ودخلها وهو مجنون وقع الطلاق لوجود ما علق عليه ، وعند الإمام أحمد يقع طلاق الصبي إذا كان مميزاً يعقله بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إن طلقها .

١٢١٢ - ولا يقع طلاق النائم أيضاً لأنه عديم الاختيار في التكلم وشرط صحة التصرف الاختيار فيه (١) .

= عقله لا يقع طلاقه لما قلنا .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٣١/٤) : « وإنما يصح طلاق المسلم المكلف يعني أن شرط موقع الطلاق أن يكون مسلماً مكلفاً ، فلا يصح طلاق من كافر لكافة إلا أن يتحاكموا إلينا فيجري به تأويلات تقدمت عند قول المؤلف وفي لزوم الثلاث لذي طلقها وترافعا إلينا إلخ ، ولا لكافة أسلمت ثم أسلم في عدتها ولو أوقع الثلاث عليها بعد إسلامها ، فإذا أسلم قبل انقضاء العدة كان أحق بها كما لو لم يطلق ، وكذلك لا يصح طلاق من صبي ولو مراهقاً أو مجنوناً ، وإن جعل المسلم صفة لذكر خرج به الأنثى فلا يصح طلاقها من حيث هي أنثى ، لا يقال : إذا ارتد الصبي بانت زوجته منه فقد وقع الطلاق مع عدم وقوعه من مكلف لأننا نقول البيهقي إنما وقعت عليه بحكم الشرع لا أنه هو الموقع لها . »

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٢٩٠/٧) : « (وإذا عقل الصبي الطلاق ، فطلق ، لزمه) وأما الصبي الذي لا يعقل ؛ فلا خلاف في أنه لا طلاق له ، وأما الذي يعقل الطلاق ، ويعلم أن زوجته تبين به ، وتحرم عليه ، فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع . اختارها أبو بكر ، والخرقي ، وابن حامد . وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، والشعبي ، وإسحاق . وروى أبو طالب ، عن أحمد : لا يجوز طلاقه حتى يحتلم . وهو قول النخعي ، والزهري ، ومالك ، وحمام ، والثوري ، وأبي عبيد ، وذكر أبو عبيد ، أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز . وروي نحو ذلك عن ابن عباس ؛ لقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم . » ولأنه غير مكلف ، فلم يقع طلاقه كالمجنون . ووجه الأولى قوله عليه السلام : « الطلاق لمن أخذ بالساق . » وقوله : « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله . » وروي عن علي عليه السلام أنه قال : اكنموا الصبيان النكاح ؛ فيفهم منه أن فائدته أن لا يطلقوا . ولأنه طلاق من عاقل صادق محل الطلاق ، فوقع كطلاق البالغ . »

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٨٧) : ١ - يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ، ويقع من =

(مادة ٢٢١)

لَا يَقَعُ طَلَاقُ أَبِي الْقَاصِرِ عَلَى زَوْجَتِهِ ، وَلَا طَلَاقُ الْقَاصِرِ وَلَوْ كَانَ مُزَاهِقًا ^(١) .

١٢١٣ - ويعلم من قولنا فيما تقدم يشترط لوقوع الطلاق أن يكون الزوج عاقلًا بالغًا إن طلاق الصبي غير واقع ولو كان مراهقًا أي قريبا من البلوغ بأن كان سنة اثنتي عشرة سنة لأن أهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي بهذا الوصف ؛ لأن المراد بالعقل المعتدل منه والصبي وإن اتصف بالعقل حتى صح إسلامه ، لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما يترتب عليه مضرة له فلو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لم يعتبر أيضا لأن المدار على البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمظان الكلية . وكما لا يقع طلاق القاصر لا يقع طلاق أبيه على زوجته لقوله عليه الصلاة والسلام : « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » ^(٢) أي

= العاجز عنهما بإشارته المعلومه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : يقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة : المادة (٨٦) : يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومه .

(١) قول المالكية : جاء في المدونة (٢٥٥/٢) : « قلت : رأيت الصبي أيجوز عليه طلاق الأب ، قال : قال مالك : لا يجوز عليه طلاق الأب ويجوز صلح الأب عنه ويكون تطليقة ، قال مالك : وكذلك الوصي إذا زوج يتيمة عنده صغيرًا جاز نكاحه ، ويجوز أن يصالح امرأته عنه ويكون هذا الصلح من الأب ، والصلح تطليقة على الصبي ، وإن طلق الوصي امرأة يتيمة لم يجز » .

قول الحنابلة : جاء في المعني (٢٧٠/٧) : « وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير ، وخلعه إياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك ، فقال : قد اختلف فيه . وكأنه رآه قال أبو بكر : لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصقر ، فيخرج على قولين ؛ أحدهما ، يملك ذلك . وهو قول عطاء ، وقتادة ؛ لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه . رواه الإمام أحمد . وعن عبد الله بن عمرو ، أن المعتوه إذا عيث بأهله ، طلق عليه ونه . قال عمرو ابن شعيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو . ولأنه يصح أن يزوجه ، فصح أن يطلق عليه ، إذا لم يكن متهما ، كالحاكم يفسخ للإعسار ، ويزوج الصغير . والقول الآخر ، لا يملك ذلك . وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ قال : « الطلاق لمن أخذ بالساق » . رواه ابن ماجه . وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج . ولأنه إسقاط لحقه . فلم يملكه ، كالإبراء من الدين ، وإسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة ، فلم يدخل في الولاية . والقول في زوجة عبده الصغير ، كالقول في زوجة ابنه الصغير ؛ لأنه في معناه » .

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن كتاب الطلاق حديث رقم (٢٠٧٢) .

للزوج وهي كناية لطيفة (١) .

(مادة ٢٢٢)

يَقَعُ الطَّلَاقُ : لَفْظًا ، وَبِالْكِتَابَةِ الْمَرْسُومَةِ الْمُنَشَّيَةِ .

وَكَمَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ أَنْ يُوقِعَهُ بِنَفْسِهِ ، يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُوكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ ، وَأَنْ يُرْسِلَهُ إِلَى الْمَرْأَةِ مُسْطَوِرًا فِي كِتَابٍ ، وَأَنْ يَأْذَنَهَا بِإِيقَاعِهِ تَقْوِيمًا عَلَى نَفْسِهَا ، وَتَوَكِيلًا عَلَى غَيْرِهَا مِنْ صَرَائِرِهَا (٢) .

* * *

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري: المادة (٨٧) : ١ - يقع الطلاق باللفظ والكتابة ، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة .

٢ - للزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وأن يفوض المرأة بتطبيق نفسها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني: يقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة: المادة (٨٦) : يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة .

المادة (٨٧) : للزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وان يفوض الزوجة بتطبيق نفسها على أن يكون ذلك بمستند خطي .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري: المادة (١١٤) يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها .

(٢) قول الحنفية: جاء في المبسوط (٢٠٣/٦) : « وإذا قال لغيره طلق امرأتي فهو رسول معناه أن الوكيل في الطلاق والرسول سواء لأنه سفير ومعبر والرسالة لا تختص بالمجلس فكان له أن يطلقها بعد المجلس ، ولو قال : طلقها إن شئت كان ذلك على المجلس عندنا حتى لا يملك الإيقاع بعد قيامه من المجلس ، وعلى قول زفر يَحْتَنُّه تعالى يملك ؛ لأن قوله : إن شئت فضل من الكلام فإننا نعلم أنه إما يطلقها إذا شاء فتخلو هذه الزيادة ويبقى قوله طلقها ولكنها نقول بأخر كلامه يتبين أن مراده تملك أمرها منه لا الرسالة وجواب التملك يقتصر على المجلس كما لو خاطبها به ، وحاصل هذا أن في حقه لا تتحقق الرسالة فإنها لا تكون رسولاً إلى نفسها فيكون تملكاً سواء قال لها طلقي نفسك أو قال إن شئت وفي حق الأجنبي تتحقق الرسالة والتمليك جميعاً فإذا قال : طلق كان رسالة وإذا قال إن شئت كان تملكاً لأمرها منه ، وعلى هذا نقول إذا قال طلقها فله أن يعزله قبل الإيقاع ولو قال : طلقها إن شئت لم يكن له أن يعزله كما لو ملك الأمر منها وكذلك لو جعل ذلك إلى صبي أو معنوه ؛ لأن مجرد العبارة يتحقق من هؤلاء » .

قول الشافعية: جاء في نهاية المحتاج (٤٢٤/٦) : « وأركانها ، أي : الطلاق - زوج وصيغة وقصد ومحل وولاية عليه (يشترط لنفذه) أي لصحة تجزيه أو تعليقه كونه من زوج ، أما وكيله أو الحاكم في المولى فلا يصح منهما تعليقه ، ويعلم هذا مما قدمه أول الخلع وما سيذكره أنه لا يصح تعليقه قبل النكاح و (التكليف) =

١٢١٤ - وكما يكون الطلاق بالإشارة يكون بالكتابة سواء كان الكاتب قادرًا على اللفظ أو غير قادر ولكن الكتابة على نوعين الأول الكتابة المرسومة الثاني الغير المرسومة ، فالمرسومة هي ما يكتب إلى الغائب بأن تكون مصدرية ومعنونة على جهة الرسالة وفي هذه الحالة يقع الطلاق نوى أو لم ينو ، فلو قال : لم أقصد الطلاق وإنما قصدت تجربة القلم لم يصدق قضاء ؛ لأن الإرسال إليها دليل على قصده الطلاق ، ولكن الطلاق في هذه الحالة إما أن يكون منجزًا أو معلقًا على وصول الجواب مثلاً .

١٢١٥ - فإن كان منجزًا كما إذا قال بعد كلام ذكره في الجواب : أما بعد فأنت طالق وقع الطلاق بمجرد الكتابة فتعتد من هذا الوقت ، وإن كان معلقًا بوصول الجواب

= فلا يصح تعليق ولا تجيز من نحو صبي ومجنون ومغفى عليه ونائم لرفع القلم عنهم ، لكن لو علقه بصفة فوجدت وبه نحو جنون وقع والاختيار فلا يقع من مكروه كما سيذكره .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٦٨/٦) : « الوكالة تصح في قابل النيابة كما مر لا في الأيمان ؛ لأنها أعمال بدنية وكذلك الوضوء والصلاة ولا على المعاصي كالظهار ؛ لأنه منكر من القول وزور ، ومثله الغصب والقتل العدوان ، وما أشبه ذلك من المعاصي فإن قيل : التوكيل على الطلاق صحيح وعلى الظهار غير صحيح ، فما الفرق ؟ قلت : قال الساطي : يمكن أن يقال الفرق أن التوكيل في الطلاق في الصيغة أي وكله في أن يقول لها أنت طالق أي وليس فيها معصية ، وأما في الظهار فلا صيغة بل في المعنى ، فإن قال لها : أنت على موكلتي كظهر أمه لم يقع التوكيل في هذه الصيغة انتهى ، فإن قيل التوكيل على الطلاق في الحيض معصية كالظهار مع صحة ما ذكر قلت : قد يفرق بأن معصية الظهار أصلية بخلاف إيقاع الطلاق في الحيض إما هو لأمر خارج وإن كان الأصل وهو الطلاق غير معصية تأمل . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧٤/٥) : « (وإذا وكله في طلاق زوجته ، فهو في يده حتى يفسخ أو يطلأ) وجملة ذلك أن الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ، ملك التصرف أبداً ، ما لم تنفسخ الوكالة ، وفسخ الوكالة أن يقول : فسخت الوكالة ، أو أبطلتها ، أو نقضتها ، أو عزلتك ، أو صرفتك عنها ، وأزلتك عنها . أو ينهائ عن فعل ما أمره به أو وكله فيه ، وما أشبه هذا من الأنفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه ، أو يعزل الوكيل نفسه ، أو يوجد ما يقتضي فسخها حكماً ، على ما قد ذكرنا ، أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه ، أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة . فإذا وكله في طلاق امرأته ، ثم وطئها ، انفسخت الوكالة ؛ لأن ذلك يدل على رغبته فيها ، واختياره إمساكها . وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقاً رجعيًا ، كان ارجعاً لها ، فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضي استبقاها على نكاحها ومنع طلاقها أولى . وإن باشرها دون الفرج ، أو قبلها ، أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج ، فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق ، يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف في حصول الرجعة به . وإن وكله في بيع عبد ، ثم أعتقه ، أو باعه يبقا صحيحًا ، أو كاتبه ، أو دبره ، انفسخت الوكالة ؛ لأنه يزول ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه ، وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محللاً للبيع ، وعلى الرواية الأخرى ، تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه . وإن باعه يبقا فاسدًا لم تبطل الوكالة ؛ لأن ملكه في العبد لم يزل . ذكره ابن المنذر . »

إليها كما إذا قال : أما بعد فإذا وصلتك جوابي هذا فأنت طالق ، فإن الطلاق في هذه الحالة لا يقع إلا إذا وصل إليها الكتاب فإن وصل إلى أبيها فمزقه ولم يدفعه إليها فإن كان متصرفاً في أمورها ، وقع وإن لم يكن كذلك فلا يقع سواء خبرها بذلك أو لم يخبرها ؛ لأن الطلاق معلق على إتيان الجواب إليها ولم يحصل فلا يقع الطلاق ما لم يدفع إليها الكتاب الممزق .

١٢١٦ - وغير المرسومة المتقدم ذكرها تنقسم إلى قسمين مستبينة وغير مستبينة ، فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والرمل على وجه يمكن فهمه وقراءته وغير المستبينة ما يكتب على الهواء أو الماء أو شيء لا يمكن فهمه وقراءته ، ففي المستبينة الغير المرسومة يقع الطلاق إذا نواه وهذا هو المعول عليه وبعضهم يقول : يقع وإن لم ينوه وفي غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نواه .

١٢١٧ - وبما أن الزوج يملك الطلاق على زوجته بمجرد العقد فله أن يوقعه بنفسه وأن يوكل غيره في إيقاعه ؛ لأن القاعدة : أن كل من ملك شيئاً له أن يتولاه بنفسه وله أن يقيم غيره وكيلاً عنه في ذلك الشيء^(١) سواء كان الوكيل هو الزوجة أو غيرها فإن كان الزوجة وأمرها بأن توقع الطلاق على نفسها وعلى غيرها من ضرائرها كان هذا الأمر تفويضاً بالنسبة لها وتوكيلاً بالنسبة لغيرها واستعرف أحكام التفويض والفرق بينه وبين التوكيل في بابه فلو وكل رجل غيره في طلاق زوجته فلذلك الغير أن يطلقها ؛ لأنه استفادته ممن له ولاية الطلاق ، ولا شك أن للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير فليس له عزله إلا برضا ذلك الغير ؛ لأن الوكالة في الأصل من العقود الغير اللازمة ولكن لا يعزل الوكيل في الطلاق إذا لم يكن بمال بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائناً أو رجعيًا ، فللكيل أن يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة فإذا انقضت عدتها انعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لم يقع طلاق الوكيل عليها بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما إذا كان الطلاق بائناً فإنه لو طلقها الوكيل وقع الطلاق^(٢) .

(١) قاعدة : إن كل من ملك شيئاً له أن يتولاه بنفسه وله أن يقيم غيره وكيلاً عنه في ذلك الشيء .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٨٦) : محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو الممتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقاً .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٨٤) : محل الطلاق المرأة المعقود عليها بزواج صحيح .

(مادة ٢٢٣)

مَحَلُّ الطَّلَاقِ : الْمَرْأَةُ الْمُنْكَوْحَةُ ، وَالْمُعْتَدَةُ مِنْ طَلَاقِ رَجْعِيٍّ ، أَوْ بَائِنٍ غَيْرِ ثَلَاثٍ لِلْمَحْرَمَةِ ، وَالْمُعْتَدَةُ لِفَرْقَةِ هِيَ طَلَاقٌ كَالْفَرْقَةِ بِالْإِبْلَاءِ وَالْغَتَّةِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ لِفَسْخِ بَيْئَاتِهِ أَحَدِ الرَّوْجَيْنِ الْإِسْلَامِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/١٣٤ ، ١٣٥) : « المرأة لا تخلو إما أن كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو خلع فإن كانت معتدة من طلاق رجعي يقع الطلاق عليها ، سواء كان صريحا أو كناية لقيام الملك من كل وجه ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزول الملك ، ولهذا يصح ظهاره وإبلاؤه ويثبت اللعان بينهما وهذه الأحكام لا تصح إلا في الملك . وإن كانت معتدة من طلاق بائن أو خلع وهي المبانة أو المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا .

وقال الشافعي : لا يلحقها . وجه قوله : إن الطلاق تصرف في الملك بالإزالة ، والملك قد زال بالخلع والإبانة ، وإزالة الرائل محال ولهذا لم يصح الخلع والإبانة ، ولنا ما روي عن رسول الله ﷺ : أنه قال : « المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة » ؛ وهذا نص في الباب ولأنها بالخلع والإبانة لم تخرج من أن تكون محلا للطلاق ؛ لأن حكم الطلاق إن كان ما ينبت عنه اللفظ لفة - وهو الانطلاق والتخلي وزوال القيد - فهي محل لذلك ؛ لأنها مقيدة في حال العدة لأنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزواج آخر ، والقيد هو المنع وإن كان ما لا ينبت عنه اللفظ لفة - وهو زوال حل المحلية شرعا - فحل المحلية قائم ؛ لأنه لا يزول إلا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين أن قوله : - الطلاق تصرف في الملك بالإزالة - غير سديد ؛ لأن زوال الملك لا ينبت عنه اللفظ لفة ولا يدل عليه شرعا ألا ترى أن الطلاق الرجعي واقع . ولا يزول الملك بالإجماع ، ولو راجعها لا ينعدم الطلاق ، بل يبقى أثره في حق زوال المحلية وإن انعدم أثره في حق زوال الملك بخلاف الإبانة ؛ لأنها إزالة الملك والملك دليل . وأما الكناية فهل يلحقها ، ينظر إن كانت رجعية ، وهي ألفاظ ؛ وهي قوله : اعتدي واستبرئني رحمك وأنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية . وروي عن أبي يوسف أنه لا يلحقها حتى لو قال لها اعتدي لا يلحقها شيء . وجه هذه الرواية أن هذه كناية ، والكناية لا تعمل إلا في حال قيام الملك كسائر الكنايات وجه ظاهر الرواية أن الواقع بهذا النوع من الكناية رجعي فكان في معنى الصريح فيلحق الخلع والإبانة في العدة كالصريح .

وإن كانت بائنة كقوله : أنت بائن ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف ؛ لأن الإبانة قطع الوصلة ، والوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها ثانيا بخلاف الطلاق ؛ لأنه إزالة القيد وإزالة حل المحلية ، وكل ذلك قائم ؛ ولأنه يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الإخبار لأن الخبر به على ما أثير ولا يمكن تصحيحه بطريق الإنشاء ؛ لأن إبانة المبان محال فيصح بطريق الإخبار ؛ لأنه يكون كذبا فيصح بطريق الإنشاء ؛ ولأن الإبانة تحريم شرعا ، وهي محرمة وتجرم المحرم محال ، وسواء تجز الإبانة في حال قيام العدة أو علقها بشرط بأن قال لها في العدة : إن دخلت هذه الدار فأنت بائن ، ونوى الطلاق حتى لو دخلت الدار وهي في العدة لا يقع الطلاق ؛ =

١٢١٨ - ومحل الطلاق هي المرأة التي يكون الزواج قائما بينها وبين زوجها بأن لم يحصل من الزوج طلاق أصلاً أو حصل ولكن أعادها إليه بعده والمرأة المعتدة أي التي أوقع عليها زوجها طلاقاً ولكن عدة الطلاق لم تنقض ، فالمرأة الأجنبية ليست محلاً للطلاق فإذا قال رجل لأجنبية منه أنت طالق ثم تزوجها بعد ذلك فلا يحتسب عليه هذا الطلاق فيملك عليها ثلاث طلاقات- وهذا بالنسبة للطلاق المنجز فإن كان معلقاً فأما أن يكون تعليقه على سبب الملك وهو التزوج أو على غيره .

١٢١٩ - فإن كان الأول كما إذا قال رجل لأجنبية منه : إذا تزوجتك فأنت طالق صح هذا التعليق ويقع الطلاق بتزوجها .

١٢٢٠ - وإن كان الثاني كما إذا قال لأجنبية : إن كلمت فلانا فأنت طالق فتزوجها وكلمت فلانا فلا يقع الطلاق ، وستعرف هذه المسألة مفصلة والخلاف فيها بين الأئمة في الفصل الثالث في تعليق الطلاق .

١٢٢١ - فإن كان الزواج قائماً بينهما فلا كلام في وقوع الطلاق وأما إذا كانت المرأة معتدة لطلاق أو لفرقة ففيه تفصيل ويبانه أن المرأة إن كانت معتدة لطلاق فإما أن يكون الطلاق رجعيًا أو بائناً وإن كان بائناً فإما أن يكون بينونة صغرى أو كبرى .

١٢٢٢ - فإن كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى يكون محلاً للطلاق فلو طلقها وهي في العدة وقع عليها طلاق ثان ، وإن كانت معتدة بائن بينونة كبرى فلا

لأن الإبانة قطع الوصلة فلا ينقصد إلا في حال قيام الوصلة وهو الملك ولم يوجد فلا ينقصد ، ولو قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت بائن أو حرام ونحو ذلك ثم أبانها أو خالها ثم دخلت الدار وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالشرط في قول أصحابنا الثلاثة .

وقال زفر : لا يقع ويطلق التعليق وجه قوله : إن التعليق بالشرط يصير تنجزاً عند الشرط تقديراً ، ولو نجز الإبانة عند الشرط لا يقع شيء لعدم الملك . ولنا أن التعليق وقع صحيحاً لقيام الملك عند وجوده من كل وجه فانقصد موجباً للبينونة وزال الملك عند وجود الشرط من كل وجه ، إلا أن الإبانة الطارئة أوجبت زوال الملك من وجه للحال وبقي من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار الملك فخرج التعليق من أن يكون سبباً لزوال الملك عند الشرط من كل وجه ؛ لزوال الملك من وجه للحال بالتنجز ، فبقي سبباً لزوال الملك من وجه ، وفيه تصحيح التصرفين في حق الحكم بقدر الإمكان فكان أولى من تصحيح أحدهما وإبطال الآخر ، بخلاف تنجز الإبانة على المعتدة المبانة وتعليقها أنهما لا يصحان ؛ لأن ثمة الملك وقت التنجز ، والتعليق قائم من وجه دون وجه بقيامه من وجه لقيام العدة بوجوب الصحة ، وزواله من وجه يمنع الصحة وما لم تعرف صحته إذا وقع الشك في صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق في مسألتنا ؛ لأنه وقع صحيحاً يقيّن لقيام الملك من كل وجه ، فتنجيز الإبانة المترضة يقع الشك في بطلانه فلا يبطل مع الشك فهو الفرق بين الفصلين .

تكون محلاً للطلاق فلو أوقع عليها طلاقاً في هذه الحالة يقع لأن الطلاق الذي يملكه بهذا التزوج قد انتهى - والبيونة الكبرى تختلف لأن المرأة إما أن تكون حرة أو رقيقة ، فإن كانت حرة فالبيونة الكبرى تكون بالطلاق الثلاث وإن كانت رقيقة تكون بطلقتين سواء كان زوج كل منهما حراً أو رقيقاً ؛ لأن عدة الطلاق يعتبر بالنساء عند أبي حنيفة كما ستعرفه في المادة الآتية .

١٢٢٣ - وإن كانت معتدة لفرقة فإما أن تكون الفرقة طلاقاً أو فسحاً فإن كانت الفرقة طلاقاً كالفرقة بالإيلاء وهو الحلف على عدم قربان الزوجة أربعة أشهر بأن قال الرجل لامرأته : والله لا أقربك أربعة أشهر وبر في يمينه فمضي الأشهر الأربعة تطلق المحلوف عليها طلاقاً بائناً وتلزمها العدة فما دامت العدة لم تنقض تكون محلاً للطلاق .

١٢٢٤ - ومثل الفرقة بالإيلاء الفرقة بالعنة فإذا تزوج رجل بامرأة ووجدته عنيماً أي لا يمكنه إتيانها ورفعت الأمر إلى القاضي طالبة التفريق وأجله سنة ومضى الأجل ولم يحصل المقصود فعادت إلى القاضي شاكية وفرق بينهما بسبب العنة كانت هذه الفرقة طلاقاً لأنها آتية من قبل الزوج ويلزم المرأة العدة فما دامت فيها فهي محل للطلاق ، فلو أوقع عليها طلاقاً وقع ، فلو فرض أن المرأة رضيت بتزوجه بعد ذلك ولم تكن تزوجت بغيره فلا يملك عليها إلا طلاقاً واحدة ؛ لأن الفرقة بالعنة طلاق والطلاق الذي أوقعه عليها وهي في العدة واقع فصار الواقع طلقتين فلا يملك إلا طلاقاً واحدة فلو طلقها وهي في العدة طلقتين فقد بانت منه بيونة كبرى فليس له التزوج بها إلا بعد التزوج بغيره ومثل الفرقة بالعنة التفريق بالجب ، وإن كانت الفرقة فسحاً فإما أن تكون الحرمة التي ترتبت على هذا الفسخ مؤبدة أو مؤقتة فإن كانت مؤبدة كما إذا عرضت الحرمة بتقبييل ابن الزوج مثلاً فلا يلحقها الطلاق ؛ لأنه لا فائدة حينئذ في اعتباره ، وإن كانت مؤقتة كما إذا كان الزوجان غير مسلمين وأسلم الزوج وكانت المرأة غير كتابية وامتنعت عن الدخول في دين سماوي ففرق القاضي بينهما فما دامت في العدة تكون محلاً للطلاق فإن كانت المرأة هي التي أسلمت وامتنع الزوج عن الإسلام وفرق بينهما كانت الفرقة طلاقاً لا فسحاً فكان عليه أن يقول في المادة أو فسحاً بإبَاء الزوجة الإسلام ؛ لأن الفرقة بإبَاء الزوج طلاق لا فسخ وإن كانت المرأة محلاً للطلاق فيها إلا أن الكلام في الفرقة التي هي فسخ ومثل هذه المعتدة لفرقة سببها ارتداد أحد الزوجين فإنها تكون محلاً للطلاق .

١٢٢٥ - ولا يلحق الطلاق المعتدة لفرقة هي فسخ في غير هاتين الفرقتين كالفسخ لخيار البلوغ فإذا زوج الصغيرة غير الأب والجد بكفء وبمهر المثل صح الزواج ونفذ

ولكنه غير لازم بل لها أن تختار نفسها عند البلوغ فإذا حصل فلا تكون محلاً للطلاق ولو في العدة وهذا هو الذي ارتضاه في البحر في أول كتاب الطلاق عند الكلام على محله .

١٢٢٦ - ومثل هذا الفسخ بنقصان المهر فإذا زوجت المكلفة نفسها بلا رضا وليها العاصب قبل العقد بكفاء وبأقل من مهر المثل واعترض العاصب على هذا العقد ورفع الأمر إلى القاضي ولم يرض الزوج بتسيم مهر المثل وفسخ العقد فلا تكون محلاً لإيقاع الطلاق .

١٢٢٧ - والفرق بين الفرقة التي هي طلاق والفرقة التي هي فسخ أن الأولى ينقص عدد الطلاق بخلاف الثانية فإذا فرض وتراضى الزوجان على التزوج بعد الفرقة ففي الأولى يملك عليها طلقتين وفي الثانية يملك ثلاثاً إذا لم يكن حصل منه طلاق أصلاً .

١٢٢٨ - ولا يخفى أن هذا إنما هو بالنسبة لغير الفرقة التي تحرم المرأة على التأييد أما فيها فلا يحل التزوج بها أصلاً فصار حاصل ما تقدم أن محل الطلاق هي المرأة التي يكون الزواج قائماً بينها وبين زوجها والمعتدة فالأولى محل للطلاق بلا تفصيل وأما المعتدة فأما أن تكون معتدة لطلاق أو لفرقة والمعتدة لطلاق إما أن يكون طلاقها رجعيًا أو بائناً ، والبائناً إما أن يكون بينونة كبرى أو صغرى فالمعتدة لطلاق رجعي أو بائناً بينونة صغرى محل للطلاق والمعتدة لبائناً بينونة كبرى ليست محلًا للطلاق والمعتدة لفرقة إما أن تكون فرقتها طلاقاً أو فسحاً فإن كانت طلاقاً فهي محل له وإن كانت فسحاً فإما أن تثبت حرمة مؤبدة أو مؤقتة فإن أثبتت حرمة مؤبدة فلا تكون محلاً للطلاق وإن أثبتت حرمة مؤقتة كانت محلاً للطلاق إذا كانت الفرقة بإبائه الزوجة الإسلام أو ارتداد أحد الزوجين عن الإسلام^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩١) : يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تعدد الطلاق : المادة (٨٥) : يملك الزوج زوجته ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاثة مجالس .

(مادة ٢٢٤)

عَدُّ الطَّلَاقِ يُعْتَبَرُ بِالنِّسَاءِ ، فَطَّلَاقُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَ مُتَّفِرِّقَاتٍ إِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا ، أَوْ عَزْرٌ مُتَّفِرِّقَاتٍ ، سَوَاءٌ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا أَمْ لَا . فَلَا تَحِلُّ لِمُطَلِّقِهَا بَعْدَ الثَّلَاثِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ، وَيُفَارِقُهَا بَعْدَ الْوَطْءِ فِي الْقَبْلِ ، وَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٨٨/٣ - ٩١) : « أصناف النساء وهن في الأصل على صنفين : حرائر ، وإماء . وكل صنف على صنفين : حائلات ، وحاملات . والحائلات على صنفين : ذوات الإقراء ، وذوات الأشهر . إذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق : أحسن الطلاق في ذوات القرء أن يطلقها طليقة واحدة رجعية في طهر لا جماع فيه ولا طلاق ولا في حيضة طلاق ولا جماع ويتركها حتى تنقضي عدتها ثلاث حيضات إن كانت حرة وإن كانت أمة حيضتان .

والأصل فيه ما روي عن إبراهيم النخعي رحمته الله أنه قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحسنون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضي العدة ، وفي رواية أخرى قال في الحكاية عنهم : وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل ثلاثة في ثلاثة أطهار ، وهذا نص في الباب ومثله لا يكذب ولأن الكراهة لمكان احتمال الندم ، والطلاق في طهر لا جماع فيه دليل على عدم الندم لأن الطهر الذي لا جماع فيه زمان كمال الرغبة . والفعل لا يطلق امرأته في زمان كمال الرغبة إلا لشدة حاجته إلى الطلاق ، فالظاهر أنه لا يلحقه الندم فكان طلاق لحاجة فكان مسنوناً ، ولو لحقه الندم فهو أقرب إلى التدارك من الثلاث في ثلاثة أطهار فكان أحسن ، وإنما شرطنا أن يكون في طهر لا طلاق فيه ؛ لأن الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين في طهر واحد مكروه عندنا وإنما شرطنا أن لا يكون في حيضة جماع ولا طلاق ؛ لأنه إذا جامعها في حيض هذا الطهر احتمال أنه وقع الجماع معلقاً فيظهر الحمل فيندم على صنيعه فيظهر أنه طلق لا لحاجة وإذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق في الطهر الذي بعده لأن تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها في الطهر بكره له أن يطلقها أخرى فيه فكذا إذا طلقها في الحيض ثم طهرت . وأما في الحامل إذا استبان حملها فالأحسن أن يطلقها واحدة رجعية وإن كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع ؛ لأن الكراهة في ذوات القرء لاحتمال الندامة ، لا لاحتمال الحمل ، فمتى طلقها مع علمه بالحمل فالظاهر أنه لا يندم ، وكذلك في ذوات الشهر من الآيسة والصغيرة الأحسن أن يطلقها واحدة رجعية وإن كان عقيب طهر جامعها فيه . وهذا قول أصحابنا الثلاثة .

وقال زفر : يفصل بين طلاق الآيسة والصغيرة وبين جامعها بشهر وجه قوله : إن الشهر في حق الآيسة والصغيرة أقيم مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل في طلاق السنة بين الوطاء وبين الطلاق بحضة ، فكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين التطلقتين . ولنا أن كراهة الطلاق في الطهر الذي وجد الجماع فيه في ذوات الأقراء لاحتمال أن تحبل بالجماع فيندم ، وهذا المعنى لا يوجد في الآيسة والصغيرة وإن وجد الجماع ؛ ولأن الإياس والصغر في الدلالة على براءة الرحم فوق الحيضة في ذوات الأقراء فلما جاز =

= الإيقاع ثمة عقيب الحيضة فلأن يجوز هنا عقيب الجماع أولى .

وأما الحسن في الحرة التي هي ذات القرء أن يطلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا جماع فيها بأن يطلقها واحدة في طهر لا جماع فيه ، ثم إذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى ، ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وإن كانت أمة طلقها واحدة ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وهذا قول عامة العلماء . وقال مالك : لا أعرف طلاق السنة إلا أن يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها . وجه قوله : إن الطلاق المسنون هو الطلاق لحاجة ، والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث تطبيقاً من غير حاجة فيكره لهذا أكره الجمع كذا التفريق إذ كل ذلك طلاق من غير حاجة (ولنا) قوله تعالى : ﴿ فَلْيَتَوَهَّأَ لِيَوْمِهِمْ ﴾ أي ثلاثاً في ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله ﷺ فإنه روي أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته حالة الحيض فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ : « أخطأت السنة ما هكذا أمرك ربك إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل طهر تطليقة فذلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » . فسر رسول الله ﷺ الطلاق للعدة بالثلاث في ثلاثة أطهار ، والله أعلم أمر به وأدنى درجات الأمر الندب ، والمندوب إليه يكون حسناً ؛ ولأن رسول الله ﷺ نص على كونه سنة حيث قال : « إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل طهر تطليقة » ، والدليل عليه ما روي عن إبراهيم النخعي في حكايته عن الصحابة رضي الله عنهم ، وكان ذلك عندهم أحسن من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في ثلاثة أطهار وإذا كان ذلك أحسن من هذا كان هذا حسناً في نفسه ضرورة .

وأما قوله : إن الثانية والثالثة تطليقتين من غير حاجة فممنوع ، فإن الإنسان قد يحتاج إلى حسم باب نكاح امرأته على نفسه لما ظهر له أن نكاحها ليس بسبب المصلحة له دنيا وديناً لكن يميل قلبه إليها لحسن ظاهرها فيحتاج إلى الحسم على وجه ينسد باب الوصول إليها ولا يلحقه الندم غلاماً يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة ؛ لأنها تعقب الندم عسى ولا يمكنه التدارك فيقع في الزنا فيحتاج إلى إيقاع الثلاث في ثلاثة أطهار ، فيطلقها تطليقة رجعية في طهر لا جماع فيه ويجرب نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها ، فإن لم يمكنه راجعها وإن أمكنه طلقها تطليقة أخرى في الطهر الثاني ويجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة في الطهر الثالث فينحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهراً أو غالباً ، فكان إيقاع الثانية والثالثة في الطهر الثاني والثالث طلاقاً لحاجة فكان مسنوناً على أن الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها أمراً باطناً لا يوقف عليه إلا بدليل فيقام الطهر الحالي عن الجماع مقام الحاجة إلى الطلاق فكان تكرار الطهر دليل تجدد الحاجة فيبني الحكم عليه ، ثم إذا وقع عليها ثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان إن كانت حرة لأن العدة بالحيض عندنا ، وبقيت حيضة واحدة فإذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وإن كانت أمة فإن وقع عليها تطليقتان في طهرين فقد مضت من عدتها حيضة وبقيت حيضة واحدة فإذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها .

وإن كانت من ذوات الأشهر طلقها واحدة رجعية وإذا مضى شهر طلقها أخرى ، ثم إذا مضى شهر طلقها أخرى ثم إذا كانت حرة فوقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها شهران وبقي شهر واحد من عدتها فإذا مضى شهر آخر فقد انقضت عدتها وإن كانت أمة ووقع عليها تطليقتان في شهر وبقي من عدتها نصف شهر =

= فإذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها وإن كانت حاملاً فكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف يطلقها ثلاثاً للسنة ويفصل بين كل طلاقها بشهر .

وقال محمد : لا يطلق الحامل للسنة إلا طلقه واحدة وهو قول زفر ، وذكر محمد رحمته في الأصل : بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رحمهم ولا خلاف في أن الممتد طهرها لا تطلق للسنة إلا واحدة وجه قول محمد وزفر : أن إباحة التفريق في الشرع متعلقة بتجدد فصول العدة لأن كل قرء في ذوات الإقراء فصل من فصول العدة وكل شهر في الأيسة والصغيرة فصل من فصول العدة ، ومدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبراء به في حق الحامل فلم يكن في معنى مورد الشرع فلا يفصل بالشهر ولهذا لم يفصل في الممتد طهرها بالشهر كذا ههنا ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله تعالى : ﴿ أَلْتَلِقُ مَرْثَاكُ بِمَرْثَاكُ بِمَرْثَاكُ أَوْ تَشْرِيحُ بِإِسْنِ ﴾ شرع الثلاث متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائل أما شرعية طلقه وطلقه بقوله تعالى : ﴿ أَلْتَلِقُ مَرْثَاكُ بِمَرْثَاكُ بِمَرْثَاكُ أَوْ تَشْرِيحُ بِإِسْنِ ﴾ لأن معناه دفعتان على ما نذكر إن شاء الله تعالى وشرعية الطلقة الثالثة بقوله رحمته : ﴿ أَوْ تَشْرِيحُ بِإِسْنِ ﴾ أو بقوله رحمته : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جِلْ لَهَا مِنْ بَدْحٍ تَنْكِحُ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ من غير فصل ؛ ولأن الحامل ليست من ذوات الأقراء فيفصل بين طلاقها بشهر كالأيسة والصغيرة ، والجامع أن الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان تجدد الرغبة في العادة فيكون زمان تجدد الحاجة ، وهذا المعنى موجود في الحامل فيفصل .

فأما كون الشهر فصلاً من فصول العدة فلا أثر له فكان من أوصاف الوجود لا من أوصاف التأثير ، إنما المؤثر ما ذكرنا فينبني الحكم عليه ، وما ذكر محمد رحمته في الأصل لا حجة له فيه ؛ لأن لفظ الحديث « أفضل طلاق الحامل أن يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تضع حملها » وبه نقول : إن ذلك أفضل ولا كلام فيه وأما الممتد طهرها فإنما لا تطلق للسنة إلا واحدة لأنها من ذوات الأقراء لأنها قد رأته الدم وهي شابة لم تدخل في حد الإياس إلا أنه امتد طهرها لدهاء فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقي أحكام ذوات الأقراء فيها ، ولا تطلق ذوات الأقراء في طهرها لا جماع فيه للسنة إلا واحدة والله رحمته أعلم ، ولو طلق امرأته تطليقة واحدة في طهرها لا جماع فيه ثم راجعها بالقول في ذلك الطهر فله أن يطلقها في ذلك الطهر في قول أبي حنيفة وزفر .

وقال أبو يوسف : لا يطلق في ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد ، وقول محمد مضطرب ذكره أبو جعفر الطحاوي مع قول أبي حنيفة وذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبي يوسف . ولو أبانها في طهر لم يجامعها ثم تزوجها فله أن يطلقها في ذلك الطهر بالإجماع (وجه) قول أبي يوسف : إن الطهر طهر واحد ، والجمع بين طلاقين في طهر واحد لا يكون سنة كما قبل الرجعة ، ولأبي حنيفة أنه لما راجعها فقد أبطل حكم الطلاق وجعل الطلاق كأنه لم يكن في حق الحكم ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فكان له أن يطلقها أخرى كما إذا أبانها في طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها ، وعلى هذا الخلاف إذا راجعها بالقبلة أو باللمس عن شهوة أو بالنظر إلى فرجها عن شهوة وعلى هذا الخلاف إذا أمسك الرجل امرأته بشهوة فقال لها في حال اللامسة بشهوة بأن كان أخذ بيدها لشهوة : أنت طالق ثلاثاً للسنة وذلك في طهر لم يجامعها فيه أنه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنة في قول أبي حنيفة رحمته فتقع التطليقة الأولى ويصير مراجعها لها بالإمسك عن شهوة ثم تقع الأخرى ويصير مراجعاً بالإمسك ، ثم تقع الثالثة . وعند أبي يوسف لا يقع عليها للسنة إلا واحدة ، والطلاقان الباقيان إنما يقعان في الطهرين الباقيين ، وهذا إذا راجعها بالقول أو بفعل =

= المس عن شهوة .

فأما إذا راجعها بالجماع بأن طلقها في طهر لا جماع فيه ثم جامعها حتى صار مراجعاً لها ثم إذا أراد أن يطلقها في ذلك الطهر ليس له ذلك بالإجماع ؛ لأن حكم الطلاق قد بطل بالمراجعة فيقي ذلك الطهر طهراً مبتدأ جامعها فيه فلا يجوز له أن يطلقها فيه ، هذا إذا راجعها بالجماع فلم تحمل منه فإن حملت منه فله أن يطلقها أخرى في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر ، وعند أبي يوسف ليس له أن يطلقها حتى يمضي شهر من التطليقة الأولى ، أبو يوسف يقول : هذا طهر واحد فلا يجمع فيه بين طلاقين كما في المسألة الأولى ، وهم يقولون : إن الرجعة أبطلت حكم الطلاق وألحقته بالعدم وكراهة الطلاق في الطهر الذي جامعها فيه لمكان الدم لاحتمال الحمل ، فإذا طلقها مع العلم بالحمل لا يندم كما لو لم يكن طلقها في هذا الطهر ولكنه جامعها فيه فحملت كان له أن يطلقها لما قلنا كذا هذا .

ولو طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر فله أن يطلقها أخرى في قولهم جميعاً ؛ لأنها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لأن الشهر في حقها بدل من الحيض ولا حكم للبدل مع وجود المبدل . وأما إذا طلق امرأته وهي من ذوات الأقران ثم أيست فله أن يطلقها أخرى حتى تئس في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف : لا يطلقها حتى يمضي شهر وجه قوله إن هذا طهر واحد فلا يحتمل طلاقين ولأبي حنيفة أن حكم الحيض قد بطل باليأس وانتقل حالها من العدة بالحيض إلى العدة بالأشهر وذلك يفصل بين التطليقتين كالانتقال من الشهور إلى الحيض في حق الصغيرة ، وهذا التفريع إنما يتصور على الرواية التي قدرت للإياس حدًا معلومًا خمسين سنة أو ستين سنة ، فإذا تمت هذه المدة بعد التطليقة جاز له أن يطلقها أخرى عند أبي حنيفة لما ذكرنا . فأما على الرواية التي لم تقدر للإياس مدة معلومة وإنما علقت بالعادة فلا يتصور هذا التفريع . ولو طلق امرأته في حال الحيض ثم راجعها ثم أراد طلاقها ذكر في الأصل أنها إذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها إن شاء وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة .

وذكر الكرخي أن ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وما ذكره في الأصل قول أبي يوسف ومحمد وجه ما ذكر في الأصل : ما روي أن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه لما طلق ابنه عبد الله امرأته في حالة الحيض : « مر ابنك فليراجعها ثم يدعها إلى أن تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر ثم ليطلقها إن شاء طاهرًا من غير جماع » أمره رضي الله عنه بترك الطلاق إلى غاية الطهر الثاني فدل أن وقت طلاق السنة هو الطهر الثاني دون الأول ولأن الحيضة التي طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان إيقاع الطلاق فيها كإيقاع الطلاق في الطهر الذي يليها ، ولو طلق في الطهر الذي يليها لم يكن له أن يطلق فيه أخرى كذا هذا وجه ما ذكره الطحاوي أن هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له أن يطلقها فيه كالطهر الثاني .

وأما الحديث فقد روي أن النبي ﷺ قال لعبد الله بن عمر : « أخطأت السنة ما هكذا أمرك الله تعالى إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة » جعل رضي الله عنه الطلاق في كل طهر طلاقاً على وجه السنة والطهر الذي يلي الحيضة طهر فكان الإيقاع فيه إيقاعاً على وجه السنة فيجمع بين الروايتين فتشمل تلك الرواية على الأحسن ؛ لأنه رضي الله عنه أمر بالتطليقة الواحدة في طهر واحد لا جماع فيه ، وهذا أحسن الطلاق ، وهذه الرواية على الحسن لأنه أمره بالثلاث في ثلاثة أطهار جمعاً بين الروايتين ؛ عملاً بهما ؛ جمعاً بقدر الإمكان .

١٢٢٩ - وانفقت كل الأمة على أن عدد الطلاق ثلاث ولكنهم اختلفوا في اعتباره بالرجال أو بالنساء فقالت الأمة الثلاثة يعتبر بالرجال وقال أبو حنيفة : يعتبر بالنساء وينبني على هذا الاختلاف أنه إذا تزوج حر رقيقة ملك عليها ثلاث طلاقات على مذهب الأمة الثلاثة لأن العبرة بالزوجة وهي رقيقة فيملك ثلاث طلاقات وفي الثانية طلقتين عند أبي حنيفة لأن العبرة بالزوجة وهي رقيقة فيملك ثلاث طلاقات ولو كان حرًا فإذا تزوج حر حرة أو رقيق رقيقة فإنه يملك في الأولى ثلاث طلاقات وفي الثانية طلقتين ؛ لأن صفة الزوجين واحدة وهي الحرية في الأول والرق في الثاني ، فلا يختلف الحكم سواء اعتبرنا الطلاق بالرجال أو بالنساء .

١٢٣٠ - واستدلّت الأمة الثلاثة بقوله عليه الصلاة والسلام : « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » ^(١) ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يتخصص كل واحد منهما بجنس على حدته ثم أنه اعتبر العدة بالنساء من حيث القدر فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر أيضًا - واستدل أبو حنيفة بقوله عليه الصلاة والسلام : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » ^(٢) ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام ذكر الأمة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكانت للجنس وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس أي جنس الأمة ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الإماء ثنتين ولبعضهن ثلاثًا فلم تبق اللام للجنس وقد ثبت أنها له .

١٢٣١ - ولا يقال : يجوز أن يكون المراد بها الأمة التي تزوجها رقيق عملاً بالحديثين لأننا نقول لو كان كما ذكر لأفضى إلى أن تكون الهاء في وعدتها عائدة إليها فيكون تخصيصًا لها بكون عدتها حيضتين ؛ إذ لا مرجع للضمير سواها وهذا غير صحيح ؛ لأن الأمة عدتها حيضتان سواء كانت متزوجة بحر أو عبد بالاتفاق .

١٢٣٢ - وما رواه الأمة الثلاثة موقوف على ابن عباس غير مرفوع للنبي عليه الصلاة والسلام وعلى تقدير رفعه فمعناه أن إيقاعه بالرجال دون عدده .

١٢٣٣ - والزوجة إما أن تكون مدخولًا بها أو غير مدخول بها فإن كان الأول

(١) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الطلاق حديث رقم (١٠٦٧) .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (١٤٩٤٠) موقوفًا على زيد بن ثابت ، وفيه أيضًا (١٤٩٥٣) ، وفي المعجم الكبير (٩٦٧٩) موقوفًا على عبد الله بن مسعود ، ومصنف عبد الرزاق (١٢٩٥١) من قول سعيد بن المسيب . ولم نجده مرفوعًا . وينظر عون المعبر (١٨٤/٦) ، وتحفة الأحوذى (٣٠٢/٤) .

وطلقها الزوج ثلاثاً وقع هذا الطلاق سواء كانت الثلاث مجتمعات أي بكلمة واحدة كما إذا قال لها : أنت طالق ثلاثاً أو متفرقات أي بكلمات متعددة كما إذا قال لها : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة أو أنت طالق أنت طالق أو أنت طالق طالق .

١٢٣٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت الزوجة غير مدخول بها فإن أوقع الثلاث بكلمة واحدة وقع الطلاق الثلاث وإن أوقعه متفرقاً كما في الأمثلة المتقدمة فلا يقع إلا طلاق واحد فقد علمت من هذا أن الزوج متى أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة وقع سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو لا وأما إذا أوقعه بكلمات متفرقة فإن كانت مدخولاً بها وقع الثلاث أيضاً ، لكن بشرط أن يكون كل من الثاني والثالث حصل وهي في عدة الطلاق الأول وإن كانت غير مدخول بها فلا يقع إلا الأول .

١٢٣٥ - والفرق بينهما أن المدخول بها عليها عدة عقب الطلاق فإذا طلقها طلقة وقعت ولزمتها العدة فإذا أوقع عليها ثانية وثالثة وهي في العدة وقعت أيضاً ؛ لأن الطلاق صادف محلّه ، وهي المرأة المعتدة بخلاف غير المدخول بها فإنها لا عدة عليها فبمجرد قوله لها : أنت طالق بانت منه لا إلى عدة فإذا أوقع عليها ثانية فلا تقع ؛ لأن الطلاق لم يصادف محلّه إذ هي في هذه الحالة أجنبية منه لأنها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلاً للطلاق فلا يقع ولا يتأثر هذا الفرق في صورة ما إذا كان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ؛ لأنه في هذه الحالة يقع مرة واحدة فليس هناك سابق ولا لاحق حتى يقال : إن اللاحق صادفها وهي غير محل للطلاق فلا يقع ولا يقال أنه في قوله لها : أنت طالق ثلاثاً يقع واحدة ؛ لأنه بمجرد قوله لها أنت طالق وقع الطلاق فيلغو قوله ثلاثة ؛ لأنه صادفها وهي غير محل ؛ لأننا نقول القاعدة : إن الطلاق متى قرن بعدد أو وصف كان الوقوع بالعدد أو بالوصف ^(١) وينبغي على هذه القاعدة أنه لو مات أحد الزوجين قبل العدد لغا الطلاق فيثبت المهر بتمامه ولو كان قبل الدخول ويرث أحدهما صاحبه فالوقوع بقوله ثلاثاً ، لا بقوله أنت طالق وعند عدمه يكون الوقوع بالصفة وفي أي حالة وقع فيها الطلاق الثلاث لا تحل المرأة للمطلق إلا بعد أن تتزوج بغيره بالشروط المعروفة سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها ^(٢) .

(١) قاعدة : إن الطلاق متى قرن بعدد أو وصف كان الوقوع بالعدد أو بالوصف .

(٢) جاء في قانون الاحوال الشخصية القطري : المادة (١١٢) يقع الطلاق :

أ - باللفظ الصريح أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة .

ب - بالكناية إذا نوى الزوج إيقاع الطلاق .

(مادة ٢٢٥)

لَا يَصِحُّ وَقُرْعُ الطَّلَاقِ إِلَّا بِ : صِيغَةٍ مَخْصُوصَةٍ ، أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .
وَالصِّيغَةُ الْمَخْصُوصَةُ بِالطَّلَاقِ : إمَّا صَرِيحَةٌ ، أَوْ كِنَايَةٌ :

فَالصَّرِيحَةُ : هِيَ الْأَلْفَاظُ الْمُشْتَمَلَةُ عَلَى حُرُوفِ الطَّلَاقِ ، وَالْأَلْفَاظُ الَّتِي غَلَبَ اسْتِعْمَالُهَا
عُرْفًا فِي الطَّلَاقِ ، بِحَيْثُ لَا تُسْتَعْمَلُ إِلَّا فِيهِ بِأَيِّ لُغَةٍ مِنَ اللُّغَاتِ . وَمَا يَقُومُ مَقَامَ الصِّيغَةِ
الصَّرِيحَةِ هِيَ : الْكِتَابَةُ الْمَرْسُومَةُ الْمُسْتَشِينَةُ ، وَإِشَارَةُ الْأَخْرَسِ ، وَالْإِشَارَةُ إِلَى الْعَدَدِ بِالْأَصَابِعِ
مَضْحُوبَةٌ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ . وَمِمَّا ذَكَرَ يَقَعُ الطَّلَاقُ بِهَا بَيِّنَةٌ ، إمَّا لِأَبَدٍ لَوْ قُرِعَ مِنْ إِضَافَةِ اللَّفْظِ
إِلَى الْمَرَاةِ الْمُرَادِ تَطْلِيْقِهَا ، وَلَوْ إِضَافَةُ مَعْتَوِيَّةٌ .

وَالْكِنَايَةُ : هِيَ الْأَلْفَاظُ الَّتِي لَمْ تُوضَعْ لِلطَّلَاقِ ، وَتَحْتَمِلُهُ وَغَيْرُهُ . وَهَذِهِ لَا يَقَعُ بِهَا
الطَّلَاقُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ أَوْ دَلَالَةٍ الْحَالِ . وَيَقُومُ مَقَامَ صِيغَةِ الْكِنَايَةِ : الْكِتَابَةُ الْمُسْتَشِينَةُ الْغَيْرُ الْمَرْسُومَةُ ،
فَتَتَرَقَّفُ عَلَى النَّيَّةِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٠١/٣ - ١٠٩) : « الألفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع
نوعان : صريح وكتابة أما الصريح فهو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حل قيد النكاح ، وهو لفظ الطلاق أو
التطليق مثل قوله : « أنت طالق » أو « أنت الطلاق ، أو طلفتك ، أو أنت مطلقة » مشددا ، سمي هذا النوع
صريحا ؛ لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قولهم : صرح فلان
بالأمر أي : كشفه وأوضحه ، وسمي البناء المشرف صرحا لظهوره على سائر الأبنية ، وهذه الألفاظ ظاهرة
المراد ؛ لأنها لا تستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق ؛ إذ النية عملها
في تعيين المبهم ولا إبهام فيها . وقال الله تعالى : ﴿ فَلْيَقْرَأُوا لِيَذَرَنَّهُمْ ﴾ شرع الطلاق من غير شرط النية .
وقال ﷺ : ﴿ أَنْتَ طَالِقٌ ﴾ مطلقا . وقال ﷺ : ﴿ إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا عَمَلُ لَهَا مِنْ بَدْحٍ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ،
حكم ﷺ بزوال الحل مطلقا عن شرط النية وروينا : « أن عبد الله بن عمر ﷺ لما طلق امرأته في حال
الحيض أمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو . . ولو كانت النية شرطا لسأله
ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق ، فدل على وقوع الطلاق من غير نية ، ولو قال لها : أنت طالق ثم قال :
أردت أنها طالق من وثاق لم يصدق في القضاء لما ذكرنا أن ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا
يصدق القاضي في صرف الكلام عن ظاهره .

وكذا لا يسع للمرأة أن تصدقه ؛ لأنه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى ما يحتمله
كلامه في الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ، ولو قال : أنت طالق . وقال : أردت أنها طالق من العمل لم
يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل فقد نوى ما
لا يحتمله لفظه أصلا فلا يصدق أصلا .

وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال : أنت طالق . وقال : نويت الطلاق من عمل أو قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه فجاز أن يصدق فيه ، ولو صرح فقال : أنت طالق من وثاق لم يقع في القضاء ؛ لأن المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملاً فإذا صرح به يحمل عليه وإن صرح فقال : أنت طالق من هذا العمل وقع الطلاق في القضاء ؛ لأن هذا اللفظ لا يستعمل في الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازاً ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمله في الجملة وإن كان خلاف الظاهر ، وعلى قياس رواية الحسن بنبني أن لا يقع أيضاً في القضاء ولو قال : أنت أطلق من امرأة فلان وهي مطلقة فذلك على نيته إلا أن يكون جواباً لمسألة الطلاق ؛ لأن لفظة أعمل ليست صريحة في الكلام ألا ترى أن من قال لآخر : أنت أزني من فلان لم يكن قدماً صريحاً حتى لا يجب الحد . ومعلوم أن صريح القذف يوجب الحد وإذا لم يكن صريحاً وقف على النية إلا إذا خرج جواباً لسؤال الطلاق فينصرف إليه بقرينة السؤال ، وكذا إذا قال لها أنت مطلقة وخفف فهو على نية لما ذكرنا أن الانطلاق لا يستعمل في قيد النكاح وإنما يستعمل في القيد الحقيقي والحبس فلم يكن صريحاً فوقف على النية .

وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته : كوني طالقاً أو أطلقي . قال : أراه واقفاً ؛ لأن قوله : كوني ليس أمراً حقيقة وإن كانت صيغته صيغة الأمر ، بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقاً كما في قوله تعالى : ﴿ كُنْ يَكُونُ ﴾ إن قوله : كن ليس بأمر حقيقة وإن كانت صيغته صيغة الأمر ، بل هو كناية عن التكوين ولا تكون طالقاً إلا بالطلاق وكذا قوله : « أطلقي » وكذلك إذا قال لامرأته : كوني حرة أو عتقي ولو قال : يا مطلقة وقع عليها الطلاق ؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة ولا تكون مطلقة إلا بالتطليق ، فإن قال : أردت به الشتم لا يصدق في القضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ؛ لأنه نوى فيما هو وصف أن لا يكون وصفاً فكان عدولاً عن الظاهر فلا يصدق القاضي ، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه قد يراد بمثله الشتم ولو كان لها زوج قبله ، فقال : عنيت ذلك الطلاق دين في القضاء ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه ؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة في نفسها من غير الإضافة إلى نفسه ، وقد تكون مطلقته وقد تكون مطلقة زوجها الأول ، فالتنية صادفت محلها فصدق في القضاء ، وإذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره فانصرف الوصف إلى كونها مطلقة له ، ولو قال لها : أنت طالق طالق أو قال : أنت طالق أنت طالق أو قال : قد طلقتك قد طلقتك ، أو قال : أنت طالق قد طلقتك يقع ثنتان إذا كانت المرأة مدخولاً بها ؛ لأنه ذكر جمليتين كل واحدة منهما إيقاع تام لكونه مبتدأ وخبراً ، والمحل قابل للوقوع ، ولو قال : عنيت بالتالي الإخبار عن الأول لم يصدق في القضاء ؛ لأن هذه الألفاظ في عرف اللغة والشرع تستعمل في إنشاء الطلاق فصرفتها إلى الإخبار بكون عدولاً عن الظاهر ، فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن صيغتها صيغة الإخبار ، ولو قال لامرأته : أنت طالق فقال له رجل : ما قلت ، فقال : طلقته أو قال قلت : هي طالق فهي واحدة في القضاء ؛ لأن كلامه انصرف إلى الإخبار بقرينة الاستخبار .

وأما الطلاق بالفارسية فقد روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه قال في فارسي قال لامرأته : بهشتم إن زن ، أو قال : إن زن بهشتم ، أو قال : بهشتم لا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينوي به الطلاق ؛ لأن معنى هذا اللفظ بالعربية خليت ، وقوله : خليت من كتابات الطلاق بالعربية ، فكذا هذا اللفظ إلا أن أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين : أحدهما أنه قال : إذا نوى الطلاق بقوله : خليت يقع باثناً ، وإذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع =

رجعياً ؛ لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحاً في لغتهم ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البيونة بالشك .
والثاني قال : إن قوله : خليت في حال الغضب وفي حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقاً حتى لا يدين في قوله
إنه ما أراد به الطلاق ، وهذا اللفظ في هاتين الحالتين لا يكون طلاقاً حتى لو قال : ما أردت به الطلاق يدين
في القضاء ؛ لأن هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال ، ولم يفرق
بينهما فيما سوى ذلك حتى قال : إن نوى بائناً يكون بائناً وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً كما لو قال : خليت
ونوى البائن أو الثلاث ولو نوى اثنتين يكون واحدة ، كما في قوله : خليت إلا أن ههنا يكون واحدة يملك
الرجعة بخلاف لفظة التخلية لما بينا . وقال أبو يوسف : إذا قال : بهشم إن زن ، أو قال : إن زن بهشم هي
طالق نوى الطلاق أو لم ينو ويكون تطليقة رجعية ؛ لأن أبا يوسف خالط العمم ودخل جرجان فعرف أن هذا
اللفظ في لغتهم صريح قال : وإن قال : بهشم ، ولم يقل : إن زن ، فإن قال : ذلك في حال سؤال الطلاق
أو في حال الغضب فهي واحدة يملك الرجعة ولا يدين إنه ما أراد به الطلاق في القضاء ، وإن قال في غير حال
الغضب ومذاكرة الطلاق يدين في القضاء ؛ لأن معنى قولهم بهشم خليت ، وليس في قوله : خليت إضافة
إلى النكاح ولا إلى الزوجة فلا يحمل على الطلاق إلا بقرينة نية أو بدلالة حال ، وحال الغضب ومذاكرة
الطلاق دليل إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق في الصرف عن الظاهر قال : وإن نوى بائناً فبائن .
وإن نوى ثلاثاً فثلاث ؛ لأن هذا اللفظ وإن كان صريحاً في الفارسية فمعناه التخلية في العربية فكان محتملاً للبيونة
والثلاث كلفظة التخلية ، فجاز أن يحمل عليه بالنية . وقال محمد - في قوله : بهشم إن زن ، أو إن زن بهشم -
إن هذا صريح الطلاق كما قال أبو يوسف . وقال - في قوله : بهشم إنه - إن كان في حال مذاكرة الطلاق
فكذلك ولا يدين ؛ إنه ما أراد به الطلاق ، وإن لم يكن في حال مذاكرة الطلاق يدين ، سواء كان في حال الغضب
أو الرضا ؛ لأن معنى هذا اللفظ بالعربية : أنت مخلدة أو قد خليتك . وقال زفر : إذا قال بهشم ونوى الطلاق بائناً
أو غير بائن فهو بائن وإن نوى ثلاثاً فثلاث وإن نوى اثنتين فاثنتان وأجري هذه اللفظة مجرى قوله : خليت .
ولو قال : خليتك ونوى الطلاق فهي واحدة بائنة نوى البيونة أو لم ينو ، وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً ، وإن
نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا . هذا ما نقل عن أصحابنا في الطلاق بالفارسية ، والأصل الذي
عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ
صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة ، مثل أن يقول في عرف ديارنا : دها كنم أو في عرف
خراسان والعراق بهشم ؛ لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات وما كان في الفارسية من الألفاظ ما
يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كتابات الفارسية فيكون حكمه حكم كتابات العربية في جميع
الأحكام والله أعلم . ولو قال لامرأة : أنت طالق ونوى به الإبانة فقد لغت نية ؛ لأنه نوى تغيير الشرع لأن
الشرع أثبت البيونة بهذا اللفظ موجلاً إلى ما بعد انقضاء العدة ، فإذا نوى إبانته للحال معجلاً فقد نوى تغيير
الشرع وليس له هذه الولاية فطلت نية وإن نوى ثلاثاً لغت نية أيضاً في ظاهر الرواية .
وروي عن أبي حنيفة أنه تصح نية وبه أخذ الشافعي وجه هذه الرواية أن قوله : « طالق » مشتق من الطلاق
كالضارب ونحوه ، يدل على ثبوت مأخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعاني ، ألا ترى
أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب والمقاتل بلا قتل ولا يتصور الطالق بلا طلاق ، فكان الطلاق بائناً فصحت نية
الثلاث منه ، كما لو نص على الطلاق فقال : أنت طالق طلاقاً ، وكما لو قال لها : أنت بائن ، ونوى الثلاث
أنه تصح نية الثلاث لما قلنا ، كذا هذا .

وجه ظاهر الرواية قوله ﷺ: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا فَكَّحْتُمُ أَجْسَهُنَّ فَأَتَيْكُمْ بِذُرِّيَّتِهِنَّ فَأَتَيْكُمْ بِذُرِّيَّتِهِنَّ فَأَتَيْكُمْ بِذُرِّيَّتِهِنَّ ﴾ أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقاً من غير فصل بين ما إذا نوى الثلاث أو لم ينو ، فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق إلا بما قيد بدليل ، ولأنه نوى ما يحتمله لفظه فلا تصح نيته كما إذا قال لها : اسقيني ونوى به الطلاق ، ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث ، وقوله : طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين : أحدهما أن طالق اسم للذات ، وذاتها واحد ، والواحد لا يحتمل العدد إلا أن الطلاق ثبت مقتضى الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقاً ؛ لأن الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب ، وهذا المقتضى غير متنوع في نفسه فكان عدماً فيما وراء صحة التسمية . وذلك على الأصل المعهود في الثابت ضرورة أنه يتقدر بقدر الضرورة ، ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا يثبت فيه بخلاف ما إذا قال لها : أنت طالق طالقاً ؛ لأن الطلاق هناك منصوب عليه فكان ثابتاً من جميع الوجوه فثبت في حق قبول النية وبخلاف قوله : أنت بائن ؛ لأن البائن مقتضاه البيونة ، وإنها متنوعة إلى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو البيونة كاسم المجلس ؛ يقال : جلس أي : قعد ويقال جلس أي : أتى نجداً فكان المجلس من الأسماء المشتركة لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس ، فكذا البائن والاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بمعنى ، فإذا نوى الثلاث فقد عين إحدى نوعي البيونة فصحت نيته ، وإذا لم يكن له لا يقع شيء لاعتدالم المعين بخلاف قوله : « طالق » لأنه مأخوذ من الطلاق ، والطلاق في نفسه لا يتنوع لأنه رفع القيد ، والقيد نوع واحد . والثاني : إن سلمنا أن الطلاق صار مذكوراً على الإطلاق لكنه في اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح ؛ والقيد في نكاح واحد واحد فيكون الطلاق واحداً ضرورة فإذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته ، فكان ينبغي أن لا يقع الثلاث أصلاً ؛ لأن وقوعه ثبت شرعاً بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع ، ولو قال : أنت طالق طالقاً فإن لم تكن نية فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً ، كذا ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير عن أبي حنيفة أنه لا يكون إلا واحدة .

وجه هذه الرواية أنه ذكر المصدر للتأكيد لما ذكرنا أن قوله : طالق يقتضي الطلاق فكان قوله : « طالقاً » تنصيهاً على المصدر الذي اقتضاه الطالق فكان تأكيداً كما يقال : قمت قياماً وأكلت أكلاً ، فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد وهو قوله : « طالق » فلا يقع إلا واحدة كما لو قال : أنت طالق ، ونوى به الثلاث . وجه ظاهر الروايات أن قوله : - « طلاقاً » - مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق ؛ لأن المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْعُوا أَيْوَمَ تَبُورِكُمْ وَتَبُورِكُمْ وَتَدْعُوا تَبُورَكُمْ كَتَبْتُكُمْ ﴾ وصف التبور الذي هو مصدر بالكرة ، والثلاث في عقد واحد كل جنس الطلاق ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته ، وإذا لم يكن له نية يحمل على الواحد ؛ لأنه متيقن ، وقد خرج الجواب عما سبق ؛ لأن الكلام إما يحمل على التأكيد إذا لم يمكن حمله على فائدة جديدة ، وههنا أمكن على ما بينا ، ولو نوى اثنتين لا على التقسيم في قوله : طالق طالقاً لا تصح نيته ؛ لأن لفظ المصدر واحد فلا بد من تحقيق معنى التوحيد فيه ، ثم الشيء قد يكون واحداً من حيث الذات ، وهو أن يكون ذاته واحداً من النوع كزبد من الإنسان ، وقد يكون واحداً من حيث النوع كالإنسان من الحيوان ، ولا توجد في الاثنتين لا من حيث الذات ولا من حيث النوع فكان عدداً محضاً فلا يحتمله لفظه الواحد بخلاف الثلاث فإنه واحد من حيث الجنس ؛ لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا النكاح ، وكل جنس من الأفعال يكون جنساً واحداً ألا ترى أنك متى عددت الأجناس تعدده جنساً واحداً من الأجناس ، كالضرب يكون جنساً واحداً من سائر أجناس الفعل .

= وكذا الأكل والشرب ونحو ذلك ، ولو نوى ثنتين على التقسيم تصح نيته لما نذر ، ولو قال : أنت الطلاق ونوى الثلاث صححت نيته ؛ لأن الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال : هذا الدرهم ضرب الأمير أي : مضروبه وهذا علم أي حنيقة أي معلومه فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ، ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصححت نية الثلاث ؛ لأن النية تتبع المذكور ، والمذكور يلزم الجنس ، ولو قال لها : أنت طالق بدون الألف واللام ، ذكر الطحاوي أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث ، وفرق بينه وبين قوله : أنت الطالق ، وذكر الجصاص : أن هذا الفرق لا يعرف له وجه إلا على الرواية التي روى عن أبي حنيفة في قوله : أنت طالق طلاقاً أنه لا يكون إلا واحدة وإن نوى الثلاث .

فأما على الرواية المشهورة في التسوية بين قوله : أنت طالق الطلاق ، وبين قوله : أنت طالق طلاقاً ، فلا يبين وجه الفرق بين قوله : أنت طالق وبين قوله : أنت الطلاق . وحكي أن الكسائي سأل محمد بن الحسن عن قول الشاعر :

فِيَّانَ تَرَوُّقِي يَا هُنْدُ فَالرَّفْقُ أَيْمُنُ وَإِنْ تَحْرَقِي يَا هُنْدُ فَالْحَرَقُ أَشْأَمُ
فَأَنْتِ طَلَّاقٌ وَالطَّلَاقُ عَزِيمَةٌ ثَلَاثٌ وَمَنْ يَحْرُقُ أَعْرَقُ وَأَظْلَمُ

فقال محمد رحمه الله : إن قال : والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله أنت طلاق ، وصار قوله : والطلاق عزيمة ثلاث ابتداء وخبراً غير متملق بالأول ، وإن قال : والطلاق عزيمة ثلاثاً طلقت ثلاثاً ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثاً والطلاق عزيمة ؛ لأن الثلاث هي في الحال تفسير الموقع فاستحسن الكسائي جوابه .

وكذا لو قال : أنت طالق الطلاق ونوى الثلاث ؛ لأنه ذكر المصدر وعرفه فاللام التعريف فيستغرق كل جنس المشروح من الطلاق في هذا الملك وهو الثلاث ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته إلا أن عند الإطلاق لا ينصرف إليه لقرينة تمنع من التصرف إليه على ما نذكره ، ولو نوى ثنتين لا على التقسيم لا تصح نيته لما ذكرنا أن الطلاق مصدر ، والمصدر صيغته واحدة فكان تحقيق معنى التوحيد فيه لازماً ، والأثنان عدد محض لا توجد فيه بوجه فلا يحتمل اللفظ الموضوع للتوحيد ، وإنما احتمل الثلاث من حيث التوحيد ؛ لأنه كل جنس ما يملكه من الطلاق في هذا الملك ، وكل الجنس جنس واحد بالإضافة إلى غيره من الأجناس وأمكن تحقيق معنى التوحيد فيه وإن لم يكن له نية لا يقع إلا واحدة ؛ لأنه وإن عرف المصدر فاللام التعريف الموضوع لاستغراق الجنس لكنه انصرف إلى الواحد بدلالة الحال ؛ لأن إيقاع الثلاث جملة محظور ، والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب المحظور فانصرف إلى الواحد بقرينة وصار هذا كما إذا حلف لا يشرب الماء أو لا يتزوج النساء أو لا يكلم بني آدم أنه إن نوى كل جنس من هذه الأجناس صححت نيته ، وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا ، ولو قال : أردت بقولي أنت طالق واحدة ، وبقولي : الطلاق أو طلاقاً أخرى صدق ؛ لأنه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح إيقاعاً تاماً ألا ترى أنه إذا قال لها : أنت طالق يقع الطلاق ، ولو قال : أنت الطلاق أو طلاق يقع أيضاً ، فإذا أراد ذلك صار كأنه قال لها : أنت طالق وطاق . ولو قال لامرأته : طلقني نفسك ونوى به الثلاث صححت نيته حتى لو قالت : طلقت نفسي ثلاثاً كان ثلاثاً ؛ لأن المصدر يصير مذكوراً في الأمر ؛ لأن معناه حصلي طلاقاً ، والمصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الواحد لكونه متيقناً ، وإن نوى ثنتين لا يصح ؛ لأنه عدد محض فكان معنى التوحيد فيه منعداً أصلاً ورأساً ؛ فلا يحتمله صيغة واحدة ، ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضاء العدة : قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثاً أو قال =

= قد جعلتها بائناً اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال : أبو حنيفة : يكون ثلاثاً ويكون بائناً .

وقال محمد : لا يكون ثلاثاً ولا بائناً . وقال أبو يوسف : يكون بائناً ولا يكون ثلاثاً . وجه قول محمد : أن الطلاق بعد وقوعه شرعاً بصفة لا يحتمل التفسير عن تلك الصفة ؛ لأن تغييره يكون تغيير الشرع والعبد لا يملك ذلك ألا ترى أنه لو طلقها ثلاثاً فجعلها واحدة لا تصير واحدة ، وكذا لو طلقها بتطبيق بائنة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا .

وجه قول أبي يوسف أن التطبيق الرجعية يحتمل أن يلحقها البيونة في الجملة ألا يرى أنه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة فجاز تعجيل البيونة فيها أيضاً ، فأما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثاً أبداً فلغا قوله : جعلتها ثلاثاً ولأبي حنيفة أنه يملك إيقاع هذه التطبيقة بائنة من الابتداء فيملك إلحاقها بالبائنة ؛ لأنه يملك إنشاء الإبانة في هذه الجملة كما كان يملكها في الابتداء ، ومعنى « جعل الواحدة ثلاثاً » أنه ألحق بها تطبيقين آخرين لا أنه جعل الواحد ثلاثاً . وأما الكناية فنوعان : نوع هو كناية بنفسه وضعاً ، ونوع هو ملحق بها شرعاً في حق النية ، أما النوع الأول فهو كل لفظ يستعمل في الطلاق ويستعمل في غيره نحو قوله : أنت بائن ، أنت علي حرام ، خلية ، بريقة ، بته ، أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي ، استبرئي رحمك ، أنت واحدة خلعت سبيلك ، سرحتك ، حبلك على غاربك ، فارتكت ، خالعتك - ولم يذكر العوض - لا سبيل لي عليك ، لا ملك لي عليك ، لا نكاح لي عليك ، أنت حرة ، قومي ، اجرحي ، اغربي ، انطلقني ، انتقلي ، تقمعي ، استبرئي ، تزوجي ، ابتغي ، الأزواج ، الحقني بأهلك ، ونحو ذلك . سمي هذا النوع من الألفاظ كناية ؛ لأن الكناية في اللغة اسم لفظ استمر المراد منه عند السامع ، وهذه الألفاظ مستمرة المراد عند السامع فإن قوله : « بائن » يحتمل البيونة عن النكاح ويحتمل البيونة عن الخير أو الشر ، وقوله : « حرام » يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل حرمة البيع والقتل والأكل ونحو ذلك ، وقوله : « خلية » مأخوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن الزوج والنكاح ويحتمل الخلو عن الخير أو الشر ، وقوله « بريقة » من البراءة فيحتمل البراءة من النكاح ويحتمل البراءة من الخير أو الشر وقوله : « بته » من البت وهو القطع فيحتمل القطع عن النكاح ويحتمل القطع عن الخير أو عن الشر ، وقوله : « أمرك بيدك » يحتمل في الطلاق . ويحتمل في أمر آخر من الخروج والانتقال وغير ذلك ، وقوله : « اختاري » يحتمل اختيار الطلاق ويحتمل اختيار البقاء على النكاح ، وقوله : « اعتدي » أمر بالاعتداد وأنه يحتمل الاعتداد الذي هو من العدة ويحتمل الاعتداد الذي هو من العدد أي اعتدي نعمتي التي أنعمت عليك وقوله « استبرئي رحمك » أمر بتعريف براءة الرحم وهو طهارتها عن الماء وأنه كناية عن الاعتداد الذي هو من العدة ويحتمل استبرئي رحمك لأطلقك ، وقوله « أنت واحدة » يحتمل أن تكون الواحدة صفة المطلقة أي : طالق واحدة أي : طلقة واحدة ويحتمل التوحيد في الشرف أي : أنت واحدة في الشرف ، وقوله « خلعت سبيلك » يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الأبوين أو لأمر آخر ، وقوله « سرحتك » يعني خلعتك يقال : سرحت إبلي وخليتها بمعنى واحد ، وقولك حبلك على غاربك استعارة عن التخلية ؛ لأن الجمل إذا ألقي حبله على غاربه فقد خلى سبيله يذهب حيث شاء ، وقوله « فارتكت » يحتمل المفارقة عن النكاح ويحتمل المفارقة عن المكان والمضجع وعن الصداقة ، وقوله « خالعتك » ولم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق ويحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش ونحو ذلك ، وقوله : « لا سبيل لي عليك » يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل البيع والقتل ونحو ذلك . وكذا قوله : « لا ملك لي عليك » يحتمل ملك النكاح ويحتمل ملك البيع ونحو ذلك . وقوله : لا نكاح لي =

عليك لأني قد طلقتك ويحتمل لا نكاح لي عليك أي : لا أتزوجك إن طلقتك ويحتمل لا نكاح لي عليك أي : لا أطوك ؛ لأن النكاح يذكر بمعنى الوطء ، وقوله : أنت حرام يحتمل الخلوص عن ملك النكاح ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين ونحو ذلك وقوله : « قومي » واخرجني واذهي يحتمل أي : افعلي ذلك لأنك قد طلقت . والمرأة إذا طلقت من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث تشاء ، ويحتمل التقييد عن نفسه مع بقاء النكاح ، وقوله : « اغربي » عبارة عن البعد أي : تباعدي فيحتمل البعد من النكاح ويحتمل البعد من الفراش وغير ذلك ، وقوله : انطلقني وانتقلي يحتمل الطلاق ؛ لأنها تنطلق وتنقل عن بيت زوجها إذا طلقت ويحتمل الانطلاق والانتقال إلى بيت أبيها للزيارة ونحو ذلك وقوله : « تقني واستري » أمر بالتقنع والاستار فيحتمل الطلاق ؛ لأنها إذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالفناء وستر أعضائها بالثوب عن زوجها ، ويحتمل تقني واستري أي : كوني متقنعة ومستورة لئلا يقع بصر أجنبي عليك ، وقوله : تزوجي يحتمل الطلاق إذ لا يحل لها التزوج بزواج آخر إلا بعد الطلاق ويحتمل تزوجي إن طلقتك . وكذا قوله : ابتني الأزواج . وقوله الحفي بأهلك يحتمل الطلاق لأن المرأة تلحق بأهلها إذا صارت مطلقة ، ويحتمل الطرد والإبعاد عن نفسه مع بقاء النكاح وإذا احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استمر المراد منها عند السامع ، فافتقرت إلى النية لتعيين المراد ولا خلاف في هذه الجملة إلا في ثلاثة ألفاظ وهي قوله : سرحتك ، وفارقتك ، وأنت واحدة ، فقال أصحابنا : قوله : سرحتك وفارقتك من الكنايات لا يقع الطلاق بهما إلا بقرينة النية كسائر الكنايات . وقال الشافعي : هما صريحان لا يفتقران إلى النية كسائر الألفاظ الصريحة ، وقوله : « أنت واحدة » من الكنايات عندنا وعنده هو ليس من ألفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وإن نوى (أما) المسألة الأولى فاحتج الشافعي بقوله ﷺ : ﴿ فَإِنْسَاكُ يَمْرُؤٍ أَوْ تَرْبِيعُ بِإِسْنٍ ﴾ . والتربيع هو التطلق وقوله تعالى : ﴿ تَأْتِيكُم مِّنْ يَمْرُؤٍ أَوْ مَرْجُومٍ يَمْرُؤٌ ﴾ والمفارقة هي التطلق ، فقد سمي الله ﷻ الطلاق بثلاثة أسماء : الطلاق والسراح والفراق ، ولو قال لها : طلقتك كان صريحا فكذا إذا قال : سرحتك أو فارقتك .

ولنا أن صريح الطلاق هو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا أن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع وما كان مستعملا فيه وفي غيره لا يكون ظاهر المراد ، بل يكون مستمر المراد ولفظ السراح والفراق يستعمل في غير قيد النكاح يقال : سرحت إبلي وفارقت صديقي فكان كتابة لا صريحا فيفتقر إلى النية ولا حجة له في الآيتين لأننا نقول بموجبهما : إن السراح والفراق طلاق ، لكن بطريق الكناية لا صريحا لانعدام معنى الصريح على ما بينا .

وأما المسألة الثانية فوجه قوله أن قوله : « أنت واحدة » صفة المرأة فلا يحتمل الطلاق كقوله : أنت قائمة وقاعدة ونحو ذلك . ولنا أنه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتا لمصدر محذوف أي : طلقة واحدة وهذا شائع في اللغة يقال : أعطيتك جزيلاً وضربته وجيلاً أي : عطاء جزيلاً وضرباً وجيلاً ؛ ولهذا يقع الرجعي عندنا دون البائن واختلف مشايخنا في محل الخلاف قال بعضهم : الخلاف فيما إذا قال « واحدة » بالوقف ولم يعرب . فأما إذا أعرب الواحدة فلا خلاف فيها لأنه إن رفعها لا يقع الطلاق بالإجماع ؛ لأنها حيثئذ تكون صفة الشخص وإن نصبها يقع الطلاق بالإجماع ؛ لأنها حيثئذ تكون نعتا لمصدر محذوف على ما بينا فكان موضع الخلاف ما إذا وقفها ولم يعربها ويحتمل أن يقال : إن موضع الرفع محل الاختلاف أيضا ؛ لأن معنى قوله : أنت واحدة أي : أنت منفردة عن النكاح . وقال أكثر المشايخ : إن الخلاف في الكل ثابت ؛ لأن العوام =

لا يهتدون إلى هذا ولا يميزون بين إعراب وإعراب ولا خلاف أنه لا يقع الطلاق بشيء من ألفاظ الكتابة إلا بالنية فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن كان لم ينو لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ذكر شيئاً من ذلك ثم قال : ما أردت به الطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه . وهل يدين في القضاء ، فالحال لا يخلو إما إن كانت حالة الرضا وابتداء الزوج بالطلاق وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، وإما أن كانت حالة الغضب والخصومة فإن كانت حالة الرضا وابتداء الزوج بالطلاق يدين في القضاء في جميع الألفاظ لما ذكرنا أن كل واحد من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره ، والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ويصدق في ذلك قضاء . وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله أو حالة الغضب والخصومة فقد قالوا : إن الكتابات أقسام ثلاثة : في قسم منها لا يدين في الحالين جميعاً ؛ لأنه ما أراد به الطلاق لا في حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ولا في حالة الغضب والخصومة ، وفي قسم منها يدين في حال الخصومة والغضب ولا يدين في حال ذكر الطلاق وسؤاله ، وفي قسم منها يدين في الحالين جميعاً .

(أما) القسم الأول فخمسة ألفاظ : « أمرك بيدك » « اختاري » « اعتدي » « استبرئي رحمتك » « أنت واحدة » ؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على إرادة الطلاق ؛ لأن حال الغضب والخصومة إن كانت تصلح للشمم والتباعد كما تصلح للطلاق فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتباعد والطلاق ، لكن هذه الألفاظ لا تصلح للشمم ولا للتباعد فزال احتمال إرادة الشمم والتباعد فنعين الحالة دلالة على إرادة الطلاق فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال فثبتت إرادة الطلاق في كلامه ظاهراً فلا يصدق في الصرف عن الظاهر كما في صريح الطلاق إذا قال لامرأته : أنت طالق ثم قال : أردت به الطلاق عن الوثائق لا يصدق في القضاء لما قلنا كذا هذا .

(وأما) القسم الثاني فخمسة ألفاظ أيضاً خلية « بريئة » « برة » « بنة » « بائن » « حرام » ؛ لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشمم ، فإن الرجل يقول لامرأته عند إرادة الشمم : أنت خلية من الحجر ، بريئة من الإسلام ، بائن من الدين ، بنة من المروعة ، حرام أي مستحبت ، أو حرام الاجتماع والعشرة معك . وحال الغضب والخصومة يصلح للشمم ويصلح للطلاق فبقي اللفظ في نفسه محتملاً للطلاق وغيره ، فإذا عني به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يكذبه فيصدق في القضاء ولا يصدق في حال ذكر الطلاق ؛ لأن الحال لا يصلح إلا للطلاق ؛ لأن هذه الألفاظ لا تصلح للتباعد ، والحال لا يصلح للشمم فيدل على إرادة الطلاق لا التباعد ولا الشمم فترجحت جنبه الطلاق بدلالة الحال .

وروي عن أبي يوسف أنه زاد على هذه الألفاظ الخمسة خمسة أخرى : لا سبيل لي عليك ، فارتقت ، وخليت سبيلك ، لا ملك لي عليك ، بنت مني ؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الشمم كما تحتمل الطلاق فيقول الزوج : لا سبيل لي عليك لشرك وفارتقت في المكان لكرهه اجتماعي معك وخليت سبيلك وما أنت عليه ولا ملك لي عليك لأنك أقل من أن أتملكك وبنت مني لأنك بائن من الدين أو الحجر وحال الغضب يصلح لهما ، وحال ذكر الطلاق لا يصلح إلا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمسة المتقدمة .

(وأما) القسم الثالث فبقية الألفاظ التي ذكرناها ؛ لأن تلك الألفاظ لا تصلح للشمم وتصلح للتباعد والطلاق ؛ لأن الإنسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق وكذا حال سؤال الطلاق ، فالحال لا يدل على إرادة أحدهما فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه ، والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضاء . وكذلك لو قال : وهبتك لأهلك قبلوها أو لم يقبلوها لأنها هنا تحتمل الطلاق ؛ لأن

المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها وتحتمل التباعد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح . والحال لا يدل على إرادة أحدهما فبقي محتملاً ، وسواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها ؛ لأن كون التصرف هبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له ، وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك ، وأهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة إلى القبول .

وكذا إذا قال : وهبتك لأبيك أو لأمك أو للأزواج ؛ لأن العادة أن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أبيها وأمها وتسلم إليهما ويملكها الأزواج بعد الطلاق فإن قال : وهبتك لأخيتك أو لأختك أو لخالتك أو لعمتك أو لفلان الأجنبية لم يكن طلاقاً ؛ لأن المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة ، ولو قال لامرأته : لست - لي بامرأة ، ولو قال لها : ما أنا بزوجك ، أو سئل فقيل له : هل لك امرأة ، فقال : لا فإن قال : أردت الكذب بصدق في الرضا والغضب جميعاً ولا يقع الطلاق ، وإن قال : نويت الطلاق يقع الطلاق على قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع الطلاق ، وإن نوى ولو قال : لم أتزوجك ونوى الطلاق لا يقع الطلاق بالإجماع . وكذا إذا قال : والله ما أنت لي بامرأة أو قال : علي حجة ما أنت لي بامرأة أنه لا يقع الطلاق وإن نوى بالاتفاق . وجه قولهما : أن قوله : لست لي بامرأة أو لا امرأة لي أو ما أنا بزوجك كذب ؛ لأنه إخبار عن انتفاء الزوجية مع قيامها فيكون كذباً فلا يقع به الطلاق كما إذا قال : لم أتزوجك أو قال : والله ما أنت لي بامرأة ولأبي حنيفة أن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق فإنه يقول : لست لي بامرأة لأني قد طلقته فكان محتملاً للطلاق ، وكل لفظ يحتمل الطلاق إذا نوى به الطلاق كان طلاقاً كما قاله : أنت بائن ونحو ذلك بخلاف لم أتزوجك ؛ لأنه لا يحتمل الطلاق لأنه نفي فعل التزوج أصلاً ورأساً وأنه لا يحتمل الطلاق فلا يقع به الطلاق وبخلاف قوله : والله ما أنت لي بامرأة ؛ لأن اليمين على النفي تتناول الماضي وهو كاذب في ذلك فلا يقع به شيء ، ولو قال : لا حاجة لي فيك لا يقع الطلاق وإن نوى ؛ لأن عدم الحاجة لا يدل على عدم الزوجية فإن الإنسان قد يتزوج بمن لا حاجة له إلى تزوجها فلم يكن ذلك دليلاً على انتفاء النكاح فلم يكن محتملاً للطلاق وقال محمد فيمن قال : لامرأته أفلحي يريد به الطلاق إنه يقع به الطلاق ؛ لأن قوله : أفلحي بمعنى اذهبي فإن العرب تقول للرجل : أفلح بخير أي : اذهب بخير ، ولو قال لها : اذهبي يريد به الطلاق كان طلاقاً ، كذا هذا ويحتمل قوله : أفلحي أي : اظفري بمرادك يقال : أفلح الرجل إذا ظفر بمراده ، وقد يكون مرادها الطلاق فكان هذا القول محتملاً للطلاق فإذا نوى به الطلاق صححت نيته ، ولو قال : فسخت النكاح بيني وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق ؛ لأن فسح النكاح نقضه فكان في معنى الإبادة .

ولو قال : وهبت لك طلاقاً . وقال أردت به أن يكون الطلاق في يدك لا يصدق في القضاء ويقع الطلاق ؛ لأن الهبة تقتضي زوال الملك ، وهبة الطلاق منها تقتضي زوال ملكه عن الطلاق وذلك بوقوع الطلاق ، وجعل الطلاق في يدها تمليك الطلاق إياها فلا يحتمله اللفظ الموضوع للإزالة .

وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى أنه لا يقع به شيء ؛ لأن الهبة تمليك ، وتمليك الطلاق إياها هو أن يجعل إليها إيقاعه ، ويحتمل قوله : وهبت لك طلاقك أي : أعرضت عن إيقاعه فلا يقع به شيء ، ولو أراد أن يطلقها فقالت له : هب لي طلاقك تريد : أعرض عنه فقال : قد وهبت لك طلاقك بصدق في القضاء ؛ لأن الظاهر أنه أراد به ترك الإيقاع ؛ لأن السؤال وقع به فيصرف الجواب إليه ، ولو قال : تركت طلاقك أو خليت سبيل طلاقك ، وهو يريد الطلاق وقع ؛ لأن ترك الطلاق وتخليه سبيله قد يكون بالإعراض عنه وقد يكون بإخراجه عن ملكه وذلك بإيقاعه فكان اللفظ محتملاً للطلاق وغيره ، فنصح نيته ، ولو قال : أعرضت عن =

طلاقك أو صفتك عن طلاقك ونوى الطلاق لم تطلق؛ لأن الإعراض عن الطلاق يقتضي ترك التصرف فيه، والصنف هو الإعراض فلا يحتمل الطلاق ولا تصح نيته. وكذا كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق، وإن نوى، مثل قوله: بارك الله عليك أو قال لها: أطعميني أو اسقيني ونحو ذلك، ولو جمع بين ما يصلح للطلاق وبين ما لا يصلح له بأن قال لها: اذهبي وكلي، أو قال اذهبي وبيعي الثوب، ونوى الطلاق بقوله اذهبي ذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن في قول أبي يوسف: لا يكون طلاقاً وفي قول زفر يكون طلاقاً. وجه قول زفر أنه ذكر لفظين: أحدهما يحتمل الطلاق والآخر لا يحتمله فيلغو ما لا يحتمله ويصح ما يحتمله ولأبي يوسف أن قوله: اذهبي مقروناً بقوله كلي أو بيعي لا يحتمل الطلاق؛ لأن معناه اذهبي لتأكلي الطعام واذهبي لتبيعي الثوب، والذهاب للأكل والبيع لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته، ولو نوى في شيء من الكتابات التي هي بوائن أن يكون ثلاثاً مثل قوله: أنت بائن أو أنت علي حرام أو غير ذلك يكون ثلاثاً إلا في قوله: اختاري؛ لأن البيوتنة نوعان: غليظة وخفيفة، فالخفيفة هي التي تحمل له المرأة بعد بيوتنتها بنكاح جديد بدون التزوج بزوج آخر، والغليظة ما لا تحمل له إلا بنكاح جديد بعد التزوج بزوج آخر فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه، والدليل عليه ما روي أن ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته البيت فاستحلفه رسول الله ﷺ ما أردت ثلاثاً فلو لم يكن اللفظ محتملاً للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى.

وكذا قوله: أنت علي حرام يحتمل الحرمة الغليظة والخفيفة فإذا نوى الثلاث فقد نوى إحدى نوعي الحرمة فتصح نيته وإن نوى شتين كانت واحدة في قول أصحابنا الثلاثة. وقال زفر: يقع ما نوى. وجه قوله: إن الحرمة والبيوتنة أنواع ثلاثة: خفيفة وغليظة ومتوسطة بينهما، ولو نوى أحد النوعين صححت نيته فكذا إذا نوى الثلاث؛ لأن اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد. (ولنا) أن قوله: بائن أو حرام اسم للذات، والذات واحدة فلا تحتمل العدد وإنما احتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا في صريح الطلاق ولا توحد في الاثنين أصلاً، بل هو عدد محض فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مع أن الحاصل بالشتين، والحاصل بالواحدة سواء؛ لأن أثرهما في البيوتنة والحرمة سواء ألا ترى أنها تحمل في كل واحدة منهما بنكاح جديد من غير التزوج بزوج آخر، فكان الثابت بهما بيوتنة خفيفة وحرمة خفيفة كالثابت بالواحد فلا يكون ههنا قسم ثالث في المعنى، وعلى هذا قال أصحابنا: إنه إذا قال لزوجته الأمة: أنت بائن أو حرام بنوي الاثنيتين يقع ما نوى؛ لأن الاثنيتين في الأمة كل جنس الطلاق في حقها فكان الثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة، وقالوا: لو طلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها: أنت بائن أو حرام بنوي اثنتين كانت واحدة؛ لأن الاثنيتين بأنفسهما ليسا كل جنس طلاق الحرة بدون الطلقة المتقدمة؛ ألا ترى أنها لا تبيّن فالاثنتين بيوتنة غليظة بدونها، ولو نوى بقوله اعتدي استبرئي رحمك وأنت واحدة ثلاثاً لم تصح؛ لأن هذه الألفاظ في حكم الصريح ألا ترى أن الواقع بها رجعية فصار كأنه قال: أنت طالق ونوى به الثلاث ولأن قوله: أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث فلا يحتمل نية الثلاث وكذا قوله: اعتدي واستبرئي رحمك؛ لأن الواقع بكل واحدة منهما رجعي فصار كقوله: أنت واحدة. وكذا لو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا، بل أولى؛ لأن الاثنيتين عدد محض والله أعلم.

(فصل): وأما النوع الثاني فهو أن يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة امرأته طالق فيسأل عن نيته؛ فإن قال: نويت به الطلاق وقع، وإن قال: لم أنو به الطلاق صدق في القضاء؛ لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكتابة لأن الإنسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق إلا بالنية وإن كتبت كتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء =

= أو على الهواء فذلك ليس بشيء حتى لا يقع به الطلاق وإن نوى ؛ لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقا بالعدم ، وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل : أن يكتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق ، أو إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق يقع به الطلاق ، ولو قال : ما أردت به الطلاق أصلاً لا يصدق إلا أن يقول : نويت طلاقاً من وثاق فيصدق فيما بينه وبين الله ﷻ ؛ لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ألا ترى أن رسول الله ﷺ كان يبلغ بالخطاب مرة وبالكتاب أخرى وبالرسول ثالثاً ، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب ؛ فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب فصار كأنه خاطبها بها بالطلاق عند الحضرة ، فقال لها : أنت طالق أو أرسل إليها رسولا بالطلاق عند الغيبة ، فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ، ثم إن كتب على الوجه المرسوم ولم يعقله بشرط بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت وقع الطلاق عقيب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل لما ذكرنا أن كتابة قوله : أنت طالق على طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ بها .

وإن علقه بشرط الوصول إليها بأن كتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل إليها ؛ لأنه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علقه بشرط آخر ، وقالوا فيمن كتب كتاباً ، على وجه الرسالة وكتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق ثم محا ذكر الطلاق منه وأنفذ الكتاب وقد بقي منه كلام يسمى كتاباً ورسالة ، وقع الطلاق ؛ لوجود الشرط وهو وصول الكتاب إليها ، فإن محا ما في الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة لم يقع الطلاق وإن وصل ؛ لأن الشرط وصول الكتاب ولم يوجد ؛ لأن ما بقي منه لا يسمى كتاباً فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق والله أعلم .

هذا الذي ذكرنا بيان الألفاظ التي يقع بها الطلاق في الشرع .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٦٩/٣ - ٢٧٢) : (اللفظ : صريح) وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق فلا يحتاج إلى نية (وكتابة) وهي ما يحتمل الطلاق وغيره فهي (تحتاج إلى نية فالصريح الطلاق والسراح) بفتح السين (والفراق) والحلج والمفاداة كما تقدم لاشتغالها في معنى الطلاق وورودها في القرآن مع تكرر بعضها فيه وإلحاق ما لم يتكرر منها بما تكرر بجامع استعمالهما فيما ذكر (كأنت طالق ومطلق) بالتشديد (ويا طالق ويا مطلقة) بالتشديد (أما مطلقة بالتخفيف فكتابة) لاحتمالها الطلاق وغيره (وكذا أنت طالق أو الطلاق أو طلقة أو نصف طلقة أما أنت كل طلقة ونصف طالق فصريح) ليس أنت كل طلقة في نسخ الرافعي المعتمدة بل في السقيمة التي أخذ منها صاحب الروضة وتبعه المصنف إذ المسألة منقولة عن تهذيب البيهقي والذي فيه كما نقله الرافعي في نسخته المعتمدة أن أنت نك طلقة بتقديم اللام على الكاف صريح أما أنت كل طلقة فالأوجه ما جرى عليه الإسنوي والزرکشي أنه كتابة كأنت طلقة (والفعل من لفظي الطلاق والسراح صريح) كفاتركت وسرحتك فهما كطلقتك (والمشتق منهما) كمفارقة ومسرحة (كالمشتق من الطلاق) أي كمطلقة (و) قوله : (أنت وطلقة أو وأنت والطلاق) أي قرنت بينهما (كتابة) ولا معنى للواو والثانية في أو وأنت (وقوله أنت طالق من وثاق أو من العمل وسرحتك إلى كذا وفارتكت في المنزل) أي كل منها (كتابة إن قارنه العزم على الزيادة) التي أتى بها (أو توسط لا إن بدا له بعد فقال من وثاق) أو نحوه فلا تكون كتابة بل صريح فتأثير النية مشروط بالإتيان بها قبل الفراغ من لفظ الطلاق كما في الاستثناء وهذا يخفي عنه ما يأتي أول الفصل الآتي . (وترجمة) لفظ (الطلاق بالعجمية صريح) لشهرة استعمالها في معناها عند أهلها شهرة استعمال العربية عند أهلها ويفرق بينهما وبين عدم صراحة نحو حلال =

= الله علي حرام عند النووي بأنها موضوعة للطلاق بخصوصه بخلاف ذلك وإن اشتهر فيه (و) ترجمة (صاحبه) أي الطلاق وهما الفراق والسراح (كناية) كذا صححه في الروضة وهو غير مطابق لقول الرافعي في ترجمتهما الوجهان في ترجمة الطلاق لكن بالترتيب وأولى بعدم الصراحة ؛ لأن ترجمتهما بعيدة عن الاستعمال في الطلاق ، قال الإمام وهو أظهر وبه أجاب الروياني في الحلية انتهى ، وعبارة الإمام هنا الظاهر أنه ليس بصريح وعبارة الروياني في حليته لا يكون صريحاً عندني وظاهره أن ذلك اختيار لهما ، فالعتمد أنه صريح وبه جزم الجويني والغزالي وغيرهما ونقله الإمام وغيره في الخلع عن ظاهر المذهب وكلام المحرر يقتضيه وقد بسط الأذريعي الكلام على ذلك ، ثم قال : فالذهب ما في المحرر لا ما في الروضة (و) قوله : (ألقيت عليك طلقة صريح وفي وضعت عليك) طلقة (أو لك طلقة) (وجهان) أحدهما أنه صريح لوجود لفظ الطلاق والثاني أنه كناية لأنه لم يتضمن إيقاعاً .

وقول القائل لك هذا التوب يحتمل الإخبار عن الملك ويحتمل الهبة وقياس صراحة أوقعت عليك طلاقي ترجيح صراحة وضعت عليك طلقة ، وكلام الرافعي يميل إلى ترجيح صراحة لك طلقة والأوجه أنها كناية . (يشترط في الكناية نية) بالإجماع (مقارنة) للفظ .

(ولو) كانت مقارنة (لبعض اللفظ) كفى ، والاكتفاء ببعض ولو بآخره صحيحه في الروضة لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها ونقل في تنقيحه عن ابن الصلاح من غير مخالفة أنه يشترط مقارنتها لأول اللفظ فلا يكفي وجودها بعده إذ انعطافها على ما مضى بعيد بخلاف استصحاب ما وجد ؛ ولأنها إذا وجدت في أوله عرف قصده منه فالتحق بالصريح وهذا ما صححه الحرجاني والبيهقي في تعليقه وغيرهما ، وقال ابن الرفعة : أنه الذي يقتضيه نص الأم قال في المهمات وبه الفتوى كما أشعر به كلام الشرحين وقال الماوردي بعد تصحيحه له أنه أشبه بمذهب الشافعي وصوبه الزركشي وصحح في أصل المنهاج اشتراط مقارنتها لجميع اللفظ ، وجرى عليه البيهقي واللفظ الذي يعتبر قرن النية به هو لفظ الكناية كما صرح به الماوردي والروياني والبنديجي . فمثل الماوردي لقرنها بالأول بقرنها بالباء من بائن والأخران بقرنها بالحاء من خلية لكن مثل له الرافعي تبعاً لجماعة بقرنها بأنت من أنت بائن وصوب في المهمات الأول ؛ لأن الكلام في الكنايات وهو ظاهر لأن النية جعلت لصرف اللفظ إلى أحد محتملاته ، والمحتمل إنما هو بائن مثلاً وأما أنت فإمّا يدل على مخاطب ، لكن أثبت ابن الرفعة في المسألة وجهين وأيد الاكتفاء بها عند أنت بما إذا أوقع أنت زمن الطهر ، وطائق زمن الحيض فإن ابن سريج قال : يكون الطلاق سنياً ويحصل لها قرء انتهى ، والأوجه الاكتفاء بذلك لأن أنت وإن لم تكن جزءاً من الكناية فهو كالجزء منها ؛ لأن معناها المقصود لا يتأدى بدونه (وهي) أي الكناية (كأنت خلية) و (برة) أي مني و (بنة) و (بنتة) أي مقطوعة الوصلة و (بائن) من البين وهو الفراق . (وحرام ولو) مع علي أو (زاد) فيه (أبداً) فلا يصير بذلك صريحاً لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق وقد يظن التحريم المؤبد باليمين على ترك الجماع وأنت (حرة) و (واحدة) و (اعتدي) أي لأنني طلقتك وإن لم يدخل بها لأنها محل للعدة في الجملة (وتستري) أي لأنك حرمت علي بالطلاق فلا يحل لي أن أراك (واستبرئي زوجهك) وإن لم يدخل بها و (التحفي بأهلك) بكسر الهزة وفتح الحاء وقيل بالعكس أي لأنني طلقتك سواء أكان لها أهل أم لا و (حبلك على غاربك) أي خيلت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء وزمائه على غاربه وهو ما تقدم من الظاهر وارتفع من العتق ليرعى كيف شاء (لا أندس سربك) أي لا أتمم بشأنك لأنني طلقتك وأندس أزرع والسرب بفتح السين وسكون الراء ما يرعى من المال كالإبل ، وذكر المطرزي =

= أن السرب بكسر السين الجماعة من الطباء والبقر فيجوز كسر السين هنا أيضًا (واعزبي) بمهملة ثم زاي أي تباعدني عني . و (اغربي) بمجمعة ثم راء أي صبري غريبة بلا زوج (اذهبي) أي إلى أهلك لأنني طلقتك (لا اذهبي إلى بيت أبيي) فليس بكتابة فلا يقع به طلاق (إن نواه بمجموعه) لأن قوله إلى بيت أبيي لا يحتمل الطلاق بل هو لاستدراك مقتضى قوله : اذهبي فإن نواه بقوله اذهبي وقع و (ودعيني) و (برئت منك ولا حاجة لي فيك) أي لأنني طلقتك و (تجرعي) أي كأس الفراق و (ذوقني) أي مرارته و (تزودي) أي استعدي للحق بأهلك فقد طلقتك (ويا بنتي إن أمكن) كونها بنته وإن كانت معلومة النسب من غيره كما لو قاله لأمه وإنما لم يكن صريحًا ؛ لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة (وتزوجي) وانكحي أي لأنني طلقتك (وأحللتك) أي للأزواج لأنني طلقتك (ورددت عليك الطلقات الثلاث) هذا كتابة في الطلاق الثلاث فإن قال رددت عليك الطلاق فكتابة في واحدة (وفتحت عليك الطلاق) أي أوقعته وفي نسخة الطريق وفي أخرى طريقي أي للوصول إلى الأزواج (ولعل الله يسوق إليك الخير) أي بالطلاق (وبارك الله لك) أي في الفراق (لا إن قال) بارك الله (فيك) فليس بكتابة لأن معناه بارك الله لي فيك وهو يشعر برغبته فيها (ووهبتك لأهلك أو للناس) أو لأبيك أو للأزواج أو للأجناب فهو كتابة .

(وكذا حلال الله) أو حل الله (علي حرام) أو أنت علي حرام (ولو تعارفوه طلاقا) وإنما لم يكن صريحًا لأن الصريح إنما يؤخذ من القرآن وهذا ليس كذلك قال الزركشي ومثله فيما يظهر علي الحرام أو الحرم يلزمي لا أفعل كذا أو ما فعلت كذا (فلو حلف به وله نساء فحنت طلقت إحداهن) فقط (إن لم يرد الجميع) لأنه اليقين (فليبعينها) كما لو حلف بغير ذلك فإن أراد الجميع وقع عليهن (وكلي) أي زاد الفراق (واشربي) أي شرابه (لا قومي وأغناك الله) ونحوهما من الألفاظ التي لا تحتمل الطلاق إلا بتمسف كأحسن الله جزاءك وما أحسن وجهك وتعالني واقربي واغزلي واقمدي .

(والعتق) أي صرائحه (وكتايباته كتابات) في الطلاق كعكسه أي كما أن صرائح الطلاق وكتايباته كتابات في العتق لما بين ملكي النكاح واليمين من المناسبة (لا) قوله (اعتد واستيرئى رحمتك) إن قاله (للبعد) فليس بكتابة فلا يقع به العتق وإن نواه لاستحالة ذلك في حقه ومثله الخنثى فيما يظهر (وأما) قوله (أنا منك طالق أو خلي أو بريء) أو نحوها (فكتابة) إن نوى به طلاقها وقع لأن عليه حجزًا من جهتها حيث لا ينكح معها أختها ولا أربعا فصح حمل إضافة الطلاق إليه على حل السبب المقتضي لهذا الحجر مع النية ، فاللفظ من حيث إضافته إلى غير محله كتابة بخلاف قوله لبعده أنا منك حر ليس كتابة كما سيأتي في بابه ؛ لأن الطلاق يحل النكاح وهو مشترك بين الزوجين والعتق يحل الرق وهو مختص بالبعد فإن لم ينو طلاقها لم تقع سواء أنوى أصل الطلاق أم طلاق نفسه أم لم ينو طلاقا لأنه إضافة إلى غير محله فلا بد في وقوعه من صرفه بالنية إلى محله وتصويرهم بما ذكر يقتضي اعتبار لفظة منك وكلام القاضي يقتضي عدم اعتبارها وجرى عليه في المهمات قال : ولهذا حذفها الدارمي (لا استيرئى رحمتي منك) أو أنا معتد منك فليس بكتابة لاستحالة في حقه (والظهار كتابة في عتق الأمة) ، فلو قال لأمه أنت علي كظهر أمي ونوى العتق عتقت لأنه لا نفاذ للظهار فيها كما لا نفاذ للطلاق فيها وكل منهما يصلح كتابة عن العتق (لا في الطلاق) إذ ليس الظهار كتابة فيه (كعكسه) أي كما أن الطلاق ليس كتابة في الظهار وإن احتمل كل منهما الآخر لما يشتركان فيه من إفادة التحريم وذلك لأنه يمكن تنفيذ كل منهما في موضوعه فلا يعدل عنه إلى غيره على القاعدة من أن ما كان صريحًا في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كتابة في غيره ولا يشكل بأنت حرام من حيث إنه =

صريح في وجوب الكفارة ومع ذلك لو نوى به الطلاق نفذ لأن هذا صريح اشتهاه أو ما في القاعدة صريح وضعا على أن هذا ليس صريحا في وجوب الكفارة حقيقة وإنما هو حكم رتبته الشرع على ذلك . قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٣٢٤/٥ - ٣٢٦) : « والنلفظ ينقسم إلى صريح وغيره . أما الصريح فما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان كطلقتك أو أنا طالق منك أو أنت طالق أو مطلق أو الطلاق له لازم وما أشبه ذلك مما ينطق به بالطلاق ، فيلزم بهذه الألفاظ الطلاق ولا يفترق إلى نية . المتبطي : هذه الألفاظ يحكم فيها بواحدة ، نواها أو لم ينو شيئا . وأما إن نوى الزيادة عليها فهو ما نواه ويحلف في قوله أنت الطلاق (لا منطلقة) القراني : فإذا فرعنا على أن المراد هو الاشتهاه العرفي فيبني أن لا يكون الانطلاق صريحا وإن كان فيه الطاء واللام والقاف ، وكذلك أطلقتك وانطلقت منك وانطلقني عني وأنت منطلقة (وتلزم واحدة إلا لنية أكثر) تقدم قبل قوله « لا منطلقة » (كاعتدي وصدق في نفيه إن دل بساط على العد) من المدونة : اعتدي طلاق بقدر ما نوى وإلا فواحدة إلا أن يكون جوابا بالعدة درايم ونحوه فلا شيء عليه (أو كانت موثقة وقالت أطلقتني وإن لم تسأله فتأويلان) من المدونة قال مالك : يؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم ولا تنفعهم نياتهم في ذلك إلا أن يكون جوابا لكلام قبله فلا شيء عليه .

ابن يونس : وقال مطرف : إذا كان في وثاق فقال أنت طالق يعني من الوثاق دينته ونوبته . ابن يونس : ولا يخالف ذلك ابن القاسم إن شاء الله إذا سئل في تركها فقال : أنت طالق وقال : أردت من الوثاق ، ولأنه بساط جوابه . وأما لو كانت في وثاق فقال لها كلاما مبتدأ أنت طالق وقال نويت من الوثاق فهذه تحتمل أن لا ينويه . ابن القاسم : ويخالف مطرفا في ذلك (والثلاث في بته) . المتبطي : أما كتابات الطلاق المستعملة فيه فنحو : حبلك على غاربك وبائن ، وبرية ، أو حرام ، أو اعتدي ، أو أنت خلية ، أو أنت علي كالميتة أو الدم أو لحم الخنزير ، أو قد فارقتك ، أو سرحتك ، أو خلعت سبيلك ، أو اذهبي حيث شئت ، أو انظري لنفسك ، أو اعترلي ، أو اخرجي ، أو ما أنت لي بأمارة ، أو لا سبيل لي عليك ، أو لا عصمة لي عليك ، أو لا حاجة لي بك ، أو قد وهبتك لنفسك أو لأهلك أو قال لهم شأنكم بها ، فهذه الكتابات كلها يستعملها المطلق قبأها نطق ونوى به الطلاق وأراد به البتات فإنه يلزمه ، وإن نوى من الطلاق واحدة ، فإن كان قبل البناء فهو ما نوى إلا ألبته اهـ . انظر الفرق الواحد والستين والمائة من شهاب الدين أن لفظ الخلية والبرية والحرام إنما لزم به الثلاث بسبب العادة في ذلك الزمان فلا يحل للمفتي أن يفتي اليوم في هذه الألفاظ الثلاث حتى يعلم أن ذلك لم ينوع فإن الفتيا بالحكم المبني على مدركه بعد زوال مدركه بخلاف الإجماع . (وحبلك على غاربك) انظر هذا فقد تقدم للمتبطي أن له نيته فيه قبل الدخول بخلاف البتة ، وعزاه ابن يونس لابن المواز وظاهره أنه تفسير للمدونة (أو واحدة بائنة) اللحمي : المشهور في « أنت بائنة » أنه ثلاث وينوي قبل البناء لا بعده وهو مذهب المدونة اهـ . انظر هذا أيضا فهو بخلاف البتة .

وعبارة ابن يونس إن قال لها بعد البناء أنت طالق واحدة بائنة فهي ثلاث ، وكذلك إذا قال لها ادخلي يريد بقوله ذلك واحدة بائنة فهي ثلاث . وسئل ابن رشد عن نازعته زوجته فقال لها أنت طالق فعوتب على ذلك فقال : هي طالق ثلاثا ثم يريد مراجعتها زاعما أن طلاقه الأول إنما أراد به المبارأة ، فقال ابن رشد : يصدق إن أتى مستفتيا . قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٩٤/٧ ، ٢٩٥) : « صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ ؛ الطلاق ، والفرق ، والسراح ، وما تصرف منهن . وهذا مذهب الشافعي . وذهب أبو عبد الله بن حامد ، إلى أن صريح الطلاق =

لفظ الطلاق وحده ، وما تصرف منه لا غير . وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية ؛ لأن الكتابات الظاهرة لا تنفتر عنده إلى النية . وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرا ، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كتاباته .

وروجه الأول أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فكانا صريحين فيه ، كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى ﴿ فَإِمَّا كُنْتُمْ بِمَعْرِيفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ وقال ﴿ فَأَسْكِنُوا لَهُ مَعْرِيفًا مِّنْ دِينِكُمْ وَأَقْرِضُوهُ مِمَّا فَرَغْنَا ﴾ وقال ﴿ وَإِنْ يَتَرَكَ الْزَوْجُ الْمَرْءَ فَغَيْرُ مَنَافِعٍ لَهُ الْبَاطِنُ الَّذِي لَهُ فِي النِّكَاحِ الْحَافِظُ ﴾ وقول ابن حامد أصح ؛ فإن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره ، إلا احتمالا بعيدا ، ولفظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيرا ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَعْتَسِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا ﴾ وقال : ﴿ وَمَا تَفَرَّقُوا أَيُّهُنَّ بِأَمْرٍ أَلَيْسَ لِكُلِّتَيْنِ ﴾ فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق ، على أن قوله ﴿ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ لم يرد به الطلاق ، وإنما هو ترك ارتجاعها ، وكذلك قوله ﴿ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق ، فإنه مختص بذلك ، سابق إلى الألفاظ من غير قرينة ولا دلالة ، بخلاف الفراق والسراح . فعلى كلا القولين ، إذا قال : طلقك ، أو أنت طالق ، أو مطلقة . وقع الطلاق من غير نية . وإن قال : فارقتك . أو : أنت مفارقة ، أو سرحتك ، أو أنت مسرحة . فمن يراه صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ، ومن لم يره صريحا لم يوقعه به ، إلا أن ينويه . فإن قال : أردت بقولي : فارقتك أي بجسمي ، أو بقلبي أو بمذهبي ، أو سرحتك من يدي ، أو شغلي ، أو من حسي ، أو أي سرحت شعرك . قبل قوله . وإن قال : أردت بقولي : أنت طالق أي : من وثاقي . أو قال : أردت أن أقول : طيلتك . فسبق لساني ، فقلت : طلقك . ونحو ذلك ، دين فيما بينه وبين الله تعالى ، فمتى علم من نفسه ذلك ، لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه . قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله ، أنه إذا أراد أن يقول لزوجه : اسقيني ماء . فسبق لسانه فقال : أنت طالق ، أو أنت حرة . أنه لا طلاق فيه .

ونقل ابن منصور عنه ، أنه سئل عن رجل حلف ، فجرى على لسانه غير ما في قلبه ، فقال : أرجو أن يكون الأمر فيه واسقا . وهل تقبل دعواه في الحكم ، ينظر ؛ فإن كان في حال الغضب ، أو سؤالها الطلاق ، لم يقبل في الحكم ؛ لأن لفظه ظاهر في الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين ، فلا تقبل ، وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد ، في رواية ابن منصور ، وأبي الحارث ، أنه يقبل قوله . وهو قول جابر بن زيد ، والشعبي ، والحكم ، حكاه عنهم أبو حفص ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد ، فقيل : كما لو قال ؛ أنت طالق ، أنت طالق . وقال : أردت بالثانية إفهامها . وقال القاضي : فيه روايتان ، هذه التي ذكرنا ، قال : وهي ظاهر كلام أحمد . والثانية ، لا يقبل . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف ، فلم يقبل في الحكم ، كما لو أقر بعشرة ، ثم قال : زيوفا ، أو صغارا ، أو إلى شهر . فأما إن صرح بذلك في اللفظ ، فقال : طلقك من وثاقي ، أو فارقتك بجسمي ، أو سرحتك من يدي .

فلا شك في أن الطلاق لا يقع ؛ لأن ما يتصل بالكلام يصره عن مقتضاه ، كالاستثناء والشرط . وذكر أبو بكر ، في قوله : أنت مطلقة . أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا ، أو من زوج كان قبله ، لم يكن عليه شيء ، وإن لم ينو شيئا ، فعلى قولين ؛ أحدهما يقع . والثاني ، لا يقع . وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه =

١٢٣٦ - والطلاق لا يقع بأي صيغة كانت بل لا يصح وقوعه إلا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها والصيغ المخصوصة بالطلاق تنقسم إلى نوعين :

١٢٣٧ - الأولى : الصيغ الصريحة .

١٢٣٨ - والثانية : الكناية وكل من النوعين له شيء يقوم مقامه .

١٢٣٩ - فالصريحة هي ما ظهر المراد منها ظهورًا بيّنًا حتى صار مكشوفًا بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان أو مجازًا ومنه سمي القصر المرتفع الأبنية بالصرح لظهوره . وهي بالنسبة للطلاق تنحصر في أمرين : الأول : الألفاظ المشتملة على أحرف الطلاق الأصلية وهي الطاء واللام والقاف كطالق أو مطلقة أو طلقتك . الثاني : الألفاظ التي ليست مشتملة على أحرف الطلاق ولكن لا تستعمل عرفًا إلا فيه ولا شك أن هذا يختلف باختلاف العرف فإذا تعارف قوم إطلاق لفظ الحرام على الطلاق وصاروا لا يستعملونه عند إضافته إلى المرأة إلا في الطلاق وقال واحد منهم لزوجته : أنت علي حرام وقع الطلاق ولو قال لم أنهه لأن العرف قاض بذلك - والشيء الذي يقوم مقام الصيغة الصريحة هو :

١٢٤٠ - أولًا : الكتابة المرسومة المستبينة وقد عرفت في شرح مادة (٢٢٢) .

١٢٤١ - ثانيًا : إشارة الأخرس وقد عرفت في مادة (٢١٩) .

١٢٤٢ - ثالثًا : الإشارة إلى العدد بالأصابع مصحوبة بلفظة طلاق وحيث إن كل ما تقدم صريح أو ملحق به فبمجرد حصوله يقع الطلاق ولا يحتاج فيه إلى النية لما عرفته

= اللفظة غير صريحة ، في أحد القولين .

قال القاضي : والمنصوص عن أحمد ، أنه صريح ، وهو الصحيح ؛ لأن هذه متصرفه من لفظ الطلاق ، فكانت صريحة فيه ، كقوله : أنت طالق . (٥٨٥٢) فصل : فأما لفظة الإطلاق ، فليست صريحة في الطلاق ؛ لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ، ولا الاستعمال ، فأشبهت سائر كتاباته . وذكر القاضي فيها احتمالاً ، أنها صريحة ؛ لأنه لا فرق بين فعلت وأفعلت ، نحو عظمت وأعظمت ، وكرمت وأكرمت . وليس هذا الذي ذكره بمطرد ؛ فإنهم يقولون : حيينه من التحية ، وأحييته من الحياة ، وأصدقت المرأة صدقاً ، وصدقت حديثها تصديقاً ، ويفرقون بين أقبل وقيل ، وأدبر ودبر ، وأبصر وبصر ، ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف ، فيقولون : حمل لما في البطن ، وبالكسر لما على الظهر ، والورق بالفتح الثقل في الأذن ، وبالكسر لثقل الحمل . وها هنا فرق بين حل قيد النكاح وبين غيره ، بالتضعيف في أحدهما ، والهززة في الآخر ، ولو كان معنى اللفظين واحداً لتقبلت الأسييرين ، والفرس ، والطارئ ، فهو طالق ، وطلقت الدابة ، فهي طالق ، ومطلقة . ولم يسمع هذا في كلامهم ، وهذا مذهب الشافعي .

من تعريف الصريح المتقدم ولكن يشترط لوقوعه أمر أن الأول قصد إضافة لفظ الطلاق إليها كما إذا قال : امرأتي طالق أو زينب بنت فلان طالق وزوجته كذلك أو أشار إليها بهذه طالق أو خاطبها بقوله : أنت طالق فلو قرر مسائل الطلاق بحضرتها أو كتب ناقلاً من كتاب امرأتي طالق مع التلغظ أو حكى يمين غيره لم يقع أصلاً ما لم يقصد زوجته .
١٢٤٣ - الثاني أن يكون عالماً بمعناه فإذا لقن الطلاق بلغة لا يعرفها فتلفظ به غير عالم بمعناه فلا يقع أصلاً صيانة عن التلبس .

١٢٤٤ - وأما الكناية فهي الألفاظ التي لم توضع للطلاق وتحتمله وغيره كما إذا قال الرجل لزوجته : اعتدى أو : أنت بائن فإن كلا منهما ليس صريحاً في الطلاق بل يحتمله وغيره فإن الأول حقيقته أمر بالحساب فيحتمل أن يراد بها اعتداد نعم الله تعالى أو ما أنعم الله به تعالى عليها أو ما أنعم به عليها الزوج ويحتمل أن يراد بها الاعتداد من النكاح والثاني وهو لفظ بائن فلانة يحتمل البيونة عن وصلة النكاح وعن المعاصي وعن الخيرات مثلاً - ولا يقع الطلاق بالكنايات بمجرد صدور لفظ منها بل يتوقف وقوع الطلاق بها على أحد أمرين :

١٢٤٥ - الأول : النية من الزوج .

١٢٤٦ - الثاني : دلالة الحال كأن يكون حال مذاكرة الطلاق لأن الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح .

١٢٤٧ - وما يقوم مقام الكناية هي الكتابة المستبينة الغير المرسومة وقد عرفت شرحها من مادة (٢٢٢) (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩٣) : يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية ، ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٥) : يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية .
جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٤) : كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

الفصل الثاني في أقسام الطلاق

(مادة ٢٢٦)

الطَّلَاقُ قِسْمَانِ : رَجْعِيٌّ ، وَبَائِنٌ .
وَالْبَائِنُ نَوْعَانِ : بَائِنٌ بَيْنُونَةٌ صَغْرَى ، وَبَائِنٌ بَيْنُونَةٌ كَبْرَى ؛
فَالأَوَّلُ مِنَ التَّوَعُّبِ : مَا كَانَ بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثِنْتَيْنِ ، وَالثَّانِي : مَا كَانَ بِالثَّلَاثِ ،
وَيُسَمَّى : بِنَاءً .

١٢٤٨ - الطلاق ينقسم انقساماً أولياً إلى قسمين : الأول رجعي والثاني بائن والبائن ينقسم إلى قسمين الأول بائن بينونة صغرى والثاني بائن بينونة كبرى وكل من الرجعي والبائن بينونة صغرى يكون بواحدة أو اثنتين ولكن لكل منهما ألفاظ مخصوصة ، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى .

١٢٤٩ - والبائن بينونة كبرى لا يكون إلا بالثلاث وكما يقال للطلاق الثلاث بائن بينونة كبرى يقال له الطلاق البت ؛ لأن البت معناه القطع ولا شك أن الطلاق الثلاث يقطع الزوجية ويزيلها حتى لو أراد الزوج إرجاعها إليه فلا بد من التزوج بغيره بخلاف الرجعي والبائن بينونة صغرى فإن له إرجاعها وإن لم تتزوج بغيره وإن كان في الأول ينفرد بمراجعتها ولا يتوقف على رضاها وفي الثاني يشترط رضاها وعقد ومهر جديدان^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٣) : الرجعة الصحيحة تكون في أثناء العدة بعد الطلاق الأول والثاني وأما الطلاق الثالث فتقع به البينونة الكبرى .

القسم الأول في الطلاق الرجعي وحكمه والرجعة

(مادة ٢٢٧)

يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا بِصَرِيحٍ لَفْظِ الطَّلَاقِ ، إِذَا أُضِيفَ اللَّفْظُ - وَلَوْ مَعْنَى - إِلَى الْمَرْأَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً ، غَيْرَ مَقْرُونٍ بِعَوْضٍ ، وَلَا بِعَدَدِ الثَّلَاثِ لَا نَصًّا وَلَا إِشَارَةً ، وَلَا مَنَعُونَئًا يَنْتَعِبُ حَقِيقِيًّا ، وَلَا بِأَفْعَلِ التَّنْضِيلِ ، وَلَا مُشَبَّهًا بِصَفَةٍ تَدُلُّ عَلَى الْبَيْتُونَةِ . فَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً : أَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ : مُطَلَّقةٌ ، أَوْ : طَلَّقْتُكَ . فَقَدْ أَوْقَعَ عَلَيْهَا طَلْقَةً وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، سِوَاءَ نَوَاهَا رَجْعِيَّةً أَوْ بَائِنَةً ، أَوْ نَوَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ لَمْ يَتَوَّ شَيْئًا ^(١) .

* * *

١٢٥٠ - قد عرفت من شرح مادة (٢٢٥) أن الطلاق لا يقع بأي صيغة كانت بل لابد لوقوعه من صيغة مخصوصة وعرفت أيضا أن الصيغ المخصوصة تنحصر في أمرين : الأول الصريح والثاني الكناية وهذا عام أي سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا ولكن لكل منهما ألفاظ مخصوصة من هذين الأمرين .

١٢٥١ - فاللفظ الصادر من الزوج إما أن يكون صريحا أو كناية فإن كان صريحا كما إذا قال زوجتي طالق وأضيف اللفظ إلى الزوجة ولو كانت الإضافة معنوية كالخطاب والإشارة وقع الطلاق رجعيا ولكن بشروط .

١٢٥٢ - الأول : أن تكون الزوجة مدخولا بها حقيقة فإن لم تكن مدخولا بها أصلا وقع الطلاق بائنا لأن كل طلاق يلحق المرأة قبل الدخول بها يكون بائنا ولأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة فيجوز للزوج مراجعتها فيها وإن لم ترض والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا يكون الطلاق الواقع عليها رجعيا بل بائنا . أو كانت مدخولا بها دخولا حكما وهو الحلوة كان الطلاق بائنا أيضا فمن تزوج امرأة واختلى بها فقط وبعد ذلك أوقع عليها طلاقا كان بائنا بالنسبة لعدم الرجعة وإن كانت عليها العدة .

(١) قول الخنيفة : جاء في بدائع الصنائع (١٠٩/٣) : « الصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نَصًّا ولا إشارة ولا موصوفا بصفة تنبئ عن البيونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو وصف يدل عليها » .

١٢٥٣ - الثاني : أن يكون الطلاق غير مقرون بعوض فلو قرن به كان الطلاق بائناً فإذا قال رجل لزوجته أنت طالق في نظير عشرين جنبها قبلت المرأة ذلك وقع الطلاق بائناً ولزمها دفع هذا المبلغ إلى الزوج وإنما كان هذا الطلاق بائناً ؛ لأن غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون إلا بالطلاق البائن لأن الطلاق الرجعي لا يزيل سلطة الزوج على الزوجة إذ له إرجاعها إليه وإن لم ترض ما دامت في العدة .

١٢٥٤ - الثالث : أن يكون الطلاق غير مقرون بعدد الثلاث لا نصاً ولا إشارة فإن قرن بعدد الثلاث نصاً وقع الطلاق بائناً بينونة كبرى فإذا قال لها : أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث ومثله إذا قرنه بعدد الثلاث إشارة كما إذا قال لها : أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفاً وشرعاً إذا اقترنت بالاسم المبهم قال عليه الصلاة والسلام : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا »^(١) وأشار بأصابعه العشر يعني ثلاثين يوماً ثم قال : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا »^(٢) وخنس إبهامه في الثالثة يعني تسعة وعشرين يوماً فلو أشار بالواحدة طلقت واحدة ولو أشار بالثنتين طلقت ثنتين والإشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للسنة والعرف فلو قال : نويت الإشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء ، وكذا لو قال : نويت الإشارة بالكف ؛ لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا بل قال : أنت طالق وأشار بثلاث أصابع وقع طلقة واحدة لأن الإشارة تفسير للعدد المبهم ولم يوجد فتلفوا الإشارة.

١٢٥٥ - الرابع : أن يكون الطلاق غير منعت سواء كان النعت حقيقةً أو سببياً فلو كان منعتاً فأما أن يدل النعت على البينونة أو لا يدل فإن دل على البينونة كما إذا قال لها : أنت طالق بائن أو البتة أو طلقة شديدة أو طويلة أو عريضة أو فاحشة أو خبيثة أو أنت طالق طلقة شديداً حكمها أو خبيثاً حكمها وقع الطلاق بائناً.

١٢٥٦ - وإن لم يدل النعت على البينونة كما إذا قال لها : أنت طالق طلقة خفيفة أو حسنة أو لطيفة أو طلقة خفيفاً حكمها أو حسناً حكمها وقع الطلاق رجعياً .

١٢٥٧ - الخامس : أن يكون الطلاق غير منعت بأفعل التفضيل فإن وصف به فإما

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق حديث رقم (٤٨٩٠) ، ومسلم في كتاب الصيام حديث رقم (١٧٩٥) ، والنسائي في السنن كتاب الصيام حديث رقم (٢٠٩١) ، وأبو داود في السنن حديث رقم (١٩٧٥) .

(٢) انظر : السابق .

أن يدل على البيونة أو لا فإن دل عليها كما إذا قال أنت طالق أسوأ الطلاق أو أشده أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه أو أعظمه وقع الطلاق بائناً .

١٢٥٨ - وإنما وقع الطلاق بائناً ؛ لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتباره أثره وهو قطع النكاح حالاً بالنسبة للبائن ومؤجلاً بانقضاء العدة في الرجعي وأفضل التفضيل للتفاوت وهو يحصل بالبيونة ؛ لأنه أفحش مما يثبت به مؤجلاً ، أعني الرجعي فصار كقوله : بائن .

١٢٥٩ - فإن لم يدل أفضل التفضيل على البيونة كما إذا قال لها : أنت طالق أحسن الطلاق أو أعذبه أو أخفه أو أفضله أو أجمله أو أعدله وقع الطلاق رجعيًا .

١٢٦٠ - السادس : أن يكون الطلاق غير مشبه بشيء فإن شبهه وكان الشيء المشبه به يدل على العظم كما إذا قال لها : أنت طالق كالجبل أو مثل الجبل وقع الطلاق بائناً ؛ لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيًا ؛ لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهها به في توحده فإن كان المشبه به لا يدل على العظم كالسمسمه مثلاً وقع الطلاق رجعيًا وقد حصل اختلاف في مسألة تشبيه الطلاق .

١٢٦١ - فقال أبو حنيفة إنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر ؛ لأن التشبيه يقتضي زيادة وصف .

١٢٦٢ - وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون بائناً وإلا فهو رجعي أي شيء كان المشبه به ؛ لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة .

١٢٦٣ - وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائناً وإلا فهو رجعي ، وبعضهم يقول : محمد مع أبي حنيفة وبعضهم يقول مع أبي يوسف ؛ وثمرة الخلاف تظهر في قوله أنت طالق مثل سمسمه أو عظم سمسمه أو كالجبل أو عظم الجبل ففي الأول تقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وزفر رجعية وفي الثاني تقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند زفر رجعية وفي الثالث بائنة عند أبي حنيفة وزفر رجعية عند أبي يوسف وفي الرابع بائنة اتفاقاً .

١٢٦٤ - وفي كل الأحوال التي يقع فيها الطلاق بائناً ولم يكن مصرحاً بالثلاث لأنصاً ولا إشارة يكون واحدة وإن لم ينو عدداً أو نوى ثنتين فإن نوى ثلاثاً فكما نوى ؛ لأن الواقع بائن والبيونة متنوعة إلى غليظة وخفيفة فتصح نية الغليظة .

١٢٦٥ - فإن قيل : ينبغي أن يقع بقوله : أنت طالق أفحش الطلاق أو أشده ثلاث

تطليقات من غير نية لأن هذه الصفة للتفضيل ويقوله شديدة أو فاحشة تقع واحدة بائنة فوجب أن يزيد على ذلك .

١٢٦٦ - قلنا : هذه الصفة مشتركة بين التفضيل وبين مطلق الزيادة ومطلق الإنيات قال الله تعالى: ﴿ وَوَعَدْنَا أُمَّنَّ بَرْتَيْنَ ﴾ ^(١) وليس هناك من له حق غيره فتحمل الألفاظ على المتيقن إلا إذا كان له نية فيعمل بها ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه .

١٢٦٧ - والمستوفي لكل الشروط المتقدمة قول الرجل لزوجته أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك ، فمن قال لامرأته المدخول بها حقيقة لفظاً منها فقد أوقع عليها طلاقاً واحدة رجعية وإن لم ينو الطلاق ؛ لأن كلا من هذه الألفاظ صريح في الطلاق ، وهو لا يحتاج إلى النية .

١٢٦٨ - والطلقة الواحدة المستوفية لما ذكر لا تغير بنية الزوج فإذا نوى بائنة أو أكثر من واحدة لغت نيته ولا يقع إلا طلاقاً واحدة رجعية ؛ لأنه إذا نوى الإبانة فقد قصد تنجيز ما علقه الشارع بانقضاء العدة ؛ لأنه قصد تقديم ما أخره الشارع إلى وقته فيرد عليه قصده .

١٢٦٩ - وإذا نوى أكثر من واحدة فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فتلغو نيته وبيان ذلك أن قوله : أنت طالق خبر واقتضاؤه أن يكون صادقاً إن كان مطابقاً أو كاذباً إن لم يكن مطابقاً ، وأما الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة ، وإنما ثبت بالشرع اقتضاء كيلا يكون كاذباً والمقتضي لا عموم له لأن ثبوته للضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا لزوم إلى أزيد منها .

١٢٧٠ - ولا يرد على هذا ما إذا نوى بالبائن البينونة الكبرى فإنه تصح نيته ؛ لأن البينونة متنوعة إلى غليظة وخفيفة فكان اللفظ صالحاً لهما فتعمل نيته ويدل على ذلك أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يسأل ابن سيدنا عمر هل أراد ثلاثاً أو لا حين طلق امرأته في حال الحيض ولو كان من احتمالات اللفظ لسأله كما سأل ركانة ^(٢) حين أبان امرأته فأجابته بأنه لم يرد به إلا واحدة .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) هو : ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن قصي ابن كلاب بن مرة القرشي المطلبي ، وكان يقال لأبيه عبد يزيد المحض لا قذى فيه لأن أمه الشفاء بنت هاشم بن عبد مناف وأباه هاشم ابن المطلب وهذا ركانة هو الذي صارعه النبي ﷺ فصرعه النبي ﷺ مرتين أو ثلاثاً ، وكان من أشد قريش =

= وجاء في حاشيته رد المحتار : (قوله فيقع بلا نية للعرف) أي فيكون صريحاً لا كناية ، بدليل عدم اشتراط النية وإن كان الواقع في لفظ الحرام البائن ؛ لأن الصريح قد يقع به البائن كما مر ، لكن في وقوع البائن به بحث سنذكره في باب الكنايات ، وإنما كان ما ذكره صريحاً لأنه صار فاشياً في العرف في استعماله في الطلاق ، لا يعرفون من صيغ الطلاق غيره ولا يحلف به إلا الرجال ، وقد مر أن الصريح ما غلب في العرف استعماله في الطلاق بحيث لا يستعمل عرفاً إلا فيه من أي لغة كانت ، وهذا في عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحاً كما أفتى المتأخرون في أنت علمي حرام بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين توقفه على النية ، ولا يتنافى ذلك ما يأتي من أنه لو قال : طلاقك علمي لم يقع لأن ذلك عند عدم غلبة العرف .

وعلى هذا يحمل ما أفتى به العلامة أبو السعود أفندي مفتي الروم ، ومن أن علمي الطلاق أو يلزمني الطلاق ليس بصريح ولا كناية ؛ أي لأنه لم يتعارف في زمنه . ولذا قال المصنف في منحه : أنه في ديارنا صار العرف فاشياً في استعماله في الطلاق لا يعرفون من صيغ الطلاق غيره فيجب الإفتاء به من غير نية ، كما هو الحكم في الحرام يلزمني وعلمي الحرام ، ومن صرح بوقوع الطلاق به للتعرف الشيخ قاسم في تصحيحه ، وإفتاء أبي السعود مبني على عدم استعماله في ديارهم في الطلاق أصلاً كما لا يخفى . ١ هـ . وما ذكره الشيخ قاسم ذكره قبله شيخه المحقق ابن الهمام في فتح القدير ، وتبعه في البحر والنهر . ولسيدي عبد الغني النابلسي رسالة في ذلك سماها [رفع الانغلاق في علمي الطلاق] ونقل فيها الوقوع عن بقية المذاهب الثلاثة . أقول : وقد رأيت المسألة منقولة عندنا عن المتقدمين . ففي الذخيرة وعن ابن سلام فيمن قال : إن فعلت كذا فثلث تطليقات علمي أو قال علمي واجبات يعتبر عادة أهل البلد ؛ هل غلب ذلك في أيامهم ١ هـ وكذا ذكرها السروجي في الغاية كما يأتي وما أفتى به في الخيرية من عدم الوقوع تباعاً لأبي السعود أفندي فقد رجح عنه وأفتى عقبه بخلافه ؛ وقال : أقول الحق . الوقوع به في هذا الزمان لاشتهاره في معنى التطليق ، فيجب الرجوع إليه والتعويل عليه عملاً بالاحتياط في أمر الفروج . ١ هـ .

[تنبيه] عبارة المحقق ابن الهمام في الفتح هكذا : وقد تعرف في عرفنا في الحلف : الطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجري عليهم ؛ لأنه صار بمنزلة قوله : إن فعلت فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله : علمي الطلاق لا أفعل ١ هـ . وهذا صريح في أنه تعليق في المعنى على فعل المحلوف عليه بغلبة العرف وإن لم يكن فيه أداة تعليق صريحاً . ورأيت التصريح بأن ذلك معتبر في الفصل التاسع عشر من التارخانية حيث قال : وفي الحاوي عن أبي الحسن الكرخي فيمن اتهم أنه لم يصل الغداة ، فقال : عبده حرٌّ أنه قد صلاها وقد تعارفوه شرطاً في لسانهم ، قال : أجرى أمرهم على الشرط على تعارفهم ، كقوله : عبدي حرٌّ إن لم أكن صليت الغداة وصلها لم يعتق كذا هنا . ١ هـ .

وفي البرازية : وإن قال : أنت طالق لو دخلت الدار لطلقك فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقها إن دخلت الدار بمنزلة قوله عبده حر إن دخلت الدار لأضربك ، فهذا رجل حلف بعقوبته ليعضبها إن دخلت الدار ، فإن دخلت الدار لزمه أن يطلقها ، فإن مات أو ماتت فقد فات الشرط في آخر الحياة ١ هـ . أي فيقع الطلاق كما في نية المفتي . قلت : فيصير بمنزلة قوله إن دخلت الدار ولم أطلقك فأنت طالق ، وإن دخلت =

= الدار ولم أضربك فعبدي حر ، وذكر الحنابلة في كتبهم : أنه جار مجرى القسم بمنزلة قوله : والله فعلت كذا . مطلب في قولهم عليّ الطلاق عليّ الحرام قال في النهر : ولو قال عليّ الطلاق أو الطلاق يلزمني أو الحرام ، ولم يقل لا أفعل كذا لم أجده في كلامهم ا هـ . وفي حواشي مسكين : وقد ظفر فيه شيخنا مصرحاً به في كلام الغاية للسروجي معزياً إلى المعني . ونصه الطلاق يلزمني أو لازم لي صريح ؛ لأنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وكذا قوله عليّ الطلاق ا هـ . ونقل السيد الحموي عن الغاية معزياً إلى الجواهر : الطلاق لي لازم يقع بغير نية . ا هـ .

قلت : لكن يحتمل أن يكون مراد الغاية ما إذا ذكر المحلوف عليه لما علمت من أنه يراد به في العرف التعليق وأن قوله : عليّ الطلاق لا أفعل كذا بمنزلة قوله : إن فعلت كذا فأنت طالق . فإذا لم يذكر لا أفعل كذا بقي قوله عليّ الطلاق بدون تعليق والمتعارف استعماله في موضع التعليق بدون الإنشاء ، فإذا لم يتعارف استعماله في الإنشاء منجزاً لم يكن صريحاً فينبغي أن يكون على الخلاف الآتي فيما لو قال : طلاقك عليّ ، ثم رأيت سيدي عبد المعني ذكر نحوه في رسالته . [تنمة] ينبغي أنه لو نوى الثلاث تصح نيته ؛ لأن الطلاق مذكور بلفظ المصدر ، وقد علمت صحتها فيه ، وكذا في قوله عليّ حرام فقد صرحوا بأنه تصح نية الثلاث في أنت عليّ حرام (قوله يكون ميمناً إلخ) يعني في صورة الحلف بالحرام ، فإنه المذكور في الذخيرة وغيرها .

ثم رأيت في البرازية قال في المواضع التي يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حث لزمته الكفارة والنسفي على أنه لا يلزم . ا هـ . مطلب في قوله عليّ الطلاق من ذراعي (قوله وكذا عليّ الطلاق من ذراعي) هذا بحث لصاحب البحر أخذه مما مر ، من أنه لو قال : أنت طالق من هذا العمل ولم يقرنه بالعدد وقع قضاء لا ديانة ، قال : فإنه يدل على الوقوع قضاء هنا بالأولى وردة العلامة المقدسي : بأنه في المقيس عليه مخاطب المرأة التي هي محل للطلاق ثم ذكر العمل الذي لم تكن مقيدة به حثاً ولا شرعاً فلم يصح صرف اللفظ في المعنى الشرعي المتعارف إلى غيره بلا دليل ، بخلاف المقيس ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله وهو ذراعه مع أنه إذا قال أنا منك طالق يلفو ا هـ . ملخصاً ، وذكر نحوه الخير الرملي . قلت : وقد يقال : ليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله ، لما مر من أن قوله : عليّ الطلاق لا أفعل كذا بمنزلة إن فعلت ، فأنت طالق فهو في العرف مضاف إلى المرأة معنى ، ولولا اعتبار الإضافة المذكورة لم يقع ، فكذلك صار هذا بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق من ذراعي فساوى المقيس عليه في الإضافة إلى المرأة .

وأيضاً فإن قوله أنا منك طالق فيه وصف الرجل بالطلاق صريحاً فلا يقع ؛ لأن الطلاق صفة للمرأة . وأما قوله : عليّ الطلاق فإن معناه وقوع طلاق المرأة على الزوج فليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله بل إلى محله مع إضافة الوقوع إلى محله أيضاً ، فإنه شاع في كلامهم قولهم إذا قال كذا وقع عليه الطلاق ، نعم قال الخير الرملي : إن الحالف بقوله عليّ الطلاق من ذراعي لا يريد به الزوجة قطعاً إذ عادة العوام الإعراض به عنها خشية الوقوع ، فيقولون تارة من ذراعي وتارة من كشتواني وتارة من مروتي ، وبعضهم يزيد بعد ذكره ؛ لأن النساء لا خير في ذكرهن . ا هـ . قلت : إن كان العرف كذلك فينبغي أن لا يتردد في عدم الوقوع ؛ لأنه أوقع الطلاق على ذراعه ونحوه لا على المرأة ثم قال الخير الرملي : اللهم إلا أن يقول : عليّ الطلاق ثلاثاً من ذراعي فللقول بوقوعه وجه ، لأن ذكر الثلاث يعينه فأتم . ا هـ .

١٢٧٢ - فقد علم من ذلك أن الزوج متى أوقع الطلاق بصيغة اسم الفاعل مثل : أنت طالق ، أو بصيغة اسم المفعول مثل : أنت مطلق ، أو بصيغة الفعل الماضي مثل : طلقتك ، فلا يقع عليه إلا طلاق واحدة رجعية ، ولو نوى الإبانة أو أكثر من واحدة .

= قول الشافعية : جاء في حاشيتي قلوبني وعميرة (٣٢٦/٣) : « وأما علي الطلاق ففي البحر عن المزني أنه كناية ، وفي شرح الكفاية للصميري أنه صريح ، وأتى ابن الصلاح بعدم الوقوع لكونها صيغة يمين ، وكذا حكى في المطلب عن الطوسي تلميذ ابن يحيى صاحب الغزالي أنه كان يقني بعدم الوقوع ، وإن نوى في قول القائل الطلاق يلزمني ؛ لأنه التزام ما لا يلزمه ، وكان يقول الطلاق وضع لحل النكاح لا لليمين ، قال الزركشي بعد حكاية ذلك والحق الوقوع لاشتهاره في معنى الطلاق ، وكأنه لم يشتهر له في ذلك الزمان ، ونقل في شرح البهجة : أن الرافعي في كتاب الأيمان ، والنووي في النذر جزماً بالصراحة في الطلاق لازم لي . »
قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥٥٩/٢ ، ٥٦٠) : « (ولفظه الصريح) الذي تتحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ (الطلاق) كما لو قال : الطلاق يلزمني ، أو : عليّ الطلاق أو : أنت الطلاق ، ونحو ذلك ، (وطلاق) بالتكرير أي : يلزمني ، أو : عليك ، أو : أنت طلاق ، أو : علي طلاق ، وسواء نطق بالمتبداً كانت أو بالخبر كعلي أم لا ، لأنه مقدر والمقدر كالنائب ، (وطلقت) بالفعل الماضي والتاء مضمومة ، (وتطلقت) بتشديد اللام المفتوحة وكسر التاء أي مني أو أنت تطلقت ، (وطائق) اسم فاعل ، (ومطلقة) بفتح الطاء واللام مشددة اسم مفعول نحو أنت مطلق . (لا مطلوفة ومنطلقة وانطلي) : أي ليست هي من صريحه ولا من كتاباته الظاهرة لاستعمالها في العرف في غير الطلاق ، بل من الكنايات الخفية ، إن قصد بها الطلاق لزومه ، وإلا فلا .

(ولزم) في صريحه طلقة (واحدة لإلنية أكثر) فيلزمه ما نواه (كاعتدي) : أي كما لو قال لها : اعتدي ؛ فإنه يلزمه طلقة واحدة إلا أن ينوي أكثر ، فإنه يلزمه ما نواه . واعتدي من الكناية الظاهرة ويلزم بها ما ذكر . (وصدق في) دعوى (نفيه) : أي نفي الطلاق من أصله في قوله : اعتدي (إن دل بساط عليه) : أي على نفيه ، كما لو كان الخطاب في مقام ذكر الاعتداد بشيء أو العد ، فقال : اعتدي ، وقال : نويته الاعتداد بكذا أو العد فيصدق في ذلك . »

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٣٧٢/٧ ، ٣٧٣) : « ولو قال : الطلاق يلزمني . أو : الطلاق لي لازم . فهو صريح ؛ فإنه يقال لمن وقع طلاقه : لزمه الطلاق . وقالوا : إذا عقل الصبي الطلاق ، فطلق لزمه . ولعلمهم أرادوا : لزمه حكمه . فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ، ثم اشتهر ذلك ، حتى صار من الأسماء العرفية ، وانغمزت الحقيقة فيه . ويقع به ما نواه من واحدة ، أو اثنتين ، أو ثلاث . وإن أطلق ففيه روايتان ، وجههما ما تقدم . وإن قال : عليّ الطلاق . فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمني ؛ لأن من لزمه شيء فهو عليه كالدين ، وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق . ويخرج فيه في حالة الإطلاق الروايتان ؛ هل هو ثلاث أو واحدة ، والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة ؛ لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثاً ، ولا يعلمون أن الألف واللام للاستعراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثاً ، ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة ، فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة ، فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضى اللفظهم ، فيصير كأنهم نواوا الواحدة . »

١٢٧٣ - أما إذا أوقعه بصيغة المصدر كما إذا قال : علئ الطلاق ، أو الطلاق يلزمني ؛ فإنه تقع واحدة رجعية وإن لم ينو شيئاً أو نوى الإبانة أو اثنتين ولكن لو نوى ثلاثاً صحت نيته ووقع الثلاث .

١٢٧٤ - والفرق بين المصدر وغيره أن المصدر جنس فيحتمل الأدنى ويحتمل الكل فإذا نواه فقد نوى محتمل كلامه فتصح نية الثلاث ولا تصح نية الثنتين ؛ لأنها عدد محض ولفظ الجنس لا يدل عليه فتلغو نيته ونية الثلاث إنما صحت لكونها جميع الجنس ولذا لو كانت الزوجة رقيقة تصح نية الثنتين في المصدر ؛ لأنها جميع الجنس في حقها كالثلاث في حق الحرة .

١٢٧٥ - ويأتي خلاف الشافعي وزفر هنا أيضًا ولذلك يقولان بصحة نية الثنتين هنا أيضًا لأنها بعض الثلاث فإذا صحت نية الكل فنية البعض من باب أولى وهو الظاهر .

(مادة ٢٢٩)

يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا بِثَلَاثَةِ أَلْفَاظٍ مِنْ أَلْفَاظِ الْكِتَابَةِ ، وَهِيَ : اِعْتَدِي ، وَاسْتَبْرِي رَحِمَكَ ، وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ .

فَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ لَفْظًا مِنْهَا ، وَهُوَ فِي خَالَةِ الرِّضَا ، تَوَقَّفَ وَقُوْعُ الطَّلَاقِ عَلَى نِيَّتِهِ . فَإِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، تَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَوْ نَوَى غَيْرَهَا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ .

وَإِنْ خَاطَبَهَا بِهِ فِي خَالَةِ الْغَضَبِ ، أَوْ جَوَابًا عَنْ طَلِبِهَا الطَّلَاقَ مِنْهُ ، يَقَعُ عَلَيْهَا طَلَقٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ بِلَا نِيَّةٍ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١١١/٣ ، ١١٢) : « وأما الكتابة فثلاثة ألفاظ : من الكتابات رواجع بلا خلاف وهي قوله : اعتدي ، واستبري رحمك ، وأنت واحدة ، أما قوله : اعتدي فلما روي عن أبي حنيفة أنه قال : القياس في قوله اعتدي أن يكون بائناً وإنما اتبعنا الأثر ، وكذا قال أبو يوسف : القياس أن يكون بائناً وإنما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها : « اعتدي » فنادت أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحشر في جملة أزواجه فراجعها ، ورد عليها يومها ؛ ولأن قوله اعتدي أمر بالاعتداد . والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق والمقتضي يثبت بطريق الضرورة فيقدر بقدر الضرورة ، والضرورة ترتفع بالأقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها ثم قوله : اعتدي إنما يجعل مقتضيا للطلاق في المدخول بها . وأما في غير المدخول بها فإنه يجعل مستعازاً من الطلاق ، وقوله : استبري رحمك =

= تفسير قوله اعتدي ؛ لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيدُه قوله : اعتدي ، وأما قوله : أنت واحدة فلائحة لما نوى الطلاق فقد جعل قوله : واحدة نعتاً لمصدر محذوف وهو الطلقة ، كأنه قال : أنت طالق طلقة واحدة كما يقال : أعطيتُه جزيلاً أي : عطاءً جزيلاً واختلف في البواقي من الكتابات ، فقال أصحابنا رحمهم الله : إنها بوائن . وقال الشافعي : راجع . وجه قوله أن هذه الألفاظ كتابات الطلاق فكانت مجازاً عن الطلاق ألا ترى أنها لا تعمل بدون نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكسب عنه لا المجاز الذي هو الكناية ؛ ولهذا كانت الألفاظ الثلاثة راجع فكذا البواقي ، ولنا أن الشرع ورد بهذه الألفاظ ، وأنها صالحة لإثبات البيونة ، والمحل قابل للبيونة فإذا وجدت من الأهل ثبتت البيونة استدلالاً بما قبل الدخول ، ولا شك أن هذه الألفاظ صالحة لإثبات البيونة فإنه ثبتت البيونة بها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة وبثبت به قبول المحل أيضاً ؛ لأن ثبوت البيونة في محل لا يحتملها محال ، والدليل على أن الشرع ورد بهذه الألفاظ قوله تعالى : ﴿ فَانْسَاكُ بِمَرْفُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ ﴾ وقوله تعالى ﴿ فَتَمَالَيْتَ أَمْتَيْتَكُ وَأَسْرَمْتَكُ سَرَامًا جَمِيلًا ﴾ ، وقوله : ﴿ فَاتَّيَكُوهُنَّ يَمْرُوفٍ أَوْ فَارُوقُهُنَّ يَمْرُوفٍ ﴾ .

والتسريح والمفارقة من كتابات الطلاق على ما بينا وروى : أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة فرأى في كشحها ييضاً فقال لها : الحقي بأهلك ، وهذا من ألفاظ الكتابات وأن ركانة بن زيد ، أو زيد بن ركانة طلق امرأته أليته فحلحه رسول الله ﷺ ما أراد بها الثلاث ، وقوله : أليته من الكتابات فإذا ثبت أن هذا الصرف مشروع فوجود التصرف - حقيقة - بوجود ركنه ووجوده - شرعاً - بصدوره من أهله وحلوله في محله ، وقد وجد فثبتت البيونة وإذا ثبتت البيونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة ؛ ولأن شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة ؛ لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة ؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى درك المقاصد فتقلب المصلحة إلى الطلاق ، ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه ، فيستوفي مصالح النكاح منه ، إلا أن المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة المرأة ، فالشرع شرع الطلاق ونفوض طريق دفع المخالفة والإعادة إلى الموافقة إلى الزوج لاختصاصه بكمال العقل والرأي فينظر في حال نفسه ، فإن كانت المخالفة من جهته يطلقها طلاقاً واحداً رجعياً أو ثلاثاً في ثلاثة أظهار ويجرب نفسه في هذه المدة فإن كان يمكنه الصبر عنها ولا يميل قلبه إليها يتركها حتى تنقضي عدتها ، وإن كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها ، وإن كانت المخالفة من جهتها تقع الحاجة إلى أن تتوب وتعود إلى الموافقة وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعي ؛ لأنها إذا علمت أن النكاح بينهما قائم لا تتوب فيحتاج إلى الإبانة التي بها يزول الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود إلى الموافقة عسى ، وإذا كانت المصلحة في الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة إلى شرع الإبانة عاجلاً وأجلاً تحقيقاً لمصالح النكاح بالقدر الممكن ، وقوله هذه الألفاظ مجاز عن الطلاق ممنوع ، بل هي حقائق عاملة بأنفسها ؛ لأنها صالحة للعمل بأنفسها على ما بينا فكان وقوع البيونة بها لا بالمكسب عنه على أنها إن سلمنا أنها مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز عامل بنفسه أيضاً كلفظ الحقيقة ، فإن المجاز أحد نوعي الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة ولهذا قلنا : إن للمجاز عمومًا كالحقيقة إلا أنه يشترط النية لتنوع البيونة والحرمة إلى الغليظة والحقيقة فكان الشرط في الحقيقة نية التمييز وتعيين أحد النوعين لا نية الطلاق ، والله أعلم . ويستوي =

= فيما ذكرنا من الصريح والكتابة والرجعي والباطن أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه بطريق الأصالة أو بغيره بإذنه أو أمره . وذلك نوعان : توكيل ، وتفويض أما التفويض فنحو قول الرجل لامرأته : أمرك بيدك وقوله : اختاري ، وقوله : أنت طالق إن شئت ، وما يجري مجراه وقوله : طلقني نفسك .

وجاء في الفتاوى الهندية (٣٧٤/١ ، ٣٧٥) : لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة حال كذا في الجوهرة النيرة . ثم الكنايات ثلاثة أقسام (ما يصلح جواباً لا غير) أمرك بيدك ، اختاري ، اعتدي (وما يصلح جواباً ورداً لا غير) اخرجني ، اذهبي ، اعزبي ، قومي ، تقنعي ، استتري ، تخمري (وما يصلح جواباً وشتماً) خلية ، برية ، بنت ، بنته ، بائن ، حرام ، والأحوال ثلاثة (حالة) الرضا (وحالة) مذاكرة الطلاق بأن تسأل هي طلاقها أو غيرها يسأل طلاقها (وحالة) الغضب ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق في الألفاظ كلها إلا بالنية والقول قول الزوج في ترك النية مع اليمين وفي حالة مذاكرة الطلاق يقع الطلاق في سائر الأقسام قضاء إلا فيما يصلح جواباً ورداً فإنه لا يجعل طلاقاً . كذا في الكافي . وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها كذا في الهداية .

ألحق أبو يوسف رحمته بخلية ، وبرية ، وبنت ، وبائن ، وحرام أربعة أخرى ذكرها السرخسي في المبسوط ، وقاضي خان في الجامع الصغير وآخرون ، وهي : لا سبيل لي عليك ، لا ملك لي عليك ، خليت سبيلك ، فارتقت ، ولا رواية في خرجت من ملكي ، قالوا : هو بمنزلة خليت سبيلك وفي التبايع ألحق أبو يوسف رحمته باخمس ستة أخرى وهي الأربعة المتقدمة وزاد : خالعتك ، والحقي بأهلك ، هكذا في غاية السروجي .
قول الشافعية : جاء في شرح المحلى على المنهاج (٣/٣٢٥) : (وكتابته) أي الطلاق (كانت خلية ، برية) أي من الزوج (بنت) أي مقطوعة الوصلة (بنته) أي متروكة النكاح (بائن) أي مفارقة (اعتدي ، استبرئي ، رحمتك) أي لأني طلقتك وسواء في ذلك المدخول بها ، وغيرها وقيل : إن ذلك في غير المدخول بها لغواً لأنها ليست محللاً للعدو ، واستبراء الرحم (ألحقي بأهلك) أي لأني طلقتك (حبلك على غاربك) أي خليت سبيلك كما يخلى العبر في الصحراء وزمامه على غاربه ، وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق ليرعى كيف يشاء ، (لا أنه سربك) أي لا أهتم بشأنك والسرب بفتح السين وسكون الراء الإيل ، وما يرعى من المال وأنه أجزر (اعزبي) بمهملة ثم زاي أي من الزوج (اغربي) بمعجمة ثم راء أي صيري غربية بلا زوج (دعيني ودعيني) لأنك مطلقة (أو نحوها) كتجردي أي من الزوج وتزودي اخرجني سافري لأني طلقتك .

قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك (٢/٦٩) : (والكتابة ما احتمال غير الطلاق ، وألفاظها لا تنحصر كأطلقتك ، وأنت طلاق أو مطلقة وخلية ، وبرية ، وبنت ، وبنته ، وبائن ، وحلال الله ﷻ عليه حرام ، أو عليه الحرام ، أو أنت حرام ، أو حرمتك ، أو الحرام يلزمه ، أو عليه الحلال ، أو اعتدي ، أو استبرئي رحمتك ، أو ألحقي بأهلك ، أو حبلك على غاربك ، أو لا أنه سربك ، واعزبي ، واغربي ، ودعيني ، ودعيني ، أو أشركتك مع فلانة المطلقة مني ، أو من غيري ، تجردي ، تزودي ، اخرجني ، سافري ، أحللتك ، تقنعي ، تستري ، الزمي الطريق ، لا حاجة لي فيك أنت وشأنك ، لك الطلاق ، عليك الطلاق ، كلي ، اشربي ، أنا =

١٢٧٦ - وقد تقدم لك في شرح مادة (٢٢٥) أن صيغ الطلاق تنقسم إلى قسمين صريح وكناية وإن الصريح لا يحتاج إلى النية بخلاف الكناية ، فإنه لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو دلالة الحال ؛ لأنها ليست موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح لأحد الأمرين .

١٢٧٧ - وألفاظ الكناية بالنسبة للطلاق كثيرة ولكنها ليست متحدة في صفة الطلاق الواقع بها فبعضها متى وقع به الطلاق يكون رجعيًا والبعض الآخر يكون بائنًا .

١٢٧٨ - فالأول : ثلاثة ألفاظ وهي اعتدي ، واستبرئي رحمك وأنت واحدة ، فكل من هذه الألفاظ الثلاثة كناية ؛ لأنه يحتمل الطلاق وغيره ؛ إذ اعتدى أمر بالحساب فيحتمل أن يراد بها اعتداد نعم الله تعالى أو ما أنعم الله به عليها أو الاعتداد من النكاح فإذا نواه زال الإبهام فيقع الطلاق واستبرئي رحمك يحتمل الاستبراء ليطلقها أو بعد ما طلقها فلا يقع الطلاق بدون النية أو القرينة وأنت واحدة يحتمل أن يكون نعتًا لمصدر محذوف ، أي أنت طالق طلقة واحدة ويحتمل أن يكون نعتًا للمرأة ، أي أنت واحدة عند قومك أو عندي أو لعدم نظيرها في شيء من الأشياء فإذا زال الإبهام بالنية أو دلالة الحال وقع الطلاق ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا طلقة واحدة رجعية ولو نوى الإبانة أو أكثر من واحدة .

١٢٧٩ - وزفر يقول : يقع ما نوى ، وهو الظاهر كما عرفته مما تقدم .

١٢٨٠ - فإن صدر من الزوج لفظ من هذه الألفاظ ولم يكن في حالة الغضب ولم

طلاق ، أنا بائن منك ، أنت كالميتة ، ابعدي ، اذهبي ، فارقيني ، لا سبيل لي عليك ، ذوقي بارك الله سبحانه لك ، بخلاف بارك الله ﷻ فيك وعليك ، وعليه السخام ، أو اللطام ، قومي ، اقعدي ، أطعميني ، استقبني ، زودبني ، أحسن الله ﷻ عزاك ، أغناك الله ، فليس بكناية ، وصريح الإعاق وكنايته كناية طلاق ، ومنها أوقعت الطلاق في قميصك تكوئي طالقًا قاصدًا به الوقوع في الحال لا في المستقبل فوعد لا يلزم به شيء إن لم يعلق على صفة ، وإلا فهو صريح ، وكوني طالقًا صريح يقع في الحال ؛ لأنه إنشاء ، والعموم لا يقصدون بتكوئي طالقًا استقبالي بل إنشاء الطلاق حالًا .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٣٠٢/٧) : « والطلاق الواقع بالكتابات رجعي ، ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب . وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : كلها بوائن إلا : اعتدي ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة : لأنها تقتضي البينة ، فتقع البينة ، كقولها : أنت طالق ثلاثًا . ولنا أنه طلاق صادف مدخولًا بها من غير عوض ، ولا استيفاء عدد ، فوجب أن يكون رجعيًا ، كصريح الطلاق ، وما سلموه من الكتابات . وقولهم : إنها تقتضي البينة قلنا : فينبغي أن تبين بثلاث ؛ لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض . »

تسأله زوجته الطلاق فلا يقع إلا بالنية وإن خاطبها به في حالة الغضب أو جواباً عن طلبها الطلاق منه يقع بلا نية .

١٢٨١ - وهذا الحكم ليس عائناً لجميع ألفاظ الكناية وبيانه أن الأحوال ثلاثة ؛ الأولى حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، الثانية حالة مذاكرة الطلاق ، الثالثة حالة الغضب .

١٢٨٢ - والكنايات ثلاثة أقسام قسم يصلح جواباً ولا يصلح ردّاً ولا شتمًا كاعتدى ، وأمرك بيدك ، واختاري ، وقسم يصلح جواباً وشتمًا ولا يصلح ردّاً كخلية ، وبرية ، وقسم يصلح جواباً وردّاً ولا ، يصلح سبًا وشتمًا كاخرجي ، واذهبي ، ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق بشيء منها إلا بالنية ، والقول قوله مع يمينه في عدم النية وفي حال مذاكرة الطلاق يقع في القضاء بكل لفظ لا يصلح للرد وهو القسم الأول .

١٢٨٣ - والثاني : ولا يصدق قوله في عدم النية ؛ لأن الظاهر أنه أراد به الجواب ، وفي حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسبّ والرد وهو القسم الثاني .

١٢٨٤ - والثالث : لأنه يحتمل الرد والشتم ولا تنافيه حالة الغضب ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل يصلح للجواب وهو القسم الأول لظاهر حاله ، وهذا الجدول يبين لك الحالات والأقسام بكل سهوله .

رد وجواب	سب وجواب	جواب فقط
اخرجي واذهبي وما في معناهما .	خلية . برية . وما في معناهما .	اعتدي . استبرئي . وما في معناهما .
تلزم النية .	تلزم النية .	تلزم النية .
تلزم النية .	تلزم النية .	يقع بلا نية .
تلزم النية .	يقع بلا نية .	يقع بلا نية .

١٢٨٥ - وأما إن صدر من الزوج غير الألفاظ الثلاثة المتقدمة ووقع الطلاق ، فلا يكون رجعيًا بل بائنًا ، ولو نوى الطلاق الثلاث وقع . وقال الشافعي رحمه الله تعالى : الكنايات كلها رجعية ؛ لكونها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط فيها نيته ، والرجعة تعقبه فيكون رجعيًا . واستدللت الحنفية بأنه أتى بالإبانة بلفظ صالح لها كخلية مثلاً وهو من أهلها والمحل قابل .

لها والولاية ثابتة عليها فوجب أن يعمل به فيتمجل أثرها^(١) .

(مادة ٢٣٠)

الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ بِوَاحِدَةٍ كَانَ أَوْ انْتَبَيْنَ لِلْحُرَّةِ لَا يَزْفَعُ أَحْكَامَ النِّكَاحِ ، وَلَا يُزِيلُ مَلَكَ الزَّوْجِ قَبْلَ مُضِيِّ الْعِدَّةِ ، بَلْ لَا تَزَالُ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً ، مَا دَامَتِ الْمَرْأَةُ فِي الْعِدَّةِ . وَإِنَّمَا تَتَنَكَّفُ فِي بَيْتِهَا الْمُضَافِ إِلَيْهِمَا بِالسُّكْنَى .

وَيُنْدَبُ جَعْلُ سُتْرَةٍ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا ، وَنَفَقَتُهَا عَلَيْهِ مُدَّةَ الْعِدَّةِ . وَلَا يَحْرُمُ دُخُولُهُ عَلَيْهَا وَلَوْ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهَا ، وَيَجُوزُ لَهُ الْاسْتِمْتَاعُ وَالْوَقَافُ ، وَيَصِيرُ بِذَلِكَ مُرَاجِعًا . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَرَثَهُ الْآخَرُ ، سَوَاءً طَلَّقَهَا زَوْجُهَا فِي حَالِ صِحَّتِهِ أَوْ فِي مَرَضِهِ بِرِضَاهَا أَوْ بِدُونِهِ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٧) : الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولاً أو فعلاً وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط ولا تتوقف الرجعة على رضاه الزوجية ولا يلزم بها مهر جديد .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : الواجبات المترتبة عن الطلاق : « بعد الخطاب على رسم الطلاق يصدر القاضي أمراً يحدد فيه الواجبات المترتبة عن الطلاق .

« يمكن للمتفارقين أو أحدهما تقديم دعوى لدى المحكمة الابتدائية للزيادة في المبالغ المحددة من طرف القاضي المكلف بالتوثيق ، أو النقص منها .

« للزوج في الطلاق الرجعي أن يراجع مطلقته بدون صداق ولا ولي أثناء العدة ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط، وبشهاد على ذلك عدلين .

« إذا أريد استئناف العلاقة الزوجية بعد الطلاق البائن دون الثلاث فلا بد من إبرام عقد زواج جديد (رسم مراجعة) .

ملاحظة :

للإدلاء بعقد الطلاق خارج أرض الوطن يعين التصديق عليه من طرف رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرة نفوذها قاضي التوثيق المخاطب على العقد، وكذا من طرف وزارة الشؤون الخارجية والتعاون .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٢) للزوج أن يراجع مطلقته رجعيًا ما دامت في العدة ولا يسقط هذا الحق بالتنازل عنه .

(٢) قول الخفيا : جاء في بدائع الصنائع (٣ / ١٨٠) : « الطلاق الرجعي فالحكم الأصلي له هو نقصان العدد ، فأما زوال الملك ، وحل الوطء فليس بحكم أصلي له لازم حتى لا يبيت للحال ، وإنما يبيت في الثاني بعد انقضاء العدة ، فإن طلقها ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانته ، وهذا عندنا ، وعند الشافعي =

= زوال حل الوطء من أحكامه الأصلية ؛ حتى لا يحل له وطؤها قبل الرجعة ، وإليه مال أبو عبد الله البصري .
وأما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا ، قال بعضهم : الملك يزول في حق حل الوطء لا غير .
وقال بعضهم : لا يزول أصلاً ، وإنما يحرم وطؤها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء في حالة الحيض ،
والنفاس . وجه قوله أن الطلاق واقع للحال ، فلا بد ، وأن يكون له أثر ناجز ، وهو زوال حل الوطء ، وزوال
الملك في حق الحل وقد ظهر أثر الزوال في الأحكام حتى لا يحل له المسافرة بها ، والحلوة ، ويوزل قسمها ،
والأقراء قبل الرجعة محسوبة من العدة ، ولهذا سمي الله تعالى الرجعة ردًا في كتابه الكريم بقوله ﷻ
﴿ وَتَوَلَّيْنَهُنَّ ﴾ أي : أزواجهن ﴿ أَسْتُرْتَهُنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ ، والرد في اللغة عبارة عن إعادة الغائب فبدل على زوال
الملك من وجه . (ولنا) قوله تعالى : ﴿ وَتَوَلَّيْنَهُنَّ أَسْتُرْتَهُنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَتَوَلَّيْنَهُنَّ ﴾ أي :
أزواجهن وقوله تعالى : ﴿ هُنَّ ﴾ كناية عن المطلقات . سماه الله تعالى زوجها بعد الطلاق ولا يكون زوجها إلا
بعد قيام الزوجية فدل أن الزوجية قائمة بعد الطلاق والله ﷻ أحل للرجل وطء زوجته بقوله ﷻ ﴿ وَكَلَيْتُمْ
لِرُجُوعِهِمْ حَتَّىٰ يَضِلُّوا ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَرْجَائِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ وقوله تعالى ﴿ يَسْأَلُكُمْ رَبُّكُمْ فَأَجَابُوا
بِرَبِّكُمْ أَنْ شِئْتُمْ ﴾ وقوله ﷻ ﴿ وَمَنْ مَاتَ بَيْنَهُمْ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ﴾ ونحو ذلك من
النصوص ، والدليل على قيام الملك من كل وجه أنه يصح طلاقه ، وظهاره ، وإبلاؤه ، ويجري اللعان بينهما ،
ويتوارثان ، وهذه أحكام الملك المطلق ، وكذا يملك مراجعتها بغير رضاها ولو كان ملك النكاح زائلاً من وجه
لكانت الرجعة إن شاء النكاح على الحرمة من غير رضاها من وجه ، وهذا لا يجوز . وأما قوله : الطلاق واقع
في الحال - فمسلم لكن التصرف الشرعي قد يظهر أثره للحال وقد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار ،
والتصرف الحسي ، وهو الرمي ، وغير ذلك ، فجاز أن يظهر أثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة ، وهو زوال
الملك ، وحرمة الوطء ، على أن له أثراً ناجزاً ، وهو نقصان عدد الطلاق ، ونقصان حل المحلية ، وغير ذلك
على ما عرف في الخلافات . وأما المسافرة بها ، فقد قال زفر من أصحابنا : إنه يحل له المسافرة بها قبل
الرجعة . وأما على قول أصحابنا الثلاثة فإنما لا تحمل لا لزوال الملك بل لكونها معتدة وقد قال الله تعالى في
المعتدات ﴿ لَا تَحْزَنْ جُرُومُ بِيُوتِهِنَّ وَلَا تَحْزَنْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفِتْنَةٍ تَتَّبِعُونَ ﴾ نهى الرجال عن الإخراج ،
والنساء عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة ؛ لتزول الحرمة ثم يسافر . وأما الحلوة فإن كان من قصده
الرجعة لا يكره ، وإن لم يكن من قصده المراجعة يكره ، لكن لا لزوال النكاح وارتفاع الحل بل للإضرار بها ؛
لأنه إذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فمتى خلا بها يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجعاً
لها ثم يطلها ثانياً فيؤدي إلى تطويل العدة عليها فتضرر بذلك ، وهو معنى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ مُسْتَبْرَآتٍ
لِيَسْتَدْرَأَ ﴾ ، وكذلك القسم ؛ لأنه لو ثبت القسم لحلا بها فيؤدي إلى ما ذكرنا إذا لم يكن من قصده أن
يراجعها ، حتى لو كان من قصده أن يراجعها لكان لها القسم وله الحلوة بها ، وإنما احتسبنا الأقراء من العدة
لانقضاء الطلاق سبباً لزوال الملك ، والحل للحال على وجه يتم عليه عند انقضاء العدة ، وهو الجواب عن قوله :
إن الله تعالى سمي الرجعة ردًا ؛ لأنه يجوز إطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما في
البيع بشرط خيار المتعاقدين أنه يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ ، وإن لم يزل الملك عن البائع ولم يبت
للمشترى ؛ لانقضاء سبب الزوال بدون الزوال ، ويكون الرد فسحاً للسبب ، ومنعاً له عن العمل في إثبات =

١٢٨٦ - ومتى وقع الطلاق رجعيًا سواء كان بصريح لفظ الطلاق أو بكناية من كنياته وسواء كان واحدة أو اثنتين بالنسبة للحرّة ؛ لأن الرقيقة من وقع عليها طلقتان كان الطلاق بائنًا بينونة كبرى كما تقدم لك ذلك مفصلاً مع ما فيه من الخلاف في شرح مادة (٢٢٤) ترتب عليه حكمه وهو أنه لا يزيل الملك ولا الحل بمعنى أن الزوج إذا أراد ردها إليه جاز له ذلك بدون عقد ومهر جديدين رضيت أو لم ترض ؛ لأن الملك باق والحل موجود فلا يشترط لردها إليه تزوجها بغيره بخلاف الطلاق البائن بينونة صغرى فإنه يزيل الملك لا الحل فلو أراد الزوج ردها إلى عصمته فلا بد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها بذلك لزوال الملك ولكن لا يشترط تزوجها بغيره ؛ لأن الحل باق وبخلاف الطلاق البائن بينونة كبرى فإنه يزيل الملك والحل فإذا أراد الزوج إرجاعها إليه فلا بد من العقد والمهر والرضا ؛ لزوال الملك ، ولا بد أيضًا من تزوجها بغيره حتى يحلها له لزوال الحل .

١٢٨٧ - ولكن محل كون الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ما دامت المرأة في العدة فإن انقضت عدتها بانت منه فيشترط ما يشترط في البائن بينونة صغرى ويؤخذ من حكم الطلاق الرجعي أنه لا يؤثر على الزوجة بشيء بل لا تزال الزوجية قائمة ما دامت المرأة في العدة وبناء على ذلك فالزوجة لا تخرج من البيت الساكنة هي فيه مع الزوج قبل الطلاق بل تبقى مقيمة به حتى تنقضي العدة لقوله تعالى : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحْشَةٍ مُّبِينَةٍ ﴾ ^(١) نزلت في الطلاق الرجعي بدليل السياق وهو قوله تعالى ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِأَعْدَتِهِنَّ ﴾ ^(٢) ويدخل عليها بغير إذنها ولا يعلمها بدخوله ولكن محل ذلك إذا كان قصده مراجعتها ، فإن لم يكن قاصدًا الرجعة فالأحسن أن يعلمها لأنه يخاف أن يقع بصره على موضع منها لو نظر إليه بشهوة يصير به مراجعًا فيحتاج إلى طلاقها فتطول عليها العدة فتضرر بذلك ومثل هذا في الحكم اتخاذ ستره بينهما .

١٢٨٨ - وتجب عليه نفقتها ما دامت في العدة ويجوز له الاستمتاع والوقاع ويصير بذلك مراجعًا ؛ لأن الرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل كما سيأتي في

= الزوال . كذا هنا . ويستحب لها أن تتشوف ، وتترين ؛ لأن الزوجية قائمة من كل وجه ، ويستحب لها ذلك لعل زوجها يراجعها ، وعلى هذا يني حق الرجعة أنه ثابت للزوج بالإجماع سواء كان الطلاق واحدًا ، أو اثنتين ، أما عندنا فلقيام الملك من كل وجه ، وأما عنده فلقيامه فيما وراء حل الوطاء .

المادة التالية لهذه .

١٢٨٩ - وإذا مات أحد الزوجين والمرأة في العدة ورثه الآخر مطلقاً أي سواء كان الطلاق الرجعي في حال صحته أو في حال مرضه وسواء كان بطلبها أو بغيره بخلاف الطلاق البائن فإنه إذا مات أحد الزوجين والمرأة في العدة فلا يرثه الآخر إلا إذا كان الطلاق في حال مرض الزوج ، وقامت قرينة على أن غرضه حرمانها من الإرث كما استعرفه في باب طلاق المريض .

١٢٩٠ - فينتج مما ذكر أن الطلاق الرجعي لا يؤثر على شيء من الحقوق المترتبة على عقد الزواج ما دامت المرأة في العدة وكان قصد الزوج المراجعة وإنما تأثيره في عدد الطلاق فبعد أن كان الزوج يملك ثلاث طلاقات صار لا يملك إلا اثنتين إن كان الطلاق بواحدة وإن كان باثنتين فلا يملك إلا واحدة .

(مادة ٢٣١)

كُلُّ مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ الْمَدْخُولَ بِهَا حَقِيقَةً تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ كَذَلِكَ لَوْ حُرَّةً فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَهَا ، وَلَوْ قَالَ : لَا رَجْعَةَ لِي بِدُونِ حَاجَةٍ إِلَى تَجْدِيدِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَلَا إِلَى اشْتِرَاطِ مَهْرٍ جَدِيدٍ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ، سَوَاءً عَلِمَتْ بِالرَّجْعَةِ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ ، وَسَوَاءً رَضِيَتْ بِهَا أَوْ أَبَتْ .

وَلَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . وَلَا رَجْعَةَ فِي عِدَّةِ الْمُطَلَّاقَةِ بَعْدَ الْحُلُوءِ ، وَلَوْ كَانَتْ الْحُلُوءَ صَحِيحَةً (١) .

١٢٩١ - فقد علم أن من وقع عليه الطلاق الرجعي له أن يراجع زوجته بدون احتياج إلى عقد ومهر جديدين ولا إلى رضاها وهذا الحق ثابت له ، ولو قال وقت الطلاق : لا رجعة لي لأن هذا تغيير للمشروع فلا يعول عليه .

(١) قول الحنفية : جاء في الهداية (١٥٨/٤) : « وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض ؛ لقوله تعالى ﴿ فَأَنْكِرُوا بُيُوتَكُمْ ﴾ من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ؛ ألا ترى أنه سمي إمساكاً وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة ؛ لأنه لا ملك بعد انقضائها . »

١٢٩٢ - ولكن يشترط في ثبوت الرجعة أن تكون الزوجة مدخولاً بها حقيقة فإذا لم تكن مدخولاً بها أصلاً وأوقع عليها طلاقاً فلا تثبت الرجعة ؛ لأن كل طلاق يقع على غير المدخول بها يكون بائناً ولأن فائدة الرجعي إنما تظهر في العدة والمطلقة قبل الدخول بها لا عدة عليها فلا يكون الطلاق رجعيًا فلا تثبت الرجعة .

١٢٩٣ - ومثل غير المدخول بها أصلاً المدخول بها حكماً فلا رجعة بعد طلاقها ولو كانت في العدة فإذا تزوج رجل امرأة واختلى بها خلوة صحيحة وطلقها لزمتهما العدة ولا يملك زوجها الرجعة ، ولو كان الطلاق الذي أوقعه يقع به الرجعي في المدخول بها حقيقة وإنما انفرد الزوج بالرجعة في العدة لا بعدها لقوله تعالى : ﴿ وَيُؤْتِيَهُنَّ أَجْرَهُنَّ مِمَّا بِيَدِهِنَّ ﴾ ^(١) أي لهم حق الرجعة فهذه الآية تدل على مشروعية الرجعة وعدم اشتراط رضاها بها واشترطت العدة لأنه بعد انقضائها لا يسمى بعلاً فليس له حق بل هو والأجنبي سواء ^(٢) .

(مادة ٢٣٢)

تَصِيحُ الرَّجْعَةِ قَوْلًا بِ : رَاجَعْتُكَ ، وَنَحْوِهِ خَطَابًا لِلْمَرْأَةِ ، أَوْ : رَاجَعْتُ زَوْجِي . إِنْ كَانَتْ عَزِيْرًا مُخَاطَبَةً .
وَفِعْلًا بِالْوِقَاعِ وَذَوَائِعِهِ الَّتِي تُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَوْ اخْتِلَاسًا مِنْهُ أَوْ مِنْهَا ^(٣) .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٣) أ - تقع الرجعة بالفعل أو القول أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة .

ب - توثق الرجعة وتعلم بها الزوجة في الحال .

(٣) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٨٢/٣) : « ركن الرجعة فهو قول أو فعل يدل على الرجعة : أما القول فنحو أن يقول لها : راجعتك ، أو رددتك ، أو رجعتك ، أو أعدتلك ، أو راجعت امرأتي ، أو راجعتها ، أو رددتها ، أو أعدتها ، ونحو ذلك ؛ لأن الرجعة رد ، وإعادة إلى الحالة الأولى ، ولو قال لما نكحتك أو تزوجتك كان رجعة في ظاهر الرواية . وروي عن أبي حنيفة أنه لا يكون رجعة ؛ وجه هذه الرواية أن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه ، فكان قوله : نكحتك إثبات الثابت ، وأنه محال فلم يكن مشروعًا فكان ملحقة بالعدم شرعًا فلم يكن رجعة بخلاف قوله : راجعتك ؛ لأن ذلك ليس بإثبات النكاح بل هو استيفاء النكاح الثابت ، وأنه محل للاستيفاء ؛ لأنه انعقد سبب زواله ، والرجعة فسخ السبب ، ومنع له عن العمل فيصح . وجه ظاهر الرواية أن النكاح ، وإن كان ثابتًا حقيقة لكن المحل لا يحتمل الإثبات فيجعل مجازًا عن استيفاء =

الثابت لما بينهما من المشابهة تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان ، وقد قيل في أحد تأويلي قوله تعالى ، ﴿ وَيُؤْتَيْنَهُنَّ مِمَّا رَزَقَهُنَّ رِجْعًا فِدْلًا عَلَىٰ ثُبُوتِ الرَّجْعَةِ بِالنِّكَاحِ . وَأَمَّا الْفِعْلُ الدَّالُّ عَلَى الرَّجْعَةِ فَهُوَ أَنْ يَجَامِعَهَا أَوْ يَمْسُ شَيْئًا مِنْ أَعْضَائِهَا شَهْوَةً أَوْ يَنْظُرَ إِلَىٰ فَرْجِهَا عَنْ شَهْوَةٍ أَوْ يَوْجِدُ شَيْءًا مِنْ ذَلِكَ هَهُنَا عَلَىٰ مَا بَيْنَا ، وَوَجْهٌ دَلَالَةٌ هَذِهِ الْأَفْعَالُ عَلَى الرَّجْعَةِ مَا ذَكَرْنَا فِيهَا تَقْدِمًا ، وَهَذَا عِنْدَنَا ، فَأَمَّا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، فَلَا تُثَبِّتُ الرَّجْعَةُ إِلَّا بِالْقَوْلِ بِنَاءً عَلَىٰ أَصْلٍ مَا ذَكَرْنَاهُ .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (١٤٧/٨ ، ١٤٨) : « (وتحصل) الرجعة بالصريح والكناية ولو بغير العرية مع القدرة عليها فمن الصريح أن يأتي (براجعتك ، ورجعتك ، وارجعتك) أي بواحد منها لشيوعها وورودها ، وكذا ما اشتق منها كانت مراجعة ، أو مرتجعة ، كما في التمتع ، ولا يشترط إضافتها إليه بنحو إليّ أو إلى نكاحي لكنه مندوب بل إليها كفلانة أو لضميرها كما ذكره أو بالإشارة كهذه فمجرد راجعت لغو (والأصح أن الرد والإمساك) وما اشتق منهما (صريحان) لورودهما في القرآن والأول في السنة أيضًا ، ومن ثم كان أشهر من الإمساك بل صوب الإسنوي أنه كناية كما نص عليه وتتحصر صرائحها فيما ذكر (وأن التزويج والنكاح كتابتان) لعدم شهرتهما في الرجعة سواء أتى بأحدهما وحده كتزويجتك أو مع قبول بصورة العقد (وليقل : رددتها إليّ أو إلى نكاحي) حتى يكون صريحًا ؛ لأن الرد وحده المتبادر منه إلى الفهم ضد القول فقد يفهم منه الرد إلى أهلها بسبب الفراق فاشتراط ذلك في صراحته خلافًا لجمع ليتنفي ذلك الاحتمال وبه فارق عدم الاشتراط في رجعتك مثلًا وقضية كلام الروضة وأصلها أن الإمساك كذلك لكن جزم البغوي كما نقلاه بعد عنه وأقره بنذب ذلك فيه .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٨١ ، ٨٠/٤) : « الرجعة تكون مع النية المقارنة للقول المحتمل نحو أمسكتها ، ورجعتها ، لأنه يحتمل رجعت عن محبتها وأمسكتها تعديتًا لها ، فقلوه بقول مع نية أي بقول محتمل كما مثل له وأما القول بالصريح فلا يحتاج إلى نية كارتجعت ، وارجعتها ، ورددتها لنكاحي ابن عرفة الأظهر عدم افتقار الصريح لنية . وأشار بقوله (أو نية على الأظهر) لقول ابن رشد الصحيح أن الرجعة تصح بمجرد النية لأن اللفظ عبارة عما في النفس فإذا نوى في نفسه أنه قد راجعها واعتقد ذلك في ضميره صحت رجعتها فيما بينه وبين الله تعالى . ذكره ابن عبد السلام . وبجز وجود هذا القول منصوصًا عليه في المذهب إنما هو تخريج ابن الماز . ونية الرجعة بالقلب لا تنفع إلا مع فعل مثل جسة لشهوة أو نظر فرج وما قاربها فإن لم يفعل ذلك لم تنفعه النية وإليه أشار بقوله : (وصحح خلافه) وعليه فلو نوى ثم أصاب فإن بعد ما بينهما فليس برجعة ، وإن تقدمت النية يسير ، فقولان . وتظهر فائدة كون الرجعة فيما بينه وبين الله فيما إذا انقضت العدة ، وعاشرها معاشره الأزواج ، ورفع للقاضي بسبب ذلك ، فأقام بينة على إقراره أنه راجعها قبل انقضاء العدة بالنية ، فإن القاضي يمتنع منها ، وإن ماتت بعد انقضاء العدة ، وأقام بينة برجعتها فيها بالنية ، فإنه يحل له إزمتها فيما بينه وبين الله تعالى ، فإذا رفع للقاضي فإنه يمتنع منه .

أو بقول ولو هرزلاً في الظاهر لا الباطن المشهور وهو مذهب المدونة أن القول بالصريح المجرى عن النية يكون كافيًا في صحة الرجعة ولو كان هازلاً فيه ؛ لأن هرزله جد وينفقه ذلك في ظاهر الحال ولا يصدق فيما ادعاه من عدم النية فيؤخذ بالنفقة وغيرها من الأحكام لا فيما بينه وبين الله فقلوه أو بقول أي صريح بدليل قوله لا بقول محتمل كارجعتها والواو في قوله ولو هرزلاً ينبغي أن تكون للحال لا للمبالغة وإلا تكرر ما قبلها مع قوله بقول مع نية . =

= لا بقول محتمل بلا نية كأعدت الحل أو رفعت التحريم تقدم أن القول الصريح العاري عن النية يكون كافياً في صحة الرجعة وأشار هنا إلى أن القول المحتمل العاري عن النية وعن الدلالة الظاهرة لا يكون كافياً في صحة الرجعة ، كقوله أعدت الحل أو رفعت التحريم ؛ فإنه محتمل للرجعة ولغيرها ولما أنهى الكلام على عمل اللسان والقلب شرع في فعل الجوارح ، فقال . ولا يفعل دونها كوطء يعني أن الرجعة لا تحصل بفعل مجرد عن نية الرجعة ، ولو بأقوى الأفعال كوطء ، وأحرى قبلة ولمس ، والدخول عليها من الفعل فإذا نوى به الرجعة كفى قوله بعض الشراح ويستبرئها من الوطء ، ولا يجمعها في زمن الاستبراء بالوطء بل بغيره وإنما لم يكن الوطء رجعة حتى ينويها به وكان وطء المبيعة بخيار اختياراً ولو لم ينوه ، لأن المبتاع جعل له البائع الخيار وأباح له الوطء به ففعل مباحاً وتم به ملكه ، والفرق بين النية - فقط - تكون رجعة بخلاف الفعل أن النية موضوعة للرجعة بخلاف الفعل ولا صدق يعني أنه إذا وطئها في العدة وطئاً عارياً عن نية الرجعة وقتلنا : لا تحصل له به الرجعة ، فإنه لا صدق عليه لها بذلك الوطء على المشهور وإن استمر وانتقضت لحقها طلاقه على الأصح يعني أنه إذا طلقها طلاقاً رجعياً واستمر على وطئها ولم يرد بذلك الرجعة إلى أن انقضت العدة ثم حث فيها بالثلاث أو طلقها فإنه يلزمه الثلاث مراعاة لقول ابن وهب بصحة رجعتة فهو كمتطلق في نكاح مختلف فيه ابن عبد السلام وهو الصحيح وإليه الإشارة بقوله على الأصح ، وقال أبو محمد : لا يلحقها إذ قد بانت منه ، قال في توضيحه : والأول أظهر وانظر التلذذ بها من غير وطء إذا حصل بلا نية ، وطلق هل يلحقه الطلاق كما إذا وطئ بلا نية أم لا ؟ وهو ظاهر كلام الشارح ومن وافقه ثم إن الخلاف إذا جاء مستفتياً وأما إن أسرتة البينة فإنه يلحقه باتفاق .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٤٠٣/٧ - ٤٠٥) : « ظاهر كلام الحنفي ، أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول ؛ لقوله : المراجعة أن يقول . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها استباحة بضع مقصود ، أمر بالإشهاد فيه ، فلم تحصل من القادر بغير قول ، كالنكاح ، ولأن غير القول فعل من قادر على القول ، فلم تحصل به الرجعة ، كالإشارة من الناطق ، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية ، تحصل الرجعة بالوطء ، سواء نوى به الرجعة ، أو لم ينو . اختارها ابن حامد ، والقاضي ، وهو قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، وأصحاب الرأي . قال بعضهم : ويشهد . وقال مالك ، وإسحاق : تكون رجعة إذا أراد به الرجعة ؛ لأن هذه مدة تفضي إلى بينونة ، فترتفع بالوطء ، كمدة الإلاء ، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار ، فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله ، كوطء البائع الأمة المبيعة في مدة الخيار . وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا : الوطء مباح . حصلت الرجعة به ، كما ينقطع به التوكيل في طلاقها . وإن قلنا : هو محرم . لم تحصل الرجعة به ؛ لأنه فعل محرم ، فلا يكون سبباً للحل ، كوطء المحلل . فأما إن قبلها ، أو لمسها لشهوة ، أو كشف فرجها ونظر إليه ، فالمتصور عن أحمد أنه ليس برجعة .

وقال ابن حامد : فيه وجهان : أحدهما : هو رجعة . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه استمتاع يستباح بالزوجة ، فحصلت الرجعة به كالوطء . والثاني : أنه ليس برجعة ؛ لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر ، فلا تحصل به الرجعة ، كالنظر . فأما الحلوة بها ، فليس برجعة ؛ لأنه ليس باستمتاع . وهذا اختيار أبي الخطاب . وحكي عن غيره من أصحابنا ، أن الرجعة تحصل به ؛ لأنه معنى يحرم من الأجنبية ، ويحل من الزوجة ، فحصلت به الرجعة ، كالاستمتاع . والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها ؛ لأنها لا تبطل اختيار المشتري للأمة ، فلم تكن رجعة ، كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير شهوة ، والنظر لذلك ونحوه ، فليس برجعة ، لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة ، فأشبه الحديث معها . .

١٢٩٤ - ولا يشترط أن تكون الرجعة بالقول بل كما تصح به تصح بالفعل أيضًا فالقول كأن يقول الزوج : راجعتك أو ارتجعتك أو رددتك إذا كانت المرأة مخاطبة أو راجعت زوجتي إلى عصمتي إن كانت غير مخاطبة ، وإالفعل يكون بما يوجب حرمة المصاهرة وهو الوقاع واللمس بشهوة والنظر كذلك إلى محل مخصوص ، ولو كان ذلك اختلاصًا منه ، وأما إذا كان منها فالظاهر إنه لا يكون رجعة إلا إذا ترتب على لمسها له بشهوة أو نظرها إلى عضو مخصوص منه اشتهاؤه ؛ إلا لأن الرجعة له لا لها .

١٢٩٥ - وقال الشافعي : لا تصح الرجعة إلا بالقول عند القدرة عليه بأن لا يكون أخرس أو معتقل اللسان فلا يجوز له وقاعها ولا لمسها بشهوة حتى يراجعها قولًا واستدل بزوال الزوجية لوجود القاطع ؛ لأن الطلاق عبارة عن رفع القيد وبقاء الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة فانعدمت الزوجية ضرورة ؛ ولهذا تحتسب الأقران من العدة ، ومع بقاء النكاح لا تحتسب .

١٢٩٦ - واستدل الخنفية بقوله تعالى : ﴿ وَتَوَلَّوْنَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ ^(١) سماه بعلاً وهو الزوج وجعله أحق بردها فدل على بقاء النكاح لأنه لا يقدر أحد على تملك الأجنبية بغير رضاها والرد لا يدل على الزوال وإنما هو عبارة عن ردها إلى حالتها الأولى ؛ لأنها كانت بحيث لا تبين بثلاث حيض فبالطلاق حصل لها ذلك ثم ترد بالرجعة إلى حالتها

= فأما القول فتحصل به الرجعة . بغير خلاف . وألفاظه : راجعتك ، وارتجعتك ، ورددتك ، وأمستك ؛ لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة ، فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه : ﴿ وَتَوَلَّوْنَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ . وقال : ﴿ فَأَنْبِكُفْرَهُ يَمْرُوفٍ ﴾ يعني : الرجعة . والرجعة وردت بها السنة بقول النبي ﷺ : « مره فليراجعها » . وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف ، كاشتهار اسم الطلاق فيه ، فإنهم يسمونها رجعة ، والمرأة رجعية . ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده ، لاشتهاره دون غيره ، كقولنا في صريح الطلاق ، والاحتياط أن يقول : راجعت امرأتي إلى نكاحي أو زوجتي . أو راجعتنا لما وقع عليها من طلاقي . فإن قال : نكحتها . أو : تزوجتها . فهذا ليس بصريح فيها ؛ لأن الرجعة ليست بنكاح . وهل تحصل به الرجعة ، فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تحصل به الرجعة ؛ لأن هذا كناية ، والرجعة استباحة بضع مقصود ، ولا تحصل بالكناية ، كالنكاح . والثاني ، تحصل به الرجعة . أو أمأ إليه أحمد . واختاره ابن حامد ؛ لأنه يتباح به الأجنبية ، فالرجعية أولى . وعلى هذا ، يحتاج أن ينوي به الرجعة ؛ لأن ما كان كناية تعتبر له النية ، ككنايات الطلاق . فإن قال : راجعتك للحمية . أو قال : للإهانة . وقال : أردت أنني راجعتك لحييتك إياك ، أو إهانة لك . صحت الرجعة ؛ لأنه أتى بالرجعة ، وبين سببها . وإن قال : أردت أنني كنت أهنتك ، أو أهجك ، وقد رددتك بفراقك إلى ذلك . فليس برجعة . وإن أطلق ولم ينو شيئاً ، صحت الرجعة . ذكره القاضي ؛ لأنه أتى بصريح الرجعة ، وضم إليه ما يحتمل أن يكون يائناً لسببها ، ويحتمل غيره ، فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك . وهذا مذهب الشافعي .

(مادة ٢٣٣)

يَلْزَمُ أَنْ تَكُونَ الرَّجْعَةُ مُنْجِزَةً فِي الْحَالِ ، فَلَا يَصِحُّ إِضَافَتُهَا إِلَى وَقْتِ مُسْتَقْبَلٍ ، وَلَا تَغْلِيْقُهَا بِشَرْطٍ (٢) .

١٢٩٧ - والرجعة لا تصح إلا إذا كانت منجزة كقول الزوج : راجعت زوجتي إن لم تكن مخاطبة أو راجعتك إن كانت مخاطبة فلو أضافها إلى زمن مستقبل بأن قال : راجعت زوجتي بعد عشرة أيام مثلاً أو علقها بشرط بأن قال : إن حصل كذا فقد راجعتك فلا تصح الرجعة ، ولكن إذا كان مدلول فعل الشرط محققاً أي موجوداً وقت التكلم صحت ، فإذا قال الزوج : إن كنت فعلت ما أمرتك به فقد راجعتك وكانت قد

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٦) : تعليق الطلاق بالشرط صحيح وكذا إضافته إلى المستقبل ورجوع الزوج عن الطلاق المعلق والمضاف لزمان مستقبل غير مقبول .

(٢) قول الحنفية : جاء في الميسوط (٢٢/٦) : « وتعليق الرجعة بالشرط باطل وكذلك الإضافة إلى وقت حتى إذا قال : راجعتك غداً أو إذا جاء غد فهو باطل لأنه استدامة الملك فلا يحتمل التعليق بالشرط كأصل النكاح وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة بخلاف الطلاق ، وهو نظير الإذن للعبد والتوكيل يحتمل التعليق بالشرط لأنه إطلاق ورفع للقيد والحجر على العبد وعزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه تقييد » .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٦١/٥) : « وإذا قال الرجل لامرأته وهي في العدة من طلاقه إذا كان غداً فقد راجعتك وإذا كان يوم كذا وكذا فقد راجعتك وإذا قدم فلان فقد راجعتك وإذا فعلت كذا فقد راجعتك فكان كل ما قال لم يكن رجعة ، ولو قال لها : إن شئت فقد راجعتك فقالت قد شئت . لم تكن رجعة حتى يحدث بعدها رجعة . وهذا مخالف قوله إن شئت فأنت طالق » .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٨٤/٤) : « اختلف في الرجعة إذا كانت متعلقة غير منجزة كقوله : إذا كان في غد فقد راجعتك هل تبطل حالاً ومآلاً ولا تصح رأساً لأن الرجعة ضرب من النكاح وهو لا يصح مؤجلاً ولاحتياجها لنية مقارنة أو تبطل الآن فقط وتكون صحيحة غداً ؛ لأنها حق للزوج فله تعليقها ، وعليه فلا يطؤها ولا يستمتع بها قبل مجيء غد أي إنها قبل مجيئها حكمها حكم من لم تراجع فإن انقضت عدتها قبل مجيء غد لوضع أو حيض أو تم زمانها إن كانت بالأشهر فلا تصح رجعتها بمجيء غد وعلى الأول لو طئ وهو يرى أن رجعته صحيحة كان وطؤها رجعة أي لأنه فعل قارنته النية » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤٠٥/٧) : « ولا يصح تعليق الرجعة على شرط ؛ لأنه استباحة فرج مقصود ، فأشبهه النكاح ، ولو قال : راجعتك إن شئت . لم يصح كذلك . ولو قال : كلما طلقتك فقد راجعتك . لم =

فعلته صحت الرجعة ، وليس هذا خاصًا بالرجعة بل كل شيء نُصِّوا على أنه لا يصح تعليقه بالشرط كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والقسمة والصلح متى كان مدلول فعل الشرط محققًا صحَّ ؛ لأن التعليق في هذه الحالة يكون ظاهرًا فقط ، وفي الحقيقة هو منجز وقد تقدم هذا المبحث في شرح مادة (١٢) .

(مادة ٢٣٤)

الرُّجْعَةُ صَحِيحَةٌ بِلَا شُهُودٍ ، وَبِلَا عِلْمِ الْمَرْأَةِ . إِلَّا أَنَّهُ يُنْدَبُ لِلْمُرَاجَعِ أَنْ يُغْلِمَ الْمَرْأَةَ بِهَا إِذَا زَاجَعَهَا قَوْلًا ، وَأَنْ يُشْهَدَ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ عَلَيْهَا ، وَلَوْ بَعْدَ حُضُورِهَا فِعْلًا ^(١) .

١٢٩٨ - ولا يشترط لصحة الرجعة علم المرأة بها ، فلو راجعها قولًا ولم يعلمها صحت ، ولكن الأحسن إعلامها لما يترتب على عدم الإعلام من النزاع في المستقبل ؛ لأنها إذا لم تعلم بها وانقضت العدة وقال الزوج : كنت راجعتك فيها فربما تنكر لعدم علمها فيحصل النزاع .

١٢٩٩ - وكما أنه لا يشترط لصحة الرجعة إعلام المرأة كذلك لا يشترط الإشهاد عليها لصحتها بل هي صحيحة وإن لم يشهد سواء حصلت الرجعة قولًا أو فعلًا ولكن الأحسن أن يشهد عليها شاهدين عدلين ليتأتى له إثباتها عند إنكار الزوجة وليتباعه عن الوقوف في مواضع التهم ؛ لأن الناس عرفوه مطلقًا ، فيتهم بالعمود معها .

١٣٠٠ - وليس هذا خاصًا بالرجعة بل هو عام في العقود وغيرها إلا عقد الزواج فإنه يشترط الإشهاد عليه لصحته كما عرفته في مبحث شروط صحة الزواج .

= يصح كذلك . ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة ، فأشبهه الطلاق قبل النكاح . وإن قال : إن قدم أبوك ، فقد راجعتك . لم يصح ؛ لأنه تعليق على شرط .

(١) قول الخفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٨/١) : الرجعة على ضربين : سني وبدعي . فالسني أن يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها شاهدين ويعلمها بذلك ، فإذا راجعها بالقول نحو أن يقول لها : راجعتك أو راجعت امرأتي ولم يشهد على ذلك أو أشهد ولم يعلمها بذلك فهو بدعي مخالف للسنة ، والرجعة صحيحة وإن راجعها بالفعل مثل أن يطأها أو يقبلها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة فإنه يصير مراجعًا عندنا إلا أنه يكره له ذلك ويستحب أن يراجعها بعد ذلك بالإشهاد كذا في الجوهرة النيرة .

(مادة ٢٣٥)

تَنْقِطُ الرَّجْعَةُ وَتَمْلِكُ الْمَرْأَةُ عِصْمَتَهَا ، إِذَا طَهَّرَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الْأَخِيرَةِ لِتَمَامِ عَشْرَةِ أَيَّامٍ ، وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ^(١) .

• • •

١٣٠١ - والرجعة لا تصح إلا إذا كانت الزوجة في العدة فإن انقضت العدة فلا رجعة وتملك المرأة عصمتها فإذا أراد ردها إليه حينئذ فلا بد من عقد ومهر جديدين ويشترط رضاها .

١٣٠٢ - والعدة إما أن تكون بالأشهر إن لم تكن المرأة من ذوات الحيض أو بالحيض إن كانت الزوجة ممن تحيض ، فإن كانت بالأشهر فبمجرد انقضاء آخر لحظة من الشهر الثالث انقضت العدة وإن كانت بالحيض فإما أن يكون انقطاع الدم من الحيضة الثالثة لأكثر الحيض وهو عشرة أيام أو يكون انقطاعه لأقل منها .

١٣٠٣ - فإن كان الأول انقضت العدة بمجرد انقطاعه سواء اغتسلت أو لم تغتسل .

١٣٠٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا انقطع لأقل من عشرة أيام فلا يحكم بطهارتها ولا تنقضي عدتها إلا بواحد من أمور ثلاثة :

١٣٠٥ - الأول : أن تغتسل .

١٣٠٦ - الثاني : أن تتيمم وتصلي .

١٣٠٧ - الثالث : أن تتقرر في ذمتها صلاة ، وكل من الأول والثاني لا يحتاج إلى بيان وأما الثالث فمعناه أن المرأة إذا حاضت سقط عنها الصوم والصلاة فلا يجبان عليها ولا يصحان منها ، فإذا طهرت من الحيض لزمها أن تقضي الصوم لا الصلاة ؛ لأن في تكليفها بقضاء الصلاة حرجاً لتكرارها في اليوم خمس مرات فيدفع الحرج بخلاف الصوم فإنه شهر في كل سنة فليس في تكليفها بقضائه حرج ، ولكنها تقضي الفرض الذي طهرت في وقته إذا انقطع الدم عنها ، والباقي من وقت الفرض يسع الاغتسال وتكبيرة الإحرام فلو كان الوقت الباقي لا يسع ذلك فلا يجب عليها .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢٥١/٢) : « لو طلقها ثلاثاً تحرم عليه حرمة غليظة فلا يتصور فيها المراجعة ، والطلقتان في الأمة كالثلث في الحرة » .

١٣٠٨ - فإذا فرضنا أن الدم انقطع عنها أثناء وقت الظهر والباقي منه أي قبل دخول وقت العصر يسع اغتسالها وتكبيره الإحرام وجبت عليها صلاة الظهر فإن أدتها في هذا الوقت فيها وإن لم تؤدها حتى دخل وقت العصر تقررت صلاة الظهر في ذمتها ، فيجب عليها قضاؤها فإن كان الوقت الباقي من وقت الظهر بعد انقطاع الدم لا يسع ما ذكر فلا تلزمها صلاة الظهر ، فإذا دخل وقت العصر فلا يلزمها قضاؤها ؛ لأنها لم تنقصر في ذمتها فلا تنقضي عدتها في هذه الحالة إلا إذا خرج وقت العصر لتقرر صلاة العصر في ذمتها إن لم تؤدها في وقته وإنما انقطعت الرجعة بمجرد انقطاع الدم لأكثر الحيض ، ولم تنقطع إذا ارتفع الدم لأقل من الأكثر إلا بواحد من الثلاثة المتقدمة لأن الحيض لا مزيد له على العشرة فبتمامها يحكم بطهارتها وانقضاء العدة اغتسلت أو لم تغتسل أما إذا انقطع لأقل من العشرة فيمكن أن يعود ويكون دم حيض فلا بد من تأكيد الانقطاع شيء من أحكام الطاهرات .

١٣٠٩ - وقال محمد : لا تشتط الصلاة بالفعل في التيمم لانقطاع الرجعة بل تنقطع بالتيمم وإن لم تصل وهذا هو القياس لأن التيمم عند عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال بدليل جواز الصلاة وجواز دخول المسجد وغيره ، ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة أدت وبين الحكم بجواز الإقدام على أدائها إذ كل واحد منهما تشتط له الطهارة فإذا كان كالاغتسال في حق تلك الأحكام فكذا في حق هذا الحكم بل أولى ؛ لأن انقطاع الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط .

١٣١٠ - واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بأن طهارة التيمم ضرورة لكونه تلويناً حقيقة ، وهو لا يرفع الحدث ييقين ولذا لو وجد الماء كان محدثاً بالحدث السابق وإنما جعل طهارة ضرورة للحاجة إلى أداء الصلاة كيلا تتضاعف الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها وهو أداء الصلاة وتوابعها من دخول المسجد وقراءة القرآن فهو في حق الرجعة عدم إلا إذا حكمنا بجواز الصلاة بالأداء فيلزمه الحكم بطهارتها ضرورة صحة الصلاة لأنها لا تصح إلا من الطاهرات فيلزمه انقطاع الرجعة ضرورة حكمنا بالطهارة .

(مادة ٢٣٦)

إِذَا وَقَعَ نِزَاعٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، فَأَدْعَبَتِ الْمَعْتَدَةُ أَنْقِضَاءَ عِدَّتِهَا بِالْحَيْضِ ، وَأَدْعَى الزَّوْجُ عَدَمَ انْقِضَائِهَا ، وَأَنَّ لَهُ حَقَّ الرَّجْعَةِ ، تُصَدَّقُ الْمَرْأَةُ بِبَيْمِينِهَا ، وَتَخْرُجُ مِنَ الْعِدَّةِ إِنْ كَانَتْ

الْمُدَّةُ تَحْتِمَلُهُ . وَأَقْلُ مُدَّةٌ عِدَّةٌ بِحَيْضٍ : بِسُتْرٍ يَوْمًا لِلْحُرَّةِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٥١/٢) : (وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له : قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة) . وقال أبو يوسف : القول قول الزوج وتصح الرجعة والخلاف فيما إذا قالت له على الفور متصلا بكلامه أما إذا سكنت ساعة ثم قالت له ذلك صحت الرجعة بالإجماع وتستحلف في هذه المسألة عند أبي حنيفة ؛ لأنها بنكولها تبذل الامتناع من الأزواج والكون في منزل الزوج وهذا مما يصح بذله فلهذا صح منها ، ولا يقال : إذا نكلت صحت الرجعة ، والرجعة لا يصح بذلها فنقول إنما ثبت بنكولها العدة والزوج يملك الرجعة من طريق الحكم لبقاء العدة لا بقولها ولو بدأت المرأة بالكلام فقالت : انقضت عدتي فقال الزوج مجيبا لها موصولاً بكلامها : راجعتك لم تصح الرجعة كذا في المحندي .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٨/٥ ، ٩) : (وإذا ادعت) المعتدة البالغة العاقلة (انقضاء عدة أشهر) كأن تكون آيسة (وأنكر) زوجها ذلك (صدق يمينه) لرجوع ذلك إلى الاختلاف في وقت طلاقه ، والقول قوله فيه فكذا في وقته ؛ لأن القاعدة أن من قبل قوله في شيء قبل قوله في صفته ، ولو انعكست الصورة فإن ادعى الانقضاء وأنكرت صدقت يمينها كما في الروضة وأصلها ؛ لأنها غلظت على نفسها كذا قاله ، قال الإسوي : وهذا بالنسبة لتطويل العدة خاصة ، وأما النفقة في المدة الزائدة على ما يقوله الزوج فلا تستحقها كما قاله صاحب الشامل والكانفي ، وحكاها في البحر عن نص الإملاء ، أما الصغيرة والمجنونة فلا يقع الاختلاف معها ؛ لأنه لا حكم لقولهما (أو) لم تدع انقضاء أشهر بل ادعت (وضع حمل) حي أوميت كامل أو ناقص ولو مضى (لمدة إمكان) وسيأتي بيانها قريبا (وهي ممن تحيض لا آيسة فالأصح تصديقها يمين) منها في وضع الحمل المذكور فيما يرجع لانقضاء العدة فقط ، لأن النساء مؤتمنات على ما في أرحامهن ؛ ولأن البينة على الولادة قد تعسر أو تتعذر ، والثاني : لا وتطالب بالبينة لأنها مدعية ، والغالب أن القوالب يشهدن بالولادة ، أما النسب والاستيلاء كما في الأمة تدعي وضع الولد من سيدها فلا يثبت الوضع بالنسبة لذلك إلا ببينة كما قاله الرافعي وغيره ، وفرق بأن المرأة غير مؤتمنة في النسب ، وبأن الأمة تدعي بالولادة زوال ملك متيقن ، ولا بد من انفصال كل الحمل حتى لو خرج بعضه فراجعها صحت الرجعة ، ولو ولدت ثم راجعها ثم ولدت آخر لدون ستة أشهر صحت الرجعة والا فلا ، واحتجز بقوله : مدة إمكان عما إذا لم يمكن كما سيأتي ، ويقول : وهي ممن تحيض عن الآيسة والصغيرة كما صرح بها المصنف ، فلا يصدقان في دعوى الوضع ، وكما صرح بها في المحرر ، وأسقطها المصنف ؛ لأنه لا يقع الاختلاف معها كما مر ، كذا قال الرافعي ومن لم تحض ؛ لأن من لا تحيض لا تحبل كذا قاله هنا ، ولكنه ذكر في العدد ما يفهم إمكان الحمل فيها وهو المعتمد فيحمل كلامه هنا على الغالب وأما مدة الإمكان فيبينها بقوله (وإن ادعت ولادة تام فإمكانه) أي أقل مدة تمكن فيها ولادته (ستة أشهر ولحظتان من وقت) إمكان اجتماع الزوجين بعد (النكاح) كما قاله في الروضة ؛ لأن النسب يثبت بالإمكان ، واعتبرت السنة لأنها أقل مدة الحمل كما استنبطه علي رضي الله تعالى عنه من قوله تعالى : ﴿ وَحَلْمُهُ وَفَسَلْمُهُ تَنْتَوْنُ شَهْرًا ﴾ وقال : ﴿ وَفَسَلْمُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ واللحظتان : لحظة للوطء ، ولحظة للولادة (أو) ولادة (سقط مصور فمائة) أي فأقل إمكانه مائة (وعشرون يوما ولحظتان) من وقت إمكان اجتماع الزوجين بعد العقد (أو) لم تدع المعتدة وضع حمل بل ادعت إلقاء (مضغة بلا صورة) وشهد القوالب بأنها أصل آدمي (فثمانون) أي فأقل إمكانه ثمانون (يوما ولحظتان) من وقت إمكان الاجتماع ، ودليل هذين القسمين خير الصحيحين ؛ إن أحدكم يجمع خلقه في =

= بطن أمه أربعين يوماً نطفة يكون علقته ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات : يكتب رزقه وأجله وشقي أو سعيد ، واستشكل هذا الحديث بخبر انفرد به مسلم ، وهو : إذا مر بالطفلة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها ، الحديث .

وأجيب بأجوبة منها أن الخير الأول أصح ، ومنها أن هذا من الترتيب الإخباري وهو أن يخبر بالمتوسط أو المؤخر أولاً ، فلا يشترط فيه الترتيب . فكأنه قال : أخبركم بكذا ثم أخبركم بكذا ثم أخبركم بكذا ومنها أن يحمل التصوير في الثاني على غير التام ، وفي الأول على التام ، ومنها أن يحمل الثاني على التصوير بعد المدة المعتادة من الأول ، ولا يمنع منه فاء ، فصورها إذ التقدير فمضت مدة ، فصورها : كما في قوله تعالى : ﴿ فَسَمِّلْهُ غَنَّةً أَوْ حَيْنَ ﴾ فإن ادعت الوضع أي في أي قسم لأقل مما ذكر فيه لم تصدق وكان للزوج رجعتها ، فائدة : لا ولد في الجنة ، وأما ما رواه الترمذي من أن المؤمن إذا اشتهى الولد في الجنة كان وضعه وحمله في ساعة كما يشتهي ؛ فمحمول على أنه لو اشتهاه لكان ، لكنه لم يشتهه . (أو ادعت المعتدة (انقضاء) مدة (أقراء) نظر فيها (فإن كانت حرة وطلقت في طهر) وهي معتادة (فأقل الإمكان) لانقضاء أقراءها (اثنتان وثلاثون يوماً ولحظتان) وذلك بأن تطلق ، وقد بقي لحظة من الطهر وهي قرء ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً وذلك قرء ثان ، ثم تحيض يوماً وليلة ، ثم تطهر خمسة عشر وذلك قرء ثالث ثم تطعن في الحيضة ، وهذه الحيضة ليست من العدة بل لاستيقان انقضائها فلا تصلح لرجعة ولا لغيرها من أثر نكاح المطلق كإثبات وإن أوهم كلام المصنف خلافه ، أما المبتدأة فأقل الإمكان فيها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة للطنن ، فإن الطهر الذي طلقت فيه ليس بقرء ؛ لأنه ليس بمحتوش بدمين ، ولا تعتبر لحظة أخرى لاحتمال طلاقها في آخر جزء من ذلك الطهر (أو) طلقت حرة (في حيض) وهي معتادة أو مبتدأة (فنبهة) أي فأقل إمكان انقضاء أقراءها سبعة (وأربعون) يوماً (ولحظة) وذلك كأن يعلق طلاقها بأخر جزء من حيضها ثم تطهر خمسة عشر يوماً ، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تطعن في الحيض ، وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر ، ولا يحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول ؛ لأن اللحظة هناك تحسب قرءاً (أو) كانت ، (أمة) ولو مبعضة (وطلقت في طهر) وهي معتادة (فنبهة) أي فأقل إمكان انقضاء أقراءها ستة (عشر يوماً ولحظتان) وذلك بأن تطلق وقد بقي لحظة من الطهر فتحسب قرءاً ثم تحيض بعدها يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ، ثم تطعن في الدم لحظة يتبين بها تمام الطهر ، أما المبتدأة فأقل الإمكان فيها اثنتان وثلاثون يوماً ولحظة بناء على اشتراط الاحتواش وهو الراجح (أو) طلقت أمة ولو مبعضة (في حيض) وهي معتادة أو مبتدأة (فأحد) أي فأقل إمكان انقضاء أقراءها أحد (وثلاثون) يوماً (ولحظة) وذلك كأن يعلق طلاقها بأخر جزء من حيضها ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوماً ثم تشرع في الحيض ، والطلاق في النفاس كالطلاق في الحيض . تنبيه : هذا كله في الذاكرة ، فلو لم تذكر هل كان طلاقها في حيض أو طهر ، قال الماوردي : أخذت بالأقل وهو أنه طلقها في الطهر ، وقال شيخه الصيمري : أخذت بالأكثر لأنها لا تخرج من عدتها إلا بإيقين ، وهذا كما قال الأدرعي والزرکشي : هو الاحتياط والصواب . (وتصدق) المرأة حرة كانت ، أو غيرها في دعوى انقضاء عدتها بأقل مدة الإمكان (إن لم تخالف) فيما ادعته (عادة) لها (دائرة) بأن لم يكن لها عادة مستقيمة في طهر وحيض أو كانت مستقيمة فيها ، أو لم يكن لها عادة أصلاً ؛ وذلك لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَجِلُّ لَهُمْ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ ولأنه لا يعرف إلا من جهتها فصدقت عند الإمكان ، فإن كذبها =

١٣١١ - فقد علمت أن من طلق زوجته طلاقاً رجعيًا فله أن يراجعها ما دامت العدة ، فإن انقضت فليس له مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين فإن أراد الزوج مراجعتها مدعيًا أن العدة باقية وواقفته على ذلك فيها ، وإن خالفته وادعت أن العدة انقضت وإنه لا يملك الرجعة فإما أن تكون العدة بالأشهر أو بالحِيض .

١٣١٢ - فإن كان الأول فالأمر سهل إذ ينظر إلى تاريخ الطلاق والوقت الذي حصل فيه النزاع فإن كان ثلاثة أشهر أو أكثر كان القول قولها ييقن وإن كان أقل فالقول قوله .

= الزوج حلفت ، فإن نكلت حلف وثبت له الرجعة ، (وكذا إن خالفت) بأن كانت ، عادتها الدائرة أكثر من ذلك فادعت مخالفتها لما دونها مع الإمكان فنصدق (في الأصح) لأن العادة قد تنغير ، فإن كذبها الزوج حلفت ، ويأتي فيه ما مر ، والثاني : لا تصدق للتهمة وقال الروياني : إنه المختار في هذا الزمان ، ولو مضى زمن العادة فادعت زائدًا عليها ، فنقلا في أواخر العدة عن الإمام أن الذي يدل عليه كلام الأصحاب تصديقها وجهاً واحداً ، وعلى الزوج السكنى ، ثم أبدئًا فيه احتمالاً ؛ لأننا لو صدقناها لربما تنمادى في دعواها إلى سن اليأس ، وفيه إجحاف بالزوج .

قول المالكية : جاء في المدونة (٢٣٤/٢) : « قلت : أرأيت إن قال الرجل لامرأته وقد كان طلقها : قد راجعتك ، فقالت مجيبة له : قد انقضت عدتي وأكذبها الزوج ، قال : ينظر في ذلك فإن كان قد مضى من الزمان ما تنقضي في مثله العدة صدقت ، وكان القول قولها . قلت : فإن سكنت حتى أشهد على رجعتها ثم قالت بعد ذلك يوم أو أقل من ذلك إنك أشهدت على رجعتي وإن عدتي قد كانت انقضت قبل أن تشهد على رجعتي ، قال : لا تصدق . قلت : ولم صدقتها في القول الأول ، قال : لأنها في القول الأول مجيبة له فردت عليه الرجعة وأخبرته أن مراجعتها إياها ليس بشيء ، وفي مسألتك الأخيرة قد سكنت وأمكنته من رجعتها ثم أنكرت بعد ، فلا تصدق على الزوج ؛ لأن الرجعة قد ثبتت للزوج بسكوتها ؛ لأن مالكاً قال لي في المرأة تطلق وتزعم أنها قد حاضت ثلاث حيض في شهر أو تزعم أنها قد أسقطت قال : أما الحيض فنسأل النساء فإن كن يحضن لذلك ويعطهن صدقت ، وأما السقط فإن الشأن فيه أنهن فيه مأمونات على ذلك ولا تكاد تسقط المرأة إلا علم بذلك الجيران ، ولكن الشأن في ذلك أن يصدقن ، ويكون القول قولها ، وكذلك قال مالك . »
قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٦١/٩) : « (وإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكناً إلا أن تدعيه بالحيض في شهر ، فلا يقبل إلا بيينة) ، هذا المذهب ، نص عليه قال في الوجيز : إذا ادعت الحرة بالحيض في أقل من تسعة وعشرين يوماً ولحظة : لم يقبل إلا بيينة ، وجزم بما جزم به المصنف هنا : الشارح ، وابن منجا في شرحه ، وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والفروع ، والزرکشي ، وغيرهم . كخلاف عادة منتظمة في أصح الوجهين ، وظاهر قول الحرقي : قبول قولها مطلقاً إذا كان ممكناً ، واختاره أبو الفرج ، وذكره ابن منجا في شرحه ، والفروع رواية عن الإمام أحمد رحمته ، ثلاثة وثلاثين يوماً ، ذكره في الواضح ، والطريق الأقرب ذكره في الفروع في باب العدد وأقل ما يصدق في ذلك : تسعة وعشرون يوماً ولحظة ، وهو من المفردات . »

١٣١٣ - وإن كان الثاني فالقول لها ؛ لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها ، وكل شيء لا يعلم إلا من جهة شخص يكون القول فيه قوله ولكن لما كان للزوج حق في المراجعة إن كانت العدة باقية فلا تصدق إذا أنكرت بقاءها بمجرد القول بل لابد من تحليفها اليمين على أن عدتها من هذا الطلاق قد انقضت فإذا حلفت انقضت الرجعة ولكن تصديق المرأة ييمينها في انقضاء العدة لا يكون في كل حال من الأحوال بل لابد أن يكون الزمن الذي مضى من تاريخ الطلاق إلى الوقت الذي تدعي فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك ، وأقل زمن يحتمل انقضاء العدة بالنسبة للحرة ستون يوماً وبيانه أنها تحتاج إلى ثلاث حيض ، كل حيضة عشرة أيام وإلى طهرين ، كل طهر خمسة عشر يوماً لأنه أقل زمن يفصل بين الحيضتين فالمجموع ستون يوماً وبالنسبة للرقيقة خمسة وثلاثون يوماً لاحتياجها إلى حيضتين وطهر ؛ وهذا قول الإمام الأعظم .

١٣١٤ - وقال الصحابان : أقل زمن للحرة تسعة وثلاثون يوماً لأن أقل الحيض ثلاثة أيام وهي تحتاج إلى ثلاث حيض بتسعة أيام وطهرين بثلاثين يوماً وللرقيقة واحد وعشرون يوماً لاحتياجها إلى حيضتين وطهر ولكن الإمام أخذ بالاحتياط (١) .

(مادة ٢٣٧)

الرَّجْعَةُ لَا تَهْدِمُ الطَّلَاقَ السَّابِقَةَ ، بَلْ إِذَا زَاجَعَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ بَعْدَ طَلْقَتَيْنِ ، ثُمَّ أَوْقَعَ عَلَيْهَا الثَّالِثَةَ ، زَالَ مَلْكُهُ وَجَلَّهَا لَهُ ، إِلَى أَنْ تَتَزَوَّجَ غَيْرَهُ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ ، وَيُفَارِقَهَا بَعْدَ النِّوَاطِ فِي الْقَبْلِ بِطَّلَاقٍ أَوْ مَوْتٍ (٢) .

١٣١٥ - وقد عرفت في شرح مادة (٢٢٦) أن الطلاق ينقسم انقسامًا أوليًا إلى قسمين الأول رجعي والثاني بائن ، والثاني ينقسم إلى قسمين : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى .

١٣١٦ - فإذا كان الطلاق رجعيًا وحصلت الرجعة من الزوج فهذه الرجعة لا تزيل الطلاقات السابقة عليها ، ويستوي في هذا الحكم الطلاق الذي حصلت الرجعة لأجله

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٨) يقع كل طلاق رجعيًا إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص هذا القانون على بينوته .

(٢) ينظر تعليقنا على مادة (٢٣٠) .

وغيره وينبغي على ذلك أن الزوج إذا راجع زوجته بعد ما أوقع عليها طلاقاً أو راجعها بعد ما أوقع عليها طلقتين ثم أوقع عليها بعد الرجعة طلقتين في الصورة الأولى وطلقة في الصورة الثانية زال الملك والحل ؛ لأن الطلاق صار بائناً بينونة كبرى فلا يجوز له ردها إلا بعد أن تتزوج بغيره ويدخل بها دخولاً حقيقياً وتقع الفرقة بينهما وتنقضي عدتها وهذا بالاتفاق .

١٣١٧ - وإذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى وعادت إلى الزوج الأول بعد ما تزوجها غيره ملك عليها ثلاث طلاقات اتفاقاً لأنها عادت إليه بحل جديد وإذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى وعادت إلى الزوج الأول قبل أن تتزوج بغيره عادت إليه بما بقي له من الملك الأول اتفاقاً ، وإن كان بعد تزوجها بغيره ففيه خلاف وستأتي هذه المسألة في مادة (٢٤٩) .

(مادة ٢٣٨)

يَتَعَجَّلُ الْمُؤَجَّلُ مِنَ الْمَهْرِ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ . فَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ رَجْعِيًّا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، صَارَ مَا كَانَ مُؤَجَّلًا فِي ذِمَّتِهِ مِنَ الْمَهْرِ حَالًا ، فَتَطَالِبُهُ بِهِ . وَإِنَّمَا يَجَلُّ الْمُؤَجَّلُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَّجِمًا ، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ ، فَلَا يَتَعَجَّلُ ، بَلْ تَأْخُذُهُ عَلَى نَجْوَمِهِ وَأَقْسَاطِهِ فِي مَوَاعِيدِهَا ^(١) .

١٣١٨ - والذي علم أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل ، وينبغي على ذلك أن المؤجل من المهر إلى الفراق لا يتعجل بمجرد الطلاق الرجعي ؛ لأن الملك باق ما دامت العدة فإذا انقضت العدة زال الملك فيحل المؤجل وهذا مخالف للطلاق البائن بنوعيه فإن المؤجل يتعجل بمجرد الطلاق بلا توقف على انقضاء العدة ؛ لأن الملك قد زال في البائن بينونة صغرى والملك والحل قد زال في البائن بينونة كبرى .

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٩٠/٣) : « إذا كان التأجيل إلى مدة معينة لا يتعجل بالطلاق كما يقع في ديار مصر في بعض الأنكحة أنهم يجعلون بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً إلى الطلاق أو إلى الموت وبعضه منجماً في كل سنة قدر معين ، فإذا طلقتها تعجل البعض المؤجل لا المنجم ؛ لأنها تأخذه بعد الطلاق على نجومه كما تأخذه قبل الطلاق على نجومه ، وذكر قولين في الفتاوى الصيرفية في كونه يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعي مطلقاً أو إلى انقضاء العدة ، وجزم في القنية بأنه لا يحل إلى انقضاء العدة ، قال وهو قول عامة مشايخنا . »

١٣١٩ - ولكن محل تمجيل المؤجل في الطلاق الرجعي بانقضاء العدة وفي غيره بمجرد الطلاق إذا لم يكن المهر مقسماً على أقساط معلومة يدفع في نهاية كل شهر أو سنة مثلاً قسط معلوم فإن كان كذلك فلا يتعجل بما ذكروا إنما يتعجل بحلول الوقت المتفق عليه .

١٣٢٠ - فإذا تزوج رجل امرأة بمهر قدره مائة وعشرون جنيهاً مثلاً واتفقا على أن يكون النصف معجلاً والنصف مؤجلاً لا يحل إلا بالفراق وطلقها طلاقاً رجعيًا فلا تستحق النصف المؤجل إلا بعد انقضاء العدة فإن كان الطلاق بائناً بنوعيه حل هذا المبلغ بمجرد الطلاق .

١٣٢١ - فإن اشترط الزوجان في العقد المذكور أن الستين الباقية يدفع منها كل سنة عشرون جنيهاً وحصلت الفرقة بينهما بعد تاريخ العقد بسنة ولو كانت بالطلاق البائن بينونة كبرى لم يحل المبلغ الباقي إلا عند حلول الزمن المتفق عليه (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩٢) : الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً . جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٠) : الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بهما إلا طلقة واحدة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٣) : الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة . وجاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : كيف يتم الطلاق ،

« لا يتم الطلاق إلا بالإشهاد به لدى العدلين بحضور الطرفين (الزوج والزوجة) وبعد إذن القاضي المكلف بالتوثيق .

« يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية » .

« للحصول على إذن القاضي المكلف بالتوثيق من أجل الطلاق يتعين تقديم طلب إليه في الموضوع مرفق بالوثائق التالية :

« صورة للبطاقة الوطنية .

« شهادة السكنى .

« صورة لدفتر الحالة المدنية إذا كان للراغب في الطلاق أولاد .

« جميع الوثائق التي تثبت الوضعية المادية مثل شهادة الدخل ، وشهادة الضريبة التجارية » .

« يستدعي القاضي الطرفين لإجراء محاولة الصلح :

« إذا حضر الزوجان أجرى القاضي محاولة الصلح بينهما بكل الوسائل التي يراها ملائمة، بما في ذلك الاستعانة بمجلس العائلة » .

« إذا توصلت الزوجة ولم تحضر مرحلة الصلح يقوم القاضي بالإجراءات اللازمة من أجل إصدار الإذن بالطلاق .

« يحدد القاضي - عند فشل محاولة الصلح - مبلغاً مالياً يضعه الزوج بصندوق المحكمة ضماناً لتنفيذ الالتزامات التي ستترب عن الطلاق .

« يأذن القاضي بعد ذلك بالإشهاد بالطلاق لدى العدلين .

« تستدعي الزوجة إذا لم تحضر في مرحلة الصلح ، وتشعر إذا حضرت من أجل الحضور لدى العدلين للإشهاد بالطلاق » .

القسم الثاني
في الطلاق البائن ونوعيه
واحكام كل منهما

(مادة ٢٣٩)

يَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِنًا بِصَرِيحِ لَفْظِ الطَّلَاقِ ، إِذَا أُضِيفَ اللَّفْظُ إِلَى الْمَرْأَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا مَقْرُونًا بِعَدَدِ الثَّلَاثِ ، نَصًّا أَوْ إِشَارَةً بِالْأَصَابِعِ ، مَعَ ذِكْرِ لَفْظِ الطَّلَاقِ ، أَوْ مَثُورًا بِتَغَيُّبِ حَقِيقِيٍّ أَوْ مُضَافًا إِلَى أَفْعَلٍ تَفْصِيلِيٍّ يُبَيِّنُ عَنِ الشَّدَّةِ وَالزِّيَادَةِ ، أَوْ مُشَبَّهًا بِمَا يَدُلُّ عَلَى الْبَيِّنُونَةِ . فَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً ، أَوْ طَوِيلَةً ، أَوْ عَرِيضَةً ، أَوْ أَشَدَّ الطَّلَاقِ ، أَوْ أَطْوَلَهُ ، أَوْ أَعْرَضَهُ ، أَوْ تَطْلِيقَةً كَالْحَبْلِ . تَقَعُ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ .

وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ ، أَوْ الْبَيْتَةَ . بَائِنٌ بِوَاحِدَةٍ ، سَوَاءً نَوَى أَوْ لَمْ يَنْوِ . وَإِنْ نَوَى بِذَلِكَ الثَّلَاثِ ، وَقَعْنَ .

وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، أَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا بِثَلَاثَةِ أَصَابِعٍ مَنشُورَةً قَائِلًا : أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا . بَائِنٌ بَيِّنُونَةٌ كَسْبَرِي .

وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ أَكْثَرَ الطَّلَاقِ ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ مِرَارًا أَوْ أَلْفَ مَرَّةٍ (١) .

• • •

(١) قول الخلفية : جاء في بدائع الصنائع (٩/٣ ، ١٠) : « الصريح البائن أن يكون بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق ، لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده ، لكن مقرونًا بعدد الثلاث نصًّا أو إشارة أو موصوفًا بصفة تدل عليها إذا عرف هذا ، فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون بائنًا ؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق عن شرط أن يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتأخر فيما بعد الدخول إلى وقت انقضاء العدة ثبت شرعًا بخلاف الأصل فيقتصر على مورد الشرع فيقي الحكم فيما قبل الدخول على الأصل ، ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق .

وقال : لم أجامعها كان طلاقًا بائنًا حتى لا يملك مراجعتها ، وإن كان للخلوة حكم الدخول ؛ لأنها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقًا قبل الدخول حقيقة فكان بائنًا وكذلك إذا كان مقرونًا بعوض وهو الخلع يبدل والطلاق على مال ؛ لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس ، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول ، وهو مالها فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقًا للمعاوضة المطلقة ، ولا تملك إلا بالبائن فكان الواقع بائنًا . وكذلك إذا كان مقرونًا بعدد =

= الثلاث نفساً بأن قال لها : أنت طالق ثلاثاً لقوله ﷻ : ﴿ فَإِنْ مَلَغَتْهَا فَلَا مَحْلَ لَمْ يَرَأَ مِنْهُ سَقَى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها : أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى وإن أشار بإصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة وإن أشار بابتين فهي اثنتان ؛ لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام ، والدليل عليه العرف والشرع أيضاً ، أما العرف فظاهر .
(وأما) الشرع فقول النبي ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » . وأشار ﷺ بأصابع يديه كلها . فكان بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً ثم قال ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وحسب إبهامه في المرة الثالثة . فكان بياناً أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً ، وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كأنه قال : أنت طالق ثلاثاً ، والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة ، والدليل عليه أن النبي ﷺ لما قال : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض إبهامه في المرة الثالثة » فهم منه تسعة وعشرون يوماً ، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحدًا وعشرين يوماً ، فدل أن المعتبر في الإشارة بالأصابع المرسل منها لا المقبوض . وكذا إذا كان موصوفاً بصفة تنبئ عن البيئونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله : أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا .

وقال الشافعي : يقع واحدة رجعية وجه قوله : أنه لما قال : أنت طالق فقد أتى بصريح الطلاق وأنه معقب للرجعة ، فلما قال : بائن فقد أراد تغيير المشروع فبرد عليه كما لو قال : أعترتك عارية لا رد فيها ، وكما لو قال : أنت طالق . وقال : أردت به الإبانة ، ولنا أنه وصف المرأة بالبيئونة بالطلاق الأول وأنه مما يحتمل البيئونة ألا ترى أنه تحصل البيئونة قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة ، فكان قوله : بائن قرينة مبينة لا مغيرة ، ثم إذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والأخرى بقوله بائن ونحو ذلك ؛ لأن قوله : بائن ونحو ذلك يصلح وصفاً للمرأة بالطلاق الأول فلا يثبت إلا مقتضى واحد ؛ لأن ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالأدنى . وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة ؛ لأن الشدة تنبئ عن القوية ، والقوي هو البائن . وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة ؛ لأن الطول والعرض يقتضيان القوة ، ولو قال لها : أنت طالق من هنا إلى موضع كذا فهو رجعي في قول أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر هو بائن . وجه قوله أنه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة (ولنا) أنه وصفه بالطول صورة وبالقصر معنى ؛ لأن الطلاق إذا وقع في مكان يقع في الأماكن كلها فكان القصر على بعض الأماكن وصفاً له بالقصر ، والطلقة القصيرة هي الرجعية ، ولو قال : أنت طالق أشد الطلاق ، فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي فيقع بائناً وإن نوى ثلاثاً فثلاث ؛ لأن ألف التفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت ، وذلك في الواحدة البائنة ؛ لأنها أشد حكماً من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الثلاث ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولو قال لها : أنت طالق ملاء البيت فإن نوى الثلاث كان ثلاثاً وإن لم يكن له نية فهو واحدة بائنة ؛ لأن قوله : ملاء البيت يحتمل أنه أراد به الكثرة والعدد ، ويحتمل أنه أراد به الصفة وهي العظم والقوة فأبى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه ، وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه ميقناً بها ، ولو قال لها : أنت طالق أبيض =

الطلاق قال أبو يوسف : هو رجعي .

وقال محمد هو بائن . وجه قول محمد إنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه وهو البائن فيقع بائناً ولأبي يوسف أن قوله : أقيح الطلاق يحتمل القبح الشرعي ، وهو الكراهية الشرعية ويحتمل القبح الطبيعي وهو الكراهية الطبيعية وهو أن يطلقها في وقت يكره الطلاق فيه طبقاً فلا تثبت البينة فيه بالشك . وكذا قوله : أقيح الطلاق يحتمل القبح بجهة الإبانة ويحتمل القبح بإيقاعه في زمن الحيض أو في طهر جامعها فيه ، فلا تثبت البينة بالشك ، ولو قال : أنت طالق للبدعة فهي واحدة رجعية ؛ لأن البدعة قد تكون في البائن وقد تكون في الطلاق حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البينة فلا تثبت البينة بالشك ، ولو قال لها : أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله أنت طالق للبدعة وروي عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته : أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائة تقع واحدة بائة ؛ لأن لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ، ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين : إما أن شبه بالعدد فيما له عدد وإما أن شبه بالعدد فيما لا عدد له فإن شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها : أنت طالق كآلف أو مثل ألف فهنا ثلاثة فصول : (الأول) هذا . (الثاني) أن يقول لها : أنت طالق واحدة كآلف أو مثل ألف ، والثالث أن يقول لها : أنت طالق كعدد ألف . (أما) الفصل الأول ، فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث بالإجماع ، وإن نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال : محمد هو ثلاث ، ولو قال : نويت به واحدة دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء . وجه قوله أن قوله : كآلف تشبيه بالعدد إذ الألف من أسماء الأعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها : أنت طالق كعدد ألف ، ولو قال ذلك كان ثلاثاً كذا هذا ، ولهما أن التشبيه بالألف يحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة ، فإن الواحد من الرجال قد يشبه بألف رجل في الشجاعة ، وإذا كان محتملاً لهما فلا يثبت العدد إلا بالنية ، فإذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولا يحمل على العدد بالشك .

وأما الفصل الثاني وهو ما إذا قال : أنت طالق واحدة كآلف فهي واحدة بائة في قولهم جميعاً ؛ لأنه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة . وذلك في البائن فيقع بائناً . وأما الفصل الثالث وهو ما إذا قال لها : أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث ، فهو ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ، ولو نوى غير ذلك فنته باطلة ؛ لأن التنصيص على العدد ينفي احتمال إرادة الواحد فلا يصدق أنه ما أراد به الثلاث أصلاً كما إذا قال : أنت طالق ثلاثاً ونوى الواحدة ، وإن شبه بالعدد فيما لا عدد له بأن قال : أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا لشيء ؛ لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائة في قياس قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .

وجه قول أبي يوسف أن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فيطوّل التشبيه ، وقوله : أنت طالق . ولأبي حنيفة أن هذا النوع من التشبيه يقتضي ضرباً من الزيادة لا محالة ، ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة ، وقالوا فيمن قال : لامرأته أنت طالق عدد شعر راحتي أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر ، وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة ؛ لأنه شبه بما لا عدد له ؛ لأنه علق الطلاق بوجود الشعر =

١٣٢٢ - قد عرفت أن الطلاق ينقسم إلى قسمين رجعي وبائن والبائن إلى نوعين : بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى ، وقد تقدم القسم الأول بجميع ما يتعلق به والكلام الآن إنما هو في القسم الثاني بنوعيه فيقع الطلاق بائناً في الأحوال الآتية .

١٣٢٣ - إذا كان لفظ الطلاق مقروناً بعدد الثلاث سواء كان هذا الاقتران نصّاً كأنت طالق ثلاثاً أو إشارة بالأصابع مع ذكر لفظ الطلاق كأنت طالق هكذا مشيراً بثلاث أصابع . والطلاق الواقع عند هذا الاقتران بائن بينونة كبرى ؛ لأنه ثلاث فلو كانت الإشارة بإصبعين فلا يقع الاثنان ولو بإصبع فواحدة .

١٣٢٤ - ويقع الطلاق بائناً بينونة كبرى أيضاً إذا قال لها : أنت طالق أكثر الطلاق أو أنت طالق مراراً أو ألف مرة ؛ لأن أكثره ثلاث فيقع ومراراً جمع وأقل الجمع ثلاثة فيقع الثلاث ، وإنما لم يقع في ألف مرة إلا ثلاث طلاقات لأنها هي المملوكة له ، إذ ليس

= على راحته أو على ظهر كفه للحال ، وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبه بالعدد فلغا التشبه وبقي قوله : أنت طالق فيكون رجعيّاً ، ولو قال : أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثاً ؛ لأنه شبه بما له عدد ؛ لأن شعر رأسه ذو عدد وإن لم يكن موجوداً في الحال فكان هذا تشبيهاً به حال وجوده ، وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن ذلك تعليق انتشيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال ، فيلغو التشبيه ، ولو قال لها : أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .

وجه قول أبي يوسف أن قوله : مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه في التوحد ؛ لأن الجبل بجميع أجزائه شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك ، ولأبي حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لأنه ليس بذئ عدد لكونه واحداً في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الصفة وهي البينونة فيحمل على الواحدة البائنة ؛ لأنها المتيقن بها ، ولو قال مثل عظم الجبل أو قال : مثل عظم كذا فأضاف ذلك إلى صغير أو كبير فهي واحدة بائنة وإن لم يسم واحدة وإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث ؛ لأنه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم إن كان قد سمي واحدة تعينت الواحدة البائنة ؛ لأن الزيادة فيها لا تكون إلا البينونة وإن كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بواحدة أو بالثلاث فإن نوى الثلاث يكون ثلاثاً ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه وإن لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها أدنى ، والأدنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك ، ولو قال : أنت طالق مثل هذا وهذا ، وأشار بثلاث أصابع فإن نوى به ثلاثاً فثلاث وإن نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة ؛ لأنه شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه في الصفة ، وهي الشدة فإذا نوى به الثلاث صحت نيته ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله : أنت طالق كألف وإذا نوى به الواحدة كانت واحدة ؛ لأنه أراد به التشبيه في الصفة . وكذا إذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لأنه أدنى .

له أن يقع أكثر من الثلاث ، وحينئذ يكون أتى بما يملك وما لا يملك ، فالذي يملكه يقع والذي لا يملكه يلغو .

١٣٢٥ - ويقع الطلاق بائنا أيضا إذا كان منعوتا بنعت حقيقي أو سببي يدل كل منهما على الشدة سواء كان النعت أفعال التفضيل أو غيره فإذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق طلقة شديدة أو طويلة أو عريضة أو طلقة شديداً حكمها أو أنت طالق أشد الطلاق أو أخبث الطلاق وقع الطلاق بائنا بينونة صغرى .

١٣٢٦ - ويقع الطلاق بائنا أيضاً إذا كان مشبها بما يدل على البينونة كأنت طالق تطليقة كالجبل كما أنه يقع البائن بقوله : أنت طالق بائن أو البتة .

١٣٢٧ - والبائن في هذه الأحوال يكون بائنا بينونة صغرى إن نوى واحدة أو اثنتين أو لم ينو شيئا ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث ؛ لأن الواقع بائن والبينونة متنوعة إلى خفيفة وغلظة فتصح نية التغليظ ولا تكف بما كتب هنا على هذه المادة بل أرجع إلى شرح مادة (٢٢٧) تجرد الكفاية .

(مَادَّة ٢٤٠)

كُلُّ طَلَّاقٍ يَلْحَقُ الْمَرْأَةَ غَيْرَ الْمَدْخُولِ بِهَا ، فَهِيَ بَائِنٌ . فَمَنْ قَالَ لِرُؤُوسِهِ غَيْرَ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا : أَنْتِ طَالِقٌ . بَانَتْ بِوَاجِدَةٍ ، وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا . وَكَذَا لَوْ اخْتَلَى بِهَا بِلَا وَطْءٍ ، وَلَكِنْ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ . فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَقَعْنَ . وَإِنْ فُرِّقَ الثَّلَاثُ ، بَانَتْ بِالْأُولَى ، فَلَا تُلْحَقُهَا الثَّانِيَةُ وَلَا الثَّالِثَةُ ^(١) .

• • •

١٣٢٨ - ويقع الطلاق بائنا أيضاً إذا كانت الزوجة غير مدخول بها دخولاً حقيقياً ولو كان الطلاق عارياً عن الأوصاف التي تقدمت في شرح المادة السابقة ، فكل طلاق يلحق الزوجة غير المدخول بها يكون بائنا وبينني على هذا أنه لو قال الزوج لزوجته غير المدخول بها أصلاً : أنت طالق أو أنت مطلقة أو طلقتك وقعت عليها طلقة بائنة لارجعية ، وكذا لو قال لزوجته المختلى بها خلوة صحيحة بلا وطء لفظاً من ألفاظ الطلاق المتقدمة كان الطلاق بائنا أيضاً وإن لزمته العدة لأن الخلوة الصحيحة لا تقوم

(١) قول الحنفية : جاء في الهداية (٤١/٤) : لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً .

مقام الوطاء في الرجعة كما عرفته في مادة (٨٣) .

١٣٢٩ - وإنما كان الطلاق الواقع على غير الدخول بها بائناً مطلقاً ؛ لأن فائدة الطلاق الرجعي إنما تظهر في العدة ، وهي أن الزوج له مراجعتها ما دامت فيها فإذا انقضت بانت منه وحيث إن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فلا فائدة في جعل الطلاق رجعياً وينبغي على عدم العدة بالنسبة لغير المدخول بها أن الزوج إذا قال لها : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة ؛ فلا يقع إلا الأولى لأنه حيث لا عدة عليها بمجرد قوله لها أنت طالق واحدة بانت منه لا إلى عدة فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة ؛ لأن الطلاق لم يصادف محلّه إذ هي في هذه الحالة أجنبية منه ؛ لأنها ليست بزوجة ولا معتدة فلا تكون محلاً للطلاق فلا يقع ولما كان هذا لا يأتي عندما يقول لها : أنت طالق ثلاثاً أي بكلمة واحدة لأنه ليس معنا سابق ولا حق حتى نوقع السابق ونلغي اللاحق وقع الثلاث .

١٣٣٠ - وأما المدخول بها فيقع عليها الثلاث في الحالتين أي سواء كان الثلاث بكلمة واحدة أو متفرقات لوجود العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهي محل الطلاق فيقع حتى إذا طلق الزوج امرأته المدخول بها طلقاً وانقضت عدتها فأوقع عليها ثانية فلا تقع ؛ لأنها غير محل له ، وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٢٢٤) .

(مادة ٢٤١)

مَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلَّاقًا رَجْعِيًّا بِوَاحِدَةٍ أَوْ اثْنَتَيْنِ لَوْ حُرَّةً ، وَلَمْ يُرَاجِعْهَا حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، بَانَتْ بَيْنُونَةً صَغْرَى مَلَكَتْ بِهَا نَفْسَهَا ، فَلَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ عَلَيْهَا .

• • •

١٣٣١ - ويكون الطلاق بائناً أيضاً إذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي ؛ لأن فائدة الطلاق الرجعي ؛ إنما تظهر في العدة لا بعدها وينبغي على ذلك أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً سواء كان بواحدة أو اثنتين لو كانت حرة فما دامت في العدة فله أن يراجعها بدون عقد ومهر جديدين ولا يشترط رضاها ، فإن انقضت العدة بانت منه بينونة صغرى ملكت بها عصمتها ، فإذا أراد ردها إليه فلا بد من عقد ومهر جديدين ولا بد من رضاها .

(مادة ٢٤٢)

مَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَّاقًا وَاحِدًا مَقْرُونًا بِعَوْضٍ ، وَقَبِلَتْ فِي مَجْلِسِهَا ، بَانَثٍ بِوَاحِدَةٍ .

١٣٣٢ - ويقع الطلاق بائنًا أيضًا متى اشترط الزوج في الطلاق عوضًا تدفعه إليه المرأة ولكن يشترط قبولها ، فإذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق في نظير عشرين جنبها قبلت المرأة ذلك في المجلس وقع الطلاق بائنًا ولزمها دفع هذا المبلغ إلى الزوج ، وإنما كان هذا الطلاق بائنًا ؛ لأن غرض الزوجة من دفع هذا العوض حل العصمة فلا يكون للزوج عليها سلطة وهذا لا يكون إلا بالطلاق البائن ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل سلطة الزوج ؛ إذ له إرجاعها إليه وإن لم ترض .

(مادة ٢٤٣)

مَنْ قَالَ : كُلُّ حِلٍّ أَوْ حَلَالٍ لِلَّهِ أَوْ حَلَالٍ الْمُسْلِمِينَ عَلَيَّ حَرَامٌ . طَلَّقَتْ جَمِيعَ نِسَائِهِ طَلَّاقًا وَاحِدَةً بَائِنَةً بِلا نِيَّةٍ . وَإِنْ تَوَى بِذَلِكَ الثَّلَاثَ ، وَقَفَنَ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٧٤٣ ، ٧٤٢/٣) : (كل حل) أو حلال الله أو حلال المسلمين (علي حرام) زاد الكمال : أو الحرام يلزمي ونحوه (فهو على الطعام والشراب ، و) لكن (الفتوى) في زماننا (على أنه تبين أمراته) بطلقة ، ولو له أكثر بن جميعًا بلا نية ، وإن نوى ثلاثًا فثلاث ، وإن قال : لم أنو طلاقًا لم يصدق قضاء لغبلة الاستعمال ولذا لا يحلف به إلا الرجال ظهيرية (وإن لم تكن له امرأة) وقت البين سواء نكح بعده أو لا (فيمين) فيكفر بأكله أو شربه لو يمينه علي آت ، ولو بالله علي ماض فغموس أولغو ، ولو له امرأة وقتها فبانث بلا عدة فأكل فلا كفارة لانصرافها للطلاق وقد مر في الإلاءة .
وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٦٢/٧ ، ٢٦٣) : لو قال : كل حل علي حرام ، أو حلال الله أو حلال المسلمين علي حرام ، كان يمينًا على ترك الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك ، وهذا استحسان . وقال المالكية : تحريم الحلال في غير الزوجة لغو لا يقتضي شيئًا ، إلا إذا حرم الأمة ناويًا عتقها ، فإنها تتعتق ، فمن قال : الخادم أو اللحم أو القمح علي حرام إن فعلت كذا ، ففعله ، فلا شيء عليه ، ومن قال : إن فعلت كذا فزوجتي علي حرام ، أو فعلي الحرام ، يلزمه بت طلاق المدخول بها - ثلاثًا - ما لم ينو أقل من الثلاث فيلزمه ما نوى ، أما غير المدخول بها فيلزمه طلقة واحدة ما لم ينو أكثر . هذا هو مشهور المذهب ، وقيل : يلزمه في المدخول بها واحدة بائة كغير المدخول بها ما لم ينو أكثر ، وقيل : يلزمه في غير المدخول بها ثلاث كالمدخول بها ما لم ينو أقل . ولو قال : كل حلال علي حرام ، فإن استثنى الزوجة لم يلزمه شيء ، وإلا لزمه فيها ما ذكر .

فَإِنْ قَالَ : الْحَرَامُ يَلْزِمُنِي ، أَوْ : حَرْمَتُكَ ، أَوْ : أَنْتَ مَعِي فِي الْحَرَامِ . بَانَتِ الْخَطَابَةُ بِذَلِكَ ، وَلَوْ لَمْ يَنْوَ طَلَاقًا . وَإِنْ كَانَ لَهُ امْرَأَةٌ غَيْرُهَا ، فَلَا يَقَعُ عَلَيْهَا شَيْءٌ ^(١) .

= وقال الشافعية : لو قال إنسان لزوجته : أنت علي حرام ، أو حرمتك ، ونوى طلاقاً واحداً أو متعدداً أوظهاراً وقع ، ولو نوى تحريم عينها أو وطنها أو فرجها أو رأسها أو لم ينو شيئاً أصلاً - وأطلق ذلك ، أو أقره كره ، ولم تحرم الزوجة عليه ، ولزمه كفارة يمين ، وليس ذلك يميناً ؛ لأنه ليس إقساماً بالله تعالى ولا تعليقاً للطلاق أو نحوه . ويشترط في لزوم الكفارة ألا تكون زوجته محرمة بحج أو عمرة ، وألا تكون معتدة من وطء شبهة ، فإن كانت كذلك لم تجب الكفارة على المعتمد . ولو حرم غير الزوجة كالنوب والطعام والصديق والأخ لم يلزمه كفارة .

وقال الحنابلة : من حرم حلالاً سوى الزوجة لم يحرم عليه شرعاً ، ثم إذا فعله ففي وجوب الكفارة قولان ، أرحمهما : الوجوب ، ويستوي في التحريم تنجيذه وتعليقه بشرط ، ومثال المنجز : ما أحل الله علي حرام ، ولا زوجة لي ، وكسبي علي حرام ، وهذا الطعام علي كالميتة أو كالدوم أو كالحكم المختزير .

ومثال المعلق : إن أكلت من هذا الطعام فهو علي حرام . وإنما لم يحرم عليه ما حرمه علي نفسه لأن الله عز وجل سمى التحريم يميناً حيث قال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَا أَمَلَّ اللَّهُ لَكُمْ تَتَبَّيْ مَرَسَاتِ أَرْذَلِكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحْلِيلَةَ أَيْمَانِكُمْ ﴿ . واليمين لا تحرم الحلال ، وإنما توجب الكفارة بالحنث ، وهذه الآية أيضاً دليل على وجوب الكفارة . وأما تحريم الزوجة فهوظهار ، سواء أنوى به الظهار أو الطلاق أو اليمين أم لم ينو شيئاً على الراجح . ولو قال : ما أحل الله علي من أهل ومال فهو حرام - وكان له زوجة - كان ذلك ظهاراً وتحريمياً للمال ، وتجزئه كفارة الظهار عنهما .

(١) قول الحنفية : سبق في التعليق السابق .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٤/٤٥٧) : ﴿ (ولو اشتهر) عرفاً (لفظ الطلاق كالحلال) بضم اللام علي حرام (أو حلال الله علي حرام) أو أنت علي حرام ، وكذا الحرام يلزمني أو علي الحرام كما يحته الزركشي (فصريح في الأصح) عند من اشتهر عندهم : كما قاله الرافي تبعاً للمراوزة لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم (قلت : الأصح) المنصوص وعليه الأكثرون (أنه كناية) مطلقاً (والله أعلم) لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرره على لسان حملة الشرع ، وليس المذكور كذلك ، أما من لم يشتهر عندهم فكناية في فهمهم جزئاً .

قول المالكية : جاء في الفروق (١/٤١) : ﴿ وأما لفظ الحرام فقد اشتهر في زماننا في أصل إزالة العصمة فيفهم من قول القائل أنت علي حرام أو الحرام يلزمني أنه طلق امرأته أما أنه طلقها ثلاثاً فإنما لا نجد في أنفسنا أنهم يريدون ذلك في الاستعمال ، هذا قوله فيما يتعلق بمصر والقاهرة . فإن كان هناك بلد آخر تكرر الاستعمال عندهم في الحرام أو غيره من الألفاظ الثلاث حتى صار هذا العدد هو المتبادر من اللفظ ، فيحسب يحسن لإزام الطلاق الثلاث بذلك اللفظ ، وإياك أن تقول : إنا لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث ؛ لأن مالكا يثبت قوله أو لأنه مسطور في كتب الفقه ؛ لأن ذلك غلط بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلاً لك من جهة الاستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام كما في لفظ الدابة والبحر والرواية فالفقيه والعامي في هذه الألفاظ سواء في =

١٣٣٣ - ويقع الطلاق بائناً أيضاً إذا قال الرجل : كل حل علي حرام ، فإن كانت له زوجة واحدة وقع عليها طلقة ، وإن كان له أكثر من زوجة وقع على كل طلقة انقافاً . فإن قال : حلال الله أو حلال المسلمين علي حرام وكانت له زوجة واحدة وقع عليها الطلاق بلا خلاف ، وإن كان له أكثر من زوجة فقال بعضهم : يقع على واحدة غير متعينة وإليه بيانها والبعض الآخر يقول : يقع على كل طلقة فهو مثل كل حل علي حرام ، وهذا هو الذي اعتمده لأنه هو الظاهر .

١٣٣٤ - ويقع الطلاق على الصورة المتقدمة وإن لم ينوه أو نوى واحدة أو اثنتين ، فإن نوى ثلاثاً فثلاث ، ولا تنس ما تقدم من أن بعضهم يوقع ما نواه ولو كان اثنين وهو الظاهر وإنما وقع الطلاق بهذه الألفاظ بغير نية وإن لم تكن صريحة فيه ؛ لأنها صارت ملحقة بالصريح لأنها لا تستعمل عرفاً إلا فيه وإن كانت في ذاتها عامة إذ هي شاملة لكل شيء حتى الأكل والشرب والنوم والتنفس ولكن العرف خصصها بالطلاق .

١٣٣٥ - ويقع الطلاق البائن أيضاً إذا قال : امرأتي علي حرام فإن كانت له امرأة واحدة وقعت عليها طلقة وإن كان له أكثر فالواقع طلقة أيضاً على واحدة منهن غير معينة ويصرفه لمن شاء لأن لفظ امرأتي عمومه بدلي فيصدق على واحدة منهن لا بعينها بخلاف قوله : كل محل علي حرام ، فإن عمومه استغراقي يعم الكل دفعة واحدة فيقع

= الفهم لا يسبق إلى أفهامهم إلا المعاني المنقول إليها فهذا هو الضابط لا فهم ذلك من كتب الفقه فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في الكتب بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس فافهم ذلك إذا تقرر ذلك ، فيجب علينا أمور : أحدها أن نعتقد أن مالكاً أو غيره من العلماء إنما أتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام ؛ لأن زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها صوتاً لهم عن الزلل ، وثانيها أنها إذا وجدنا زماناً عرفياً عن ذلك وجب علينا أن لا نفتي بتلك الأحكام في هذه الألفاظ ؛ لأن انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام كما تقول في التقود وفي غيرها فإنا نفتي في زمان معين بأن المشتري تلزمه سكة معينة من التقود عند الإطلاق ؛ لأن تلك السكة هي التي جرت العادة بالمعاملة بها في ذلك الزمان فإذا وجدنا بلدًا آخر وزماناً آخر يقع التعامل فيه بغير تلك السكة تغيرت الفتيا إلى السكة الثانية ، وحرمت الفتيا بالأولى لأجل تغير العادة .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٨٧/٨) : « لو قال : علي الحرام ، أو : يلزمني الحرام ، أو : الحرام يلزمني . فهو لغو لا شيء فيه مع الإطلاق . وفيه مع قرينة أو نية وجهان . وأطلقهما في المعنى ، والشرح ، والفروع . قلت : الصواب أنه مع النية أو القرينة كقوله : أنت علي حرام . ثم وجدت ابن رزين في شرحه قدمه . وقال في الفروع : ويتوجه الوجهان إن نوى به طلاقاً ، وأن العرف قرينة . ذكره في أول باب الظاهر . قلت : الصواب أنه مع النية أو القرينة كقوله : أنت علي حرام . »

على كل واحدة منهن طلقة إذا لم ينو ثلاثاً ومثله في الحكم قول الزوج : امرأتي طالق فإن كان له أكثر من واحدة فلا يقع إلا على واحدة وإليه البيان فيصرفه إلى من شاء .
١٣٣٦ - ولكن الطلاق الواقع في قوله : امرأتي طالق يكون رجعيًا فإذا كان اللفظ الصادر من الزوج لا عموم فيه أصلاً كما إذا قال مخاطباً زوجته أنت علي حرام أو حرمتك علي نفسي أو أنا محرم عليك أو قال هذه علي حرام مشيراً لواحدة مخصوصة فمن غير شك لا تطلق إلا المخاطبة والمشار إليها فإن كانت له زوجة غيرها فلا يقع عليها شيء^(١) .

(مادة ٢٤٤)

جميع ألفاظ الكتائبات إن وقع بها الطلاق ، يَكُونُ بَائِنًا بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثٍ ، عَلَى حَسَبِ نِيَّةِ الزَّوْجِ ، مَا عَدَا الْأَلْفَاظَ الثَّلَاثَةَ الْمَذْكُورَةَ فِي مَادَّةِ (٢٢٩) فَرَأَيْتُمْهَا^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٢) : اليمين بلفظ: علي الطلاق وعلي الحرام وأمثالهما لا يقع الطلاق بهما ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافته إليها .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٠٩/٣ ، ١١٠) : والكناية نوعان : رجعي وبائن أما الصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعد الثلاث لا نصاً ولا إشارة ولا موصوفاً بصفة تنبئ عن البيوتة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، ولا مشبه بعدد أو وصف يدل عليها ، وأما الصريح البائن فبخلافه وهو أن يكون بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق ، لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده ، لكن مقروناً بعدد الثلاث نصاً أو إشارة أو موصوفاً بصفة تدل عليها إذا عرف هذا فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون بائناً ؛ لأن الأصل في اللفظ المطلق عن شرط أن يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتأخر فيما بعد الدخول إلى وقت انقضاء العدة ثبت شرعاً بخلاف الأصل فيقتصر على مورد الشرع فبقي الحكم فيما قبل الدخول على الأصل ، ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق .

وقال : لم أجمعها كان طلاقاً بائناً حتى لا يملك مراجعتها وإن كان للخلوة حكم الدخول ؛ لأنها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقاً قبل الدخول حقيقة فكان بائناً ، وكذلك إذا كان مقروناً بعوض ، وهو الخلع بيدل والطلاق على مال ؛ لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر إن شاء الله تعالى والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس ، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها تحقيقاً للمعاوضة المطلقة ، ولا تملك إلا بالبائن فكان الواقع بائناً .

وكذلك إذا كان مقروناً بعدد الثلاث نصاً بأن قال لها : أنت طالق ثلاثاً لقوله ﷻ : ﴿ إِنْ عَلَّقَهَا فَلَا حُجْلَ لَهَا مِنْ بَعْدِ سَعْيِ نِكَاحِ زَوْجِهَا غَيْرِهِ ﴾ وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها : أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسيطي وإن أشار بإصبع واحدة فهي واحدة يملك الرجعة ، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان ؛ لأن =

= الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام ، والدليل عليه العرف والشرع أيضا أما العرف فظاهر .

(وأما) الشرع فقول النبي ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار ﷺ بأصابع يديه كلها » فكان بيانا أن الشهر يكون ثلاثين يوما ثم قال ﷺ : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس إبهامه في المرة الثالثة » فكان بيانا أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ، وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كأنه قال : أنت طالق ثلاثا ، والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة ، والدليل عليه أن النبي ﷺ لما قال : « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض إبهامه في المرة الثالثة » فهم منه تسعة وعشرون يوما ، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحدا وعشرين يوما فدل أن المعتبر في الإشارة بالأصابع المرسل منها لا المقبوض . وكذا إذا كان موصوفاً بصفة تنبئ عن البيئونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله : أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا . وقال الشافعي : يقع واحدة رجعية وجه قوله : أنه لما قال : أنت طالق فقد أتى بصريح الطلاق وأنه معقب للرجعة ، فلما قال : بائن فقد أراد تغيير المشروع فريد عليه كما لو قال : أعزتك عارية لا رد فيها ، وكما لو قال : أنت طالق . وقال : أردت به الإبانة ، ولنا أنه وصف المرأة بالبيئونة بالطلاق الأول ، وأنه مما يحتمل البيئونة ألا ترى أنه تحصل البيئونة قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة ، فكان قوله : بائن قرينة مبينة لا مغيرة ، ثم إذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والأخرى بقوله بائن ونحو ذلك ؛ لأن قوله : بائن ونحو ذلك يصلح وصفاً للمرأة بالطلاق الأول فلا يشترط إلا مقتضى واحد ؛ لأن ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالأدنى . وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة ؛ لأن الشدة تنبئ عن القوية ، والقوي هو البائن . وكذا إذا قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة ؛ لأن الطول والعرض يقتضيان القوة ، ولو قال لها : أنت طالق من هنا إلى موضع كذا فهو رجعي في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو بائن . وجه قوله أنه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها : أنت طالق تطليقة طويلة . ولنا : أنه وصفه بالطول صورة وبالقصر معنى ؛ لأن الطلاق إذا وقع في مكان يقع في الأماكن كلها فكان القصر على بعض الأماكن وصفاً له بالقصر ، والطفلة القصيرة هي الرجعية ، ولو قال : أنت طالق أشد الطلاق ، فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي فيقع بائنا وإن نوى ثلاثاً فثلاث ؛ لأن ألف التفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الواحدة البائنة ؛ لأنها أشد حكماً من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك في الثلاث ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولو قال لها : أنت طالق ملء البيت ، فإن نوى الثلاث كان ثلاثاً وإن لم يكن له نية فهو واحدة بائنة ؛ لأن قوله : ملء البيت يحتمل أنه أراد به الكثرة والعدد ويحتمل أنه أراد به الصفة وهي العظم والقوة فأى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه متيقناً بها ، ولو قال لها : أنت طالق أقبح الطلاق قال أبو يوسف : هو رجعي .

وقال محمد : هو بائن . وجه قول محمد إنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه وهو البائن فيقع بائنا ولأبي يوسف أن قوله : أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعي ، وهو الكراهية الشرعية =

= ويحتمل القبح الطبيعي وهو الكراهية الطبيعية ، وهو أن يطلقها في وقت يكره الطلاق فيه طبعاً فلا تثبت البيوتة فيه بالشك . وكذا قوله : أفبح الطلاق يحتمل القبح بجهة الإبانة ويحتمل القبح بإيقاعه في زمن الحيض أو في طهر جامعا فيه ، فلا تثبت البيوتة بالشك ، ولو قال : أنت طالق للبدعة فهي واحدة رجعية ؛ لأن البدعة قد تكون في البائن وقد تكون في الطلاق حالة الحيض فوقع الشك في ثبوت البيوتة فلا تثبت البيوتة بالشك ، ولو قال لها : أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقولك أنت طالق للبدعة وروي عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته : أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائنة تقع واحدة بائنة ، لأن لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ، ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين : إما أن شبه بالعدد فيما له عدد وإما أن شبه بالعدد فيما لا عدد له ، فإن شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها : أنت طالق كألف أو مثل ألف فهنا ثلاثة فصول : (الأول) هذا . (والثاني) أن يقول لها : أنت طالق واحدة كألف أو مثل ألف ، والثالث أن يقول لها : أنت طالق كعدد ألف .

(أما) الفصل الأول فإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث بالإجماع وإن نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : هو ثلاث ، ولو قال : نويت به واحدة دبتته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدبته في القضاء . وجه قوله أن قوله : كألف تشبيه بالعدد إذ الألف من أسماء الأعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها : أنت طالق كعدد ألف ، ولو قال ذلك كان ثلاثاً كذا هذا ، ولهما أن التشبيه بالألف يحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة فإن الواحد من الرجال قد يشبه بألف رجل في الشجاعة ، وإذا كان محتملاً لهما فلا يثبت العدد إلا بالنية ، فإذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الأدنى ؛ لأنه متيقن به ، ولا يحمل على العدد بالشك . وأما الفصل الثاني وهو ما إذا قال : أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعاً ؛ لأنه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة . وذلك في البائن فيقع بائناً . وأما الفصل الثالث وهو ما إذا قال لها : أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث فهو ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ، ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة ؛ لأن التنصيص على العدد ينفي احتمال إرادة الواحد فلا يصدق أنه ما أراد به الثلاث أصلاً كما إذا قال : أنت طالق ثلاثاً ونوى الواحدة ، وإن شبه بالعدد فيما لا عدد له بأن قال : أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا لشيء لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائنة في قياس قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .

وجه قول أبي يوسف أن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فيقول التشبيه ، وقوله : أنت طالق ولأبي حنيفة أن هذا النوع من التشبيه يقتضي ضرباً من الزيادة لا محالة ، ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحتمل على الزيادة من حيث الصفة ، وقالوا فيمن قال لامرأته : أنت طالق عدد شعر راحتي أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة ؛ لأنه شبه بما لا عدد له ؛ لأنه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته أو على ظهر كفه للحال وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبه بالعدد فلغا التشبه وبقي قوله : أنت طالق ، فيكون رجعيًا ، ولو قال : أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثاً ؛ لأنه شبه بما له عدد ؛ لأن شعر رأسه ذو عدد وإن لم يكن موجوداً في الحال =

١٣٣٧ - ويكون الطلاق بائناً أيضاً إذا وقع بلفظ من ألفاظ الكتابات ما عدا الألفاظ الثلاثة المتقدمة في مادة (٢٢٩) فإن الطلاق الواقع بها يكون رجعيًا ، والكناية بالنسبة للطلاق كل لفظ احتمال الطلاق وغيره ؛ ولذا لا يقع الطلاق بها إلا بأحد أمرين : النية أو دلالة الحال لترجيح أحد الأمرين ، وهي كثيرة فمنها : خلية ، برية ، حبلك على غاربك ، الحقي بأهلك ، وهبتك لأهلك ؛ لأن الخلية من الخلو فيحتمل الخلو عن الخيرات وعن قيد النكاح ، والبرية من البراءة فيحتمل من حسن الشاء مثلاً أو عن قيد النكاح ؛ وحبلك على غاربك ينبئ عن التخلية ؛ لأنهم كانوا إذا أرسلوا النوق يضعون حبيلها أي مقودها على غاربها ويخلون سبيلها ، فهو كالخلية ، والغارب ما بين العنق والسنام أي اذهبي حيث شئت والحقي بأهلك لأنني طلقتك أو سيرري بسيرة أهلك أو لأنني أذنت لك أن تلحقي بهم وهبتك لأهلك أي عفوت عنك لأجل أهلك أو وهبتك لهم لأنني طلقتك ، وقس على هذه الألفاظ ما كان بمعناها وحيث أنها ليست صريحة في الطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد لوقوع الطلاق بها من أحد أمرين : النية أو دلالة الحال لترجيح أحد الأمرين .

= فكان هذا تشبيهاً به حال وجوده ، وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال ، فيلغو التشبيه ، ولو قال لها : أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة .
وجه قول أبي يوسف أن قوله : مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه في التوحد ؛ لأن الجبل بجميع أجزائه شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البيئونة بالشك ، ولأنني حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لأنه ليس بذئ عدد لكونه واحدًا في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الصفة وهي البيئونة فيحمل على الواحدة البائنة ؛ لأنها المتيقن بها ، ولو قال مثل عظم الجبل أو قال : مثل عظم كذا فأضاف ذلك إلى صغير أو كبير فهي واحدة بائنة وإن لم يسم واحدة وإن نوى ثلاثاً فهو ثلاث ؛ لأنه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم إن كان قد سمي واحدة تعينت الواحدة البائنة ؛ لأن الزيادة فيها لا تكون إلا البيئونة وإن كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البيئونة بواحدة أو بالثلاث ، فإن نوى الثلاث يكون ثلاثاً ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه وإن لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها أدنى ، والأدنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك ، ولو قال : أنت طالق مثل هذا وأشار بثلاث أصابع ، فإن نوى به ثلاثاً فثلاث وإن نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة ؛ لأنه شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه في الصفة وهي الشدة فإذا نوى به الثلاث صحت نيته ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله : أنت طالق كآلف وإذا نوى به الواحدة كانت واحدة ؛ لأنه أراد به التشبيه في الصفة . وكذا إذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لأنه أدنى .

١٣٣٨ - والطلاق الواقع بهذه الألفاظ وما في معناها يكون بواحدة إن نوى واحدة أو اثنتين ، فإن نوى ثلاثاً فثلاث ولا تنس من يقول بوقوع ما نواه الزوج مطلقاً ، وإذا راجعت مادة (٢٤٩) تجد تقسيم الكنايات إلى ثلاثة أقسام ، وتقسيم أقوال الزوج إلى ثلاثة أيضاً وتعرف ما يحتاج منها إلى النية وما لا (١) .

(مادة ٢٤٥)

إِذَا آلَى الزَّوْجُ النَّبَالِغَ الْعَاقِلُ مِنْ امْرَأَتِهِ ، وَبَرَّ فِي إِبْلَائِهِ ، وَلَمْ يَفْعَى إِلَيْهَا فِي مُدَّةِ الْأَشْهُرِ الْأَرْبَعَةِ الَّتِي هِيَ أَقَلُّ مُدَّةٍ لِلْمَحْرَمَةِ ، بَانَتْ بِوَأَجْدَةٍ ، وَسَقَطَ الْإِبْلَاءُ إِنْ كَانَ مُؤَقَّتًا (٢) .

• • •

١٣٣٩ - ويقع الطلاق بانثاً أيضاً إذا مضت مدة الإيلاء ولم يقرب الزوج زوجته ، والايلاء : هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فأكثر ، ويشترط في الزوج المؤلّي أن يكون أهلاً لإيقاع الطلاق بأن يكون بالغاً عاقلاً ، فإذا قال الزوج لزوجته وهو

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٥٩) الإيلاء هو حلف الزوج على ترك وطء الزوجة . المادة (١٦٠) للزوجة طلب التفريق للإيلاء ما لم يفء الزوج عن يمينه قبل انقضاء أربعة أشهر . المادة (١٦١) يعتبر التفريق بسبب الإيلاء طلاقاً رجعيّاً .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٧٦/١) : الإيلاء منع النفس عن قربان المنكوحه منقاً مؤكداً باليمين بالله أو غيره من طلاق أو عتاق أو صوم أو حج أو نحو ذلك مطلقاً أو مؤقتاً بأربعة أشهر في الحرائر وشهر في الإماء من غير أن يتخللها وقت يمكنه قربانها فيه من غير حنث كذا في فتاوى قاضي خان ، فإن قربها في المدة حنث وتجب الكفارة في الحلف بالله سواء كان الحلف بذاته أو بصفة من صفاته يحلف بها عرفاً ، وفي غيره الجزاء ويسقط الإيلاء بعد القربان وإن لم يقربها في المدة بانث بواحدة كذا في البرجندي شرح النقاية .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٢٦/٥) : (وإن أوى القبضة والطلاق ، فالأظهر) الجديد (أن القاضي) إذا رفعته إليه (يطلق عليه طلقة) نيابة عنه ؛ لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجبارها على القبضة ؛ لأنها لا تدخل تحت الإيجاب ، والطلاق يقبل النيابة فتاب الحاكم عنه عند الامتناع كما يزوع عن العاضل ويستوفي الحق من المسائل ، فيقول : أوقعت على فلانة عن فلان طلقة كما حكى عن الإيلاء أو حكمت عليه في زوجته بطلقة ، فإن قال : أنت طالق ولم يقل عن فلان لم يقع ، قاله الدارمي في الاستدكار ولم يتعرض له الشيخان .

تنبيه : أفهم قوله : طلقة أنه لو زاد عليها لم تقع الزيادة ، وهو كذلك ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه ، وإنما لم يقيدها بالرجعة ليشمل ما لو لم يمكنه ذلك كما لو كانت ، قبل الدخول أو مستكملة لعدد الطلاق ، ولو آلى =

أهل للطلاق : والله لا أقربك أربعة أشهر كان مؤلّتا لقوله تعالى : ﴿ لَلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِنْ نِسَابِهِمْ تَرْغُصَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ قَامُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ١١٠ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١١١﴾ فالزوج في هذه المدة إما أن يقرب زوجته أو لا يقربها فإن قربها في المدة

= من إحداهما وأبى الفية والطلاق طلق القاضي مبهماً ثم يبين الزوج إن عين ، ويعين إن أبهم والثاني القديم لا يطلق عليه ؛ لأن الطلاق في الآية يضاف إليه بل يفرد بحبس أو غيره ليفيء أو يطلق لحديث : « الطلاق لمن أخذ بالساق » ويشترط حضوره ليثبت امتناعه كالمضل إلا أن يعذر ، ولا يشترط للطلاق عليه حضوره عنده ، ولا ينفذ طلاق القاضي في مدة إمهاله الآتي بيانها ، ولا بعد وطئه أو طلاقه ، وإن طلقا مقام وقوع الطلاقان ، وإن طلق القاضي مع الفية لم يقع الطلاق كما جرى عليه بعض المتأخرين لأنها المقصود ، وإن طلق الزوج بعد طلاق القاضي إن كان طلاق القاضي رجعيًا ، وصورة الدعوى أن يدعي عليه بالإيلاء وأن مدته قد انقضت من غير وطء ويطلب منه دفع الضرر بالفية أو الطلاق على ما مر (و) الأظهر (أنه) إذا لم يكن عذر (لا يجهل) أيًا (ثلاثة) ليفيء أو يطلق فيها لأنه زيادة على ما أمهله الله ، والحق إذا حل لا يؤجل ثانيًا ، والثاني : يجهل ثلاثة أيام لقربها وقد ينشط فيها للوطء .

تبيه : أفهم كلامه أنه لا يزداد على ثلاثة قطعًا ، وهو كذلك ، وجواز إمهاله دون ثلاث ، وليس على إطلاقه ، بل إذا استعمل لشغل أمهل بقدر ما يتبها لذلك الشغل ، فإن كان صائماً أمهل حتى يفتطر أو جافقاً فحتى يشبع أو ثقیلاً من الشيع فحتى يخف أو عليه النعاس فحتى يزول ، قالوا : والاستعداد في مثل هذه الأحوال بقدر يوم فما دونه ، ولو راجع المؤلّي بعد تطليق القاضي وقد بقي مدة الإيلاء ضربت مدة أخرى ، ولو بانّت فتزوجها لم يعد الإيلاء فلا تطالب (و) الأظهر ، وعبر في الروضة بالمذهب (أنه إذا وطئ) في مدة الإيلاء (بعد مطالبة) له بالفية (لزمه كفارة يمين) إن كانت ، يمينه بالله تعالى أو صفة من صفاته حسنة ، والثاني : لا يلزمه ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِنْ قَامُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ أي يغفر الحنث بأن لا يؤاخذ بكفارته لدفعه ضرر الزوجة . وأجاب الأول بأن المغفرة والرحمة إنما ينصرفان إلى ما يعصى به ، والفية الموجبة للكفارة مندوب إليها ، وإذا لزمته الكفارة بالوطء بعد المطالبة فيالوطء قبلها أولى أما إذا كان حلفه بغير الله تعالى وصفاته نظر إن حلف بالترام ما يلزم ، فإن كان بقربة لزمه ما التزم ، أو كفارة يمين كما سيأتي في باب النذر أو بتعليق طلاق أو عتق وقع بوجود الصفة .

خاتمة : لو اختلف الزوجان في الإيلاء أو في انقضاء مدته بأن ادعته عليه فأنكر صدق يمينه ؛ لأن الأصل عدمه ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكره سقط حقها من الطلب عملاً باعتبارها ، ولم يقبل رجوعها عنه لاعترافها بوصول حقها إليها ، ولو كرر يمين الإيلاء مرتين فأكثر وأراد بغير الأولى التأكيد لها ، ولو تعدد المجلس وطال الفصل صدق يمينه كظنيره في تعليق الطلاق ، وفرق بينهما وبين تنجيز الطلاق بأن التنجيز إنشاء وإيقاع ، والإيلاء والتعليق متعلقان بأمر مستقبل ، فالتأكيد بهما أليق أو أراد الاستئناف تعددت الأيمان ، وإن أطلق بأن لم يرد تأكيداً ولا استئنافاً فواحدة إن اتحد المجلس حملاً على التأكيد وإلا تعددت لبعده التأكيد مع اختلاف المجلس ، ونظيرهما جار في تعليق الطلاق ، وكذا الحكم لو حلف يمينًا سنة ويمينًا سنتين مثلاً ، وعند الحكم بتعدد اليمين يكفي لانهلالها وطء واحد ، ويتخلص بالطلاق عن الأيمان كلها ، ويكفيه كفارة واحدة .

حنت في يمينه وتلزمه كفارة اليمين إن حلف بالله كالمثال المتقدم ويقع عليه الطلاق إن حلف به كقوله : إن قربتك في مدة أربعة أشهر فزوجتي فلانة طالق - وإن لم يقربها في المدة بر في يمينه ولكن بمجرد مضيتها وقعت عليه طلاقاً بائناً .

١٣٤٠ - والإيلاء إما أن يكون مؤقتاً أو مؤبداً بأن قال : والله لا أقربك أبداً فإن قربها في المدة بالنسبة للمؤقت أو قربها في المؤبد حنت في يمينه وسقط الإيلاء ؛ لأن الإيمان تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا إيلاء بدون اليمين أما إذا بر في يمينه ولم يقربها فإن كان مؤقتاً بأربعة أشهر مثلاً فبمجرد مضيتها بانت منه وسقط الإيلاء وإن كان مؤبداً بانت منه إذا مضى أربعة أشهر من تاريخ اليمين ولم يسقط الإيلاء ؛ لأنه مؤبد ولم يوجد الحنث ليرتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج بها ؛ لأنه لم يوجد منع الحق بعد البيئونة فإن تزوجها عاد الإيلاء فإذا مضت أربعة أشهر أخرى وقع طلاق بائن آخر ؛ لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزواج يثبت حقها فيتحقق الظلم .

١٣٤١ - وهكذا حتى يقع الثلاث فإذا لم يعقد عليها بعد ما طلقت بائناً بمضي الأربعة الأشهر الأولى ، وانقضت عدتها قبل مضي غيرها فلا يقع طلاق عند انقضائها ؛ لأنه صادفها وهي غير محل للطلاق إذ هي ليست بزوجة ولا معتدة .

١٣٤٢ - وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى : الفيء إنما يكون بعد المدة لا فيها ولا يقع عليها طلاق بمجرد انقضاء المدة بل لا يقع إلا بتطبيق الزوج أو تفريق القاضي - واستدل على الأول بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ قَامُوا فَيَأْتُوا اللَّهَ عَفْوَرًا رَجِيماً ﴾ ^(١) لأن الغاء للتعقيب فانتضى جواز الفيء بعد المدة وجواز التفريق ؛ ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ عَزَبُوا السَّالِقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٢) فلو وقع بمضي المدة فلا يتصور العزم عليه بعد ذلك ولأن التفريق بينهما لرفع الضرر عنها فيكون بتطبيقها إن فعل وإلا فالقاضي يفرق بينهما كالتفريق بالجب أو بالعنة ؛ ولأن الطلاق لا يقع من غير تطبيق أحد فأشبه العنة حيث لا يقع الطلاق بمضي الأجل .

١٣٤٣ - واستدل أبو حنيفة بأنه ظلمها بمنعها حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة ، وهو المأثور عن عثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة ، وكفى بهم قدوة ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة - والظاهر مذهب الإمام الشافعي .

(مادة ٢٤٦)

الطَّلَاقُ الْبَائِنُ يَثْبُوتُ صَغْرَى وَهُوَ مَا كَانَ دُونَ الثَّلَاثِ : يَحُلُّ قَيْدَ النِّكَاحِ ، وَيَرْفَعُ أَحْكَامَهُ ، وَيُزِيلُ بِلْكَ الزَّوْجِ فِي الْحَالِ ، وَلَا يَتَّقَى لِلزَّوْجَةِ أَثْرَ سِوَى الْعِدَّةِ ، وَتَمْتِنُزُ الْمَرْأَةُ فِي بَيْتِهَا ، وَيُجْعَلُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حِجَابٌ ، فَلَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا وَلَا يَنْظُرُهَا .
وَأِنْ ضَاقَ عَنْهُمَا الْبَيْتُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ذَيْتًا ، فَإِخْرَاجُهُ مِنْهُ أَوْلى .
وَأِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا فِي الْعِدَّةِ ، فَلَا يَرِثُهُ الْآخَرُ ، إِلَّا فِي حَالِ فِرَارِهِ أَوْ فِرَارِهَا بِشَرْطِهِ الْمَذْكُورِ فِي طَّلَاقِ الْمَرِيضِ ^(١) .

١٣٤٤ - ومتى وقع الطلاق بائنا بينونة صغرى سواء كان بواحدة أو اثنتين ترتب عليه حكمه وهو أنه يزيل الملك فينحل قيد النكاح وترتفع أحكامه ويؤول ملك الزوج في الحال بلا انتظار إلى انقضاء العدة كما في الطلاق الرجعي ، فالبينونة الصغرى لا تبقى للزوجية أثراً سوى العدة ، ولكن لا تزيل الحل وترتب على إزالته الملك أن المرأة تستر في محل من البيت الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق فلا يدخل عليها في ذلك المحل ولا ينظرها وإن كان له أن يدخل محلاً آخر في هذا البيت فإذا فرضنا أن البيت الذي كانا يسكنانه قبل الطلاق ضيقاً ليس فيه إلا محل واحد أو كان به محال ولكن الرجل غير دين فيخرج هو من البيت وتبقى هي مقيمة به حتى تنقضي عدتها ؛ لأن المطلوب شرعاً بقاء المرأة في البيت الذي حصل الطلاق وهي ساكنة فيه حتى تنقضي عدتها كما استعرفه في العدة .

١٣٤٥ - وترتب على إزالته الملك أيضاً أنه إذا مات أحدهما في العدة فلا يرثه الآخر بخلاف الطلاق الرجعي فإنه إذا طلق رجل زوجته طلاقاً رجعيًا ومات أحدهما وهي في العدة ورثه الآخر ؛ لأنه لا يزيل الملك فالزوجية باقية فيجري التوارث بينهما ولكن عدم جريان الإرث بين الزوجين إذا مات أحدهما في عدة الطلاق البائن ليس على إطلاقه بل

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٨٧/٣) : « الحكم الأصلي لما دون الثلاث من الواحدة البائنة ، والاثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق ، وزوال الملك أيضاً حتى لا يحل له وطؤها إلا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره ، وإبلاؤه ، ولا يجري اللعان بينهما ولا يجري التوارث ولا يحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزواج آخر ؛ لأن ما دون الثلاثة - وإن كان بائناً - فإنه يوجب زوال الملك لا زوال حل المحلية . »

فيه تفصيل .

١٣٤٦ - ويانه أن الطلاق البائن إما أن يقع من الزوج في حال صحته أو في حال مرضه مرض الموت ، فإن كان الثاني فإما أن توجد قرينة تدل على أن غرضه حرمانها من الإرث أو لا توجد .

١٣٤٧ - فإن كان الطلاق في حال الصحة فلا يرث كل منهما صاحبه ولو مات في العدة ولو كان قصده حرمانها من الإرث ومثل هذا في الحكم ما إذا وقع الطلاق في حال المرض وليست هناك قرينة تدل على أن غرضه حرمانها من الإرث كما إذا طلبت منه الطلاق البائن مختارة فأوقعه أو قال لها : خالعتك في نظير عشرين جنيتها مثلاً ، فقبلت أو قال لها : طلقني نفسك بائناً إن شئت ففعلت ومات وهي في العدة ؛ فإنها لا ترثه أيضاً ؛ لأنه لم يوجد منه قصد حرمانها من الإرث إذ بطلبها الطلاق البائن ويقبولها دفع بدل الخلع وبإيقاعها الطلاق عند تفويضه إليها رضيت بإسقاط حقها فينعدم التعدي منه فلا ترثه .

١٣٤٨ - أما إذا كان الطلاق البائن في حال مرض الموت وقامت القرينة على أن غرضه حرمانها من الإرث ومات وهي في العدة فترثه ؛ لأنه والحالة هذه يكون فائزاً من إرثها فيرد عليه قصده .

١٣٤٩ - وليس هذا الحكم خاصاً به بل هي مثله وينبغي عليه أنها إذا باشرت سبب الفرقه بأن زوجها غير الأب والجد بكفء وبمهر المثل فاخترت فسخ العقد عند البلوغ وماتت وهي في العدة فإن كان هذا الاختيار حال الصحة فلا يرثها وإن كان في حال مرضها مرض الموت وقامت قرينة على ما ذكر ، ورثها وسيأتي زيادة إيضاح لهذه المسألة في طلاق المريض^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٩) : إذا كان الطلاق بائناً بطلقة واحدة أو بطلقتين فلا مانع من تجديد النكاح بعده برضاء الطرفين .

(مادة ٢٤٧)

الطَّلَاقُ الْبَائِنُ يَبْنُوهُ صَغْرَى لَا يُزِيلُ الْحُلَّ ، فَلَا تَحْرُمُ الْمُبَانَّةُ بِمَا دُونَ الثَّلَاثِ عَلَى مُطَلِّقِهَا ، بَلْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي الْعِدَّةِ وَتَعَدُّهَا ، إِنَّمَا لَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَاهَا وَبِعَقْدٍ وَمَهْرٍ جَدِيدَيْنِ ، وَيَتَنَحَّ عَزِيرُهُ مِنْ نِكَاحِهَا فِي الْعِدَّةِ (١)

* * *

١٣٥٠ - ويترتب على أن الطلاق البائن بينونة صغرى لا يزيل الحل : أن المطلق له أن يرد زوجته إليه سواء كان ذلك في العدة أو بعد انقضائها ؛ لأن الحل الأصلي باق ما لم يتكامل العدد وهو الثلاث ولكن لا بد من عقد ومهر جديدين ، ويشترط رضاها بذلك ؛ لأن الملك قد زال بخلاف الطلاق الرجعي فلا يشترط في إرجاعها إليه شيء مما ذكر ما دامت في العدة ؛ لأن الملك لم يزل . وأما غير المطلق : فيجوز له أن يتزوجها بعد انقضاء العدة وفي العدة لا يجوز لثلاث يشتهه النسب ولكن المطلق له ذلك ؛ لأنه لا اشتباه في النسب فأبيح له تزوجه بها في العدة (٢) .

(مادة ٢٤٨)

الطَّلَاقُ الْبَيْتُ يُزِيلُ فِي الْحَالِ الْمَلِكَ وَالْحِلَّ مَعًا ، فَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ الْخُرَّةَ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ثَلَاثَ طَلِّقَاتٍ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ سَوَاءً كَانَتِ الثَّلَاثُ مُتَّفِرِّقَاتٍ ، أَوْ عَزِيرَ مُتَّفِرِّقَاتٍ يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا حَتَّى تَنْكِحَ عَزِيرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا نَائِلًا ، وَيَطَأُهَا وَطَأَ حَقِيقًا فِي الْحَلِّ الْمُتَيَقِّنِ مُوجِبًا لِلْفَسْلِ ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا أَوْ يَمُوتَ عَنْهَا ، وَتَمْضِي عِدَّتُهَا . وَمَوْتُ الزَّوْجِ الثَّانِي قَبْلَ وَطْئِهَا لَا يُحِلُّهَا لِلأَوَّلِ (٣) .

* * *

(١) ينظر التعليق السابق .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٩٨) : الطلاق البائن المنصوص عليه في المادة (٩٣) من هذا القانون يزول الزوجية في الحال .

المادة (١٠٠) : تزول البينونة الكبرى بتزوج المبانة التي انقضت عدتها زوجاً آخر لا بقصد التحليل ويشترط دخوله بها وبعد طلاقها منه وانقضاء عدتها تحمل للأول .

(٣) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٨٧/٣) : « وأما الطلقات الثلاث فحكمها الأصلي هو زوال الملك ، وزوال حل الحلية أيضاً حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزوجة أخرى ؛ لقوله ﷺ : ﴿ إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا =

١٣٥١ - ومتى وقع الطلاق بائناً بينونة كبرى وهو ما كان بالثلاث ويسمى بالطلاق البت ؛ زال الملك والحل معاً ، فلا يجوز له أن يعقد عليها ولو رضيت إلا بعد أن يتزوجها غيره ، ولا بد أن يكون هذا التزوج صحيحاً نافذاً ويطأها ذلك الغير وطأً حقيقياً ، فالخلو الصحيحة لا تكفي لخلها للأول ، ولا بد أن يكون هذا الوطء في المحل المباح شرعاً ويشترط أن يكون هذا الوطء موجباً للغسل بأن يلتقي الختانان ثم بعد ذلك تقع الفقرة بينه وبينها سواء كان بالطلاق أو بالموت ، وتمضى عدة هذه الفقرة .

١٣٥٢ - ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كانت المطلقة ثلاثاً مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، وإن كانت المدخول بها يقع عليه الثلاث سواء كان بكلمة واحدة . كانت طالق ثلاثاً ، أو متفرقاً : كأنت طالق أنت طالق أنت طالق . وأما غير المدخول بها : فلا يقع عليها الثلاث إلا إذا كان بكلمة واحدة فإن كان متفرقاً فلا يقع إلا الأولى فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة . والفرق بينهما : أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فبمجرد قوله لها : أنت طالق بانت منه لا إلى عدة فتصادفها الثانية وهي أجنبية منه ، فلا تقع بخلاف المدخول بها فإن عليها العدة فتصادفها الثانية والثالثة وهي محل للطلاق فتقع كل منهما وقد تقدمت لك هذه المسألة موضحة في شرح مادة (٢٢٤) .

١٣٥٣ - وإنما كانت المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى لا تحل لزوجها إلا بما ذكر ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا حِلَّ لَهَا مِنْ بَدَدِ حَيْثُ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(١) والمراد المطلقة الثالثة بدليل قوله تعالى قبل هذه الآية : ﴿ أَلطَّلِقُ مَرْثَاتٍ فَإِنْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ يَأْتَسِنُ ﴾ ^(٢) ثم الغاية نكاح الزوج الثاني مطلقاً والزوجية المطلقة إنما تثبت بالنكاح الصحيح ، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص ، وهو أن يحتمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة ؛ إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج أو يزداد على النص

= حِلُّ لَهَا مِنْ بَدَدِ حَيْثُ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ، وسواء طلقها ثلاثاً متفرقاً أو جملة واحدة ؛ لأن أهل التأويل اختلفوا في مواضع التطبيق الثالثة من كتاب الله ، قال بعضهم هو قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا حِلَّ لَهَا مِنْ بَدَدِ حَيْثُ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ بعد قوله : ﴿ أَلطَّلِقُ مَرْثَاتٍ فَإِنْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ يَأْتَسِنُ ﴾ وقالوا : الإمساك المعروف هو الرجعة ، والتسريح بالإحسان هو أن يتركها حتى تنقضي عدتها .

وقال بعضهم : هو قوله تعالى : ﴿ أَوْ تَسْرِيحٍ يَأْتَسِنُ ﴾ فالتسريح هو الطلقة الثالثة ، وعلى ذلك جاء الخبر ، وكل ذلك جائز محتمل غير أنه إن كان التسريح هو تركها حتى تنقضي عدتها كان تقدير قوله ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا حِلَّ لَهَا مِنْ بَدَدِ حَيْثُ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ أي : أي : طلقها تطليقة ثالثة ، وإن كان المراد من التسريح التطليقة الثالثة كان تقدير قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا ﴾ أي : طلقها طلاقاً ثلاثاً ، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره .

بالحديث المشهور ؛ وهو ما روى عن عائشة رضی اللہ تعالیٰ عنہا . « إن رفاعة بن سمؤال القرظی ^(١) طلق امرأته تيممة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعدد الرحمن بن الزبير ^(٢) فجاءت رسول اللہ ﷺ فقالت أنها كانت مع رفاعة ، فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنه واللہ ليس معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها ، قالت : فتبسم رسول اللہ ﷺ ضاحكاً وقال : « لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا ، حتى يذوق عسيتك وتذوقي عسيلته » ^(٣) وعن ابن عمر قال : سئل نبي اللہ ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للأول قال : « لا تحل للأول حتى يجامعها » ^(٤) وهذه الأحاديث مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب على تقدير أن يراد بالنكاح في الآية العقد وعلى تقدير إرادة الوطء تكون موافقة له فلا إشكال .

١٣٥٤ - ولأن الشارع حث على عدم الفرقة إلا إذا كانت هناك داعية إليها كما عرفته أول كتاب الطلاق ؛ لأنها تزيل العقد الذي تترتب عليه المصالح الدينية والدنيوية ولذا لم يشرع الطلاق مرة واحدة بل جعل ثلاثاً لأن النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة إلى الزوجة ثم يحصل الندم فشرع ثلاثاً ليحرب نفسه أولاً وثانياً ، فالشارع لما علم من الأزواج ما ذكر قال : إنه إذا وقع الطلاق مرة أو مرتين منكم فلا يترتب عليه

(١) هو : رفاعة بن سمؤال وقيل : رفاعة بن رفاعة القرظي من بني قريظة وهو خال صفية بنت حسي بن أخطب أم المؤمنين زوج النبي ﷺ فإن أمها برة بنت سمؤال وهو الذي طلق امرأته ثلاثاً على عهد رسول اللہ ﷺ فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير وطلقها قبل أن يدخل بها فأرادت الرجوع إلى رفاعة فسألها النبي فذكرت أن عبد الرحمن لم يسها قال : فلا ترجعي إلى رفاعة حتى تذوقي عسيلته ، سمؤال بكسر السين وسكون الميم . انظر : أسد الغابة (١٨١/٢) .

(٢) هو عبد الرحمن بن الزبير بن زيد بن أمية ابن زيد بن مالك بن عوف بن عمرو بن عوف بن مالك بن الأوس نسبه هكذا ابن منده وأبو نعيم ، وقال أبو عمر : هو عبد الرحمن بن الزبير بن باطيا القرظي ، وذكر الأمير أبو نصر النسيين جميعاً واتفقوا على أنه هو الذي تزوج المرأة التي طلقها رفاعة القرظي بعد رفاعة ، فقالت للنبي ﷺ : إنما معه مثل هدبة الثوب ، الزبير والد عبد الرحمن بفتح الزاي والزبير والد عروة بضم الزاي وفتح الباء . انظر : أسد الغابة (٢٩٢/٣) .

(٣) صحيح البخاري (كتاب الشهادات / باب : شهادة المختبي / ٢٦٣٩) ، وصحيح مسلم (كتاب : النكاح / باب : لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره / ١٤٣٣) ، وسنن الترمذي (كتاب : النكاح عن رسول اللہ ﷺ / باب : ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر / ١١١٨) .

(٤) سنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : إحلال المطلقة ثلاثاً والنكاح الذي يحلها به / ٣٤١٥٤) .

أمر تكرهه النفوس ولكن احذروا من وقوع الثالثة ، فإنها لو حصلت فلا يمكن إرجاع الزوجة كما جاز ذلك أول وثاني مرة بل لا بد من حصول شيء تكرهه نفوسكم فلا تقدموا على الطلاق من غير تفكير وروية خصوصاً الطلقة الثالثة .

(مادة ٢٤٩)

نِكَاحُ الزَّوْجِ الثَّانِي يَهْدِمُ بِالدُّخُولِ مَا دُونَ الثَّلَاثِ مِنَ الطَّلَاقَاتِ السَّابِقَةِ كَمَا يَهْدِمُ الثَّلَاثُ ، وَيُنْبِتُ جَلًّا جَدِيدًا ، فَتَعُوذُ الْمَرْأَةُ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ إِذَا تَزَوَّجَهَا بِمَلِكٍ جَدِيدٍ ، أَيْ : يَمْلِكُ عَلَيْهَا ثَلَاثَ طَلَاقَاتٍ لَوْ حُرَّةٌ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهره النيرة (٥٤/٢) : (وإذا طلق الحرة تطليقتين أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت زوجاً آخر ثم عادت إلى الأول ؛ عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث) وهذا عندهما ، وقال محمد : لا يهدم ما دون الثلاث وبه قال الشافعي .
قول الشافعية : جاء في الأم (١٧١/٧) : (وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجاً ودخل بها ، ثم طلقها ، ثم تزوجها الأول ، فإن أبا حنيفة قال : هي على الطلاق كله وبه يأخذ ، وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي (قال الشافعي) : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة أو اثنتين فانقضت عدتها ونكحت زوجاً غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها فانقضت عدتها فنكحت الزوج الأول فهي عنده على ما بقي من الطلاق يهدم الزوج الثاني الثلاث ولا يهدم الواحدة ولا اثنتين ، وقولنا هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعدد من كبار أصحاب النبي ﷺ ، وقد خالفنا في بعض هذا بعض الناس ، فقال : إذا هدم الزوج ثلاثاً هدم واحدة واثنتين ، واحتج بقول ابن عمر وابن عباس ؓ وسألنا فقال : من أين زعمتم أن الزوج يهدم الثلاث ولا يهدم ما هو أقل منها ، قلنا : زعمناه بالأمر الذي لا ينبغي لأحد أن يدفعه ، قال : وما هو ، قلنا : حرمة الله بعد الثلاث حتى تنكح زوجاً غيره ، وبين رسول الله ﷺ عن الله ﷻ أن النكاح الذي أحلها الله به بعد الثلاث إصابة الزوج وكانت محرمة قبل الزوج لا تحل بحال إلا بالزوج فكان للزوج حكم هدم الثلاث لهذا المعنى وكانت في الواحدة والاثنتين حلالاً فلم يكن للزوج ها هنا حكم فرغنا أنه يهدم حيث كانت لا تحل له إلا به وكان حكمه قائماً ولا يهدم حيث لا حكم له وحيث كانت حلالاً بغيره وكان أصل المعقول أن أحداً لا يحل له بفعل غيره شيء ، فلما أحل الله له بفعل غيره أحلنا له حيث أحل الله له ولم يجز أن نقيس عليه ما خالفه لو كان الأصل للمعقول فيه وقد رجع إلى هذا القول محمد بن الحسن بعدما كان يقول بقول أبي حنيفة .
قول الحنابلة : جاء في المنهي (٣٨٨/٧ ، ٣٨٩) : (وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث) .
وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يحل من ثلاثة أحوال ؛ أحدها : أن تنكح غيره ويصحبها ثم يتزوجها الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم ، قاله ابن المنذر . والثاني : أن =

١٣٥٥ - ومتى وقع الطلاق بائناً بينونة كبرى وتزوجت المطلقة بغير زوجها بالشروط المتقدمة في المادة السابقة وعادت لزوجها الأول ؛ فإنها تعود إليه بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلاقات وهذا باتفاق .

١٣٥٦ - وأما المطلقة بائناً بينونة صغرى إن عادت لزوجها ففيه تفصيل ، وبيانه : أنها إما أن تعود إليه قبل أن تتزوج بغيره أو بعده فإن كان بعد الزواج فإما أن يدخل بها الزوج الثاني أو لا فإن عادت إليه قبل أن تتزوج بغيره سواء أعادها وهي العدة أو بعد انقضائها عادت إليه بما بقي له من الطلاقات الثلاث في الملك الأول اتفاقاً .

١٣٥٧ - وإن عادت إليه بعد تزوجها بغيره ولكن قبل أن يدخل بها فكذلك . وإن كان بعد الدخول بها ففيه خلاف ؛ فالإمام الأعظم وأبو يوسف يقولان : تعود إليه بحل جديد فيملك عليها ثلاث طلاقات ، فيكون الزوج قد هدم الطلاقات السابقة كما هدم

= يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجمة ، أو نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه ، والثالث : يطلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول ، فمن أحمد فيها روايتان : إحداهما : ترجع إليه على ما بقي من طلاقها ، وهذا قول الأكاير من أصحاب رسول الله ﷺ عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبي هريرة وروي ذلك عن زيد وعبد الله بن عمرو ابن العاص ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر . والرواية الثانية : عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث ، وهذا قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل فيثبت حلّاً يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث ؛ لأن وطء الثاني يهدم الطلاقات الثلاث ، فأولى أن يهدم ما دونها . ولنا : أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني ، وقولهم : إن وطء الثاني يثبت الحل لا يصح ؛ لوجهين ؛ أحدهما : منع كونه مثبتاً للحل أصلاً وإنما هو في الطلاق الثلاث غاية التحريم بدليل قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَدْنِهِ سَكِّحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ وحتى للغاية ، وإنما سمي النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللاً تجوزاً ، بدليل أنه لعنه ومن أثبت حلالاً يستحق لعنا ، والثاني : أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وهانها هي حلال له فلا يثبت فيها حل ، وقولهم : إنه يهدم الطلاق قلنا : بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له .

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٥٨/١٠) : « هدم طلاقات الأول بالزواج الثاني : اتفق الفقهاء على أن الزوج الثاني يهدم طلاق الزوج الأول إذا كان ثلاثاً . واختلفوا في أن الزوج الثاني هل يهدم ما دون الثلاث ، وذلك كما إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة ، ثم طلقت منه ، ثم رجعت إلى زوجها الأول . فذهب الجمهور (مالك والشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن) إلى أنه لا يهدم ، لأن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع ، فلا يهدم ما دونها . وذهب أبو حنيفة إلى أنه يهدم ما دون الثلاث ، لأنه لما هدم الثلاث فهو أخرى أن يهدم ما دونها ، وبه قال ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي . »

الثلاث ، فيثبت حل جديد للزوج الأول .

وقال الإمام الشافعي ومحمد : تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث في الملك الأول .
واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف ؛ بما روي عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند
عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقه
أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجها غيره فدخل بها ثم طلقها ، أو مات عنها
ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوجها على كم هي عنده فالتفت إلى ابن عباس
وقال : ما تقول في هذا ؟ قال : يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث وأسأل ابن
عمر ، قال : فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس .

١٣٥٨ - واستدل الشافعي ومحمد ، بأن هذا الحديث روى بسند آخر عن سيدنا
عمر وسيدنا علي أنها تعود إليه بما بقي ، فالمسألة خلافية بين الصحابة أيضًا ، ولأن
الزوجة الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث بالنص وهو قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ
لَهُ مِنْ بَعْدِ حَيْثُ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(١) إذ كلمة حتى للغاية حقيقة ولم يوجد المغيا وهو
الحرمة الغليظة ؛ لأنها معلقة بالثلاث ، ولا يثبت شيء من الحكم ببعض أركان العلة ،
فلا يصير الزوج الثاني غاية قبل وجودها لاستحالة وجود الغاية ولا مغيا ، والمعول عليه
قول أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٢) .

(مادة ٢٥٠)

الطَّلَاقُ لَا يُلْحَقُ الْمُنْكَوْحَةَ بِكَأَحَا فَايَسِدًا ، فَالْفَرْقَةُ فِيهِ مُتَارِكَةٌ لَا طَّلَاقَ حَقِيقِيٍّ . فَمَنْ طَلَّقَ
مُنْكَوْحَتَهُ فَايَسِدًا ثَلَاثًا ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ بِلَا مُحْلٍ ، وَيَمْلِكُ عَلَيْهَا ثَلَاثَ طَلْقَاتٍ .

• • •

١٣٥٩ - الطلاق بجميع أقسامه أي سواء كان رجعيًا أو بائنًا ، وسواء كان البائن
بائنًا بينونة صغرى أو كبرى ؛ لا يقع على المرأة إلا بعد عقد الزواج ؛ إذ الأجنبية غير
محل له ، ولا بد أن يكون العقد صحيحًا فإن كان غير صحيح فلا يقع الطلاق أصلًا .

(١) البقرة : ٢٣٠ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٦) لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في
زواج صحيح وفي طهر لم يمسه فيه وغير معتدة .

١٣٦٠ - وينبغي على ذلك : أنه لو عقد رجل على امرأة وكان العقد صحيحاً وأوقع عليها طلاقاً وقع وترتب عليه حكمه سواء كان رجعيًا أو بائنًا فإن كان العقد غير صحيح فلا يقع ولا يترتب عليه حكم فإذا طلقها ثلاثاً في هذه الحالة وأراد ردها إليه ، فلا داعي إلى تزوجها بغيره ، بل له أن يردها بعقد صحيح قبل ذلك فيملك عليها ثلاث طلاقات ؛ لأن الطلاق الأول غير واقع ؛ إذ الطلاق إنما يقع بعد العقد الصحيح ، ولكن لا يجوز أن يستعمل هذا الحكم حيلة لهدم وقوع الثلاث في كل حال من الأحوال ، بل لا بد من أن يكون العقد غير صحيح في الحقيقة .

١٣٦١ - ومن هذا تعلم فساد ما يستعمله بعضهم وهو أنه عند ما يقع الطلاق الثلاث على رجل ولم يروا حيلة لعدم وقوعه من كونه مكرهاً أو سكران مثلاً ، ينظرون إلى أصل العقد ، فإن رأوا أنه تزوجها بلا ولي وكانت بالغة عاقلة أو بلا شهود عدول يقولون أن العقد غير صحيح على مذهب الإمام الشافعي .

وبناء عليه فلا يقع الثلاث فلا داعي إلى المحلل ولكن بالتأمل ترى أن هذه الحيلة باطلة لا ينبغي استعمالها أصلاً ؛ لأن الناس يقلدون مذهب أبي حنيفة وقت العقد والإمام الشافعي يقول بصحة التقليد . فإذا سئل عن هذا العقد أجاب بصحته ؛ فلا يجوز أن يحكم عليه بالفساد ، وأيضاً من المقرر أن حكم القاضي يرفع الخلاف . ولا شك في أن عقود الزواج ترفع إلى القاضي العام فيحكم بصحتها وبناء عليه تكون صحيحة عند الجميع .

الفصل الثالث في تعليق الطلاق

(مادة ٢٥١)

الطَّلَاقُ لَفْظِيًّا كَانَ أَوْ بِالكِتَابَةِ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُنْجِزًا أَوْ مُعَلَّقًا .
فَالْمُنْجِزُ : مَا كَانَ بِصِيغَةٍ مُطْلَقَةٍ غَيْرِ مُقَيَّدَةٍ بِشَرْطٍ ، وَلَا مُضَافَةٍ إِلَى وَقْتٍ . وَهَذَا يَقَعُ فِي
الْحَالِ .

وَالْمُعَلَّقُ : مَا كَانَ مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ ، أَوْ خَادِئَةٍ ، أَوْ مُضَافًا إِلَى وَقْتٍ . وَهَذَا يَتَرَقَّفُ وَقُوْعُهُ
عَلَى وَجُودِ الشَّرْطِ ، أَوْ الْخَادِئَةِ ، أَوْ حُلُولِ الْوَقْتِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ . وَالتَّعْلِيقُ يَمِينٌ .

•••

١٣٦٢ - قد عرفت في شرح مادة (٢٢٢) أنه لا يشترط اللفظ في إيقاع الطلاق بل كما يقع باللفظ يقع بالكتابة ، وعرفت أنواع الكتابة أيضا وما يقع به الطلاق منها وما لا يقع في المادة المذكورة وكما أنه لا يشترط اللفظ لوقوعه ، كذلك لا يشترط أن يكون الطلاق منجزا بل كما يصح أن يكون منجزا يصح أن يكون مضافا إلى زمن مستقبل ، ويصح أن يكون معلقا ؛ فالمنجز هو ما كان بصيغة مطلقة أي غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى وقت كقول الرجل لزوجته : أنت طالق ، أو أنت حرام ، وهذا يقع في الحال بلا انتظار شيء آخر.

١٣٦٣ - والمضاف إلى زمن مستقبل كقول الرجل لزوجته : أنت طالق بعد عشرة أيام مثلا ، وهذا لا يقع إلا عند انتهاء المدة المحددة ؛ لأن الزوج ما قصد إيقاعه في الحال بل بعد زمن مخصوص فيعامل بما قصد .

١٣٦٤ - وأما التعليق : فهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ، فالجملة الأولى هي جملة الجزء ، والثانية جملة الشرط ، والمضمون هو ما تضمنته الجملة من المعنى كقول الرجل لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، وإن وصلك كتابي هذا فأنت بائن ، ففي الجملة الأولى ربط حصول طلاقها بحصول دخولها الدار ، وفي الثانية ربط حصول طلاقها بوصول الكتاب .

وهذا لا يقع به الطلاق إلا عند حصول مدلول جملة الشرط لأن الزوج لم يرد وقوع

الطلاق في الحال بل علق وقوعه على شيء مخصوص فإذا لم يحصل هذا الشيء فلا يقع. والطلاق وإن كان لا يقع بمجرد التعليق بل عند حصول المعلق عليه إلا أنه يقال للتعليق يمين ويترتب عليه إنه إذا حلف شخص أن لا يحلف فعلق طلاق زوجته على حصول شيء ؛ حنث في يمينه السابق لأنه حلف (١) .

(مادة ٢٥٢)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ التَّعْلِيْقِ أَنْ يَكُونَ مَذْلُومٌ فِعْلُ الشَّرْطِ مَعْدُومًا عَلَى خَطَرِ الْوُجُودِ ،
لَا مُحَقَّقًا ، وَلَا مُسْتَجِيلًا ، وَلَا مُتَفَصِّلًا إِلَّا لِعُدْرٍ .
فَالْمُعْلَقُ عَلَى مُحَقَّقٍ يُنْجِزُ فِيْمَا لِيَقَاتِهِ حُكْمَ ائْتِدَائِهِ ، وَالتَّعْلِيْقُ عَلَى أَمْرٍ مُحَالٍ لَعَوْرٍ ، وَكَذَا
يَنْعَوُ الطَّلَاقُ الْمَذْخُولُ فِيهِ الشُّكُّ ، وَالطَّلَاقُ الْمُضَافُ لِجِلَالَةِ مَنَافِيَةِ لِإِقْبَاعِهِ أَوْ وَقُوعِهِ بِهِ ،
وَكَذَلِكَ الْمُعْلَقُ عَلَى الْمَشِيئَةِ الْإِلَهِيَّةِ مَشْمُوعًا مُتَّفِصِّلًا لَا مُتَّفَصِّلًا إِلَّا لِعُدْرٍ (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩٠) : لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٨٩) : لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه .
جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٢) : لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .

(٢) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٢/٤ ، ٣) : و شرط صحة التعليق كون الشرط معدومًا على خطر الوجود ، فخرج ما كان محققًا كقوله : أنت طالق إن كانت السماء فوقنا ، فهو تنجيز ، وخرج ما كان مستحيلًا كقوله : إن دخل الجمل في سم الحياض فأنت طالق ، فلا يقع أصلًا لأن غرضه منه تحقيق النفي حيث علقه بأمر محال ، وهذا يرجع إلى قولهما : إمكان البر شرط انعقاد اليمين خلافاً لأبي يوسف ، وعلى هذا ظهر ما في الحاشية لو قال لها : إن لم تردي علي الدينار الذي أخذته من كيسي فأنت طالق فإذا الدينار في كيسي لا تطلق امرأة ، ولو قال : إن حضت ، وهي حائض ، أو مرضت ، وهي مريضة ؛ فعلى حيضة مستقبلية ، ولو قال للصحيحة : إن صححت فأنت طالق طلقت الساعة ، وكذا لو قال : إن أبصرت أو سمعت ، وهي بصيرة أو سميعة ، لأن الصحة والسمع أمر يمتد فكان لبقائه حكم الابتداء بخلاف الحيض والمرض فإنهما مما لا يمتد ، ولو قال لبعده : إن ملكتك فأنت حر عتق حين سكت ، وتماه في المحيط من باب الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال ، وبهذا علم أن قولهم إن ما كان محققًا تنجيز ليس على إطلاقه بل فيما لبقائه حكم ابتدائه . ومن شرائطه : وجود رابط حيث كان الجزاء مؤخرًا ، وسيأتي بيانه ، ومن شرائطه : أن لا يفصل بين الشرط والجزاء فاصل أجنبي فإن كان ملائماً ، وذكر لإعلام المخاطبة أو لتأكيد ما خاطبها =

١٣٦٥ - وعندما يعلق شخص طلاق زوجته على حصول شيء من الأشياء وهو مدلول فعل الشرط فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً وقت التعليق ويجوز حصوله .

الثاني : أن يكون مدلول فعل الشرط محققاً أي موجوداً وقت التعليق

الثالث : أن يكون معدوماً ويستحيل حصوله .

١٣٦٦ - فإن كان الأول : كما إذا قال الرجل لزوجته : إن كلمت فلاناً ، أو

خرجت بغير إذني فأنت طالق ؛ كان التعليق صحيحاً وينتظر حصول الشيء المعلق عليه الطلاق وهو تكليم فلان في المثال الأول ، والخروج بغير إذنه في المثال الثاني ، فإن وجد وقع الطلاق ، وإن لم يوجد فلا يقع .

١٣٦٧ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان مدلول فعل الشرط محققاً كما إذا قال

لها إن لبست هذا الثوب فأنت طالق وهي لابسة له أو إن ركبت هذه الدابة فأنت طالق وكانت راكبة لها ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين .

الأول : أن يكون مدلول فعل الشرط من الأفعال التي تقبل الامتداد

الثاني : أن يكون من الأفعال التي لا تقبل الامتداد .

= بمعنى قائم في النادي ؛ فإنه لا يضر كقوله لامرأته : أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار ، تعلق الطلاق بالدخول ، ولا حد ، ولا لعان لأنه لتأكيد ما خاطبها به كقوله : يا زنب ، بخلاف ما إذا قال : يا زانية أنت طالق إن دخلت فإنه قاذف ، وتماه في المحيط من باب ما يتخلل بين الشرط والجزاء ، وفي الحاشية لو قال : إن دخلت الدار يا عمرة فأنت طالق ، وبها زنب فدخلت عمرة الدار طلقت ، ويسأل عن نيته في زنب ، وإن قال : نويت طلاقها أيضاً طلقت أيضاً ، ولو قال ذلك بغير واو فقال : نويت طلاقها مع عمرة طلقنا جميعاً ، ولو قدم الطلاق فقال : يا عمرة أنت طالق إن دخلت الدار ، وبها زنب فدخلت عمرة الدار طلقنا جميعاً . ولو قال : لم أنو طلاق زنب لا يقبل قوله وتماه فيها ، وفي تلخيص الجامع من باب الاستثناء يكون على الجميع والبعض يا زانية إن تخلل الشرط والجزاء أو الإيجاب ، والاستثناء لم يكن قدفاً في الأصح ، وإن تقدم أو تأخر كان قدفاً لأنه للاستحضار عنه عرفاً ، ولإثبات الصفة وضعاً فلازم من وجه دون آخر فعلق خللاً وبغير طرفاً ، عملاً بهما كيا طالق ، وقد يعلق الخير للنفي كالإقرار ا هـ .

ومن شرطه : أن لا يكون الظاهر قصد المجازاة فلو سبته بنحو : قرطبان وسفلة ، فقال : إن كنت كما قلت فأنت طالق ، تنجز سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن ؛ لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إنهاءها بالطلاق فإن أراد التعليق يدين ، وقوى أهل بخارى عليه كما في فتح القدير . ومن شرطه : الاتصال فلو ألحق شرطاً بعد سكوتهم لم يصح ، وفي الظهيرية رجل له فأفأة أو ثقل في لسانه لا يمكنه إتمام الكلام إلا بعد مدة فحلف بالطلاق ، وذكر الشرط والاستثناء بعد تردد وتكلف ؛ إن كان معروفاً بذلك جاز استنائه وتعليقه .

فالأول : كالإقامة واللبس والركوب فإن كلاً منها من الأفعال التي تقبل الامتداد ولذا يصح عرفاً أن تقول : أقمت في هذا البيت سنة ، وليست هذا الثوب شهراً ، وركبت هذه الدابة ساعتين مثلاً .

فإن علق طلاق زوجته على شيء من هذه الأشياء بأن قال لها إن لبست هذا الثوب فأنت طالق وكانت لابسة له ، ومضى زمن تتمكن فيه من خلعه ولم تخلعه ؛ وقع الطلاق ؛ لأن هذه الأفعال لبقائها حكم ابتدائها أعني أنه إذا قال لها إن لبست هذا الثوب فأنت طالق ولم تكن لابسة له ، فلا يقع الطلاق إلا إذا ابتدأت لبسه ، فإذا كانت لابسة له واستمرت على لبسه مع التمكن من خلعه وقع الطلاق أيضاً ؛ لأن البقاء له حكم الابتداء فكأنها باستمرارها على لبسه مع التمكن من الخلع ابتدأت لبساً جديداً فيقع كما إذا كانت غير لابسة له وقت التعليق وليسته .

والثاني : وهو ما إذا كان مدلول فعل الشرط من الأفعال التي لا تقبل الامتداد كالخروج والدخول ، كما إذا قال رجل لزوجته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق وكانت داخلة فيها وقت تعليق الطلاق ؛ فلا يقع الطلاق ولو استمرت داخل الدار سنين ما لم تخرج منها ثم تدخلها ؛ لأن الدخول لا يمتد إذ هو عبارة عن الانفصال من خارج إلى داخل ، وهذا الانفصال يسير جداً فلا يقبل الامتداد ، ولذا لا يحسن عرفاً أن تقول : دخلت البيت شهراً ، وإنما تقول : أقمت فيه مدة كذا ، فلا يقع الطلاق باستمراره وإنما يقع عند إنشاء دخول آخر غير الحاصل وقت التعليق. ومثل الدخول الخروج فإذا قال رجل لزوجته : إن خرجت من هذا البيت بغير إذني فأنت طالق وكانت خارجه وقت اليمين فلا يقع الطلاق ولو استمرت خارج البيت أياماً وإنما يقع إذا دخلت البيت ثم خرجت منه بغير إذنه .

وإن كان الثالث : وهو ما إذا كان مدلول فعل الشرط معدوماً ويستحيل حصوله ؛ كما إذا قال لها : إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق ؛ كان التعليق لاغياً فلا يقع الطلاق لا في الحال لأنه ليس منجزاً ولا في الاستقبال ؛ لأن الطلاق المعلق على شيء لا يقع إلا عند حصول هذا الشيء وإذا كان الشيء المعلق عليه مستحيلاً أي لا يتأتى حصوله أصلاً فلا فائدة في صحة التعليق ؛ لأنه لا يجيء وقت من الأوقات يمكن حصوله فيلغوا التعليق في الحال .

ولا يصح التعليق إلا إذا كان هناك اتصال بين جملة فعل الشرط وجملة الجواب كما

في الأمثلة المتقدمة فإن فصل بينهما كما إذا قال رجل لزوجه أنت طالق وسكت وبعد ذلك قال لها أن كلمت فلائنا فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : أن يكون الفصل لغير عذر .

الثاني : أن يكون لعذر .

١٣٦٨ - فإن كان الأول : فلا يصح التعليق بل الطلاق في الحال .

١٣٦٩ - وإن كان الثاني : كما إذا قال لها : أنت طالق فأخذه السعال أو العطاس أو أمسك أحد فمه فلم يقدر على الآتيان بقوله : إن دخلت الدار وبعد زوال العذر أتى به فوراً ، صح التعليق فلا يقع الطلاق إلا إذا وجد مدلول فعل الشرط .

١٣٧٠ - وكما يلغو الطلاق المعلق على أمر مستحيل كذلك يلغو الطلاق في

أحوال :

الحالة الأولى : الطلاق المدخول فيه الشك كما إذا قال رجل لزوجه : أنت طالق أو غير طالق ، أو أنت طالق أو لا ، فلا يقع شيء لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع .

الحالة الثانية : الطلاق المضاف لحالة منافية لإيقاعه كما إذا قال رجل لامرأته : طلقتك قبل أن أتزوجك ؛ فإنه لا يقع شيء لأنه أضاف الطلاق لحالة منافية للملكية الطلاق ؛ إذ قبل تزوجها لا يملك عليها طلاقاً ومثل هذا قوله : طلقتك وأنا نائم أو صبي ؛ فإنه لا يقع أيضاً لأنه في حال النوم ووقت الصبا ليس أهلاً لإيقاع الطلاق فإذا أضافه إلى حالة منافية لإيقاعه يلغو .

الحالة الثالثة : الطلاق المضاف لحالة منافية لوقوعه كما إذا قال رجل لامرأته : طلقتك قبل أن أتزوجك ؛ فلا يقع شيء لأنها قبل تزوجه لها ليست محلاً للطلاق ، والطلاق لا يقع إلا إذا كانت المرأة محلاً له ، فإذا أضافه لوقت ليست المرأة فيه محلاً للطلاق يلغو .

الحالة الرابعة : الطلاق المعلق على المشيئة الإلهية فإذا قال رجل لزوجه : أنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع الطلاق لقوله عليه الصلاة والسلام : « من حلف بطلاق أو عتاق وقال : إن شاء الله تعالى متصلاً به فلا حنث » ^(١) ولأن مشيئة الله تعالى لا يطلع عليها

(١) قال الحافظ ابن حجر في الدررية في تخريج أحاديث الهداية (٧٢/٢) : « لم أجده ، وروى أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، فلا حنث » ينظر : سنن الترمذي (كتاب : النذور والأيمان من رسول الله / باب : ما جاء في الاستثناء في اليمين / ١٥٣١) .

أحد فكان إعدامًا للجزاء كقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ﴾ ^(١) ويشترط في عدم وقوع هذا الطلاق شرطان :

الأول : أن يكون قوله : إن شاء الله تعالى ، متصلًا به فلو كان منفصلًا عنه ، فإما أن يكون الفصل لعذر أو لغير عذر ، فإن كان الأول كالسعال والعطاس وإمساك الفم ؛ فلا يقع الطلاق أيضًا وإن كان الثاني وقع الطلاق .

الثاني : أن يكون قوله : إن شاء الله تعالى مسموعًا ، فلو قاله سرًا ولم يسمع وقع طلاقه .

ومثل هذا ما إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا ، فإن كان السكوت لعذر وقع الثلاث ، وإن كان لغير عذر فلا يقع إلا واحدة ، وكذا إذا استثنى بعض الطلقات التي أوقعها أولًا كما إذا قال لها : أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة أو اثنتين ، فإن كان متصلًا فلا يقع في المثال الأول الاثنان ، وفي الثاني يقع واحدة ، وإن كان منفصلًا ففيه التفصيل المتقدم .

١٣٧١ - ومن الناس من جوز الاستثناء ما دام الحالف في المجلس ، وعن ابن عباس جوازه إلى سنة ، وعنه جوازه أبدًا ولكن هذا لا يعول عليه أصلًا بل لا بد أن يكون الاستثناء متصلًا حتى يكون معمولًا عليه ، ولذلك أدلة منها قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْتِيكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْ ﴾ ^(٢) الآية فلو جاز الاستثناء منفصلًا لما كان لإيجاب الكفارة معنى ، لأن الحالف كان يستثنى في يمينه بأن يقول إن شاء الله ، فلا تلزمه الكفارة .

١٣٧٢ - ومنها قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا حِيلَ لَهُ مِنْ بَدِّ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(٣) فلو جاز الاستثناء منفصلًا لما كان لهذا معنى إذ كانوا يستثنون بعد ما طلقوا نساءهم ثلاثًا فلا يكون هناك داع إلى تزوجها بغيره .

١٣٧٣ - ومنها قوله عليه الصلاة والسلام : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » ^(٤) ولو جاز الاستثناء منفصلًا لأمره به ولما

(٢) المائدة : ٨٩ .

(١) الأعراف : ٤٠ .

(٣) البقرة : ٢٣٠ .

(٤) أخرجه مسلم في الصحيح كتاب الأيمان حديث رقم (٣١١٣) ، والترمذي في السنن كتاب الأيمان والنذور حديث رقم (١٤٥٠) ، ومالك في الموطأ كتاب الأيمان والنذور حديث رقم (٩٠٥) .

وجبت الكفارة أبدًا .

١٣٧٤ - وروي أن أبا جعفر المنصور دعا أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه وقال له : لِمَ خالفت جدي في الاستثناء ؟ فقال له : لحفظ الخلافة عليك ، فإنك تأخذ عقد البيعة بالإيمان والعهود الموثقة على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك ويستثنون فيخرجون عليك فقال له : أحسنت ^(١) .

(مادة ٢٥٣)

يُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ التَّحْلِيْقِ أَنْ يَكُونَ : فِي مِلْكِ التَّكَاحِ حَقِيْقَةً أَوْ حُكْمًا ، أَيْ : خَالَ قِيَامِهِ ، أَوْ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ ، أَوْ الْبَائِنِ فِي بَعْضِ صُوَرِهِ ، أَوْ مُضَافًا إِلَى الْمَلِكِ .
فَإِنْ أَضَافَهُ الْمُتَلَقُّ إِلَى امْرَأَةٍ أجنبيَّةٍ مِنْهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، وَوَقَعَ الشَّرْطُ بَعْدَ تَزَوُّجِهَا ، فَلَا يَلْزَمُهُ ، وَلَا تَطْلُقُ الْمَرْأَةُ بِوُقُوعِهِ ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٣) لا يقع الطلاق :

أ - الملقق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق .

ب - بالحث في يمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق .

ج - المتابع أو المقترن بالعدد لفظًا أو كتابة أو إشارة إلا طلاقة واحدة .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢٣٩/٢) : « (والملك يشترط لآخر الشرطين) يعني إذا كان

الشرط ذا وصفين بأن قال لها : إن دخلت دار زيد ودار عمرو ، أو قال لها : إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف

فأنت طالق ، يشترط لوقوع الطلاق أن يكون آخرهما في الملك حتى لو طلقها بعد ما علق طلاقها بشرطين

وانقضت عدتها ثم وجد أحد الشرطين وهي مبانة ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر ، وقع عليها الطلاق المعلق ،

وقال زفر رحمته : لا تطلق حتى يوجد الأول أيضًا في الملك اعتبارًا له بالشرط الثاني ، وهذا لأنهما كشيء

واحد ، ألا ترى أن الطلاق لا يقع إلا بهما ، ثم الملك يشترط عند وجود الثاني فكذا عند الأول .

ولنا : أن حال وجود الشرط الأول حال البقاء فلا يشترط فيه الملك لاستغناؤه عنه في حالة البقاء ، وإنما يشترط

ذلك وقت التعليق ليكون الجزء غالب الوجوب باستصحاب الحال إلى وجود الشرط ، ويشترط وجوده عند

وجود الشرط لينزل الجزء وفيما بين ذلك حال البقاء وبقاء اليمين بذمة الخالف بإيجاب البر على نفسه فلا

يشترط له الملك ، وهذا كالنصاب يشترط عند انعقاد السبب وعند الوجود وفيه خلاف زفر . وتقسم هذه

المسألة عقلا إلى أربعة أقسام : إما أن يوجد الشرطان في الملك فيقع بالاتفاق ، أو يوجد في غير الملك فلا يقع

بالاتفاق ، أو يوجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع إلا عند ابن أبي ليلى ، أو يوجد الأول في

غير الملك والثاني في الملك ؛ وهي الخلافية المذكورة فيما تقدم . »

١٣٧٥ - فقد علمت أن حكم التعليق أنه متى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق ، وإذا لم يوجد فلا يقع ولكن هذا الحكم لا يلزم إلا في حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون المرأة محلاً للطلاق ، بأن يكون عقد الزواج قائماً ولم يحصل طلاق أصلاً ، أو حصل طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى وكانت المرأة في العدة ، فإذا قال الرجل لزوجته التي لم يوقع عليها طلاقاً ، أو أوقعه وكان غير بائن بينونة كبرى ولم تنقض عدتها : إن كلمت فلائناً فأنت طالق ؛ لزمه حكم هذا التعليق ، فإن وجد مدلول فعل الشرط وهي الملك وقع الطلاق وإذا لم يوجد أصلاً ، أو وجد وهي في غير الملك فلا يقع .

الحالة الثانية : أن تكون المرأة ليست محلاً للطلاق وقت التعليق بأن كانت غير معقود عليها ، ولكنه أضاف الطلاق إلى سبب الملك وهو الزوج ، فإذا قال رجل لامرأة أجنبية منه : إن تزوجتك فأنت طالق ، لزمه حكم هذا التعليق ، فمتى حصل التزوج وقع الطلاق ؛ لأنه وإن كان لا يملك إيقاع الطلاق حالاً إلا أنه أضافه إلى سبب ملكه وهو التزوج ، فيصح التعليق ، ويلزم حكمه فمتى وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق .

١٣٧٦ - أما إذا لم يوجد تعليق الطلاق في إحدى هاتين الحالتين بأن كانت المرأة المعلق طلاقها على حصول شيء ليست في الملك حقيقة ولا حكماً بأن كانت أجنبية منه ولم يضاف الطلاق إلى سبب الملك وذلك بأن يقول لها : إن كلمت فلائناً فأنت طالق ، فلا يلزم حكم هذا التعليق . وينبغي على هذا : أنه إذا وجد مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان فلا يقع الطلاق سواء وجد قبل تزوجها أو بعده ؛ إذ هي ليست محلاً للطلاق قبل التزوج فلا يقع ، وأما بعد التزوج فهي وإن كانت محلاً للطلاق لكن التعليق لا يلزم حكمه إلا إذا وجد في إحدى الحالتين المتقدمتين ولم يوجد فلا يقع .

١٣٧٧ - وقال الإمام الشافعي والإمام أحمد رضي الله تعالى عنهما : لا يلزم حكم التعليق إلا في الحالة الأولى وهي أن تكون المرأة محلاً للطلاق ، وأما في الحالة الثانية فلا يلزم حكمه سواء خصص أو عمم .

فإذا قال لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو إن تزوجت فلانة فهي طالق ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق ؛ فلا يصح هذا التعليق أصلاً ، وينبغي على ذلك إنه لو حصل التزوج ووجد مدلول فعل الشرط فلا يقع الطلاق .

١٣٧٨ - والإمام مالك رضي الله تعالى عنه يوافق في الحالة الأولى ويفصل في الحالة

الثانية فيقول : إن خصص امرأة بأن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو بلدا بأن قال . كل امرأة أتزوجها من البلدة الفلانية فهي طالق أو صنفا بأن قال . كل بكر أو كل ثيب أتزوجها فهي طالق لزم هذا التعليق وإن عمم بأن قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلا يلزمه حكمه .

١٣٧٩ - واستدل الشافعي وأحمد بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ، ولا بيع فيما لا يملك »^(١) وبأحاديث كثيرة وردت في هذا الموضوع وبأن ابن عباس سئل عن هذه المسألة فقال : قال الله تعالى : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ ﴾^(٢) شرع الله الطلاق بعد النكاح ، فلا طلاق قبله . ولأن المحل شرط للطلاق كأهلية الزوج ، فكما أنه لا يجوز التعليق بالأهلية من غير من هو أهل للطلاق كالصبي يقول : إذا بلغت فأمرأتي طالق ؛ فكذا لا يصح في غير المحل ولو أضافه لسبب الملك ، ولأنه يصاد المقصود من النكاح وهو التوالد فلا يشرع أصلاً .

١٣٨٠ - والإمام مالك يقول : إن في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح بخلاف التخصيص فإن له أن يتزوج بغير المخصصة .

١٣٨١ - والحنفية يقولون : إن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى ؛ لأن اليمين تصرف من الخالف في ذمة نفسه لأنه يوجب البر على نفسه والمخلف به ليس بطلاق ؛ لأنه لا يكون طلاقاً إلا بعد الوصول إلى المحل فما لم يصل فهو يمين واشتراط قيام الملك لأجل الطلاق لا لأجل الخلف ، ويطعون في كل الأحاديث التي وردت في هذا الباب أو يقولون . لو صححت حملت على التنجيز لا على التعليق . ولكن هذا الحمل ظاهر في بعض الأحاديث مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا طلاق قبل النكاح »^(٣) ولا يظهر في البعض الآخر مثل ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجها منه فقال : إن نكحتها فهي طالق ثلاثاً سئل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال : « لا طلاق قبل النكاح » إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقاً منجزاً . ومما تقدم من الأدلة يعلم أن مذهب الإمام الشافعي والإمام أحمد هو الظاهر .

(١) سنن الترمذي (كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله / باب : ما جاء لا طلاق قبل النكاح / ١١٨١) ،
ومسند أحمد (١٩٠/٢) . (٢) الأحراب : ٤٩ .
(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن كتاب الطلاق حديث رقم (٢٠٣٩) .

(مادة ٢٥٤)

زَوَّالٌ مِلْكُ النِّكَاحِ يُوَفَّقُ طَلْقَ بَائِنَةٍ أَوْ اثْنَتَيْنِ لَا يَنْطَلُ الْيَمِينُ الْمَقْهُودَةَ خَالَ قِيَامِهِ ، فَمَنْ عَلَّقَ طَلْقَ امْرَأَتِهِ بِمَا دُونَ الثَّلَاثِ ، أَوْ بِهَا لَوْ حُرَّةً ، ثُمَّ أَبَانَهَا بِمَا دُونَ الثَّلَاثِ مُنْجِزًا قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، وَوَجَدَ الشَّرْطَ ، يَقَعُ الطَّلَاقُ الْمَعْلُوقُ كُلُّهُ (١) .

* * *

١٣٨٢ - وما دامت المرأة المعلق طلائها على حصول شيء موجودة في عصمة الزوج فاليمين المعلقة باقية ففي أي زمن وجد مدلول فعل الشرط وقع الطلاق ، أما لو انحل قيد الزواج وخرجت المرأة من عصمته ؛ فإما أن يكون انحلاله بالبائن بينونة صغرى أو بالبائن بينونة كبرى .

١٣٨٣ - فإن كان الأول : فاليمين المعلقة باقية فإن وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت إلى عصمته وقع الطلاق المعلق .

١٣٨٤ - وينبغي على هذا : أن الزوج إذا قال لزوجه أن خرجت بغير إذني فأنت طالق وقبل أن تخرج بغير الإذن نجر عليها طلاقاً بائناً سواء كان واحدة أو اثنتين ثم أعادها إلى عصمته ، سواء كان في العدة أو بعدها ثم خرجت بغير إذن ، وقع الطلاق المعلق لأن مدلول فعل الشرط لم يوجد قبل هذا الوقت ، والجزاء باق لبقاء محله ، فتبقى اليمين سواء كان الطلاق المعلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثة ، إلا أنه إذا كان ثلاثاً فلا يقع منه إلا ما هو باق له من طلاقات هذا الملك .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢٣٥/٢ ، ٢٣٦) : « وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها » لأنه لم يوجد الشرط والجزاء باق لبقاء محله فتبقى اليمين ، والمراد زواله بطلقة واحدة أو طلقتين ، أما إذا زال بثلاث طلاقات ؛ فإنه يزولها إلا إذا كانت مضافة إلى سبب الملك ، فحينئذ لا تبطل بالثلاث ؛ لأن صحتها باعتبار ملك سيحدث على ما مر من قبل قال كَهَنَةُ : (فإن وجد الشرط في الملك طلقت وانحلت) ؛ لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل ولم تبق اليمين ؛ لأن بقاءها ببقاء الشرط والجزاء ولم يبق واحد منهما قال كَهَنَةُ (وإلا لا وانحلت) أي وإن لم يوجد الشرط في الملك لا يقع الطلاق وتحل اليمين ، ومراده . إذا وجد الشرط في غير الملك ، أما بمجرد عدم الشرط في الملك لا تحل اليمين ، وإنما تحل بوجوده في غير الملك لوجود الشرط حقيقة ولا يقع شيء لعدم المحلية .

(مادة ٢٥٥)

زَوَالِ الْحُلِّ بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ يُبْطَلُ تَعْلِيْقَ مَا دُونَ الثَّلَاثِ ، وَالثَّلَاثُ أَيْضًا لِلْحُرَّةِ . فَمَنْ عَلَّقَ مَا دُونَ الثَّلَاثِ أَوْ الثَّلَاثَ لِلْحُرَّةِ ، ثُمَّ نَجَزَ الثَّلَاثَ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ التَّخْلِيلِ ، بَطَلَ التَّعْلِيْقُ بِحَيْثُ لَوْ وُجِدَ الشَّرْطُ ، لَا يَقَعُ شَيْءٌ مِنَ الطَّلَاقِ الَّتِي عَلَّقَهَا فِي الْمَلِكِ الْأَوَّلِ ^(١) .

• • •

١٣٨٥ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان انحلال قيد النكاح بالبائن بينونة كبرى بطلت اليمين المعلقة ، فإن وجد مدلول فعل الشرط بعد ما عادت إلى عصمته ؛ فلا يقع شيء . وينبغي على هذا : أن الزوج إذا قال لزوجته : إن كلمت فلاناً فأنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، وقبل حصول مدلول فعل الشرط وهو تكليم فلان انحل قيد نكاحها بالبائن بينونة كبرى بأن نجز عليها الطلاق الثلاث ثم عادت إليه بعد التحليل ، ووجد مدلول فعل الشرط ؛ فلا يقع الطلاق المعلق أصلاً لأن الحل قد زال بوقوع الثلاث المنجزة . وإنما كان زوال الملك غير مبطل ؛ لليمين المعلقة وزوال الحل مبطل لها وأن الزوج لا يملك إلا طلاقات الملك الذي حصل فيه الطلاق وهي الثلاث بما أن زوال الملك الذي يكون بطلقة واحدة أو اثنتين يبقى شيئاً من الثلاث تلغو اليمين بالنسبة للباقي بخلاف زوال الحل ، فإنه لا يكون إلا بالثلاث يكون طلاقات هذا الملك قد انتهت ، فلا يسري اليمين على طلاقات ملك لم يصل فيه التعليق .

١٣٨٦ - وكما يبطل التعليق بزوال الحل ، يبطل أيضاً بزوال إمكان البر المصحح .

١٣٨٧ - تعليق : وينبغي على هذا : أن الزوج إذا كان مديناً لزوجته فطلبت منه قضاء الدين فقال لها : إن لم أدفعه لك في مدة شهر مثلاً فأنت طالق ثلاثاً فأبرأته من هذا الدين في أثناء الشهر ، فإذا انقضى الشهر فلا يقع الطلاق المعلق ؛ لأن دفعه دين بعد الإبراء منه غير ممكن فيبطل التعليق فلا يقع الطلاق .

وأن الزوج إذا قال لزوجته : إن لم تردي علي الشيء الفلاني في هذه الساعة فأنت طالق ، ويتناوله بنفسه قبل مضي الساعة فلا يقع الطلاق ؛ لأنه لا يمكنها رد الشيء عليه بعد أخذه . وأن الزوج إذا ظن أن زوجته أخذت نقوداً من كيسه فقال لها : إن لم تردي

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

النقود التي أخذتها من هذا الكيس فأنت طالق ثلاثاً ، وتبين بعد اليمين أنها لم تأخذ شيئاً منه ؛ فلا يقع الطلاق ؛ لأنه يستحيل أن ترد شيئاً تأخذه وأمثله هذا المبحث كثيرة جدا والذكي يمكنه أن يقيس على ما ذكر مثله لا تحصر .

(مادة ٢٥٦)

تَنَحَّلُ الْيَمِينُ وَلَا يَتَّقَى لَهَا عَمَلٌ بَعْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ ، سَوَاءَ كَانَ وُجُودُهُ فِي الْمَلِكِ أَوْ بَعْدَ زَوَالِهِ ، لَكِنْ إِنْ وُجِدَ تَمَامُهُ وَالْمَرْأَةُ فِي الْمَلِكِ حَقِيقَةً أَوْ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، يَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ ، وَإِنْ وُجِدَ بَعْدَ زَوَالِهِ ، فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ ^(١) .

• • •

١٣٨٨ - والأداة التي علق الطلاق على حصول مدلول ما بعدها لا يخلو حالها من أحد أمرين .

الأول : أن لا تفيد التعميم . الثاني : أن تفيد .

١٣٨٩ - فالأولى : مثل إن وإذا . والثانية : ككل . وكلما . ففي الأولى : متى وجد مدلول فعل الشرط مرة انحلت اليمين ، فإذا وجد مرة ثانية فلا يترتب على هذا الوجود شيء . وفي الثانية : لا تنحل اليمين بأول مرة بل تبقى لمرة ثانية وثالثة على التفصيل الذي سيلقى عليك في شرح المادة الآتية .

١٣٩٠ - وينبغي على هذا : أن الرجل إذا قال لزوجته : إن خرجت من هذا البيت فأنت طالق فخرجت أول مرة ؛ انحلت اليمين سواء كان خروجها وهي في عصمته أو بعد زوال العصمة فلا فرق بينهما في انتهاء اليمين وإنما الفرق في وقوع الطلاق وعدم وقوعه .

١٣٩١ - وبيان ذلك : أنه أن وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك حقيقة أو حكماً انحلت اليمين ووقع الطلاق ، وإن وجد والمرأة ليست في الملك لا حقيقة ولا حكماً انحلت اليمين أيضاً ولا يقع الطلاق .

(١) قول الخفية : جاء في تبين الحقائق (٢/٢٣٥ ، ٢٣٦) : « وإن لم يوجد الشرط في الملك لا يقع الطلاق وتنحل اليمين ، وإذا وجد الشرط في غير الملك أما بمجرد عدم الشرط في الملك لا تنحل اليمين ، وإنما تنحل بوجوده في غير الملك لوجود الشرط حقيقة ولا يقع شيء لعدم المحلية » .

١٣٩٢ - وينبغي على هذا أيضًا : أن الرجل إذا قال لزوجته : إن خرجت من هذا البيت فأنت طالق فخرجت قبل أن ينجز عليها طلاقًا ، وقع الطلاق ، لأن الشرط وجد وهي في ملكه حقيقة ، فتكون محلاً له ، فينزل الجزاء وهو الطلاق ، فيقع وتنحل اليمين ، بمعنى أنه أن وجد مدلول فعل الشرط مرة ثانية وهي في الملك فلا يقع طلاق ؛ لأن الأداة لا تفيد التعميم .

ومثله : ما إذا نجز عليها طلاقًا قبل حصول مدلول فعل الشرط سواء كان رجعيًا أو بائنًا بينونة صغرى ، ولكن قبل انقضاء عدتها خرجت من البيت ، فإن الطلاق يقع أيضًا لحصول مدلول فعل الشرط وهي في الملك حكمًا لكونها في العدة فيصادف الطلاق محله فيقع وتنحل اليمين أيضًا لما تقدم .

١٣٩٣ - وقال الإمام الشافعي رضى الله تعالى عنه : إن كان الطلاق المنجز رجعيًا ووجد مدلول فعل الشرط وهي في العدة وقع الطلاق ، وإن كان بائنًا فلا يقع ؛ لأن الملك قد زال .

١٣٩٤ - ولكن محل وقوع الطلاق عند حصول مدلول فعل الشرط : إذا لم تكن المرأة مضطرة ، فإذا قال لها : إن خرجت من هذا البيت بغير إذني فأنت طالق فحصل للدار حرق أو غرق فخرجت بغير إذنه فلا يقع الطلاق لأنها مضطرة .

١٣٩٥ - أما إذا نجز عليها طلاقًا بعد التعليق ثم بعد انقضاء العدة وجد المحلوف عليه فلا يقع الطلاق ومع ذلك تنحل اليمين .

١٣٩٦ - أما عدم وقوع الطلاق : فلأنه لم يصادف محله إذ وقت حصوله كانت المرأة أجنبية فهي ليست محلاً للطلاق فلا يقع ، وأما انحلال اليمين ؛ فلوجود المحلوف عليه مرة والأداة لا تفيد التكرار .

وينبغي على هذا الأصل : وهو أنه متى وجد مدلول فعل الشرط والمرأة في الملك حقيقة أو حكمًا انحلت اليمين ووقع الطلاق ومتى وجد وهي ليست في الملك أصلًا انحلت اليمين ولا يقع الطلاق إن الرجل إذا علق طلاق زوجته بالثلاث على شيء لا يستغني عنه بأن قال لها : إن تاجرت في كذا فأنت طالق ثلاثًا ، فظهر له بعد ذلك أنه لا يستغني عن التجارة في هذا الشيء ، ولكن إن اتجر يقع الطلاق الثلاث مع إنه يريد إبقاء زوجته ، وإن لم يتجر فلا يقع الطلاق ، ولكن هو في حاجة إلى الاتجار ، فحينئذ ينجز عليها طلاقة واحدة ، وينتظر حتى تنقضي عدتها فيتجر في المحلوف عليه ثم

يعقد على زوجته ، فإذا استمر في التجارة فلا يقع الطلاق ؛ لأن المحلوف عليه وجد وهي خارجة عن الملك فتحل اليمين ولا يقع الطلاق .

١٣٩٧ - وعلى قول الإمام الشافعي لا داعي إلى انقضاء عدة الطلاق متى كان بائنا وهو أسهل في هذا الموضوع .

(مادة ٢٥٧)

لَا يَحْتَسِبُ الْحَالِفُ فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ فِي جَمِيعِ أَذْوَاتِ الشَّرْطِ ، إِلَّا إِذَا اسْتَعْمَلَ كَلِمَةً كَلَّمَا ، فَإِنْ أَدْخَلَهَا عَلَى غَيْرِ التَّرْوُجِ بَانَ قَالَ لَامْرَأَتِهِ : كَلَّمَا زُرْتِ أَحْتَكِ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَلَا تَنْتَهِي الْيَمِينَ إِلَّا بِالزِّيَارَةِ الثَّالِثَةِ ، وَفِي كُلِّ زِيَارَةٍ يَحْتَسِبُ ، حَتَّى إِذَا انْتَهَتِ الثَّلَاثُ ، ثُمَّ تَرَوُجُ الْمَرْأَةَ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ ، فَلَا يَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ إِنْ زَارَتْ . وَإِنْ أَدْخَلَهَا عَلَى سَبَبِ الْمَلِكِ وَهُوَ التَّرْوُجُ بَانَ قَالَ : كَلَّمَا تَرَوُجْتُ امْرَأَةً ، فَهِيَ طَالِقٌ . فَلَا تَنْتَهِي الْيَمِينَ بِالثَّلَاثِ ، بَلْ تَطْلُقُ الْمَرْأَةَ بِكُلِّ تَرْوُجٍ ، وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ ^(١) .

• • •

١٣٩٨ - فقد علم من هذا أن أداة التعليق أن كانت لا تفيد التكرار فلا يحسن الحالف إلا مرة واحدة لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار ، لغة فوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط .

١٣٩٩ - فإن كانت تفيد التكرار والعموم حث الحالف أكثر من مرة والأدوات التي تفيده هي كل وكلما ولكن بينهما فرق وهو أن كلمة كل تقتضي عموم الأسماء وكلما تقتضي عموم الأفعال ؛ لأن كلمة كل تدخل على الأسماء وكلما تدخل على الأفعال فتفيد كل واحدة منهما عموم ما دخلت عليه ، فإذا وجد اسم واحد أو فعل واحد فقد

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤١٥/١) : « ألفاظ الشرط إن وإذا وإذا وكل وكلما ومتى ومتى ما ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لأنها تقتضي العموم والتكرار فوجود الفعل مرة تم الشرط وانحلت اليمين فلا يتحقق الحث بعده إلا في كلما لأنها توجب عموم الأفعال فإذا كان الجزاء الطلاق والشرط بكلمة كلما يتكرر الطلاق بتكرار الحث حتى يستوفي طلاق الملك الذي حلف عليه ، فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يحسن عندنا ، كذا في الكافي . ولو دخلت كلمة كلما على نفس الزوج بأن قال : كلما تزوجت امرأة فهي طالق ، أو كلما تزوجت فأنت طالق ، يحسن بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر ، هكذا في غاية السروجي . »

وجد المحلوف عليه ؛ فتنحل اليمين في حقه فقط ، وتبقى في حق غيره من الأسماء والأفعال .

وينبغي على هذا : أن الرجل إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ؛ وقع عليها الطلاق وانحلت اليمين في حقه فقط وبقيت في حق غيرها فإذا تزوجها بعد ذلك فلا يقع شيء.

١٤٠٠ - وأما كلما فلا يخلو حالها من أحد أمرين : الأول : أن تدخل على غير سبب الملك . الثاني : أن تدخل على سبب الملك.

فإن كان الأول : أفادت التكرار ولكن تكرارها ينتهي بانتهاء الثلاث كما إذا قال رجل لزوجه كلما زرت أختك فأنت طالق ، فإنها هنا دخلت على الزيارة وهي ليست سبباً لملك الطلاق ، فإن وجدت الزيارة أول مرة والمرأة في الملك حقيقة أو حكماً ؛ وقع الطلاق ، وإن وجدت مرة ثانية بالشرط المتقدم وقع طلاق ثان ، وإن وجدت مرة ثالثة وقع طلاق ثالث ، فإذا تزوجت بغيره ثم عادت لزوجه الأول ووجدت الزيارة فلا يقع الطلاق .

وإن كان الثاني : وهو دخولها على سبب الملك فلا ينتهي بالثلاث ، فإذا قال رجل : كلما تزوجت امرأة فهي طالق ؛ فإنها دخلت على التزوج وهو سبب ملك الطلاق ، فإن وجد تزوج أي امرأة كانت ، وقع الطلاق ، فإن تزوجها ثانياً وقع طلاق ثان ، فإن عقد عليها ثالثاً وقع ثالث ، فإذا تزوجت بغيره وعقد عليها الأول بعد التحليل وقع الطلاق ؛ لأن اليمين في هذه الحالة لا تنتهي أصلاً .

١٤٠١ - وإنما قالوا أن « كلما » إن دخلت على غير سبب الملك تنتهي اليمين بثلاث طلاقات ، ولو دخلت على سبب الملك لا تنتهي أبداً لأن المحلوف عليه في الحالة الأولى طلاقات الملك الذي حصل تعليق الطلاق فيه وهي متناهية فتنتهي اليمين بانتهائها - والمحلوف عليه في الحالة الثانية هو التزوج وهو لا نهاية له ، فكلما وجد وقع الطلاق لأنه غير متناه - ولا تنس ما تقدم لك من مذاهب الأئمة الأخر ؛ فإنهم يقولون إن التعليق لا يصح إلا إذا كان في الملك ، فلو قال رجل كل امرأة أتزوجها أو كلما تزوجت امرأة فهي طالق ؛ فلا يصح هذا التعليق أصلاً ، فله أن يتزوج بمن شاء ولا يقع الطلاق - وهو ظاهر المراد .

(مادة ٢٥٨)

إِذَا عَلِقَ الرَّجُلُ الطَّلَاقَ عَلَى شَرْطَيْنِ أَوْ عَلَى شَيْئَيْنِ ، فَإِنْ وُجِدَا أَوْ الثَّانِي مِنْهُمَا وَالرَّأَةَ فِي الْمَلِكِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِلَّا فَلَا ^(١) .

• • •

١٤٠٢ - وتعليق الطلاق إما أن يكون على شيء واحد أو على شيئين فإن كان على شيء واحد كما إذا قال رجل لزوجته إن دخلت دار فلان فأنت طالق ووجد مدلول فعل

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأثر (٤٢٤/١ ، ٤٢٥) : « ولو علق (طلاقاً أو عتقاً (بشرطين) بأن قال لها إن دخلت دار زيد ودار عمرو أو قال لها : إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق (شرط للوقوع وجود الملك عند آخرهما) حتى لو طلقها بعد ما علق طلاقها بشرطين فانقضت عدتها ثم وجد أحد الشرطين وهي مبانة ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر وقع عليها الطلاق المعلق عندنا خلافاً لزفر ، ووقع في الدرر علق الثلاث بشيئين وعدل عن قول الكنز وهو الملك يشترط لآخر الشرطين لما قال في الفتح ، وجعله في الكنز مسألة الكتاب من أن تعدد الشرط ليس بذلك ؛ لأن تعدد الشرط بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه . ولا يستلزم تعدده تعدده ، فإنها لو كلمتها مفاً وقع الطلاق ؛ لوجود الشرط وغايته عدد بالقوة . انتهى . لكن قوله في جملة مسألة الكتاب من تعدد الشرط سهو ؛ لأنه إنما جمعه من قبيل الشرط المشتمل على وصفين وعليه حمل عبارته لا من قبيل تعدد الشرط كما في البحر (فإن وجدنا) أي الشرطان (أو آخرهما فيه) أي في الملك (وقع) الطلاق . (وإن وجدنا أو آخرهما لا فيه لا يقع) لاشتراط الملك حالة الحنت . وقال الزبلي : وهذه المسألة على أربعة أوجه : إما أن يوجد الشرطان في الملك فيقع بالاتفاق ، أو يوجدان في غير الملك ، أو يوجد الأول في الملك والثاني في غيره فلا يقع أيضاً ، أو يوجد الأول في غيره والثاني فيه فيقع عندنا خلافاً لزفر .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥٩١/٢ ، ٥٩٢) : « (ولو) علق الطلاق مثلاً على شرطين ، ويسمى تعليق التعليق كما لو (قال : إن كلمت إن دخلت) فأنت طالق أو حرة ، أو فعلي انشئي إلى مكة (لم يحنت) الخالف (إلا بهما) مفاً ، سواء فعل المتقدم في اللفظ أو لا ، أو آخر ، أو فعلهما مفاً ، فيما يمكن فيه الجمع في آن واحد ، ولا يرد على هذا ما تقدم في اليمين من التحنيت بالبعض ، وقال ابن رشد : لم يختلف قول مالك ولا قول أحد من أصحابه - فيما علمت - أن من حلف ألا يفعل فعلين ففعل أحدهما ، أو لا يفعل فعلاً ففعل بعضه أنه حانت من أجل أن ما فعله من ذلك قد حلف أن لا يفعله ؛ إذ هو بعض المحلوف عليه - انتهى . لأن ما تقدم إما تعليق فيه أصلاً كاليمين بالله - أو فيه تعليق واحد ، وهنا فيه تعليق التعليق ، والمعلق لا يقع إلا بوقوع المعلق عليه ، والمعلق عليه هنا مجموع الأمرين مفاً ، كأنه قال : إن حصل الأمر فأنت طالق . وفي المسألة نزاع طويل بين الفقهاء والنحاة .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٧٠/٩) : « الطلاق إذا كان معلقاً على شرطين ، تطلق بوجود أحدهما .

الشرط وهي في الملك حقيقة أو حكماً وقع الطلاق بلا انتظار شيء آخر . وإن كان على شيتين كما إذا قال رجل لزوجته إن دخلت دار فلان ودار فلان فأنت طالق أو إن كلمت فلانا وفلانا فأنت طالق ثلاثاً فلا يقع الطلاق بوجود واحد منهما بل ينتظر حصول الثاني فإن وجد والمرأة في الملك حقيقة أو حكماً وقع الطلاق وإن لم يوجد أصلاً أو وجد ولكن وقت وجوده كانت المرأة ليست في الملك لا حقيقة ولا حكماً فلا يقع الطلاق فمتى وجد الثاني من الأمرين وهي في الملك وقع الطلاق ومتى وجد وهي خارجة عن الملك فلا يقع - وهذه المسألة لها أربع صور .

الأولى : أن يوجد كل من الأمرين والمرأة في الملك وهذه يقع فيها الطلاق . وصورتها : أن يقول رجل لزوجته : إن دخلت دار فلان ورآك فيها فأنت طالق ثلاثاً ، وقبل حصول الفرقة بينهما دخلت دار فلان ورآها فيها ، وقع الطلاق المعلق ، وهو الثلاث لوجود الأمرين وهي محل للطلاق .

الثانية : أن يوجد الأول وهي خارجة عن الملك والثاني وهي في الملك فيقع الطلاق أيضاً . وصورتها : أن يقول رجل لزوجته : إن كلمت فلانا وفلانا فأنت طالق ثلاثاً ، وقبل أن تكلم واحداً منهما نجز عليها طلاقاً وكلمت واحداً منهما بعد انقضاء عدتها ، ثم تزوجها فكلمت الآخر ، وقع الطلاق لأن الأمرين وجدا ، وعند وجود آخرهما كانت المرأة محلاً للطلاق فيقع .

الثالثة : أن يوجد الأمران وهي خارجة عن الملك وفي هذه الحالة لا يقع الطلاق . وصورتها : أنه بعد أن نجز عليها طلاقاً في المثال المتقدم في الصورة الثانية كلمت فلانا وفلانا بعد انقضاء عدتها ؛ فلا يقع الطلاق ، لأن الأمرين وإن وجدا لكن وقت الوجود ليست المرأة محلاً للطلاق ، إذ هي في غير الملك فلا يقع .

الصورة الرابعة : أن يوجد الأول وهي في الملك والثاني وهي خارجة عن الملك ، وفي هذه لا يقع الطلاق أيضاً وصورتها : أن تكلم واحداً منهما قبل أن ينجز عليها طلاقاً ثم يطلقها وبعد انقضاء العدة تكلم الآخر ، فلا يقع ؛ لأن الأمرين وإن وجدا إلا أنه في حالة وجود الثاني لم تكن المرأة محلاً له فلا يقع .

(مادة ٢٥٩)

ما لا يُعْلَمُ وَجُودُهُ إِلَّا مِنَ الْمَرْأَةِ ، فَلَا تُصَدِّقُ إِلَّا فِي حَقِّ نَفْسِهَا خَاصَّةً . فَإِنْ عُلِقَ طَلَاقُهَا وَطَلَاقُ صُرَّتِهَا عَلَى حَيْضِهَا ، فَقَالَتْ : حَضَّتْ . وَلَمْ يُصَدِّقْهَا الزَّوْجُ ، طَلَّقَتْ هِيَ بِإِقْرَارِهَا دُونَ صُرَّتِهَا . وَإِنْ كَانَ الْحَيْضُ قَدْ انْقَطَعَ عَنْهَا ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهَا (١) .

• • •

١٤٠٣ - والشيء المعلق عليه وقوع الطلاق لا يخلو حاله من أحد أمرين : الأول : أن تمكن معرفته من غير الزوجين كدخولها دار فلان مثلاً .

١٤٠٤ - الثاني : أن لا تمكن معرفته إلا منها كحيضها ومحببتها لشيء مخصوص ، وعلى كل فإما أن يتفق الزوجان على وجوده أو يختلفا ، فإن اتفقا وقع الطلاق المعلق ، وإن اختلفا فإما أن يكون مدعي وجوده هو الزوج أو الزوجة فإن كان الزوج يقع أيضًا ، لأن له إنشائه وإن كانت الزوجة ، ففي الأول : يكون القول للزوج إلا إذا أقامت بينة ، وبني الثاني : يكون القول لها في حقها خاصة .

وينبغي على ذلك : إنه إذا قال رجل لزوجته : إن دخلت دار فلان أو كلمت فلاناً فأنت طالق ثلاثاً ، وبعد ذلك أخبرت بأنها دخلت داره أو كلمته ، فإن صدقها الزوج ، وقع الطلاق ؛ لأنها اتفقا على وجود الشيء المعلق عليه وقوعه فيقع . ومثل هذا : ما إذا كان المدعي لوجوده هو الزوج ، ولو أنكرت ، فإنه يقع كما هو ظاهر لأن في إمكانه إيقاعه في الحال ، وإن كذبها ؛ فالقول له والبينة لها ؛ لأن الزوج متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ، فكان الظاهر شاهدًا له والقول قول من يتمسك بالأصل ، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وهي تدعيه والقول قول المنكر ، فإن أقامت بينة على دعواها قبلت لأنها مدعية ونورت دعواها بالحجة فتقبل لأن كلاً من دخولها الدار وتكليمها لفلان يمكن

(١) قول الحنفية : جاء في الهداية (٤/١٢٥ ، ١٢٦) : « وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها ، فالقول قولها في حق نفسها مثل أن يقول : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت : قد حضت ، طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقع الطلاق استحساناً ، والقياس : أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول . وجه الاستحسان أنها أمانة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضررتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها » .

معرفة من غيرهما .

١٤٠٥ - وإذا قال لها : إن كنت تحبين فلاناً فأنت طالق ، فقالت : أحبه ؛ وقع الطلاق مطلقاً ؛ أي سواء صدقها الزوج أو كذبها ، لأنه بالتصديق اتفقا على وجود ما علق الطلاق على وقوعه ، فيقع وبالتكذيب يقع أيضاً ، لأن هذا شيء لا يعلم إلا من جهتها ، فيكون القول لها في حق نفسها . فتطلق ، وهذا من جهة الاستحسان ، والقياس يأتي الوقوع في هذه الحالة ويجعل القول له كما إذا كان مدلول فعل الشرط تمكن معرفة من غيرها . ووجهه : أن الزوجة تدعي شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر ، فيكون القول له ولا تصدق إلا بحجة كغيره من الشروط .

١٤٠٦ - ووجه الاستحسان : أن هذا أمر لا يعرف إلا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها أن تخبر كي لا يقعا في الحرام إذ الاجتناب عنه واجب عليهما شرعاً فيجب طريقه وهو الإخبار وتعينت هي له ؛ فيجب قبول قولها ليخرجا عن عهدة الواجب .

١٤٠٧ - وقبول قولها في هذه الحالة لا يسري إلا عليها ، فإذا كان طلاقها وحدها معلقاً على شيء لا يعلم إلا من جهتها وأخبرت ؛ صدقت استحساناً وإن كذبها الزوج لما تقدم .

أما إذا علق طلاق غيرها معها على الشيء الذي لا يعلم إلا من جهتها ، كما إذا قال رجل لزوجته : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، ثم أخبرت بأنها حاضت فيما أن يصدقها الزوج أو يكذبها ، فإن صدقها وقع الطلاق عليهما لثبوت الحيض بتصديقه وإن كذبها قبل قولها في حق نفسها لما تقدم ولا يقبل بالنسبة للتي معها لأنها متهمه في حق ضررتها ؛ فلا يقبل قولها حتى يعلم أنها حاضت حقيقة ؛ إذ الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره . وقبول قول الشخص في حقه لا في حق غيره . ليس غريباً ؛ لأن له نظائر كثيرة منها ما إذا أقر أحد الورثة بدين لشخص على المورث ولم تصدقه باقي الورثة فيقتصر على نصيبه . ومنها ما إذا أقر المشتري بالمبيع لشخص يدعي استحقاؤه ولم يصدقه البائع فإنه يؤمر بتسليمه إليه ولا يرجع بالثمن على البائع ؛ لأن إقراره حجة قاصرة عليه فلا يتعدى إلى البائع .

١٤٠٨ - ولا يقبل قولها في حق نفسها إلا إذا أخبرت والحيض قائم ، فإذا قالت : حضت وطهرت ؛ فلا تصدق إذا كذبها الزوج لأنها أخبرت عما هو الشرط حال فواته

فلا تصدق .

١٤٠٩ - وإنما لم نأت في التقسيم بالشيء الذي لا يعلم إلا من جهة الزوج ؛ لأن حكمه في غاية الوضوح ، وهو أن القول قوله وإن كذبه الزوجة ، لأن التعليق في هذه الحالة صوري وفي الحقيقة هو تنجيز فإذا قال رجل لزوجته : إن كنت أحب كذا فأنت على حرام ثم قال : أنا أحبه ؛ بانت منه وإن كذبه لأن محبة هذا الشيء لا تعلم إلا من جهته ، وقد أخبر بها ، والظاهر من إخباره أنها كانت موجودة وقت التعليق ، فيكون مدلول فعل الشرط محققاً لديه ، فكأنه قال لها أنت على حرام خصوصاً وإن التكذيب لا فائدة فيه لأنه يملك إنشاء الطلاق .

١٤١٠ - ولا ينبغي للرجال أن يعلقوا طلاق أزواجهم على شيء لا مساس له بحقوق الزوجية ، كطلوع الشمس ، أو مجيء الغد ، أو محبة العذاب ، أو بغض النعيم ، لأن هذا يعد حمقاً وسفاهة عند العقلاء ، فاللائق بالعاقل أن يعلق طلاق زوجته على شيء بحيث لو أتت به لا يرضاهها زوجة له ، كتكليمها لشخص لا ثقة له به ، وخروجها من بيته بغير إذنه ، وذهابها إلى محل فيه شبهة ، وإبداء أولاده وإسرافها في ماله .

الفصل الرابع في تفويض الطلاق للمرأة

(مادة ٢٦٠)

لِلزَّوْجِ أَنْ يُفَوِّضَ الطَّلَاقَ لِلْمَرْأَةِ وَيَمْلِكَهَا إِثَاءً : إِمَّا بِتَخْيِيرِهَا نَفْسَهَا ، أَوْ جَعْلِ أَمْرِهَا بِيَدِهَا ، أَوْ بِتَفْوِيزِهِ لِشَيْئِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ الزَّوْجُ الرُّجُوعَ عَنِ التَّفْوِيزِ بَعْدَ إِجَابَةِ قَبْلِ جَوَابِ الْمَرْأَةِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١١٣/٣ ، ١١٤) : « جعل الأمر باليد لا يخلو إما أن يكون منجزاً ، وإما أن يكون معلقاً بشرط ، وإما أن يكون مضافاً إلى وقت والمنجز لا يخلو إما أن يكون مطلقاً وإما أن يكون مؤقتاً ، فإن كان مطلقاً بأن قال : أملك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس وهو مجلس علمها بالتفويض فما دامت في مجلسها فالأمر بيدها ؛ لأن جعل الأمر بيدها تمليك للطلاق منها لأنه جعل أمرها في الطلاق بيدها تصرف فيه برأيها وتديرها كيف شئت بمشيئة الإيثار وهذا معنى المالكية ، وهو التصرف عن مشيئة الإيثار . والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره فصارت مالكة للطلاق بتسليمك الزوج ، وجواب التمليك مقيد بالمجلس ؛ لأن الزوج يملك الخطاب ، وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فينتقد جواب التمليك بالمجلس كما في قبول البيع وغيره ، وسواء قصر المجلس أو طال ؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة ؛ لأن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل والتفكير وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأوقات ولا ضابط له إلا المجلس فقدر بالمجلس ولهذا جعله الصحابة ﷺ للمخيرة فيبقى الأمر في يدها ما بقي المجلس فإن قامت عن مجلسها بطل ؛ لأن الزوج يطلب جواب التمليك في المجلس ، والقيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك فكان رداً للتمليك دلالة ؛ ولأن المالك لما طلب الجواب في المجلس لا يملك الجواب في غير المجلس ؛ لأنه ما ملكها في غيره وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن في بقاء الأمر فائدة فيبطل ، وكذلك إذا وجد منها قول أو فعل يدل على إعراضها عن الجواب بأن دعت بطعام لتأكل أو أمرت وكيلها بشيء أو خاطبت إنساناً ببيع أو شراء أو كانت قائمة فركبت أو راكبة فانتقلت إلى دابة أخرى أو واقفة فسارت أو امتشطت أو اغتسلت أو مكنت زوجها حتى وطفها أو اشتغلت بالنوم ؛ لأن هذا كله دليل الإعراض عن الجواب وإن كانت سائرة أو كانا في محمل واحد فإن أجابت على الفور وإلا بطل خيارها ؛ لأن سير الدابة بتسيير الراكب ، وإن كانت سائرة فوقفت الدابة فهي على خيارها وإن كانت في سفينة فسارت لا يبطل خيارها ؛ لأن حكمها حكم البيت ؛ وكل ما يبطل به الخيار إذا كانت في البيت يبطل به إذا كانت في السفينة وما لا فلا فإن كانت قائمة فقدمت لم يبطل خيارها بخلاف ما إذا كانت قاعدة فقامت ؛ لأن القعود يجمع الرأي والقيام يفرقه فكان القعود دليل إرادة التأمل ، والقيام دليل إرادة الإعراض وكذلك إن كانت متكنة فقدمت لم يبطل خيارها لما قلنا ، فإن كانت قاعدة فانتكأت ففيه روايتان في رواية يبطل خيارها لأن المتكنة بقعد ليجتمع رأيه . فأما القاعدة فلا يتكئ لذلك ، وفي رواية أخرى :

= لا يبطل ؛ لأن المتأمل ينتقل من الاتكاه إلى القعود مرة ومن القعود إلى الاتكاه أخرى ، وقد صار الأمر بيدها ييقن فلا يخرج بالثك ؛ فلو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها في قول زفر .

وعن أبي يوسف وروايان : روى الحسن بن زياد عنه أنه لا يبطل خيارها ، وروى الحسن بن أبي مالك عنه أنه يبطل ، كما قال زفر : وإن ابتدأت الصلاة بطل خيارها فرضا كانت الصلاة أو نفلا أو واجبة ؛ لأن اشتغالها بالصلاة إعراض عن الجواب فإن خيرها وهي في الصلاة فأتمتها فإن كانت في صلاة الغرض أو الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة ؛ لأنها مضطرة في الإتمام لكونها ممنوعة من الإفساد فلا يكون الإتمام دليل الإعراض وإن كانت في صلاة التطوع فإن سلمت على رأس الركعتين فهي على خيارها وإن زادت على ركعتين يبطل خيارها ؛ لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع بمنزلة الشروع في الصلاة ابتداء ، ولو أخبرت وهي في الأربع قبل الظهر فأتمت ولم تسلم على رأس الركعتين اختلف فيه المشايخ قال بعضهم : يبطل خيارها كما في التطوع المطلق .

وقال بعضهم : لا يبطل وهو الصحيح ؛ لأنها في معنى الواجب فكانت من أولها إلى آخرها صلاة واحدة ، ولو أخذ الزوج بيدها فأقامها بطل خيارها ؛ لأنها إن قدرت على الامتناع فلم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو دليل الإعراض . وإن لم تقدر على أن تمتنع تقدر على أن تقول قبل الإقامة اخترت نفسي فلما لم تقل فقد أعرضت عن الجواب فإن أكلت طعاما سيرا من غير أن تدعو بطعام أو شربت شرابا قليلا أو نامت قاعدة أو لبست ثوبا وهي قائمة أو لبست وهي قاعدة ولم تقم لم يبطل خيارها ؛ لأنها تحتاج إلى إحضار الشهود فتحتاج إلى اللبس لتستر به فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به ، والأكل اليسير لا يدل على الإعراض وكذا النوم قاعدة من غير أن تشتغل به . وكذا إذا سبحت أو قرأت شيئا قليلا لم يبطل خيارها لأن التسيب اليسير والقراءة القليلة لا يدلان على الإعراض ؛ ولأن الإنسان لا يخلو عن التسيب القليل والقراءة القليلة ، فلو جعل ذلك مبطلا للخيار لانسد باب التفويض وإن طال ذلك بطل الخيار ؛ لأن الطويل منه يكون دليل الإعراض ولا يكثر وجوده .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٧٨/٣ ، ٢٧٩) : « التفويض للطلاق جائز بالإجماع واحتجوا له أيضا : بأنه صلى الله عليه وسلم خير نساء بين المقام معه وبين مفارقتها لما نزل قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِمَ تَدْعُونَ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴾ إلى آخره فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخيرهن معنى وامتشكل بما صححوه من أنه لا يقع الطلاق باختيارها الدنيا بل لا بد من إيقاعه بدليل ﴿ قَمَّالَيْتَ أَمَيْتَكَ وَأَسْرَيْتَكَ ﴾ (قوله طلقي نفسك) لزوجته (أو اعتمتي نفسك لأمتة تملك) للطلاق والإعتاق لأن ذلك يتعلق بغرضهما (كالهبة) ونحوها فكانه يقول ملكتكما نفسك فملككها بالطلاق والإعتاق (لا توكيل) بذلك دفع لما قيل إنه توكيل كما في التفويض لأجنبي وقرق الأول بأن لهما فيه غرضا ولهما بالزوج والسيد اتصالا (فإن كان) التفويض (بمال فيملك بعض) كالبيع كما أنه بلا عوض كالهبة (وشرطه) أي التفويض أي شرط صحته (التكليف) فلا يصح من غير مكلف ولا مع غير مكلفة لفساد العبارة (والتطبيق فورا لتضمنه القبول) وهو على الفور لأن التملك يقتضيه فلو أخرت بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب ثم طلق لم يقع (إلا أن قال) طلقي نفسك (متى شئت) فلا يشترط الفور وإن اقتضى التملك اشتراطه قال ابن الرفعة لأن الطلاق لما =

قبل التعليق سومح في تملكه وما ذكره المصنف كيمض مختصري الروضة من عدم اشتراط الفور في ذلك على القول بأن التفويض تملك هو ما جزم به صاحب التنبه ووجهه ابن الرفعة بما ذكره والأصل إنما ذكره تقريباً على القول بأنه توكيل وصوبه في الذخائر وهو الحق والإعتاق كالطلاق فيما ذكر وفيما يأتي وإنما اقتصر عليه لأن المبحث موضوع له . (وللزوج الرجوع) عن التفويض (قبله) أي قبل التطليق (ولا يصح تعليقه) أي التفويض (فقله إذا جاء الغد أو زيد) مثلاً (فطلقني نفسك لغو) كساتر التمليكات في جميع ذلك (وإن قال الأجنبي إذا جاء الغد) مثلاً (فأمر امرأتي) أي في الطلاق (بيدك وقصد التعيد بالغد تعيد) الطلاق به فليس له الطلاق قبله ولا بعده (وإلا) بأن لم يقصد ذلك بأن قصد إطلاق الطلاق له بعد وجود الغد أو أطلق (فله الطلاق بعده) متى شاء كما له الطلاق فيه وشمول كلامه لمسألة الإطلاق من زيادته (وإن قال) له (أمرها بيدك إلى شهر) أو شهرها كما صرح به الأصل (فله التطليق) فيه لا بعده (وإن قال) لها (طلقني نفسك فملقته بقدم زيد لغا) لأنه لم يملكها التعليق قال في الأصل وكذا الحكم في حق الأجنبي قال الروباني ولو قال لها طلقني نفسك فقالت طلقت نفسي بألف درهم قال القاضي الطبري الذي عندي أنه يقع الطلاق ولا معنى لقولها بألف درهم (وإن قالت) بعد قوله طلقني نفسك (كيف أطلق نفسي ثم طلقت وقع) الطلاق والفصل بذلك لا يؤثر لقصره (ولو وكلها أو وكل آخر في تعليق الطلاق لم يصح) كما مر في الوكالة أيضاً فلا يصح تعليقه وإن كان المعلق به يوجد لا محالة كطلوع الشمس لأنه يجري مجرى الأيمان فلا تدخله النيابة .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٣٨٧/٥) : « وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها وذلك على وجهين : توكيل وتمليك . ففي التوكيل له أن يرجع ما لم تطلق نفسها ، وفي التمليك ليس له ذلك (إن فوضه لها توكيلاً فله العزل) ابن عرفة : النيابة في الطلاق توكيل ورسالة وتمليك وتخير . فالتوكيل جعل إنشائه بيد الغير له العزل قبل إيقاع الطلاق اتفاقاً . وتقدم قول ابن شاس في التوكيل له أن يرجع ما لم تطلق نفسها وليس له ذلك في التمليك . قال اللخمي : وكذلك الأجنبي له عزله في التوكيل دون التمليك (إلا لتعليق حق) ابن بشير : وأما التوكيل فله أن يعزلها عنه إذا لم يجعل لها في ذلك حقاً ما لم تطلق نفسها (لا تخييراً أو تملكياً) ابن رشد : مذهب مالك أن الرجل إذا ملك امرأته أمرها أو خيرها فليس له أن يرجع عن ذلك (وحيل بينهما حتى تجيب) ابن الحاجب : التمليك مثل ملكتك أمرك وأمرك بيدك وطلقني نفسك وأنت طالق إن شئت أو كلما شئت فتمنع نفسها ولا تترك تحته حتى تجيب . ثم قال : والتخير مثل اختاريني أو اختارني نفسك وهو كالتملك إلا أنه الثلاث في المدخول بها (ووقفت وإن قال إلى سنة متى علم تفضي وإلا أسقطه الحاكم) ابن يونس : إن ملكها إلى أجل فلها أن تفضي مكانها .

قال مالك : وإن قال لها أمرك بيدك إلى سنة فإنها توقف متى علم بذلك ولا تترك تحته وأمرها بيدها حتى توقف تفضي أو ترد . ابن الحاجب : أو يسقطه الحاكم . ومن المدونة أيضاً ، وإن قال لها إذا جاء غد فقد خيرتكم وقت الآن تفضي أو ترد وإن وطئها قبل غد فلا شيء بيدها (وعمل بجوابها الصريح في الطلاق) ابن الحاجب : جوابها قول صريح ومحتمل ، فالصريح يعمل به في رد التمليك والطلاق (كطلاقه ورده كتمكينها طاعة) تقدم قول ابن الحاجب الصريح يعمل به في رد التمليك . قال في المدونة : وطؤه إياها طوعاً =

يزيل ما بيدها ، وإن ملك أمرها أجنبيًا فخلى بينه وبينها وأمكنه منها زال ما بيده . ابن عرفة : فمجرد التمكين دون وطء كالوطء (ومضي يوم تخييرها) من المدونة : إن قال اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختري ؛ فلا خيار لها ؛ لقول مالك : إن خيرها فلم تختري حتى افتراق من مجلسهما فلا خيار لها ، فكذا إن مضى الوقت الذي جعل الخيار إليه (وردها بعد بينوتها) أبو عمران : لو طلق المملكة قبل قضائها ثم تزوجها بعد عدتها أو خالها قبل قضائها ثم تزوجها في العدة ؛ سقط ما بيدها . ابن عرفة : لدلالة رضاها بالعقد عليها . ثانياً : على تركه كتمكينها له نفسها . البرزلي : وعلى هذا يتخرج فتيا ابن رشد فيمن خالعت زوجها على نفقة الولد ثم راجعها ، قال : لا تعود عليها النفقة أبداً ، ولو طلقها بعد ذلك واحدة أو ثلاثة قال : ووقعت مسألة وهي امرأة لها ولد من غير زوجها تأخذ فرضه ، فجعله لها هذا الزوج في المهر إن كان ذلك للولد سقط الفرض ، وإن كان ذلك مكتوباً من حقوقها فإنها تطلب ما فرض لها ، ولها أيضاً أن تسقط ذلك عن الزوج بخلاف إذا كان ذلك للولد (وهل نقل قماشها ونحوه طلاق أو لا تردد) ابن شاس : إن صدر منها ما يدل على زوال سلطانه عنها مثل أن تنقل قماشها ، فذلك طلاق ولا يقبل قولها لم أرده .

ابن رشد : إن لم تجب المملكة بشيء وفعلت ما يشبه الجواب مثل أن تنتقل أو تنقل متاعها سئلت إن قالت لم أرد طلاقاً صدقت ، انظره في رسم كتب (وقبل تفسير قبلت أو قبلت أمري أو ما ملكنتي برد أو طلاق) من المدونة : إن قالت قد قبلت أو قبلت أمري أو اخترت أو اخترت أمري سئلت ما أرادت بذلك ؛ فإن قالت : أردت به الطلاق صدقت ، وإن قالت : أردت به طلاقاً دون البنات لم يلزم ، وإن أردت البنات لزم ولا مناكرة له . وتساءل المرأة في جوابها وجوه تتصرف فيما أرادت به في خيار أو تملك إلا أنه يناكرها في التملك خاصة إن ادعى نية ويحلف على ما نوى ، فإن لم تكن له نية حين ملكها فقضت بالثلاث ، لزمه ولا مناكرة له (وناكر مخيرة لم تدخل ومملكة مطلقاً إن زادت على طلقه إن نواها) ابن رشد : ذهب مالك إلى أن التملك يفرق من التخيير فأخذ في التملك بقول عبد الله بن عمر إذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ما قضت إلا أن ينكر عليها فيقول : لم أرد إلا واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما دامت في عدتها ، فإذا قال : أملك بيدك فقد جعل بيدها ما كان يده من طلاقها . هذا ظاهر اللفظ ، ويحتمل أن يريد به واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، فإن كانت له نية في ذلك قبلت منه مع يمينه ، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت به من واحدة أو ثلاث . وذهب في التخيير إلى أنه لا يكون إلا ثلاثاً في المدخول بها ، فإن اختارت ثلاثاً فهي ثلاث ، وإن اختارت واحدة أو اثنتين فلا يكون شيء ، وإن كانت غير مدخول بها كان حكمها حكم المملكة في المناكرة (وبإدارة) ابن القاسم : من ملك امرأته فقضت بالثمة فلم يناكره وادعى الجهل وأراد منكرتها حين علم فليس له ذلك (وحلف ، إن دخل وإلا فعند الارتجاع) قال مالك : من ملك زوجته قبل البناء أو بعده ولا نية له فالقضاء ما قضت وإلا أن تكون له نية حين ملكها في كلامه الذي ملكها فيه فله ذلك ويحلف على ما نوى .

قال أصبغ : والنية التي ينتفع بها في هذا ما نواه في أول كلامه ، وأما ما جرد من النية حين سمعها أو بعد أن ملكها فلا ينتفع بها . ابن المراز : ويحلف مكانه في المدخول بها لأن له الرجعة مكانه ، فإن لم يكن بني فلا تلزمه الآن يمين لأنها قد بانث منه ، فإذا أراد نكاحها حلف على ما نوى ولا يحلف قبل ذلك إذ لعله لا يتزوجها (ولم يكرر أمرها بيدها إلا أن ينوي التأكيد) نص المدونة : إن قال لها أملك بيدك أملك بيدك أملك =

= بيك فطلقت نفسها ثلاثا سئل الزوج عما أراد ، فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن نوى الثلاث فهي الثلاث ، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ولا منكرة له . محمد : وقال مالك : إذا ملكها فقالت له كم ملكتي فقال مرة ومرة ومرة ، فإن قال أردت واحدة حلف وصدق (كسقمها هي) من المدونة : إن ملكها قبل البناء ولا نية له فطلقت نفسها واحدة ثم واحدة فإن نسقتهن لزمته الثلاث إلا أن تنوي هي واحدة كطلاقه إياها إذا كان نسقا قبل البناء . انظر هذا مع ما تقدم عند قوله « وإن كرر الطلاق » (ولم يشترط في العقد) من المدونة : إن شرط لها في عقد النكاح إن تزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج فقضت بالثلاث فلا منكرة له بنى بها أو لم ين . ابن يونس : ولو قالت اشهدوا متى فعل ذلك زوجي فقد اخترت نفسي فذلك يلزمه قاله مالك : وهو أصوب (وفي حمله على الشرط إن أطلق قولان) ابن سلمون : الشروط محمولة أبدا في النكاح على الطوع حتى يثبت خلافه . قاله ابن العطار . وقيل : هي محمولة على الشرط . حكاه ابن فتحون قال : وهو الصواب قياسا على البيع (وقيل إرادة واحدة بعد قوله لم أرد طلاقا والأصح خلافه) سمع ابن القاسم : من ملك امرأته فطلقت نفسها ثلاثا فقال لم أرد طلاقا ثم يقول إنما أردت واحدة حلف ولزمته طلقة واحدة . أصبغ : هذا وهم لا تقبل نيته بعد قوله لم أرد شيئا والقضاء ما قضت من البتات . ابن رشد : قول أصبغ وهم غير صحيح بل الرواية بذلك ثابتة والقولان قائمان من المدونة (ولا نكرة له إن دخل في تخيير مطلق) من المدونة : من قال لامرأته بعد البناء اختاري نفسك ، فقالت : قد اخترت نفسي فهي ثلاث ، ولا منكرة للزوج .

وإن قال لها : اختاري في واحدة فقالت قد اخترت نفسي فقال الزوج ما أردت إلا واحدة فإنه يحلف وتلزمه واحدة وله الرجعة (وإن قالت طلقت نفسي سئلت بالمجلس وبعده فإن أردت الثلاث لزمته في التخيير وتناكر في التملك) ابن رشد : لا تخلو إيجابتها من عشرة أوجه ثم قال : أما إذا قالت قد طلقت نفسي ففي ذلك خمسة أقوال ، أحدها أنها تسأل في المجلس وبعده في التخيير والتمليك كم أردت بذلك ، فإن لم تكن لها نية فهي ثلاث إلا أن يناكرها في التملك وهو مذهب ابن القاسم في المدونة ونصها : إن قال لها أمرك بيديك فقالت طلقت نفسي لزم ما نوت إلا أن يناكرها الزوج فيما زادت على الواحدة ، فإن جهلوا سؤالها في المجلس حتى مضى شهران فسألوها فقالت أردت ثلاثا فلزوج منكرتها فيما زادت على الواحدة (وإن قالت واحدة بطلت بالتخيير) المنطوي : التخيير معناه أن يخير الرجل امرأته في أن تقم معه أو تختار نفسها ولا يكون في المدخول بها إلا بالبتات . فإذا قال لها خيرتك أو اختاري نفسك فإن صرحت بواحدة أو بلفظ يدل عليها أو فسرت لفظة مشكلة بها فلا يكون شيئا ولا تقع عليها طلاق . هذا هو مذهب مالك وأصحابه إلا عبد الملك (وهل يحمل على الثلاث أو الواحدة عند عدم النية تأويلان) ابن رشد : مذهب ابن القاسم في المدونة في التي تقول قد طلقت نفسي ولا نية لها أنها ثلاث وواحدة على قول ابن القاسم في الواضحة (والظاهر سؤالها إن قالت طلقت نفسي أيضا) . انظر ما معنى هذا والذي لابن رشد إن قالت قد اخترت الطلاق فالذي أرى على أصولهم أن تسأل في التملك والتخيير . راجع المقدمات (وفي جواز التخيير قولان) قال أبو عمران : لا يكره للرجل أن يخير زوجته كما يكره التطلق ثلاثا وإنما يكره ذلك للمرأة أن تطلق نفسها ثلاثا . فقيل له : إنما صار ذلك إليها بسببه ، فقال : ليس من يقصد إلى البدعة كالذي لا يقصد إليها فقيل له ما ذكره . =

= أبو محمد : عن بعض البغداديين أنه يكره التخيير كما يكره التطلق ثلاثاً فقال : هذا شيء ذكره بكر القاضي وما في الحديث يرده (وحلف في اختاري واحدة أو في أن تطلقي نفسك طليقة واحدة) من المدونة قلت : فإن قال لها اختاري في أن تطلقي نفسك واحدة أو في أن تقيمي فقالت : قد اخترت نفسي . فقال : سألك مالك عنها فقيل لزوجها احلف بالله ما أردت بقولك اختاري إلا واحدة ويكون أملك بها .

قيل لابن القاسم : فكيف كانت المسألة التي سألوها مالكا عنها ، قال : سألوها مالكا عن رجل قال لامرأته اختاري واحدة فأخبرهم بما أخبرتك . ابن المواز : إنما استحلفه مالك فيما نوى خوفاً أن يقول إنما قال لها اختاري مرة واحدة فتكون البتة ، فأما أن يبين لها فقال : اختاري في أن تطلقي من الطلاق واحدة فلا يمين عليه . ١ هـ . نقل ابن يونس . وقال عياض : ظاهر قول ابن القاسم أن مسألته والمسألة التي سئل عنها مالك سواء وعلى هذا تأولها الشيخ وغيره (لا اختاري طليقة) الكافي وابن شاس : إن قال اختاري طليقة أو طلقتين فليس لها أن تختار زيادة على ما جعل لها .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٣١١/٧ - ٣١٣) : « ويصح تعليق : أمرك بيدك ، واختاري نفسك . بالشروط ، وكذلك إن جعل ذلك إلى أجنبي ، صح مطلقاً ومقيداً ومعلقاً ؛ نحو أن يقول : اختاري نفسك ، أو أمرك بيدك ، شهراً ، أو إذا قدم فلان فأمرك بيدك . أو اختاري نفسك يوماً . أو يقول ذلك لأجنبي . قال أحمد : إذا قال : [إذا] كان سنة ، أو أجل مسمى . فأمرك بيدك . فإذا وجد ذلك . فأمرها بيدها ، وليس لها قبل ذلك أمر . وقال أيضاً : إذا تزوج امرأة ، وقال لأبيها : إن جاءك خبري إلى ثلاث سنين ، وإلا فأمر ابنتك إليك . فلما مضت السنون لم يأت خبره ، فطلقها الأب ، فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب ، فطلاقه جائز ، ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه . ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه ، فصح تعليقه على شرط ، كالتوكيل الصريح ، فإذا صح هذا ، فإن الطلاق إلى من فوض إليه ، على حسب ما جعله إليه ، في الوقت الذي عينه له ، لا قبله ولا بعده ، وللزوج الرجوع في هذا ؛ لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه للرجوع إلا ببينة ؛ لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه . فإن طلق الوكيل والزوج غائب ، كره للمرأة التزوج ؛ لأنه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة . وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة . وحمله القاضي على الاستحباب والاحتياط . فإن غاب الوكيل ، كره للزوج الوطء ، مخافة أن يكون الوكيل طلق ، ومنع منه أحمد أيضاً ؛ لهذه العلة . وحمله القاضي أيضاً على الاستحباب ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، فحمل الأمر فيه على اليقين . وقول أحمد : رجوعه أن يشهد على أنه قد رجع فيما جعل إليه . معناه أنه لا يقبل قوله إنه قد رجع ، إلا ببينة . ولو صدقته المرأة في أنه قد رجع ، قبل ، وإن لم تكن له بينة . (ولو خيرها ، فاخترت فرقة من وقتها ، وإلا فلا خيار لها) أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور ، إن اختارت في وقتها ، وإلا فلا خيار لها بعده .

روي ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، وجابر رضي الله عنه ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال الزهري ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك في إحدى الروايتين عنه : هو على التراخي ، ولها الاختيار في المجلس وبعده ، ما لم يفسخ أو يطلأ . واحتج ابن المنذر « بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيرها : إني ذاك لك أمراً ، =

١٤١١ - اعلم أن كل شخص يملك تصرفاً من التصرفات له أن يتولاه بنفسه ، وله أن يقيم غيره مقامه ليفعله ، ولا شك في أن الزوج يملك طلاق زوجته متى كان أهلاً لإيقاع الطلاق ، فحينئذٍ له أن يوقعه بنفسه وله أن ينيب غيره ليقعه ، وهذا للغير : إما أن يكون غير الزوجة ، وإما أن يكون هو الزوجة المراد إيقاع الطلاق عليها ، فإن كان غيرها ؛ سميت هذه الإنابة توكيلاً ، وإن كانت هي الزوجة ؛ سميت الإنابة تفويضاً ؛ لأن غيرها يكون عاملاً لغيره وهي عاملة لنفسها ، وهذا هو الفرق بين التوكيل والتفويض ، ولهذا لو أمر رجل زوجته بإيقاع الطلاق على نفسها وعلى ضررتها ؛ كان هذا الأمر بالنسبة إليها تفويضاً ، ولضررتها توكيلاً ، وكل من التوكيل والتفويض له أحكام تخصه .

١٤١٢ - فالوكيل له أن يتولى الموكل فيه سواء كان في مجلس التوكيل أو بعده ، ويملك الموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء إذا لم يتعلق بالتوكيل حق الغير ، بخلاف المفوض إليه ؛ فإنه لا بد أن يباشر شيء في المجلس ولا يملك المفوض الرجوع عن التفويض قبل الجواب ؛ لأن تفويض تمليك يخص المفوض إليه ، وهذه التمليكات تقتضي الجواب في المجلس ، كما إذا قال شخص لآخر : بعث لك هذا البيت بألف جنيه مثلاً ؛ فلا بد من أن تجيب عن هذا الإيجاب في المجلس الذي صدر فيه حتى لو قام أو وجد منه ما يدل في الإعراض لم يصح قبوله .

وينبغي على هذا : أن الزوج إذا أمر زوجته بإيقاع الطلاق على نفسها سواء كان بتخييرها نفسها ، أو بجعل أمرها بيدها ، أو بتعليق الطلاق على مشيئتها ؛ فليس له أن يرجع قبل جوابها ، وليس لها أن توقع الطلاق بعد المجلس الذي علمت فيه بهذا التفويض ما لم يكن مؤقتاً بوقت ، أو كان هناك ما يدل على عدم التوقيت بالمجلس كقوله : اختاري نفسك في أي وقت شئت .

= فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمرى أبويك . وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها إليها ، فأشبهه أمرك بيدك .

ولنا : أنه قول من سمينا من الصحابة . روى النجاد ، بإسناده عن سعيد بن المسيب ، أنه قال : قضى عمر وعثمان ، في الرجل يخير امرأته ، أن لها الخيار ما لم يتفرقا . وعن عبد الله بن عمر ، قال : ما دامت في مجلسها . ونحوه عن ابن مسعود ، وجابر ، ولم تعرف لهم مخالفا في الصحابة ، فكان إجماعاً . ولأنه خيار تمليك ، فكان على الفور ، كخيار القبول . فأما الخير ؛ فإن النبي ﷺ جعل لها الخيار على التراخي ، وخلافنا في المطلق . وأما أمرك بيدك ، فهو توكيل ، والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيد بقيد ، بخلاف مسألتنا .

(مادة ٢٦١)

إِذَا قَالَ الرَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ : اِخْتَارِي نَفْسَكَ ، أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ . نَاوِيًا تَفْوِيضَ الطَّلَاقِ إِلَيْهَا ، فَلَهَا أَنْ تَخْتَارَ نَفْسَهَا مَا دَامَتْ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهَا مُشَافَهَةً إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً ، أَوْ إِخْبَارًا إِنْ كَانَتْ غَائِبَةً ، وَلَوْ طَالَ الْمَجْلِسُ مَا طَالَ ، مَا لَمْ تَقُمْ أَوْ تُعْرِضَ .

فَإِنْ قَامَتْ مِنْهُ قَبْلَ صُدُورِ جَوَابِهَا ، أَوْ آتَتْ قَبْلَهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى إِعْرَاضِهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا ، مَا لَمْ يَكُنِ التَّفْوِيضُ مُعْلَقًا بِمَشِيئَتِهَا بِأَدَاةِ تَفْيِيدِ عُمُومِ الْوَقْتِ ، أَوْ مُؤَقَّتًا بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ .

فَإِنْ كَانَ مُعْلَقًا بِمَشِيئَتِهَا بِأَدَاةِ تَفْيِيدِ الْعُمُومِ ، فَلَهَا اخْتِيَارُ نَفْسِهَا مَتَى شَاءَتْ . وَإِنْ كَانَ مُؤَقَّتًا ، فَلَا يَبْطُلُ خِيَارُهَا إِلَّا بِمُضِيِّ الْوَقْتِ ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ غَائِبَةً وَلَمْ تَعْلَمْ بِالتَّفْوِيضِ إِلَّا بَعْدَ قَوَامِ الْوَقْتِ الْمُعَيَّنِ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ^(١) .

• • •

١٤١٣ - وتفويض الطلاق للمرأة يكون بأحد أمور ثلاثة :

الأول : التخيير بأن يقول لها اختاري نفسك .

الثاني : الأمر باليد بأن يقول لها أمرك بيدك .

الثالث : تعليق صريح الطلاق على مشيئتها بأن يقول لها . طلقي نفسك أن شئت .

١٤١٤ - فالأول والثاني من كنايات الطلاق ، والثالث من صريحه . فمتى قال

الرجل لزوجته : اختاري نفسك ، أو أمرك بيدك ، ناوليًا تفويض الطلاق إليها ؛ فقد ملكها إياه ، فهي حينئذ مخيره بين عدم إيقاع الطلاق الذي فوضه إليها ، وبين إيقاعه ، ولا يشترط دائماً أن يكون الإيقاع في مجلس التفويض ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف صيغته وحضور الزوجة وغيبتها .

١٤١٥ - ويانه : أن الزوجة إما أن تكون موجودة في مجلس التفويض أو غير

موجودة ، وعلى كل فإما أن يكون التفويض مطلقاً أو مؤقتاً بوقت معين ، أو فيه ما يدل على التعميم ، فالصور ستة وكل منها له حكم يخصه :

١٤١٦ - فالأولى : وهي أن تكون حاضرة في مجلس التفويض وكان مطلقاً بأن قال

لها : اختاري نفسك ، أو أمرك بيدك ؛ ناوليًا الطلاق ، فليس لها أن توقعه إلا في هذا

(١) ينظر تعليقاتنا على المادة السابقة .

المجلس ولو طال زمنه ، فإن قامت منه بطل خيارها ، وليس قيامها هو الوحيد في إبطال خيارها ، بل لو وجد منها ما يدل على الإعراض ولو كان في المجلس بطل خيارها أيضًا .
 ١٤١٧ - والثانية : أن تكون حاضرة في مجلس التفويض وهو مؤقت بوقت معين ، كما إذا قال لها : اختاري نفسك في ظرف عشرة أيام مثلاً ، فلا يتقيد بالمجلس ، بل لها أن تختار نفسها ما دام الزمن الذي عينه لم ينقض ، فإن انتهى بطل خيارها ؛ لأنه ملكها شيئاً في زمن مخصوص فلا يثبت لها في غيره .

١٤١٨ - والثالثة : أن تكون حاضرة في مجلس التفويض وفيه ما يدل على التعميم ، كما إذا قال لها : أملك بيدك متى شئت ، فلا يتقيد بالمجلس أيضًا ؛ بل لها أن تختار نفسها في أي وقت شاءت كما يقتضيه التفويض .

١٤١٩ - والرابعة : أن تكون غائبة والتفويض مطلق ، كما إذا قال : جعلت أمر زوجتي فلانة بيدها نوايا تفويض الطلاق إليها ، فلا يتقيد بهذا المجلس بل بالمجلس الذي علمت فيه ولو طال زمن عدم العلم .

١٤٢٠ - والخامسة : أن تكون غائبة والتفويض مؤقت بوقت معين ، فإن بلغها قبل مضي الوقت فلها أن توقع الطلاق ما دام الوقت باقياً وإن بلغها بعد مضي بطل خيارها لأنه فوضه إليها في وقت مخصوص فلا يثبت في غيره .

١٤٢١ - والسادسة : أن تكون غائبة وفيه ما يدل على التعميم كما إذا قال : جعلت أمر زوجتي بيدها متى شاءت فلا يتقيد بمجلس علمها بل لها أن تطلق نفسها في أي وقت شاءت كما هو مقتضى التفويض .

(مادة ٢٦٢)

إِذَا قَالَتْ الْمَفْزُؤُصُ إِلَيْهَا الْاِخْتِيَارُ أَوْ الَّتِي جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا فِي مَجْلِسِ عِلْمِهَا : اخْتَرْتُ نَفْسِي ، أَوْ طَلَّقْتُ نَفْسِي بَأَنْتِ بَوَاحِدَةٍ سِوَاءَ نَوَى الزُّوْجِ بِذَلِكَ وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ . وَتَصِحُّ بَيِّنَةُ الثَّلَاثِ فِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ ، وَلَا تَصِحُّ فِي التَّخْيِيرِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢١٩/٢ ، ٢٢٠) : « ولو قال لها : اختاري بنوي به الطلاق فاختارت في مجلسها بانت بواحدة) ؛ لأن الخيرة لها مجلس العلم بإجماع الصحابة ﷺ أجمعين ، ولأنه =

تمليك الفعل منها والتعليكات تقتضي الخيار في المجلس كما في سائر التمليكات ، فإن قيل : كيف يعتبر تملكاً مع بقاء ملكه ، والشئ يستحيل أن يملكه شخصان كل واحد منهما كله ؟ قلنا : هذا تملك الإيقاع لا تملك العين فلا يستحيل وإنما ذلك في العين ، ولا بد من النية فيه ؛ لأنه من الكتابات على ما تقدم ، وهذا لأنه يحتمل أنه خيرها في النفقة أو الكسوة أو الدار للسكنى ويحتمل أنه خيرها في نفسها فلا يتعين إلا بالنية والواقع به بائن ؛ لأن اختيارها نفسها به يتحقق لثبوت اختصاصها بنفسها في البائن دون الرجعي قال **تفتتة** : (ولم تصح نية الثلاث) ؛ لأن الاختيار ينبت عن الخلوص وهو غير متنوع بخلاف البيونة ؛ لأنه متنوع إلى غليظة وخفيفة فأبهما نوى صح وبخلاف الأمر باليد ؛ لأنه ينبت عن التملك وضماً بصيغة العموم كقوله تعالى : ﴿ وَالْأَمْثَرُ يُؤْتِيهِ يَلَّوْهُ ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ قُلْ إِنَّ الْأَمْثَرَ كَلِمَةٌ يَلَّوْهُ ﴾ وهو مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى تملك جميع ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز . وأما قوله : اختاري فليس بتمليك وضماً وإنما جعل تملكاً على خلاف القياس لإجماع الصحابة لكونه لا ينبت عن الإيقاع ولا عن التفويض والإجماع متعقد على الواحدة وبقي ما وراءه على الأصل .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى (٣٣١/٣) : « ولو قال : أييني نفسك فقالت : أبنت ، ونوبها) عند قولها الطلاق (وقع) ، كما يقع بالصریح (ولا) أي وإن لم ينوبها أو أحدهما (فلا) يقع ؛ لأنه إن لم ينو لم يفوض الطلاق ، وإذا لم تنو هي ما امتلت (ولو قال : طلقي) نفسك ، فقالت : أبنت ونوت ، أو أييني) نفسك ، (ونوى فقالت : طلقت ، وقع) الطلاق ، ولا يضر اختلاف لفظها . (ولو قال : طلقي) نفسك ، (ونوى ثلاثاً فقالت : طلقت ونوتهن) بأن علمت نية (ثلاث) لأن اللفظ يحتمل العدد وقد نوبها ، (ولا) أي وإن لم تنو هي عددًا (فواحدة في الأصح) وقيل : ثلاث حملًا على منوبه ، (ولو قال :) طلقي نفسك (ثلاثاً فوحدت أو عكسه) أي قال : طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً (فواحدة) لأنها الموقع في الأولى ، والمأذون فيه في الثانية .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٤٥/٢ ، ٤٦) : « (وله) أي الزوج الذي فوض لزوجته أمرها (أن يناكر المملكة خاصة) إن أوقعت طلفتين أو ثلاثاً . (فيما فوق الواحدة) سواء كانت مدخولاً بها أو لا ، ومثل المملكة المخيرة غير المدخول بها ، قال خليل : وناكر مخيرة لم تدخل ومملكة مطلقاً ، وإنما يناكر الزوج كلاً منهما بشرط ذكر المصنف منها واحداً بقوله : فيما فوق الواحدة المشار إليه بقول خليل : إن زاد على طلقة ، وأن يكون نوى الواحدة عند التخيير أو التملك لا إن نوى أكثر أو أطلق ، وأن يبادر بالناكرة عند سماع الزائدة ، لا إن تأخر بعد السماع فلا مناكرة له وإن كان جاهلاً ، وأن يحلف أنه لم يرد الزائد ، وتكون بينه عند المناكرة في المدخول بها ليرتجمها ، وعند إرادة العقد على غيرها ، وأن لا يكون كرر قوله : أمرك بيدك مثلاً مع عدم قصد التأكيد ، وأن لا يكون التخيير أو التملك مشتركاً للزوجة في صبب العقد ، وإلا فلا مناكرة له ، وأشار إلى مفهوم الشرط الأول بقوله : (وليس لها) أي المخيرة المدخول بها (في التخيير) المطلق العاري عن التقييد بعدد . (أن تقتضي إلا بالثلاث) قال خليل : وبطل في المطلق إن قضت بدون الثلاث ، والمعنى : أنه يبطل ما يدها وتبقى في عصمة زوجها بعد ، ولها عما جعله الشارع لها من إيقاع الثلاث ، وقيدنا التخيير بالمطلق للاحتراز عن المقيد بعدد فلا توقع أكثر منه ، فإن أوقعت أقل من العدد الذي سماه فإنما =

١٤٢٢ - والتفويض لا يوجب على المرأة أن توقع الطلاق بل تخير بين إيقاعه وعدمه ولذا لو قالت : اخترت زوجي لم يقع . ولو قالت : اخترت نفسي ، أو طلقت نفسي

= يطل ما قضت به وتستمر على تخييرها . قال خليل : وبطل إن قضت بواحدة في اختيار تطليقتين أو في تطليقتين ومن تطليقتين ، فلا تقضي إلا بواحدة ؛ لأن من للتبويض وإن أوقعت أكثر لزمه واحدة ، ولما قدم أن محل منكرة المخيرة حيث كانت غير مدخول بها ذكر المدخول بها بقوله : (ثم المخيرة) تخييرًا مطلقًا بعد الدخول (لا نكرة له فيها) عند إيقاعها الثلاث لبطلان ما بيدها إن قضت بأقل منها كما تقدم . قال خليل : ولا نكرة له إن دخل في تخيير مطلق ، والفرق بين المملكة بناكرها ولو مدخولًا بها ، والمخيرة لا بناكرها بعد الدخول بها دلالة اختاري نفسك على قطع العصمة ، ولا تقطع بعد الدخول إلا بالثلاث بخلاف ملكتك أمرك . (تمت) الأولى : لم يعلم من كلام المصنف حكم التخيير ، وفيه خلاف بالإباحة وعدمها ، وأما التمليك فمباح اتفاقًا ، إلا إن قيد بالثلاث فيبني جريان الخلاف فيه ، وأما التوكيل فاستظهر بعض الشيوخ كراهته إن قيد بالثلاث وسكت عن حكمه عند عدم التقييد ، ولعل حكمه الجواز كجواز التوكيل على البيع والشراء ، وربما يفهم خفة أمره عن التخيير والتمليك بجواز عزلها فيه دون التخيير والتمليك . قال خليل : إن فوض لها توكيلًا فله العزل إلا لتعلق حق لا تخييرًا أو تملكًا . الثانية : لم ينص المصنف على اشتراط بلوغ الزوج في التخيير والتمليك لعلمه مما سبق من عدم صحة طلاق الصبي ، بخلاف الزوجة فإنه يصح تخييرها وتمليكها ، ويصح ما قضت به حيث كانت مميزة مطلقًا ، وقيل : إن أطاقت الوطء ، ومثل المرأة في عدم اشتراط البلوغ الأجنبي ، يجوز للزوج أن يفوض له أمر الزوجة تخييرًا أو تملكًا أو توكيلًا ، ولو كان الصبي ذميًا أو عبديًا أو امرأة ، ولكن لا يفعل إلا ما فيه المصلحة ، ويصير بمنزلتها في سائر ما تقدم من منكرة وعدمها ، لكن يشترط حضورها ، وقرب غيبته كاليومين لا أكثر فيصير لها ما جعله للبيد . قال خليل : وله التفويض لغيرها ، وله النظر وصار كهي إن حضر أو كان غائبًا غيبة كيومين لا أكثر فينتقل لها النظر ، إلا أن تمكن من نفسها فيسقط ما كان بيدها ، أو ما كان بيد الغير إذا علم بتسكينها ورضي بذلك ، وكذا يسقط حق المجهول له أمرها إذا كان حاضرًا أو غاب ولم يشهد أنه باق على حقه ، فإن أشهد فقي بقائه بيده أو ينتقل للزوجة قولان .

الثالثة : لو ملك أمر امرأته لرجلين وأمرهما بطلاقها ، فإن قال لهما : طلقاها إن شئتما فليس لواحد الاستقلال بطلاقها إلا أن يجعل له ذلك الكوكيلين على البيع والشراء ، وأما لو قال لهما : طلقاها ولم يقل إن شئتما لكان لكل الاستقلال بطلاقها ، وأما لو فوض لهما في إعلامها بطلاقها فإنه يكفي أحدهما في إخبارها وتعتمد على إخباره وتعتمد لأن الطلاق وقع منه بمجرد قوله لهما : أعلمهما بأني طلقتها أو بطلاقها . هذا تحقيق هذه المسألة كما يشهد له كلام ابن عرفة وبحث الأجهوري .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٣٩٢/٥) : « وإن قال : أمرك بيدك ، فكتابة ظاهرة تملك ثلاثاً . ولو نوى واحدة ، أفتى به أحمد غير مرة ، وعنه : واحدة ما لم ينو أكثر ، قطع به أبو الفرج ، والبصرة ، كقوله : اختاري ، وعنه فيه : غير مكرر ثلاثاً ، وكقوله : وطلقي نفسك ، وعنه فيه : ثلاث بنتهما لها ، كقوله في الأصح : طلقي نفسك ثلاثاً فتطلق بنتها ، وقيل : أو لا ونصه : ومتراخيًا ، ونصه أن اختاري المختصة بالمجلس ما لم يشتغلًا بقاطع . وعنه : على الفور ، وخرج فيهما العكس . »

في الزمن الذي تملك ذلك فيه كما عرفته في شرح المادة السابقة وكان التفويض بالتخيير أو الأمر باليد ، فإما أن ينوي الزوج طلقة واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، فإن نوى واحدة أو اثنتين ؛ فلا تقع إلا واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثاً ؛ فإن كان التفويض بلفظ الأمر باليد ؛ وقع ما نوى ، وإن كان بلفظ التخيير ؛ فلا يقع إلا واحدة بائنة ، فإن صرح بالثلاث في التخيير وطلقت ؛ وقع الثلاث . وإنما كانت الطلقة الواقعة بائنة ؛ لأن التخيير ينبي عن الخلاص من ذلك الملك ، وهو لا يكون إلا بالبينونة إذ لو كان الواقع رجعيًا لما حصلت فائدة التخيير ؛ لأن له أن يراجعها شاءت أو أبت .

١٤٢٣ - وإنما لم تصح نية الثلاث في قوله اختاري وصحت في الأمر باليد ؛ لأن الاختيار ينبي عن الخلاص وهو غير متنوع بخلاف ما إذا قال لها : أنت بائنة ونوى ثلاثاً فإنها تقع ؛ لأن البينونة متنوعة إلى غليظة وخفيفة فأيهما نوى فإن نيته وبخلاف الأمر باليد ؛ لأنه ينبي عن التملك وضماً بصيغة العموم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِلَّهِ ﴾ ^(١) وقوله : ﴿ قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ ﴾ ^(٢) وهو مصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فإذا نوى الثلاث فقد نوى تملك ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز .

كذا قالت الحنفية ، وغيرهم يقول : يقع سواء كانت واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً بأي لفظ كان كما تقدم لك نظيره شرح مادة (٢٢٨) ومذهب غير الحنفية هو الظاهر .

(مادة ٢٦٣)

إِذَا فَوَّضَ الطَّلَاقَ لِشَيْبَةِ الْمَرْأَةِ وَقَالَ لَهَا بِصَرِيحٍ لَفْظِهِ : طَلَّقِي نَفْسَكَ . فَطَلَّقَتْ فِي الْجَلْسِ ، تَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ^(٣) .

• • •

(١) الانفطار : ١٩ .

(٢) آل عمران : ١٥٤ .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٠٧/١) : « ولو قال : أنت طالق حيث شئت أو أين شئت ؛ لم تطلق حتى تشاء ، وإن قامت عن مجلسها فلا مشيئة لها ، وإن قال لها : أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة قبل المشيئة ، فإن قالت : شئت واحدة بائنة أو ثلاثاً ، وقال الزوج : نويت ذلك ؛ فهو كما قال ، أما إذا أرادت ثلاثاً والزوج واحدة بائنة أو على القلب فيقع واحدة رجعية وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جرباً على موجب التخيير كذا في الهداية وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وعندهما لا يقع شيء ما لم تشأ ، فإن شاءت أوقعت واحدة رجعية أو بائنة أو ثلاثاً بشرط مطابقتها إرادته ، وما قاله أولى ، وثمرة الخلاف تظهر في موضعين : فيما إذا قامت عن المجلس قبل المشيئة ، وفيما إذا كان ذلك =

١٤٢٤ - فقد علمت أن التفويض يكون بالتخيير ، وبالأمر باليد ، وبصريح لفظ طلاق معلقاً على مشيئة المرأة ، وإن الأول والثاني كناية فلا بد من النية أو الحال ، وأما الثالث ؛ فإنه صريح ؛ فإذا قال رجل لزوجه : طلقي نفسك ، فطلقت في الوقت الذي تملك فيه ذلك كما علمته في شرح مادة (٢٦١) وقع الطلاق بائناً سواء نوى أو لم ينو ؛ لأن الصريح لا يحتاج فيه إلى النية .

= قبل الدخول فإنه تقع عنده طلاق رجعية وعندهما لا يقع شيء والرد كالقيام هكذا في التبيين .
 قول الحنابلة : جاء في المعنى (٣٥٥/٧ ، ٣٥٦) : « فإن قال : أنت طالق إن شئت . أو : إذا شئت . أو : متى شئت . أو : كلما شئت . أو : كيف شئت . أو : حيث شئت . أو : أنى شئت ؛ لم تطلق حتى تشاء ، وتنطق بالمشيئة بلسانها ، فتقول : قد شئت ؛ لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان ، فتعلق الحكم بما ينطق به ، دون ما في القلب ، فلو شاءت بقلبها دون نطقها ، لم يقع طلاق ، ولو قالت : قد شئت . بلسانها وهي كارهة ، لوقع الطلاق ، اعتباراً بالنطق . وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها . ومتى وجدت المشيئة باللسان ، وقع الطلاق ، سواء كان على الفور أو التراخي . نص عليه أحمد ، في تعليق الطلاق بمشيئة فلان ، وفيما إذا قال : أنت طالق حيث شئت ، أو : أنى شئت ، ونحو هذا ، قال الزهري ، وقتادة . وقال أبو حنيفة دون صاحبيه : إذا قال : أنت طالق كيف شئت . تنطق في الحال طلاق رجعية ؛ لأن هذا ليس بشرط ، وإنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها . ولنا ، أنه أصناف الطلاق إلى مشيئتها ، فأشبه ما لو قال : حيث شئت . وقال الشافعي في جميع الحروف : إن شاءت في الحال ، وإلا فلا تنطق ؛ لأن هذا تملك للطلاق ، فكان على الفور ، كقوله : اختاري . وقال أصحاب الرأي في « إن » كقوله ، وفي سائر الحروف كقولنا ؛ لأن هذه الحروف صريحة في التراخي ، فحملت على مقتضاها ، بخلاف « إن » ، فإنها لا تقتضي زماناً وإنما هي مجرد الشرط تنقيد ، بالفور بقضية التملك . وقال الحسن ، وعطاء ؛ إذا قال : أنت طالق إن شئت . إنما ذلك لها ما داما في مجلسهما .
 ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط ، فكان على التراخي كسائر التعليل ، ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة ، فكان على التراخي كالمتق ، وفارق : اختاري . فإنه ليس بشرط ، إنما هو تخيير ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق ؛ لأن شرط الطلاق لم يوجد . وحكي عن أبي بكر ، أنه يقع . وليس بصحيح ؛ لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه ، كما لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن شاء . وهو مجنون ، لم يقع طلاقه ؛ لأنه لا حكم للكلام . وإن شاء وهو سكران ؛ فالصحيح أنه لا يقع ؛ لأنه زائل العقل ، فهو كالمجنون . وقال أصحابنا : يخرج على الروايتين في طلاقه ، والفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليب عليه ، كي لا تكون المصيبة سبباً للتخفيف عنه ، وهاتان إنما يقع الطلاق بغيره ، فلا يصح منه في حال زوال عقله ، وإن شاء وهو طفل لم يقع ؛ لأنه كالمجنون . وإن كان يعقل الطلاق وقع ؛ لأن له مشيئة ولذلك صح اختياره لأحد أبويه . وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق ؛ لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ، ولذلك وقع طلاقه بها وإن كان ناطقاً حال التعليل فخرس فقيه وجهان ؛ أحدهما : يقع الطلاق بها ؛ لأن طلاقه في نفسه يقع بها ، فكذلك طلاق من علقه بمشيئة . والثاني : لا يقع بها ؛ لأنه حال التعليل ، كان لا يقع إلا بالنطق ، فلم يقع بغيره ، كما لو قال في التعليل : إن نطق فلان بمشيئته فهي طالق . »

(مادة ٣٦٤)

الْمُخَالَفَةُ فِي أَضَلِّ الْعَدَدِ تُبْطِلُ الْجَوَابَ لَوْ خَالَفَتْ بِأَكْثَرٍ لَا بِأَقَلِّ . فَإِذَا فَوَّضَ الزَّوْجُ لِلْمَرْأَةِ تَطْلِيْقَةً وَاحِدَةً ، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا ، فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ . وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسِي ثَلَاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ . فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً ، وَقَعَتِ الْوَاحِدَةُ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٠٢/١) : « إن قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة ، ولو قال لها : طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لا يقع في قول أبي حنيفة بتثنية وقالوا : عندهما يقع كذا في الهداية » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٦٧/٤) : « (ولو قال) : طلقي نفسك (ثلاثاً فوحدت) أي قالت : طلقت نفسي واحداً (أو عكسه) كقوله طلقي نفسك واحدة فثلثت أي قالت : طلقت نفسي ثلاثاً (فواحدة) تقع في الصورتين ، أما في الأولى فلأن ما أوقعت داخل في المفوض إليها ، وأما في الثانية فلأن المفوض إليها واحدة ، والزائد غير مأذون فيه فيقع ما تملكه » .

قول المالكية : جاء في التاج والإكلیل (٣٨٧/٥) : « إن قال لها : أمرك بيدك أمرك بيدك أمرك ، فطلقت نفسها ثلاثاً مثل الزوج عما أراد ، فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن نوى الثلاث فهي الثلاث ، وإن لم تكن له نية فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ولا مناصرة له . وقال مالك : إذا ملكها ، فقالت له كم ملكنتي ، فقال : مرة ومرة ومرة ، فإن قال : أردت واحدة حلف وصدق » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠٩/٧ ، ٣١٠) : « (وإن طلقت نفسها ثلاثاً ، وقال : لم أجعل إليها إلا واحدة . لم يلتفت إلى قوله ، والقضاء ما قضت) ومن قال : القضاء ما قضت عثمان ، وابن عمر ، وابن عباس . وروي ذلك عن علي ، وفضالة بن عبيد . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى . وعن عمر ، وابن مسعود : أنها تطليقة واحدة . وبه قال عطاء ومجاهد ، والقاسم ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي . وقال الشافعي : إن نوى ثلاثاً ، فلها أن تطلق ثلاثاً ، وإن نوى غير ذلك ، لم تطلق ثلاثة ، والقول قوله في نيته . قال القاضي : ونقل عبد الله عن أحمد ، ما يدل على أنه إذا نوى واحدة ، فهي واحدة ؛ لأنه نوع تخيير ، فيرجع إلى نيته فيه ، كقوله : اختاري .

ولنا ، أنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها ؛ لأنه اسم جنس مضاف ، فيتناول الطلقات الثلاث ، كما لو قال : طلقي نفسك ما شئت . ولا يقبل قوله : أردت واحدة ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ، ولا بدن في هذا ؛ لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثاً » .

وجاء فيه أيضاً (٣١٥/٧ ، ٣١٦) : « فإن قال لزوجته : طلقي نفسك . ونوى عدداً ، فهو على ما نوى . وإن أطلق من غير نية ، لم يملك إلا واحدة ؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم . وكذلك الحكم لو وكل أجنبياً ، فقال : طلق زوجتي . فالحكم على ما ذكرناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : طلقي نفسك . ونوى ثلاثاً فطلقت نفسها ثلاثاً ، فهي ثلاث ، وإن كان نوى واحدة ، فهي واحدة ؛ وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثاً ، =

١٤٢٥ - وعندما يفوض الزوج الطلاق لزوجته بصريح لفظ الطلاق ، لا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : أن يكون التفويض مرسلًا أي غير مقيد بصريح كقوله : طلقي نفسك واحدة .
الثاني : أن يكون مقيدًا بها ؛ كطلقي نفسك ثنتين إن شئت . وعلى كل فيما أن توقع الزوجة ما فوضه إليها ، أو تخالف ، فإن خالفت ؛ فيما أن تكون المخالفة في العدد ، أو في الوصف ، فإن كانت في العدد ؛ فيما أن تكون بأقل أو بأكثر ، وكل صورة من هذه الصور لها حكم يخصها .

١٤٢٦ - فإن كان التفويض مرسلًا بأن قال لها : طلقي نفسك واحدة أو طلقي نفسك ثنتين أو ثلاثًا ، فإن وافقت بأن أوقعت واحدة في الأول وثلثتين في الثاني وثلاثًا في الثالث ؛ وقع ما أوقعته لاتفاقهما عليه .

١٤٢٧ - وإن خالفت في العدد وكانت المخالفة بأقل ، كما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثًا فطلقت واحدة أو ثنتين ؛ وقع ما أوقعته اتفاقًا ؛ لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ؛ لأن من ملك شيئًا ملك كل جزء من أجزائه .

= فأبهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم ينو تناول اليقين ، وهو الواحدة . فإن طلقت نفسها ، أو طلقها الوكيل في المجلس ، أو بعده ، وقع الطلاق ؛ لأنه توكيل . وقال القاضي : إذا قال لها : طلقي نفسك ، تقيد بالمجلس ؛ لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس ، كقوله : اختاري .
ولنا أنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي ، كتوكيل الأجنبي ، وكقوله : أمرك بيدك . وفارق : اختاري . فإنه تخيير . وما ذكره ينتقض بقوله : أمرك بيدك . ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح ، وبالكتاب مع النية . وقال بعض أصحاب الشافعي : ليس لها أن توقعه بالكتابة ؛ لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها . ولنا : أنه فوض إليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعت بلفظ الصريح . وما ذكره غير صحيح ؛ فإن التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته ، كما لو قال لوكيله : بع داري . جاز له بيعها بلفظ التملك . وإن قال لها : طلقي ثلاثًا فطلقت واحدة وقع . نص عليه . وقال مالك : لا يقع شيء ؛ لأنها لم تمتثل أمره . ولنا أنها ملكت إيقاع ثلاث ، فملك إيقاع واحدة ، كالموكل ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة . فقالت : قبلت واحدًا منهم صح كذا هاهنا . وإن قال : طلقي واحدة فطلقت ثلاثًا وقعت واحدة نص عليه أيضًا وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يقع شيء ؛ لأنها لم تأت بما يصلح قبولًا فلم يصح كما لو قال : بعتك نصف هذا العبد . فقال : قبلت البيعة في جميعه . ولنا أنها وقعت طلاقًا مآذونًا فيه وغيره فوقع المآذون فيه دون غيره كما لو قال : طلقي نفسك . فطلقت نفسها وضارها . فإن قال : طلقي نفسك . فقالت : أنا طالق إن قدم زيد . لم يصح ؛ لأن إذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول الملحق على شرط . وحكم توكيل الأجنبي في الطلاق كحكمها فيما ما ذكرناه كله .

١٤٢٨ - وإن كانت المخالفة بأكثر بأن قال لها : طلقي نفسك واحدة فطلقت ثنتين أو ثلاثاً فقال الإمام : لا يقع شيء ، وقال الصحابيان : تقع الواحدة التي فوضها الزوج لها ، واستدلا بأنها أتت بما تملكه وزيادة فيقع ما تملكه وتلغو الزيادة وهذا نظير ما إذا طلقها الزوج ألفاً فإنه يقع ثلاث ؛ لأنه أتى بما يملك وبما لا يملك فيقع ما يملك ويلغو الزائد . واستدل أبو حنيفة بأنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة لا ممثلة لأمره وسببه أن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة ؛ لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما معايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج ؛ لأنه يتصرف بحكم الملك وهي مثله في المسألة الأولى ؛ لأنها ملكت الثلاث أما في هذه المسألة فلم تملك الثلاث ولا الثنتين ، فلم تأت بما فوض إليها فيلغو الكل والظاهر من الدليلين مذهب الصحابين .

(مادة ٢٦٥)

اِخْتَالَفَ فِي الوُضْفِ لِا تَبْطُلُ الجَوَابَ ، بَلْ يَبْطُلُ الوُضْفُ الَّذِي بِهِ اِخْتَالَفَ ، وَيَقَعُ عَلَى الرَّوْحِ الَّذِي فُوضَ بِهِ الرَّوْجُ . فَلَوْ أَمَرَهَا بِثَانِيَةٍ فَخَالَفَتْ ، أَوْ بِرَجْعِيٍّ فَكَسَسَتْ الجَوَابَ ، فَإِنَّهُ يَقَعُ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الطَّلَاقُ مُعَلَّقًا بِمَبِيتِيهَا . فَإِنْ كَانَ مُعَلَّقًا ، وَخَالَفَتْ فِي الوُضْفِ ، بَطَلَتِ الجَوَابَ رَأْسًا ، وَكَذَا لَوْ خَالَفَتْ فِي العَدْدِ وَلَوْ بِأَقْلٍ (١)

١٤٢٩ - وإن خالفت في الوصف وكان التفويض مرسلًا أيضًا بأن أمرها بيائن فأوقعت رجعيًا أو بالعكس وقع ما أمر به الزوج اتفاقًا ، ويلغو ما وصفت به ، لكونها مخالفة فيه . وسبب هذا أن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف ، فصارت كأنها اقتصرت على أقل مما فوضت فيه ، فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنًا أو رجعيًا .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٢٥/٣ ، ١٢٦) : ولو قال لها : طلقي نفسك تطليقة رجعية فطلقت نفسها بائنًا ، أو قال لها : طلقي نفسك تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع ما أمر به الزوج لا ما أتت به ؛ لأنها إنما تملك تطليق نفسها بتسليك الزوج لها ؛ فتملك ما ملكها الزوج وما أتت به موافق لما ملكها الزوج من حيث الأصل ؛ لأن كل واحد منهما من ألفاظ الطلاق ، وإنما خالفه من حيث الوصف فإذا وقع الأصل استتبع الوصف ، المملك فيقع ما فوض إليها .

١٤٣٠ - وإن كان التفويض مقيداً بصريح المشيئة بأن قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت أو نتين أو ثلاثاً أن شئت ، فإن وافقت فالأمر ظاهر ، وإن خالفت في عدد ، فإن كانت المخالفة بأقل كما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت واحدة أو نتين ، فلا يقع شيء اتفاقاً ؛ لأن معناه إن شئت الثلاث فصارت مشيئة الثلاث شرطاً لوقوعه وهي بإيقاع الواحدة أو النتين لم تشأ الثلاث فلم يوجد الشرط فلا يقع شيء .
 وإن كانت المخالفة بأكثر كما إذا قال لها : طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً فقال الإمام : لا يقع شيء ؛ لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة ، وقال الصحابان : تقع واحدة ؛ لأن مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط فتقع . والظاهر مذهب الإمام .

١٤٣١ - وإن خالفت في الوصف في هذه الحالة بأن قال لها : طلقي نفسك بائناً إن شئت أو طلقي نفسك رجعيًا أن شئت ، فطلقت رجعيًا في الأول وبائناً في الثاني ، فلا يقع شيء اتفاقاً ؛ لأن معناه إن شئت البائن أو الرجعي فأوقعيه ؛ فإذا شاءت غيره فقد أتت بغير المفوض لها ؛ فلا يقع شيء .

الفصل الخامس

في طلاق المريض

(مادة ٢٦٦)

الْمَرْضُ الَّذِي يَصِيرُ بِهِ الرَّجُلُ فَارًّا بِالطَّلَاقِ مِنْ تَرْوِيثِ زَوْجِيهِ وَلَا تَنْفِذِ تَبَرَعَاتِهِ إِلَّا مِنْ الثَّلْثِ ؛ هُوَ الَّذِي يَغْلِبُ عَلَيْهِ فِيهِ الْهَلَاكُ وَيُعْجِزُهُ عَنِ الْقِيَامِ بِمَصَالِحِهِ خَارِجَ الْبَيْتِ بَعْدَ أَنْ كَانَ قَادِرًا عَلَيْهِ ، سِوَاءَ أَقْعَدَهُ فِي الْفِرَاشِ أَوْ لَمْ يُقْعِدْهُ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٤٦/٤ ، ٤٧) : « لما كان المرض من العوارض أخره ، ومعناه ضروري فتعريفه تعريف بالأخفى ، والمراد به هنا من عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت كعجز الفقهاء عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه ، فأما من يذهب ويحیی ويحيم فلا ، وهو الصحيح وهذا في حقه ، أما في حقه فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت ، كذا في البرازية ، وزاد في فتح القدير : أن لا تقدر على الصعود إلى السطح ، وفي صلاة المريض الذي يباح له ترك القيام أن يكون بحيث يلحقه بالقيام ضرر على الأصح كما في الجوهرة ، وليس الحكم هنا مقصوراً على المريض بل المراد من يخاف عليه الهلاك غالباً ، وإن كان صحيحاً كما سيأتي ، وقد علم من كلامهما أنه لا يجوز للزوج المريض التطلق لتعلق حقه بما له إلا إذا رضيت به (قوله : طلقها رجلاً أو بائناً في مرض موته ، ومات في عدتها ورثت وبعدها لا) لأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فبطلت عليه قصده بتأخير عمله إلى زمن انقضاء العدة دفقا للضرر عنها ، وقد أمكن ؛ لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار ، فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء ؛ لأنه لا مكان ، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فيبطل في حقه خصوصاً إذا رضي به . وفي الظهيرية : وإن كانت المطلقة في المرض مستحاضة ، وكان حيضها مختلفاً ففي الميراث يؤخذ بالأقل ؛ لأن المال لا يستوجب بالشك . اهـ . أطلق الرجعي ليفيد أنها تراث ، وإن طلق في الصحة ما دامت في العدة لبقاء الزوجية بينهما حقيقة حتى حل الوطء ، وورثها إذا ماتت فيها . ولا يشترط أهليتها للإرث وقت الطلاق بل وقت موته حتى لو كانت في الرجعي مملوكة أو كناية ثم أعتقت أو أسلمت في العدة ورثته ، وأطلق البائن فشمثل الواحدة والثلاث ، وترك المصنف قيد الطواعية ، ولا بد منه لأنه لو أكره على طلاقها البائن لا تراث كما لو أكرهت على سؤالها الطلاق فإنها تراث كما في القنية ، وذكر في جامع الفصولين خلافاً فيه ، وقيد بأن يكون في مرضه احترازاً عما إذا طلق في الصحة ثم مرض ، ومات ، وهي في العدة لا تراث منه ، ولو قال صحيح لامرأته : إحداكما طالق ثم بين في مرضه في إحداهما صار فارًّا بالبيان ، وترث لأنه كالإنشاء في حق الإرث للنهمة ، وتماه في الكافي ، وأراد به المرض الذي اتصل به الموت ؛ لأن حقه لا يتعلق بما له إلا به فلو طلقها في مرضه ثم صح ثم مات ، وهي في العدة لا تراث منه كما سيأتي ، ولو طلقها في مرضه ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض غير أنه لم يبرأ فلها الميراث ؛ لأنه قد اتصل =

= الموت بمرضه كذا في الظهيرية ، ولا بد في البائن أن تكون أهلاً للميراث وقت الطلاق والموت وما بينهما وسيأتي ، ولا يشترط علمه بأهليتها للميراث حتى لو طلقها بائناً في مرضه ، وقد كان سيدها أعتقها قبل ، ولم يعلم به الزوج كان فإزاً . وكذا لو كان تحتها كناية فأسلمت فطلقها الزوج ثلاثاً ، وهو لا يعلم بإسلامها كما في الظهيرية بخلاف ما لو قال المولى لأمته : أنت حرة غداً ، وقال الزوج : أنت طالق ثلاثاً بعد غد إن علم الزوج بكلام المولى كان فإزاً ، وإلا فلا ، كما في الحانية ؛ لأنه وقت التعليق لم يقصد إبطال حقها حيث لم يعلم ، وإن صارت أهلاً قبل نزول الطلاق ، ولم تكن حرة وقت التعليق ؛ لأن عتقها مضاف بخلاف ما إذا كانت حرة وقته ، ولم يعلم به ؛ لأنه أمر حكمي فلا يشترط العلم به ، ولو علق طلاقها البائن بعقها كان فإزاً كما في الظهيرية ، ولو علق طلاقها بمرضه كما إذا قال إن مرضت فأنت طالق ثلاثاً يكون فإزاً ؛ لأنه جعل شرط الخنث المرض مطلقاً كما في اللولجية ، وصححه في الحانية ، وشمل كلامه ما إذا وكل بطلاقها ، وهو صحيح ثم مرض فطلق الوكيل بشرط أن يقدر على عزله أما إذا لم يستطع عزله حتى طلقها في مرضه لا ترث منه كما في الظهيرية ، وفي اللولجية لو قالت بعد موته : طلقني في مرضه ثلاثاً ، وكذبها الورثة في الطلاق في المرض ورثته ؛ لأنهم يدعون عليها الحرمان بالطلاق في الصحة ، وهي تنكر فيكون القول لها كما لو قالت : طلقني ، وهو نائم ، وقالوا في البيضة كان القول لها .

وفي الحانية : لو كانت المرأة أمة قد عتقت ، ومات الزوج فادعت المرأة العتق في حياة الزوج ، وادعت الورثة أنه كان بعد موته فالقول للورثة ، ولا يعتبر قول مولاهما كما إذا ادعت أنها أسلمت في حياته ، وقال الورثة : أسلمت بعد موته فالقول لهم ، والقول لها في أنه مات قبل انقضاء عدتها مع اليمين فإن نكلت لا إرث لها ، ولو تزوجت قبل موته ، ثم قالت : لم تنقض عدتي لا يقبل قولها ، ولو لم تزوج لكنها قالت : أبست ثم مات بعد مضي ثلاثة أشهر من وقت إقرارها لا ميراث لها . ا هـ . وفي المحيط : وإن لم يعلم منها كفر ، فقالت الورثة : كنت كناية ، وأسلمت بعد موت الزوج ، وهي تقول ما زلت مسلمة ؛ فالقول قولها ؛ لأن الورثة يدعون بطلان حقها ، وهي تنكر ، ولو مات الزوج كافراً ، فقالت امرأة مسلمة : أسلمت بعد موت زوجي ، وقالت الورثة : بل كنت مسلمة قبل موته فالقول لهم ؛ لأنه ظهر بطلان حقها حيث كانت مسلمة للحال فهي تدعي ثبوت حقها في ماله ، والورثة ينكرونه . ا هـ . وأشار بقوله في عدتها إلى أنها مدخولة فلو أبانها قبل الدخول بها فلا ميراث لها لأنه تعذر إبقاء الزوجية في غير حالة العدة كما في المحيط ، وقيد بموته ؛ لأنه لو ماتت المرأة لم يرثها الزوج بحال ؛ لأن الزوج بالطلاق رضي ببطلان حقه كذا في المحيط ، وفي جامع الفصولين طلقها في المرض ، فمات بعد مضي العدة فالمشكل من متاع البيت لوارث الزوج إذا صارت أجنبية بمضي العدة ، ولم يبق لها يد ، ولو مات قبل العدة فالمشكل من متاع البيت للمرأة عند أبي حنيفة ؛ لأنها ترث فلم تكن أجنبية فكانه مات قبل الطلاق .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٥٨/٢) : (والمطلقة ثلاثاً في المرض) المخوف المتصل بالموت (ترث زوجها) بشرط (إن مات من مرضه ذلك) الذي وقع فيه الطلاق ، ولو تزوجت غيره معاملة لمطلقها بنقيض مقصوده وهو منعها من الإرث ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى عن إخراج الوارث كما نهى عن إدخاله ، ولا ينقطع إرثها من مطلقها إلا بالصحة البينة (ولا يرثها) أي المطلقة في المرض مطلقاً إذا =

= ماتت قبل لبينوتها ، ومثل الطلاق في المرض المذكور لو كان طلاقها أوظهارها أو الإيلاء منها معلقاً في صحته على دخول دار مثلاً ثم فعلت المعلق عليه في حال مرض الزوج الخوف ، فإنها ترثه ولو قصدت تخيئه بفعلها المعلق عليه ، وإلى جميع ما ذكر الإشارة بقول خليل : ونفذ خلع المريض ورثته دونه كخيرة ومملكة فيه ومولى منها وملاعة أو أحتته فيه أو أسلمت أو أعتقت أو تزوجت غيره وورثت أزواجاً وإن في عصمة ، وإنما ينقطع بصحة بيعة . ثم شبه فيما تقدم من إرثها منه مطلقاً دونه قوله : (وكذلك إن كان الطلاق) الواقع في المرض (واحدة) رجعية (و) الحال أنه (قد مات) الزوج (من مرضه ذلك) الذي طلق فيه (بعد) انقضاء (العدة) فإنها ترثه ولو اتصلت بالأزواج ، وأما لو ماتت دونه فإنه لا يرثها ؛ لأنها بانت منه ، ومفهوم بعد انقضاء العدة أنها لو كانت في العدة لورثها إن ماتت قبله ، وهذه المسألة مفهومة التي قبلها ؛ لأن التي قبلها طلقها ثلاثاً وهذه طلاقها رجعي ، فقبل انقضاء العدة يتوارثان وبعد انقضائها ترثه دونه معاملة له بنفيض مقصوده ، ومثل الواحدة الأثنتان ، كما أن مثل الثلاث الواحدة البائنة .

قول الخاتبة : جاء في المغني (٢٧٢/٦ ، ٢٧٣) : « إذا طلق المريض امرأته ، ثم نكح أخرى ، ومات من مرضه في عدة المطلقة ، ورثناه جميعاً . هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق ، وأحد قولي الشافعي رحمته . والقول الآخر لا ترث المبتوتة ، فيكون الميراث كله للثانية . وقال مالك : الميراث كله للمطلقة ؛ لأن نكاح المريض عنده غير صحيح . وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً ، أن الميراث كله للمطلقة ؛ لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها ، وهو جميع الميراث ، فكذلك بعده وليس هذا بصحيح ، فإنها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ، ولو لم يطلقها وتزوج عليها ، لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات ، فكذلك إذا طلقها . فعلى هذا لو تزوج ثلاثاً في مرضه ، فليس للمطلقة إلا ربع ميراث الزوجات ، ولكل واحدة من الزوجات ربه . وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ، فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين . وهو قول الشافعي رحمته وأبي حنيفة وأصحابه . والرواية الأخرى : أن الميراث للأربع . وعند مالك الميراث كله للمطلقة وإن كان له أربع نسوة ، فطلق إحداهن ثلاثاً في مرضه ، ثم نكح أخرى في عدة المطلقة ، أو طلق امرأة واحدة ، ونكح أختها في عدتها ، ومات في عدتها ، فالنكاح باطل ، والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك . وقال الشافعي رحمته : النكاح صحيح ، والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة . ويحيى على قوله القديم وجهان ؛ أحدهما أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوح ، والثاني أن يكون بينهما على خمسة لكل واحدة منهن خمسة . فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ، ففي ميراثها روايتان ؛ إحداهما لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات . وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق . والثانية ترث معهن ولا شيء للمنكوح . وقال الشافعي رحمته : الميراث للمنكوحات كلهن ، ولا شيء للمطلقة . وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة ، صح نكاحها ، وهل ترث المطلقة ، على روايتين ؛ إحداهما : لا ترث . وهو ظاهر كلام أحمد ؛ لأنه قال : يلزم من قال : يصح النكاح في العدة . أن يرث ثمان نسوة ، وأن يرثه أختان ، فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة أو أختان ، وتورث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا ، أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن ، فيكون منكراً له غير قائل به . فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة .

= والرواية الثانية ترث المطلقة . فيخرج فيه وجهان ؛ أحدهما : يكون الميراث بين الخمس . والثاني : يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة ؛ لأن المريض ممنوع من أن يحرمن ميراثهن بالطلاق ، فكذلك يمنع من تنقيصهن منه ، وكلا الوجهين بعيد ؛ أما أحدهما : فیره نص الكتاب على توريث الزوجات ، فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه ، وأما الآخر : فلأن الله تعالى لم يبيح نكاح أكثر من أربع ، ولا الجمع بين الأختين . فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثهن بالزوجية . وعلى هذا لو طلق أربعا في مرضه ، وانقضت عدتهن ، ونكح أربعا سواهن ، ثم مات من مرضه ، فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان ؛ أحدهما : أن الميراث كله للمطلقات . وعلى الثاني هو بين الثمان . وقال مالك : الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات ؛ لأن نكاحهن غير صحيح عنده . وإن صح من مرضه فتزوج أربعا في صحته ثم مات ، فالميراث لهن في قول الجمهور ، ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه . وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا إلا في قوله ، وقول من وافقه . ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه ، وقال : قد أخيرني بانقضاء عدتهن فكذبته ، فله أن ينكح أربعا سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ، ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي إذا كان بعد أربعة أشهر . وقال زفر : لا يجوز له التزويج أيضا . والأول أصح ؛ لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه ، فقبل قوله فيه فعلى هذا إن تزوج أربعا في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات وإن أقرن بانقضاء عدتهن ، وقلنا : الميراث لهن بعد انقضاء العدة . فالميراث للمنكوحات أيضا . وإن مات منهن ثلاث ، فالميراث للباقية . وإن مات منهن واحدة ، ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان ، أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة ، فالميراث لباقي المطلقات .

وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث ، أو من المطلقات اثنتان ، ومن المنكوحات اثنتان ، أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة ، فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا ؛ لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحا وإن تزوج المنكوحات في أربعة عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من المنكوحات . وإن مات اثنتان ورثت الأولى والثانية . وإن مات ثلاث ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات ، مع من بقي من المطلقات . وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي .

وأما زفر : فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات . وأما الشافعي رحمته الله : فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فعلى قوله إذا طلق أربعا ، ونكح أربعا ، في عقد أو عقود ، ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله التقديم يخرج فيه وجهان ؛ أحدهما : أن الميراث بين الثمان . والثاني : أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات . فإن مات بعض المطلقات ، أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات . وإن ماتت واحدة فللزوجة ربع ميراث النساء . وإن ماتت اثنتان فللزوجة نصف الميراث . فإن مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث إن كان نكاحهن في عقد واحد وإن كان في عقود متفرقة فإذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها للأولى من المنكوحات وميراث الثانية والثانية لميراث الثالثة والثالثة .

١٤٣٢ - اعلم أن تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح فإن الثاني إذا وهب أو تصدق أو باع شيئاً من أملاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئاً بأكثر منها ولم يكن محجوراً عليه لصغر أو سفه مثلاً جازت كل هذه التصرفات من كل ماله فليس لأحد حق في المعارضة بخلاف المريض ؛ فإن هذه التصرفات إن كانت لوارث ، فلا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة ، ولو كان الشيء المعطى له أقل من ثلث المال . وإن كانت لغير وارث ، فلا تنفذ إلا من الثلث إذا لم تجز الورثة .

١٤٣٣ - وإن طلق الصحيح زوجته طلاقاً بائناً ومات في عدتها ، فليس لها حق في الميراث لزوال العصمة . بخلاف المريض ، فإنها ترثه ؛ لأنه والحالة هذه يكون فأراً (هارباً) من إرثها ، فيرد عليه قصده ، فترثه إن مات وهي في العدة .

١٤٣٤ - ولكن ليس كل مريض يكون حكمه ما ذكر ، بل المريض مرض الموت . وقد اختلفوا فيه على أقوال كثيرة ، والمعول عليه منها : أنه هو المرض الذي يكون الغالب فيه موت المريض ، ويعجزه عن القيام بمصالحه خارج البيت بعد أن كان قادراً عليها . وهذا يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة لوظائفهم ، كالسوقي والكااتب والمدرس والقاضي . ولا يشترط فيه أن يقعد صاحبه في الفراش . وهذا في حق الرجل .

١٤٣٥ - وأما في حق المرأة : فهو المرض الذي يكون الغالب فيه موتها ، وعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت .

١٤٣٦ - فلا بد في مرض الموت بالنسبة لهما من أمرين ، وهما : غلبة (١) الهلاك منه ، والعجز عن القيام بالمصالح . فإذا حصل العجز المذكور من المرض ، وانتفت غلبة الموت ، فلا تسري عليه الأحكام المتقدمة .

١٤٣٧ - فإذا عجز كل منهما عن القيام بمصالحه بسبب الرمد أو كسر رجل مثلاً ؛ فلا يعد هذا مرض موت لانتفاء غلبة الهلاك .

(١) في الأصل : [غلبة] .

(مادة ٢٦٧)

مَنْ يُخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ غَالِبًا ، كَمَنْ خَرَجَ مِنَ الصَّفِّ يُبَارِزُ رَجُلًا ، أَوْ قَدِيمٌ يُقْتَلُ مِنْ قِصَاصٍ ، أَوْ خَافَ الْفَرَقَ فِي سَفِينَةٍ تَلَاطَمَتْ عَلَيْهَا الْأَمْوَاجُ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَرِيضِ الْغَالِبِ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ ^(١) .

• • •

١٤٣٨ - وليس المريض وحده هو الذي تسري عليه الأحكام المتقدمة ، بل هناك أصحاباء يلحقون به ، وهم من كانوا في حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالبًا ، فإن الأحكام السارية على المريض مرض الموت تسري عليهم .

١٤٣٩ - ويبنى على هذا : أنه إذا تبارز رجلان ، أو حكم على شخص بالإعدام لارتكابه جريمة القتل مثلاً وقدم ليقبض ، أو كان شخص في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها ، ومن باب أولى ما إذا غرقت بالفعل ، أو افترس سبع شخصاً وبقي حيّاً في فمه ، وتصرف كل منهم في هذه الحالة بتصرف فيه تبرع ، فلا ينفذ إلا من الثلث إن كان لغير وارث ولم تجز الورثة . فإن أجازت ، نفذ من الكل . وإن كان لوراث ، فلا ينفذ إلا بإجازة باقى الورثة ، ولو كان أقل من الثلث .

١٤٤٠ - ومثل هذا ما إذا بانت امراته ، فإنها ترثه إن ماتت في هذه الحالة، وهي في العدة ؛ لأن الغالب في هذه الأحوال الهلاك ، فيتحقق به الفرار (الهروب) من الإرث فيرد عليه قصده وترث .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٠٩/١) : « ومن كان محبوباً في السجن ليقبض قصاصاً أو رجلاً لا يكون حكمه حكم المريض ، وإذا أخرج ليقبض فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، وإذا بارز فحكمه في تلك الحالة حكم المريض ، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح ، وإذا هاج الموج فحكمه في تلك الحالة حكم المريض ، ولو أعيد إلى السجن ولم يقتل أو رجع بعد المبارزة إلى الصف أو سكن الموج صار حكمه كحكم المريض الذي برأ من مرضه ينفذ جميع تصرفاته من جميع ماله ، كذا في شرح الطحاوي » .

(مادة ٢٦٨)

الْمُقْعَدُ وَالْمَسْلُوبُ وَالْمَقْلُوبُ مَا دَامَ يَزْدَادُ مَا بِهِمْ مِنَ الْعَلَّةِ ، فَحُكْمُهُمْ كَالْمَرِيضِ .
فَإِنْ قَدِمَتِ الْعِلَّةُ بِأَنْ تَطَاوَلَتْ سَنَةً ، وَلَمْ يَخْضَلْ فِيهَا زِدْيَادٌ وَلَا تَغْيِيرٌ فِي أَحْوَالِهِمْ ،
فَتَصَرُّفَاتُهُمْ بَعْدَ السَّنَةِ فِي الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ كَتَصَرُّفَاتِ الصَّحِيحِ ^(١) .

• • •

١٤٤١ - وبعض الأمراض لا يستمر طويلاً كالتيفوس ، فإن من مرض به يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد . فلو تصرف صاحبه ، فإن صح أو مات ، سرت عليه أحكام الأصحاء أو المرضى . وبعضها قد يمكث زمناً طويلاً كالسل والفالج ، فإذا تصرف المريض بواحد منهما ، اختلفت الأقوال في اعتباره صحيحاً أو مريضاً مرض الموت . فبعضهم يقول : ما دام يزداد ما به ، فالغالب عليه الهلاك ، فيعتبر مريضاً مرض الموت . وإن لم يزد فكالصحيح .

ومن قائل : إن لم يرج برؤه بتدوٍ ، فهو مريض . وإن كان يرجى ، فهو صحيح . وبعضهم يقول : لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت ، اعتبر المريض صحيحاً . وهؤلاء اختلفوا في حد التطاول ، فبعضهم اعتبره سنة ، وبعضهم اعتبر العرف ، وبعضهم يقول : إن لم يصر صاحب فراش ، فهو صحيح ، وإلا فهو مريض ، وبعضهم يقول غير ما ذكر ، ولكن المعول عليه منها أنه ما دام يزداد ما بهم من العلة فحكمهم كالمريض ، فإن قدمت العلة بأن تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في أحوالهم تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٢/٢٤٨ ، ٢٤٩) : « واختلوا في المسلوب والمفلوج وأمثالهما ، قيل : ما دام يزداد ما به فهو مريض وإلا فهو صحيح ، وذكر محمد بن سلمة إن كان لا يرجى برؤه بالتدوٍ فهو مريض وإلا فهو صحيح ، وقال الهندواني إن كان يزداد أبداً فهو مريض وإن كان يزداد مرة ويقل أخرى فهو صحيح ، وقد ثبت هذا المعنى وهو توجه حرف الهلاك في غير المريض فيكون فإذا إذا أباها فيه وهو ما ذكر من المبارزة والتقديم للقتل ؛ لأن الغالب فيه الهلاك والمحصور والذي في صف القتال الغالب فيه السلامة ؛ لأن المحصر لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار وعن أبي حنيفة أن طلاق المبارز كطلاق الصحيح ومن المشايخ من قال إذا قدم للقصاص لا يكون فإذا ؛ لأن العفو مندوب إليه بخلاف ما إذا قدم للرجم وعلى الأول الاعتماد . »

فإذا وهب واحد منهم أو باع شيئاً من أملاكه بنصف قيمته مثلاً ، أو اشترى شيئاً بضعف قيمته ، نفذ من كل المال ، وليس لأحد حق في معارضته . وإن طلق زوجته طلاقاً بائناً ، فلا يعد فارّاً (هارباً) من إرثها ، فإذا مات وهي في العدة فلا ترثه .

(مادة ٢٦٩)

مَنْ كَانَ مَرِيضًا مَرَضًا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْمَوْتُ مِنْهُ ، أَوْ وَاقِعًا فِي حَالَةٍ خَطِرَةٍ يُخْشَى مِنْهَا الْهَلَاكُ غَالِبًا ، وَأَبَانَ امْرَأَتَهُ وَهُوَ كَذَلِكَ طَائِعًا بِلَا رِضَاهَا ، وَمَاتَ فِي الْمَرَضِ أَوْ هُوَ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ بِذَلِكَ السَّبَبِ أَوْ بغيرِهِ ، وَالْمَرْأَةُ فِي الْعِدَّةِ ، فَإِنَّهَا تَرِثُ مِنْهُ إِذَا اسْتَمَرَّتْ أَهْلِئِهَا لِلإِرْثِ مِنْ وَقْتِ الإِبَانَةِ إِلَى الْمَوْتِ .

فَإِنْ بَرِيَ الزَّوْجُ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ زَالَتْ عَنْهُ تِلْكَ الْحَالَةُ ، ثُمَّ مَاتَ بِعِلَّةٍ أَوْ حَادِثَةٍ أُخْرَى وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَرِثُهُ .

١٤٤٢ - فقد علمت مما تقدم أن من كان مريضاً مرضاً يغلب عليه الموت منه أو واقعاً في حالة خطيرة يخشى منها الهلاك غالباً ، وطلق امرأته طلاقاً بائناً وهو كذلك ، ورثته لأنه يعتبر هارباً من إرثها ، فيجعل عقد الزواج باقياً ، ويرد عليه قصده ، فترثه . ولكن لا تستحق الإرث إلا بشروط :

١٤٤٣ - الأول : أن يوقع الطلاق المذكور طائعاً ، فلو كان مكرهاً فلا ترث ؛ لأنه مضطر في إيقاعه فليس قصد سيء حتى يرد عليه .

١٤٤٤ - الثاني : أن يكون بغير رضا الزوجة ، فلو طلبت منه الطلاق البائن مختارة فأوقعه ؛ فلا ترث لأنها رضيت بإسقاط حقها .

١٤٤٥ - الثالث : أن يموت في هذا المرض أو وهو على تلك الحالة ، سواء كان بذلك السبب أو بغيره بأن قتل في مرضه .

١٤٤٦ - فإن برى الزوج أو زالت عنه تلك الحالة ثم مات بعلة أو حادثة أخرى ، وهي في العدة ؛ فلا ترثه . وبعضهم يقول : لا ترثه إلا إذا مات بالسبب الذي ظن موته به ؛ إذ مرض الموت هو ما يكون سبباً له ، ولم يوجد . والأول يقول : قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات ، وقد يكون للموت سببان ، فلا يبين بهذا أن مرضه لم

يكن مرض موته ، وأن حقها لم يكن ثابتاً في ماله فترث .

١٤٤٧ - الرابع : أن يموت والمرأة في العدة ، فلو مات بعد انقضائها فلا ترث ؛ لأن سبب الإرث يمكن اعتباره في العدة لا بعدها ، لأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة وفقاً للضرر عنها . وقد أمكن إذ النكاح في العدة يبقى في حق بعض الأحكام ، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه ، بخلاف ما إذا مات بعد انقضاء المدة ؛ لأنه لا سبيل إلى التوريث إذ لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها . وورد التصريح بذلك عن عمر وعائشة وابن مسعود وغيرهم . والعدة بالنسبة لها تعتبر بأبعد المدتين ، أعني مدة عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فلو كانت من ذوات الحيض ، فإن كانت تحيض ثلاث حيض في أقل من أربعة أشهر وعشرة أيام ؛ اعتدت عدة الوفاة ؛ لأنها أبعد المدتين . وإن كانت الحيض الثلاث تستغرق أكثر من هذا الزمن ؛ اعتبرت بالحيض .

١٤٤٨ - الخامس : أن تكون مستحقة للميراث وقت الطلاق ، فإن كانت غير مستحقة كما إذا كانت رقيقة أو كتيبة ثم عتقت أو أسلمت قبل موته ؛ فلا ترث لعدم قصده الحرمان من الإرث ؛ إذ هو غير ثابت في هذه الحالة لوجود المانع منه وهو الرق في الأول واختلاف الدين في الثاني .

١٤٤٩ - السادس : أن تستمر أهليتها من وقت الإبانة إلى وقت الموت ، فلو وجدت الأهلية عند الإبانة والموت ولكنها انقطعت أثناء الزمن الفاصل بينهما ؛ فلا ترث فإذا أبانها وهي مسلمة فارتدت وأسلمت ومات وهي في العدة فلا تستحق الميراث ؛ لأنها بردتها سقط حقها فلا يعود بالإسلام إذ الساقط لا يعود . ومن هذا يظهر لك أن التوارث في هذه الحالة لا يكون من الجانبين ؛ بل هي التي ترثه إن مات في عدتها فإذا ماتت هي في العدة فلا يرثها ؛ لأنه أسقط حقه بهذا الطلاق البائن ؛ لأنه يزيل أحكام النكاح .

١٤٥٠ - وقال الشافعي رحمته الله : لا ترث المبانة مطلقاً أى سواء كانت الإبانة في حال الصحة أو في حال المرض .

١٤٥١ - واستدل بأن السبب وهو الزوجية قد ارتفع قبل الموت بالطلاق البائن فصار كما لو طلقها قبل الدخول بها إذ سبب الإرث شيان وهما الزوجية أو النسب وقد انعدما قبل الموت فصار كما لو طلقها في صحته .

١٤٥٢ - واستدل الحنفية بما روي أن سيدنا عثمان بن عفان ورث تماضر بنت

الأصغى امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان قد أبانها في مرضه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير فكان إجماعاً . ولأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى انقضاء العدة لبقاء بعض الأحكام كما ردت تبرعاته في حق الدائنين والوارث ، وكما رد قصد القاتل فلم يرث من المقتول بخلاف ما إذا ماتت هي فإنه لا يرثها لأن الزوجية في هذه الحالة ليست بسبب إرثه منها لاسيما إذا رضي هو بعدم الإرث ولا يمكن إبقاء السبب بعد انقضاء العدة ؛ لأنه يؤدي إلى توريتها من زوجين فيما لو تزوجت بعد انقضاء العدة ، وإلى توريت أكثر من أربع نسوة من رجل واحد فيما إذا كان متزوجاً أربعاً وطلق إحداهن ، وبعد انقضاء العدة تزوج غيرها ثم مات وإن كان بعض الأئمة يقول به .

(مادة ٢٧٠)

تَرِثُ الْمَرْأَةُ أَيْضًا زَوْجَهَا إِذَا مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَكَانَتْ مُسْتَحِقَّةً لِلْمِيرَاثِ فِي الصُّورِ
الْآتِيَةِ :

الأولى : إِذَا طَلَبْتَ مِنْ زَوْجِهَا وَهُوَ مَرِيضٌ أَنْ يُطَلِّقَهَا رَجْعِيًّا ، فَأَبَانَهَا بِمَا دُونَ الثَّلَاثِ ،
أَوْ بِثَلَاثِ .

الثانية : إِذَا لَاعَنَهَا فِي مَرَضِهِ وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا .

الثالثة : إِذَا آلَى مِنْهَا مَرِيضًا ، وَنَصَّتْ مُدَّةَ الْإِبْلَاءِ فِي الْمَرَضِ ، حَتَّى بَانَتَ مِنْهُ بِعَدَمِ
قَوْلَانِهَا ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٢٢/٣) : « ولو قذف امرأته في المرض أو لاعنها في المرض ورثت في قولهم جميعاً ؛ لأن سبب الفرقة وجد في وقت تعلق حقها بالإرث ولم يوجد منها دليل الرضا ببطان حقها لكونها مضطرة إلى المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو الذي اضطرها بقذفه فيضاف فعلها إليه كأنه أكرهها عليه . وإن كان القذف في الصحة واللعان في المرض ورثت في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا ترث . وجه قوله أن سبب الفرقة وجد من الزوج في حال لم يتعلق حقها بالإرث وهو حال الصحة ، والمرأة مختارة في اللعان فلا يضاف إلى الزوج . ولهما أن فعل المرأة يضاف إلى الزوج ؛ لأنها مضطرة في المطالبة باللعان لاضطرارها إلى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذي ألجأها إلى هذا فيضاف فعلها إليه كأنه أوقع الفرقة في المرض » .

جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٤/١) : « وإذا آلى منها في المرض فانقضت مدة الإيلاء في المرض ورثت =

١٤٥٣ - فالذي ظهر من الشروط المتقدمة لتوريث المطلقة طلاقاً بائناً في حالة يغلب على الزوج فيها الهلاك ، سواء كان مرضاً أو غيره : أن كل مسألة يظهر فيها أن غرض الزوج جزئاً من زوجته من الإرث ؛ ترث ، وكل مسألة لا يظهر فيها ذلك ؛ لا ترث .

١٤٥٤ - ويبنى على ذلك : أن المرأة ترث زوجها إذا مات وهي في العدة وكانت مستحقة للميراث في الصور الآتية :

الأولى : إذا طلبت من زوجها وهو مريض مرض الموت أن يطلقها رجعيًا فطلقها بائناً سواء كانت البينة صغرى أو كبرى ؛ لأن الطلاق الرجعي الذي سألته لا يزيل النكاح فلا يمنع من الميراث فلم يكن بسؤالها راضية ببطان حقها فإذا خالف وأوقع البائن دل ذلك على أن غرضه حرمانها من الإرث فيرد عليه قصده فترث .

الثانية : إذا لاعنها في مرضه وفرق بينهما سواء كان القذف الموجب للعان حصل في حال الصحة أو في حال المرض والتفريق بعد اللعان وإن كان لها دخل فيه لأنه لا يحصل إلا بعد صدوره منهما لكنها مضطرة لدفع عار الزنى عن نفسها فيضاف سبب الفرقة إليه لا إليها ، فلا يسقط حقها في الميراث وسيأتي في اللعان في شرح مادة (٣٣٤) وما بعدها .

الثالثة : إذا آلى منها وهو مريض ومضت مدة الإيلاء في المرض حتى بانته منه بعدم قربانها ؛ لأن الإيلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان ، فكأنه قال لها : إذا مضى أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت بائنة ، فكان يمكنه أن يقربها في المدة ويكفر عن يمينه ، فإذا لم يقربها دل ذلك على قصده حرمانها من الإرث ، فيرد عليه قصده ، ولا بد أن يكون الإيلاء في المرض ، فلو كان في حال الصحة ومضت المدة وهو مريض حتى بانته منه ومات في العدة لم ترث لعدم قصده حرمانها من الإرث إذ المرض الذي يعقبه الموت

= ما دامت في العدة ، وإن كان الإيلاء في الصحة ومضت المدة في المرض لم ترث لو قال لها في مرضه : كنت طلقك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقت ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة بخلافه تعالى وعندهما يجوز إقراره ووصيته وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعاً كذا في السراج الوهاج وإنما يكون لها الأقل منهما عندنا لو مات الزوج وهي في العدة أما إذا مات بعد انقضائها فلها جميع ما أقر لها به كذا في الفصول العمادية .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٢٧١/٦) : « وإن قذفها في صحتها ، ولاعنها في مرضه ، ومات فيه ، لم ترثه ، نص عليه أحمد . وهو قول الشافعي واللؤلؤي . وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث ، وهو قول أبي يوسف . وإن آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانته بالإيلاء ؛ لم ترثه . »

المرتب عليه الإرث غير موجود وقت الإيلاء وقد تقدم لك الإيلاء في شرح مادة (٢٤٥) .

(مادة ٢٧١)

لَا تَرثُ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا فِي الصُّورِ الْأَيِّبَةِ :

الأولى : إِذَا أَكْرَهَ الزَّوْجُ عَلَى إِبَانَتِهَا بِوَعِيدِ تَلْفٍ .

الثانية : إِذَا طَلَبَتْ هِيَ مِنْهُ الْإِبَانَةَ طَائِعَةً مُخْتَارَةً ^(١) .

الثالثة : إِذَا طَلَّقَهَا رَجْعِيًّا أَوْ لَمْ يُطَلِّقْهَا ، وَقَعَلَتْ مَعَ ابْنِهِ مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمَصَاهَرَةِ ، أَوْ مَكَّنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا بِغَيْرِ تَحْرِيبِ أَبِيهِ .

الرابعة : إِذَا أَلَى مِنْهَا فِي صِحَّتِهِ ، وَبَانَتْ فِي مَرَضِهِ ^(٢) .

الخامسة : إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ مِنْهُ بِرِضَاهَا ، أَوْ اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بِالْبُلُوغِ ، أَوْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا بِالْعَنَةِ أَوْ نَحْوِهَا بِنَاءً عَلَى طَلَبِهَا ^(٣) .

السادسة : إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ كِتَابِيَّةً وَقَتَّ إِبَانَتِهَا ثُمَّ أَسْلَمَتْ بَعْدَهَا ، أَوْ كَانَتْ مُسْلِمَةً وَقَتَّ الْإِبَانَةَ ثُمَّ اِزْدَدَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ ، فإِسْلَامُهَا فِي الصُّورَةِ لَا يُعِيدُ حَقَّهَا فِي

(١) جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٩/٢٩ ، ٥٠) : « فإن طلبت منه الطلاق مطلقاً ، أو طلبت طلاقاً رجعيّاً فطلقها بائناً واحدة أو أكثر ثم مات وهي في عدتها ورثت منه ؛ لأنها لم تطلب البيونة ولم ترض بها . فإذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث منه ، ولم تتغير عدتها لدى الجمهور ، ولا يعد فارقاً بطلاقها ، وفي قول ثانٍ للحنابلة أنها ترث منه ما لم تتزوج من غيره ، وهو خلاف الأصح عندهم . والمالكية على تورثها منه مطلقاً ؛ أي سواء كان يطلبها كالخيرية والملكية والمخالعة ، أو بغير طلبها حتى لو مات بعد عدتها وزواجها من غيره » .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٢٢/٣) : « ولو ألى منها وهو مريض وبانت بالإيلاء وهو مريض ورثت ما دامت في العدة لوجود سبب الاستحقاق في وقته مع شرائطه ولو كان صحيحاً وقت الإيلاء وانقضت مدة الإيلاء وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق في وقته ؛ لأنه باشر الطلاق في صحته ولم يصنع في المرض شيئاً » .

قول المالكية : جاء في الفروق (٢٢٤/١) : « إذا ألى من امرأته في الصحة ثم مات وهي في العدة لا ترث . ولو ألى في المرض ورثت . والفرق أنه بالمرض تعلق حقها بماله ، فقد عقد وحقها متعلق بماله فاتهم في قطع حقها ، فكان فارقاً . وأما إذا كان في الصحة فحين عقد لم يكن حقها متعلقاً بماله ، فقد علقه بمعنى لا فعل له فيه ، ووقوع الفرقة بالإيلاء لا فعل له فيه ، فلم يتهم فيها فلم يكن فارقاً ؛ فلا ترث » .

(٣) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٤٢٩/١) : « لا ترث (المختلعة) بسؤالها (ومخيرة اختارت نفسها) لوقوع الفرقة من جهتها . لا ترث (مفرقة بسبب الحب أو العنة) . وفي الاختيار خلاف في المسألتين (أو خيار البلوغ أو) خيار (العتق) لرضاها » .

الميراث مِنْهُ بَعْدَ سُقُوطِهِ بِرِدِّيْهَا (١) .

الشابِعةُ : إِذَا أَبَانَهَا وَهُوَ مَخْبُوسٌ بِقِصَاصٍ ، أَوْ وَهُوَ مَخْضُورٌ فِي حِصْنٍ ، أَوْ فِي صَفِّ الْقِتَالِ ، أَوْ فِي سَفِينَةٍ قَبْلَ خَوْفِ الْفَرَقِ ، أَوْ فِي وَقْتِ فُشُوِّ الزَّوْبَاءِ أَوْ وَهُوَ قَائِمٌ بِمِصَالِحِهِ خَارِجَ الْبَيْتِ مُتَشَكِّيًا مِنْ أَلْمٍ (٢) .

• • •

١٤٥٥ - وينبغي على الأصل المتقدم في أول شرح هذه المادة أن المرأة لا ترث زوجها في المسائل الآتية :

١٤٥٦ - الأولى : إذا أكره الزوج على إبانتهابها بوعيد تلف بأن قال له شخص : إن لم تطلق زوجتك طلاقاً بائناً أوقعت بك كذا من الأذى ؛ لأنه في هذه الحالة ليس عنده قصد سيء حتى يرد عليه فلا ترث .

١٤٥٧ - الثانية : إذا طلبت المرأة منه أن يطلقها بائناً ففعل إذ يطلبها الطلاق البائن مع علمها بأنه يزيل أحكام النكاح ويترتب عليه عدم الإرث قد رضيت بإسقاط حقها فلا ترث لكن يشترط أن يكون مختارة في هذا الطلب ، فلو أكرهت عليه فلا يسقط حقها إذ الرضا بعدم الإرث غير موجود ؛ لأن الإكراه لعدم الرضا فلا يسقط حقها في الميراث فلو سألته الطلاق الرجعي ورثت ؛ لأنه لا يزيل الملك فلا يسقط حقها في الميراث فلم تكن راضية بإسقاط حقها .

١٤٥٨ - الثالثة : إذا طلقها رجعيًا وبعده قبلت واحدًا من أصوله أو فروعه بشهوة أو مكنته من نفسها فإن كلاً منهما يترتب عليه حرمة المصاهرة فصارت محرمة على زوجها كما تقدم في شرح مادة (٢٥) فتكون هي التي باشرت سبب الفرقة والزوج وإن أوقع الطلاق قبل ذلك إلا أنه رجعي وهو لا يزيل الملك ولا الحل فيضاف سبب

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (١/٤٢٩) : « لا ترث (من ارتدت) عيادًا بالله تعالى (بعدما أبانها) الزوج (ثم أسلمت) في العدة لبطان أهلية الإرث بالردة ولم يعد السبب بعد الإسلام » .

(٢) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (١/٤٢٩) : « (ولو أبانها وهو محصور) في حصن (أو) أبانها (في صف القتال) أي غير مبارز (أو) أبانها وهو (محبوس لقصاص أو رجم أو يقدر على القيام بمصالحه خارج البيت لكنه مشتك) من ألم (أو محموم) أو راكب سفينة أو نازل في مكان مخوف أو مختف من عدو (لا ترث) يعني لو أبانها في حال من الأحوال ومات بذلك السبب وهي في العدة لا ترث ؛ لأنه لا يغلب في مثل هذا الهلاك » .

الفرقة إليها لا إليه فلا ترث ، ولا فرق بين أن يكون التمكين برضاها أو بغيره ؛ لأنه إن كان باختيارها فقد رضيت بإبطال حقها وإن كانت مكرهة لم يوجد من الزوج إبطال حقها المتعلق به الإرث لوقوع الفرقة بفعل غيره حتى إذا كان هو المكره لها على التمكين ورثت ؛ لأنه بذلك ينتقل إليه فيصير كالمباشر ، فكأنه هو الذي باشر سبب الفرقة ويعلم حكم ما إذا فعلت بأحد أصول الزوج وفروعه قبل حصول الطلاق ما يوجب حرمة المصاهرة مما تقدم بالأولية وهو أنها لا ترث ؛ لأنه إذا سقط حقها بهذا الفعل بعد الطلاق الرجعي فمن باب أولى سقوط الحق إذا حصل قبل الطلاق .

١٤٥٩ - الرابعة : إذا ألى منها وهو صحيح فمرض ومضت مدة الإيلاء وهو مريض ، فإذا قال رجل لامرأته وهو صحيح : والله لا أقربك أربعة أشهر ثم مرض ومضت هذه المدة بانت منه فإذا مات وهي في العدة فإنها لا ترثه لعدم قصده حرمانها من الإرث وقت الإيلاء ؛ لأن المرض الذي يعقبه الموت الذي هو شرط في الإرث غير موجود وقت الإيلاء والزوج وإن كان متمكناً من إبطاله بقرانها في المدة لكن تمكنه لا يكون خالياً عن ضرر يلحق به وهو كفارة اليمين فلم يكن متمكناً مطلقاً فلا يقال : إنه هارب من إرثها .

١٤٦٠ - الخامسة : أن يكون لها دخل في سبب الفرقة كالحلح فإذا قال لها : خالعتك في نظير عشرين جنيهاً وقبلت ؛ وقع الطلاق البائن ولزمها المال ، فلو مات في عدتها لم ترثه ؛ لأنها إذا لم ترض بدفع بدل الحلح فلا يقع الطلاق فرضاها به يبطل حقها . ومثله التخيير فإذا قال لها : اختاري نفسك ، فاختارت ومات في عدتها فلا ترثه إذ باختيارها نفسها قد رضيت بإسقاط حقها ؛ لأنها إذا لم تختبر نفسها فلا يقع الطلاق حتى إذا وجد دليل عدم الرضا بأن أكرهت على قبول بدل الحلح أو اختيارها نفسها فلا يسقط حقها ومثله اختيارها نفسها بالبلوغ بأن زوجها غير الأب والجد وهي صغيرة وكان الزوج كفاء والمهر مهر المثل فإن الزواج في هذه الحالة صحيح ، ولكن إذا بلغت فلها أن تختار نفسها وتفسخ العقد ، فإذا كان هذا الاختيار وزوجها مريض مرض الموت ومات في عدتها فلا ترثه ؛ لأنها بهذا الاختيار أسقطت حقها في الميراث .

١٤٦١ - ومثل الفرقة بالاختيار الفرقة بالجلب والعنة فإذا وجدت المرأة زوجها مجبوراً أو عنيتاً ورفعت الأمر إلى القاضي طالبة الفرقة وكان هذا الطلب في مرض موته وفرق بينهما ومات في عدتها فلا ترثه ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها .

١٤٦٢ - السادسة : إذا كانت الزوجة غير مستحقة للميراث وقت الإبانة ثم استحقته بعدها فإذا أبان المريض مرض الموت زوجته الكناية فأسلمت ومات وهي في العدة فإنها لا ترثه إذ مبنى التوريث على فراره منه فيرد عليه قصده وفي هذه الحالة ليس هاربا من الإرث ؛ إذ هي غير مستحقة له وقت الإبانة ومثله ما إذا كانت مستحقة للإرث وقت الإبانة ووقت الموت ، ولكنها خرجت عن الاستحقاق في الزمن الفاصل بينهما كما إذا طلقها مسلمة فخرجت عن الدين الإسلامي ثم أسلمت ومات ؛ فإنها لا ترث إذ بردتها سقط حقها في الميراث ؛ لأن المرتد لا يرث أحداً وبإسلامها لا يعود حقها ؛ لأن الساقط لا يعود .

١٤٦٣ - السابعة : إذا أبان الرجل زوجته وهو غير مريض في حالة لا يغلب فيها الهلاك وذلك يكون في مسائل :

١٤٦٤ - الأولى : أن يكون محبوباً بقصاص بأن اتهم بالقتل قبض عليه وأودع السجن ، ويظهر أن هذا قبل الثبوت والحكم عليه وإن كان قولهم : أو قدم لقتل يخالفه .

١٤٦٥ - الثانية : أن يكون محصوراً بالعدو في حصن .

١٤٦٦ - الثالثة : أن يكون في صف القتال .

١٤٦٧ - الرابعة : أن يكون في سفينة قبل خوف الغرق .

١٤٦٨ - الخامسة : أن يكون الطلاق في وقت فشو الوباء .

١٤٦٩ - السادسة : أن يكون متشكياً من ألم ولكنه قائم بمصالحه خارج البيت ؛ لأن هذا لم يخل منه إنسان في الأغلب وما شاكل هذا من الأحوال التي يغلب فيها الهلاك ؛ لأن المرأة إنما ترث إذا مات زوجها وهي في عدة الطلاق البائن إذا كان فاراً (هاربا) من إرثها ، وإنما يثبت حكم الفرار إذا تعلق حقها بماله ولا يتعلق به إلا إذا كان في حالة يغلب عليه فيها الهلاك كما تقدم فما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار ؛ إذ المحصور والذي في صف القتال الغالب عليه السلامة ؛ لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت حكم الفرار وقس على هذا غيره من المسائل المتقدمة .

(مادة ٢٧٢)

إذا باشرت المرأة سبب الفرقة وهي مريضة لا تفقد على القيام بمصالح بيها ، بأن أوقعت الفرقة باختيار نفسها بالبلوغ ، أو بفعلها بآبني زوجها ما يوجب حزمة المضاهرة ،

وَمَاتَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَإِنَّ زَوْجَهَا يَرِثُهَا ^(١) .

• • •

١٤٧٠ - وكل الأحكام المتقدمة بالنسبة للرجل تسري على المرأة ، فإذا باشرت سبب الفرقة وهي مريضة مرض الموت بأن كانت لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت أو هي صحيحة ولكنها في حالة يغلب فيها الهلاك وماتت في العدة ؛ ورثها الزوج .

١٤٧١ - وينبغي على ذلك : أنها إن اختارت نفسها بالبلوغ بأن زوجها غير الأب والجد وكان الزوج كفاً والمهر مهر المثل فبلغت وهي في حالة يغلب الهلاك واختارت نفسها وماتت في العدة ورثها .

١٤٧٢ - وأنها إذا فعلت بأحد أصول زوجها أو فروعه ما يحرمها على الزوج بأن مكنته من نفسها ، أو قبلته بشهوة طائعة مختارة وماتت في العدة ؛ ورثها .

١٤٧٣ - وأنها إذا ارتدت وماتت في العدة ورثها ؛ لأنها والحالة هذه تكون فارة من إرثه فيرد عليها قصدها كما رد عليه قصده إذا باشر سبب الفرقة وهو في الحالة المذكورة .

١٤٧٤ - وأنها إذا باشرت سبب الفرقة في حالة لا يغلب فيها الهلاك وماتت في العدة ؛ لا يرثها ؛ إذ ليس لها قصد سيء حتى يرد عليه ^(٢) .

(١) قول الخلفية : جاء في البحر الرائق (٤٨/٤) : « لو باشرت سبب الفرقة ، وهي مريضة ، وماتت قبل انقضاء عدتها ورثها كما إذا وقعت الفرقة باختيارها نفسها في خيار البلوغ والعتق أو بتقبيلها ابن زوجها ، وهي مريضة ؛ لأنها من قبلها ولذا لم يكن طلاقاً ، وهذا ظاهر » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة ٢٠ : للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وانتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطبيقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطبيق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاته مساعى الصلح بينهما ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون ، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض .

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار ، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم .

ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن .

ويكون الحكم - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن .

وجاء فى قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٤) الخلع هو حل عقد الزواج بتراضى الزوجين بلفظ الخلع أو ما فى معناه على بدل تبذله الزوجة .

الباب الثاني في الخلع

(مادة ٢٧٣)

إِذَا تَشَاقَ الرَّؤُوجَانِ ، وَخَافَا أَلَّا يَقُومَا بِمَا يَلْزَمُهُمَا مِنْ حُقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ وَمُوجِبَاتِهَا ، جَازَ الطَّلَاقُ وَالخَلْعُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الميسوط (٢/٦) : « إيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضاً في الأصل عند عامة العلماء ومن الناس من يقول لا يباح إيقاع الطلاق إلا عند الضرورة لقوله ﷺ « لمن الله كل ذواق مطلق » وقال ﷺ « أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » وقد روي مثله في الرجل يخلع امرأته ولأن فيه كفران النعمة فإن النكاح نعمة من الله تعالى على عباده قال الله تعالى : ﴿ وَمِنْ مَائِنَتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ زَيْنَ لِيَاكِسُ سُبُ أَلْتَهَوَاتِ مِنْكِ الْكِبَرَةَ ﴾ الآية وكفران النعمة حرام ، وهو رفع النكاح المسنون فلا يحل إلا عند الضرورة وذلك إما كبر السن لما روي أن سودة لما طلعت في السن طلقها رسول الله ﷺ وإما لرية لما روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال : إن امرأتي لا ترد يد لامس ، فقال - صلوات الله عليه - طلقها ، فقال : إنني أحبها ، فقال ﷺ : « أمسكها إذن . » وأما قوله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكَ إِنْ طَلَقْتَ الزَّيْنَةَ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ فَطَلِقُونَهَا يُتَيَّنَ ﴾ وذلك كله يقتضي كله إباحة الإيقاع وطلق رسول الله ﷺ حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يراجعها ؛ فإنها صوامة قوامة ، ولم يكن هناك كبر سن ولا رية وكذلك الصحابة - رضوان الله عليهم - فإن عمر رضي الله عنه طلق أم عاصم رضي الله عنها وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق تماضر رضي الله عنها والمغيرة بن شعبة رضي الله عنه كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفًا وقال : أئن حسان الأخلاق ، ناعمت الأرداف ، طوليات الأعناق ، اذهبن فأتين طلاق ، وأن الحسن بن علي رضي الله عنه استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة حتى قال علي رضي الله عنه المنبر إن ابني هذا مطلق فلا تزوجوه ، فقالوا : إنا تزوجه ثم تزوجه ، ولأن هذا إزالة الملك بطريق الإسقاط فيكون مباحاً في الأصل كالإعتاق ، وفيه معنى كفران النعمة من وجه ومعنى إزالة الرق من وجه فالنكاح رق قال ﷺ : « النكاح رق ، فليظنر أحدكم أين يضع كريمةته ؟ » . وروي : « يم يرق كريمةته » ولهذا صان الشرع القرابة القريبة عن هذا الرق حيث حرم نكاح الأمهات والبنات والأخوات . وإلى هذا المعنى أشار رسول الله ﷺ بقوله : « وإن أبغض المباحات عند الله تعالى الطلاق » فقد نص على أنه مباح لما فيه من إزالة الرق ومبغض لما فيه من معنى كفران النعمة ثم معنى النعمة إنما يتحقق عند موافقة الأخلاق فأما عند عدم موافقة الأخلاق فاستدامة النكاح سبب لاستمرار المنازعات فكان الطلاق مشروعاً مباحاً للتفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق . وجاء في تبين الحقائق (٢/٢٦٧ ، ٢٦٨) : « الخلع النزاع ، والفصل لعة يقال خلعت نعله خلعتاً وخلعت ثوبه أي نزعته ، وخلعت المرأة زوجها إذا اتعدت نفسها منه بمال وخلعها وتخالها تشبيهاً لفرارهما بنزع الثياب ؛ لأن كل واحد منهما لباس الآخر ، قال الله تعالى : ﴿ مَنْ يَأْسَ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسَ لَهُنَّ ﴾ وفي الشرع عبارة عن =

١٤٧٥ - الفرقة بين الزوجين تكون بأشياء كثيرة فتارة تكون بالطلاق وهي أن يترك الرجل حق استباحته الدائمة للمرأة مع استكمالها كل ما شرط لها من المال إن كان بعد الدخول حقيقة أو حكماً وهذا أمر ينفرد به الزوج إلا شرط في أصل عقد الزواج أن يكون للمرأة حق تطليق نفسها من الزوج فيراعى هذا الشرط وحينئذ متى شاءت طلقت نفسها واستردت تمليك عصمتها بدون أن يسترد هو شيئاً ، أو أن يمتنع عن تأدية ما شرط لها حين العقد فالمفارقة بين الزوجين منظور فيها لصورة أصل عقد الزواج وأن ما شرط في العقد مرعي وليس للزوج إلا الرجحانية على المرأة بأنه إذا لم يشترط في العقد شيء كان أمر الطلاق بيده دونها .

١٤٧٦ - وتارة تكون بإبطال عقد الزوجية بحيث يرد كل منهما ما تملكه بالعقد فتسترد المرأة ما ملكته للرجل من إباحة نفسها له واختصاصه بها ويسترد الرجل ما جعل لها من المال أو مثله مقابلة هذه الإباحة الدائمة سواء كان كله أو بعضه بحسب ما يتراضيان عليه حين إزالة عقد الزواج ، وهذه الفرقة تتوقف على رضا الطرفين ، ويسمى هذا النوع بالخلع . وهو المراد هنا .

ومعناه في اللغة : الإزالة ، يقال : خلع فلان ثوبه إذا أزاله عنه وخلع فلان زوجته إذا

= أخذ المال بجزء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته يمين من جهته معاوضة من جهتها وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فَلَإِنْ نَبَاكَ عَالِيَةً بَيْنَا إِنَّكَ لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ ﴾ ، وقال - عليه الصلاة والسلام - « الخلع تطليقة بائنة » وقد أجمعت الصحابة على ذلك ، ولأن ملك النكاح حقه فجاز أخذ العوض عنه كالقصاص ، وقال المزني : الخلع غير جائز ، وزعم أن الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تُبَدِّلُوا دِينَكُمْ فَدَعُوا أَمْوَالَكُمْ الَّتِي كُنْتُمْ تُرِيدُونَ ﴾ الآية قلنا شرط النسخ العلم بتأخر الناسخ وتعذر الجمع بينهما ولم يوجد ، ولأن النهي مفيد بإعادة الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الأولى مطلقة فلا يصح دعوى نسخها بها مطلقاً ، ولأن النهي لا يعدم المشروعية في الأفعال الشرعية فلا نسلم نسخها ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز الخلع إلا إذا كرهته المرأة وخافت أن لا توفيه حقه أو لا يوفيه حقها ومنعوا إذا كرهها الزوج لما تلونا وجوابه ما ذكرناه ، وذكر القدوري في مختصره إذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تغتدي نفسها منه بما يخلعها به أخرجها مخرج العادة أو الأولوية لا مخرج الشرط وأراد بالخوف العلم والتيقن به ؛ لأنه يراد به العلم ، قال الشاعر :

إذا متُّ فادفنتني إلى جنبتي كريمة
ترؤي عظامي بعد موتي عروفتها
ولا تدفنتني في الغفلة فإئسني
أخاف إذا ما بيث أن لا أذوقها

أي أعلم وأيقن ، ولهذا رفعه ، والتشاق : الاختلاف والتخاصم ، مشتق من الشق وهو الجانب : كل واحد منهما يأخذ شقاً خلاف شق صاحبه وحدود الله تعالى ما يلزمهما من مواجب الزوجية .

أزال عصمتها ولكن العرف يستعمل الخلع بفتح الحاء لإزالة غير الزوجية وبضمها لإزالتها .

١٤٧٧ - وفي اصطلاح الفقهاء : إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة ولا بد أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة وقد علمت مما تقدم في سبب الطلاق أنه لا يباح في أى وقت بل عند تحقق الحاجة إلى الخلاص بناء على القول المعول عليه وهو أن الأصل في الطلاق الحظر المنع ولا يباح إلا حاجة فيه كفران النعمة وقطع المودة المنوه بشرفها في قوله تعالى : ﴿ وَمِنَ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَحَمَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ (١). وبما أن الخلع من فرق النكاح فيقال فيه ما قيل في الطلاق من أن الأصل فيه الحظر أو الإباحة ويختار القول الأول للأدلة المتقدمة في سبب الطلاق فإذا لم توجد حاجة إليه فلا يجوز .

١٤٧٨ - أما إذا وجدت كما إذا تشاق الزوجان وخافا ألا يقوموا بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُعْطُوا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُعْطُوا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (٢) ، (٣) .

(١) الروم : ٢١ . (٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩٥) : ١ - يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له .

٢ - المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الحادي عشر : المخالعة :

المادة (١٠٢) : أ - يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له .

ب - المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا احتلعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال .

ج - إذا بطل البذل وقع الطلاق رجعيًا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البذل المتفق عليه .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٦) يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبذل وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق .

(مادة ٢٧٤)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْخَلْعِ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الْمُخَالِعَ أَهْلًا لِإِيقَاعِ الطَّلَاقِ ، وَأَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَحَلًّا لَهُ ^(١) .

•••

١٤٧٩ - وبما أن الخلع فيه إزالة ملك النكاح فيشترط فيه ما يشترط في الطلاق وهو أن الزوج المخالِع لا بد أن يكون بالغاً عاقلاً فلو خالِع الصغير زوجته فلا يصح ؛ لأن طلاقه غير واقع فكذا خلعه ومثله الكبير غير العاقل كالمجنون والمعتوه فلا يصح خلع كل منهما ومثلهما من اختل عقله لكبير أو مرض أو مصيبة فاجأته .

١٤٨٠ - ويشترط في الزوجة أن تكون محلاً لإيقاع الطلاق بأن يكون الزواج قائماً بينها وبين زوجها أو أوقع عليها طلاقاً رجعيّاً أو بائناً في بعض الصور والعدة باقية فلو انقضت العدة لم تكن محلاً للخلع ، وقد تقدم شرح ذلك بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٢١٧) وما بعدها فارجع إليه أن شئت .

(مادة ٢٧٥)

الْعَوْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْخَلْعِ ، فَيَقَعُ صَحِيحًا بِهِ وَيُدُونِهِ ، سَوَاءَ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَدْخُولًا بِهَا أَمْ لَا ^(٢) .

•••

١٤٨١ - ولا يشترط ذكر العوض في الخلع بل يقع صحيحاً وإن لم يذكر فإذا قال الزوج لزوجته : خالعتك في نظير عشرين جنيهاً مثلاً فقبلت وقع الطلاق البائن ولزمها المال ، وكذا إذا قال لها : خالعتك فقبلت وقع الطلاق البائن ولا يلزمها شيء كما سيأتي موضحاً في شرح مادة (٢٨٠) ولا يشترط في صحته أن تكون الزوجة مدخولاً بها بل يصح مطلقاً ؛ لأن كلاً منهما محل لإيقاع الطلاق فتكون محلاً للخلع .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٨٨/١) : الخلع : إزالة ملك النكاح بيد بل بلفظ الخلع كذا في فتح القدير ، وقد يصح بلفظ البيع والشراء وقد يكون بالفارسية كذا في الظهيرية (وشرطه) شرط الطلاق ، .
(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٩٥/١) : كل من صاحبه وإن لم يكن على الزوج مهر ترد ما ساق إليها من المهر ؛ لأن المال المذكور بذكر الخلع عرفاً كذا في الوجيز للكردي وهكذا في الخلاصة .

(مادة ٢٧٦)

يُجُوزُ قَضَاءُ لِلزَّوْجِ أَنْ يُخَالِعَ زَوْجَتَهُ عَلَى عَوْضٍ أَكْثَرَ بِمَا سَأَلَهُ عَلَيْهَا (١) .

(١) قول الخنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٥٠/٣ ، ١٥١) : « وأما الزيادة على قدر المهر ففيها روايتان ذكر في كتاب الطلاق أنها مكروهة وهكذا روي عن علي عليه السلام أنه كره للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطها وهو قول الحسن البصري وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس . وذكر في الجامع الصغير أنها غير مكروهة - وهو عثمان البتي - وبه أخذ الشافعي . وجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيهَا أَنْتَدَّتْ يَدُهَا ﴾ ، رفع الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الغداء من غير فصل بين ما إذا كان مهر المثل أو زيادة عليه ، فيجب العمل بإطلاق النص ، ولأنها أعطت مال نفسها بطيبة من نفسها ، وقد قال الله تعالى : ﴿ إِنْ طَلِقْتُمْ كُنَّ عَنْ تَمَرٍ مِنْهُنَّ نَسَاءً لَكُلُّهُنَّ فِيهَا رَيْبٌ ﴾ ، بخلاف ما إذا كان النشوز من قبله ؛ لأن النشوز إذا كان من قبل الزوج كانت هي مجبورة في دفع المال ؛ لأن الظاهر أنها مع رغبتها في الزوج لا تعطى إذا كانت مضطرة من جهته بأسباب أو مضرة بأنواع التفرير والتزوير فكره الأخذ .

وجه رواية الأصل : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ سِنِينَ إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُعْطِيَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيهَا أَنْتَدَّتْ يَدُهَا ﴾ نهى عن أخذ شيء مما أعطها من المهر واستثنى القدر الذي أعطها من المهر عند خوفهما ترك إقامة حدود الله على ما نذكر ، والنهي عن أخذ شيء من المهر نهى عن أخذ الزيادة على المهر من طريق الأولى كالنهى عن التأنيف أنه يكون نهياً عن الضرب - الذي هو فوقه - بالطريق الأولى . وروي أن رسول الله ﷺ لما قال لامرأة ثابت بن قيس بن شماس : « أتردين عليه حديقته » ، فقالت : نعم وزيادة قال : « أما الزيادة فلا » نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين أن المراد من قوله : ﴿ فِيهَا أَنْتَدَّتْ ﴾ قدر المهر لا الزيادة عليه ، وإن كان ظاهره عائماً عرفنا ببيان النبي ﷺ الذي هو وحى غير متلو ، والدليل عليه أيضاً قوله تعالى : في صدر الآية : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ سِنِينَ ﴾ ذكر في أول الآية ما أتاها فكان المذكور في آخرها - وهو قوله : ﴿ فِيهَا أَنْتَدَّتْ يَدُهَا ﴾ - مردوداً إلى أولها فكان المراد من قوله ﴿ فِيهَا أَنْتَدَّتْ ﴾ أي : بما أتاها ونحن به نقول : إنه يحل له قدر ما أتاها . وأما قوله : أنها أعطته مال نفسها بطيبة من نفسها فنعم لكن ذلك دليل الجواز ، وبه نقول : إن الزيادة جائزة في الحكم والقضاء ، ولأن الخلع - من جانبها - معاوضة حالة عن الطلاق ، وإسقاط ما عليها من الملك ، ودفع المال عوضاً عما ليس بمال جائز في الحكم إذا كان ذلك مما يرغب فيه ألا ترى أنه جاز العتق على قليل المال وكثيره ، وأخذ المال بدلاً عن إسقاط الملك والرق ، وكذلك الصلح عن دم العمد ، وكذلك النكاح لما جاز على أكثر من مهر مثلها ، وهو بدل البضع ، فكذا جاز أن تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها ؛ لأنه بدل من سلامة البضع في الحالين جميعاً ، إلا أنه نهى عن الزيادة على قدر المهر لا لعنى في نفس العقد بل المعنى في غيره ، وهو شبهة الربا ، والإضرار بها ، ولا يوجد ذلك في قدر المهر فحل له أخذ قدر المهر .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٣٥/٤ ، ٤٣٦) : « (ويصح عوضه) أي الخلع (قليلاً وكثيراً ديناً وعيلاً ومنفعة) لمعوم قوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيهَا أَنْتَدَّتْ يَدُهَا ﴾ ، ولأنه عقد على منفعة البضع ، فجاز بما =

= ذكر كالصداق ، ويستثنى من إطلاقه المنفعة صورتان : إحداهما الخلع على أنه بريء من سكاها ، ففي البحر يقع الطلاق ولا يجوز البذل ؛ لأن إخراجها من المسكن حرام ، فلها السكنى وعليها مهر المثل . ثانيتهما : الخلع على تعليم شيء من القرآن ، فقبضية قولهم في الصداق حيث قالوا بالتعذر : إنه لا يصح (و) يشترط في العوض شروط الثمن من كونه متمولاً معلوماً مقدوراً على تسليمه فعلى هذا (لو خالع بمجهول) كأحد العبدین (أو خمر) معلومة أو نحوها مما لا يملك (بانت بمهر مثل) لأنه المراد عند فساد العوض (وفي قول يبذل الخمر) وهو قدرها من العصير كالقولين في إصداقها .

تبيه : أشار بالتمثيل بالخمر إلى النجس المقصود فخرج ما لا يقصد كالدم فإنه يقع رجعيًا ؛ لأنه لم يطعم في شيء . قال الرافعي : وقد يتوقف في هذا ، فإن الدم قد يقصد لأغراض ، وردده ابن الرفعة بأنها أغراض تافهة فهي كالعدم ، ولا يخفى أن خلع الكفار بعوض غير مال صحيح كما في أنكحتهم ، فإن وقع إسلام بعد قبضه كله فلا شيء له عليها ، أو قبل قبض شيء منه فله مهر المثل ، أو بعد قبض بعضها فالقسط ، ولو خالعا على عين فنلت قبل القبض أو خرجت مستحقة أو معينة فردها ، أو فانت منها صفة مشروطة فردها رجع عليها بمهر المثل ، والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد ، وقيل : ضمان يد ومحل البيوتة بالمجهول إذا لم يكن فيه تعليق ، أو علق بإعطاء مجهول يمكن إعطاؤه مع الجهالة .

أما إذا قال : إن أبرأتني من صداقتك ، أو من دينك فأنت طالق فأبرأته وهي جاهلة به لم تطلق ؛ لأن الإبراء لم يصح فلم يوجد ما علق عليه الطلاق ، قاله السبكي وهو المتمد وكلام الماوردي يوافقه ، وفي كلام الغفال ما يدل عليه ، وفي كلام ابن الصلاح ما يخالفه ، وجرى عليه في الأتوار ، فقال : لو قال : إن أبرأت فأنت طالق ، فأبرأته جاهلة به لم تطلق ، بخلاف إن أبرأتني ، ومحل وقوع الطلاق عند التعليق بالبراءة من الصداق ، أو الدين إذا كان معلوماً ما إذا لم يتعلق بذلك الدين زكاة ، فإن تعلقت به الزكاة وأبرأته لم يقع الطلاق ؛ لأن الطلاق معلق على البراءة من جميع الدين ، والدين قد استحق بعضه الفقراء ، فلا تصح البراءة من ذلك البعض فلم توجد الصفة ، كما لو باع المال الذي تعلقت به الزكاة بعد الحول فإنه يبطل في قدرها ، نبه عليه ابن العماد وهو حسن وإن نظر فيه بعضهم .

فائدة : الإبراء من جهة المبرئ تمليك ، ومن جهة المبرئ إسقاط فيشترط علم الأول دون الثاني ، هذا إذا لم يتكلم الأمر فيه إلى معاوضة كما هنا ولا فيشترط علمهما . قال الزركشي في قواعد : أما في الخلع فلا بد من علم الزوج بمقدار ما أبرأته منه قطعاً لأنه يتول إلى المعاوضة . قال : وقد غلط في هذه المسألة جماعة وأخذوا بظاهر كلام الأصحاب أنه لا يشترط علم المبرأ على إطلاقه ، ويستثنى من البيوتة بالخمر ما لو خالع مع غير الزوجة من أب أو أجنبي على هذا الخمر ، أو المصوب ، أو عبدها هذا ، أو على صداقها ولم يصرح ببنابة ولا استقلال ، بل أطلق فيقع رجعيًا ، وليس لنا صورة تقع بسبب ذلك رجعيًا ولا مهر سواها .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥١٧/٢ ، ٥١٨) : (ويجوز الخلع ؛ وهو الطلاق بعوض) : أي في نظير عوض قل أو كثر ، ولو زاد على الصداق بأضعاف إن كان العوض منها .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٤٧/٧) : (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه) هذا القول يدل على

صحة الخلع بأكثر من الصداق ، وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح . وهذا قول أكثر أهل العلم . روي =

١٤٨٢ - ومتى رضي الزوجان بالخلع في نظير مبلغ معلوم وقع الطلاق البائن ولزم الزوجة دفع المبلغ المتفق عليه سواء كان هذا المبلغ أقل مما أعطاه لها من المهر أو مساويًا له أو أكثر منه وسواء كان المتسبب في الفقرة هو الزوج والزوجة أو كلا منهما .

١٤٨٣ - وكل هذا بالنسبة لقضاء القاضي بمعنى أنه إذا رفع الأمر إليه نفذ ما اتفقا عليه قهراً عن الممتنع منهما ؛ لأن كلاً منهما رضي بذلك فلا حق له في الامتناع بعد الرضا هكذا قال الفقهاء ولكن بالنسبة للديانة أى المعاملة بين الشخص وبين الله تعالى لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون النشوز آتياً من جهة الزوجة .

الثاني : أن يكون من جهتهما .

الثالث : أن يكون من جهته .

١٤٨٤ - فإن كان الأول بأن استعصت عليه وأبغضته فلم تمتثل لأوامره ، وطلبت الفقرة حصل الخلع على مال معلوم فإن كان أقل من المهر أو مساويًا له فلا خلاف وجواز أخذ الزوج له ، وإن كان أكثر فبعضهم يقول : يجوز أخذ الزائد ؛ لأنها رضيته

= ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها ، وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً . وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب : لا يأخذ أكثر مما أعطاها . وروى ذلك عن علي بإسناد منقطع . واختاره أبو بكر ، قال : فإن فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب ، قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ، ولكن ليدع لها شيئاً . واحتجوا بما روي أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ ، فقالت : والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ، ولكن أكره الكفر في الإسلام ، لا أطيقه بغضاً . فقال لها النبي ﷺ : « أتردين عليه حديثه ؟ » ، قالت : نعم . فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديثه ، ولا يزداد . رواه ابن ماجه . ولأنه يدل في مقابلة فسح ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد ، كالعوض في الإقالة . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَكَرَّجَتْ غَتَيْتَمًا يَا أَكْفَدَتْ يَدُهَا ﴾ . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي ، فأجاز ذلك عثمان بن عفان ؓ . ومثل هذا يشتهر ، فلم ينكر ، فيكون إجماعاً ولم يصح عن علي خلافة . فإذا ثبت هذا ؛ فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها . وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد فإن فعل جاز مع الكراهية ، ولم يكرهه أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الغداء بأكثر من الصداق . ولنا : حديث جميلة . وروى عن عطاء عن النبي ﷺ « أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها » . رواه أبو حفص بإسناده . وهو صريح في الحكم ، فنجمع بين الآية والخبر ، فنقول : الآية دالة على الجواز ، والنهي عن الزيادة للكراهية .

به فتؤمر بإعطائه ، ولأن قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ سِتْرًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُبَيِّنَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُبَيِّنَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ يَدُ ﴾ . يدل على ذلك ؛ لأنه إذا جاز أخذ ما اتفقا عليه ولو كثر عند حصول النشوز منهما فلأن يجوز عند حصوله منها وحدها من باب أولى .

١٤٨٥ - وبعضهم لا يجوز أخذ الزيادة مستدلاً بما روي عن النبي ﷺ وهو أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق لكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إياه . فقال : « أتريدن عليه حديثه التي أصدقك ؟ » (١) . قالت : نعم وزيادة ، فقال ﷺ : « أما الزيادة فلا ، ولكن حديثه » فأخذها وخلقى سبيلها .

١٤٨٦ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان النشوز من جهتهما بأن كره كل منهما صاحبه وأراد مفارقتها ؛ فالحكم كما تقدم في الحالة الأولى بل بالأولى عند من يقول بعدم جواز أخذ الزيادة ؛ لأنه إذا لم يجز أخذها مع كون النشوز منها وحدها فمن باب أولى ما إذا كان النشوز منها .

١٤٨٧ - وإن كان الثالث ، وهو ما إذا كان النشوز من جهته ؛ فلا يجوز له أخذ شيء ولو كان قليلاً ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَغِئَالِ زَوْجِ مَكَاتِ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْهُمُ إِسْتِدْنَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ سِتْرًا أْتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مَيْبِنَا ﴿٥﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْتُمْ مِنْكُمْ يَمِينًا عَلِيظًا ﴾ (٢) . قال في البحر : والحق أن الأخذ في هذه الحالة حرام قطعاً لقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ سِتْرًا ﴾ ولا يعارض بالآية الأخرى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ يَدُ ﴾ (٣) ؛ لأن تلك إذا كان النشوز من قبله فقط والأخرى فيما إذا خافا ألا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط على أنهما لو تعارضا كانت حرمة الأخذ ثابتة بالعمومات القطعية فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل لإضراراً وتضييقاً ليقطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُشِيكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَسْتَدْرُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ (٤) .

١٤٨٨ - فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراماً إلا أنه لو أخذ

(١) سنن الدارقطني (١٧٨/٣) .

(٢) النساء : ٢٠ ، ٢١ .

(٣) البقرة : ٢٣١ .

(٤) البقرة : ٢٢٩ .

جاز في الحكم أن يحكم بصحة التملك وإن كان بسبب خبيث .
وأنت خبير بعد كل ما تقدم من الأدلة أن العمل بالديانة أولى من العمل بالقضاء
ولم لم يقض القاضي بأحكام الديانة العادلة وبذلها العوض لا يدل على الرضا ؛
لأنها تريد الخلاص منه متى أساء عشرتها بأي طريق فتكون مكرهة يحل للزوج أخذ
ما التزمت به (١) .

(مادة ٢٧٧)

كُلُّ مَا صَلَّحَ مِنَ الْمَالِ أَنْ يَكُونَ مَهْرًا ، صَلَّحَ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا لِلْخُلْعِ (٢).

١٤٨٩ - وبدل الخلع لا يشترط فيه أن يكون من الذهب أو الفضة بل الشرط أن
يكون مما يصلح تسميته مهراً وهو أن يكون مالاً مقوماً سواء كان من العقار كبيت مثلاً
أو من المنقول كعشرين أردباً من البر ، أو قنطاراً من القطن ، أو خاتماً من الماس مثلاً ،
فإذا قالت المرأة لزوجها : خالعتني في مقابلة هذا البيت أو في نظير الأرداب من القمح ،
أو القناطر من القطن ففعل صح الخلع ووقع الطلاق البائن ولزمها أن تسلم للزوج ما عين
في العقد إذا هو مال متقوم تصلح تسميته مهراً فصح تسميته عوضاً للخلع .

١٤٩٠ - ولا يشترط أيضاً في بدل الخلع أن يكون عينا بل أن يكون ديناً وأن يكون
منفعة فإذا خالعتها في نظير مهرها الذي تستحقه عنده صح الخلع وسقط المهر .

١٤٩١ - ومثله ما إذا كان الدين غير المهر وإذا خالعتها في نظير أن تعطيه أرضها
الفلائية لينتفع بها في مدة معلومة فقبلت صح الخلع أيضاً ولزمها تسليم الأرض لينتفع

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩٧) : كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً
في الخلع .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : بدل الخلع : المادة (١٠٤) : كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن
يكون بدلاً في الخلع .

(٢) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٦٠/١) : « (وما صلح) أن يكون (مهراً صلح) أن يكون
(بدلاً للخلع) سواء كان مميّناً فإخذه لا غير أو غير معين معلوم فإخذه وسطاً أو مجهولاً فيرجع عليها بمهرها
كما في القهستاني ، وهذا الأصل لا يتنافى العكس حتى جاز ما لا يصلح مهراً كالأقل من العشرة ، وكذا
ما في يدها ويطون غنمها أو جارتها من الولد أو ضروع غنمها من اللبن أو نخيلها من الثمار ؛ لأن المراد منه
بيان الجنس لا بيان القدر فلا يضر .»

بها الزمن المعين ، فإذا كان الشيء المشروط بدلاً للخلع لا يصلح تسميته مهراً فلا يخلو حاله أحد أمرين :

الأول : أن يكون عدم الصحة آتياً من جهة كونه أقل من عشرة دراهم .

الثاني : أن يكون آتياً من جهة كونه غير مال في حق المسلمين كالخمر والخنزير .

١٤٩٢ - فإن كان الأول : صحت التسمية ؛ لأنه يقال : كل ما صلح من المال أن يكون مهراً صلح أن يكون بدلاً للخلع ، ولا يقال ما يصلح من المال أن يكون بدل خلع يصلح أن يكون مهراً ، بل يقال : بعض ما يصلح أن يكون بدلاً للخلع يصلح أن يكون مهراً فإذا خالعت المرأة زوجها في نظير خمسة دراهم صح الخلع ولزمها هذا المبلغ بلا زيادة عليه بخلاف ما إذا تزوجها على هذا المبلغ فإنه تكمل لها عشر دراهم ؛ لأنها أقل المهر كما تقدم .

١٤٩٣ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان عدم صحة التسمية آتياً من جهة كون المسمى غير مال في حق المسلمين وقع الطلاق البائن ، ولا يلزمها شيء فإذا قالت امرأة لزوجها : خالعتني على هذا الدن من الخمر أو على هذا الخنزير فخالع وقع الطلاق بائناً ولا يلزمها المسمى ولا غيره .

١٤٩٤ - أما وجه وقوع الطلاق : فلأنه معلق بالقبول وقد وجد فيقع ولا يجب عليها شيء ؛ لأنها لم تسم شيئاً متقومًا لتصير غائبة له ولا وجه لإلزام المسمى ؛ لأنه يمنع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا وجه لإلزام غير المسمى لعدم الالتزام^(١) .

(مادة ٢٧٨)

يَقَعُ بِالْخَلْعِ طَلَاقٌ بَائِنٌ ، سَوَاءَ كَانَ بِمَالٍ أَوْ بِغَيْرِ مَالٍ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نَيْتَةُ الثَّلَاثِ ، وَلَا يَتَرَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٥) يعتبر الخلع فسحاً لا ينقض من عدد الطلقات .
المادة (١٢٩) يقع الطلاق على مال بائناً فإذا بطل البذل وقع رجعيًا .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢ / ٢٦٨ ، ٢٦٩) : « (الواقع به وبالطلاق على مال طلاق بائن) يعني الواقع بالخلع وبالطلاق الصريح إذا كان بعوض يكون بائناً ؛ لأن الزوج ملك العوض فوجب أن تملك =

= هي الموضع تحميًا للمساواة وذلك بالبائن ، وكذا إذا وقع بلفظ البيع أو المبرأة كان بائنا ؛ لأنه معاوضة ، ولهذا يشترط قبولها في المجلس وهي تقتضي المساواة على ما تقدم ، ولو قال : لم أعز الطلاق لم يصدق ؛ لأن ذكر العوض أمانة صادقة على أن مراده الطلاق ، ولو لم يذكر العوض يصدق في لفظ الخلع والمبرأة ؛ لأنها كتابتان ولا يصدق في لفظ الطلاق والبيع ، لأنه خلاف الظاهر ، وفي قول الشافعي القديم الخلع فسخ وليس بطلاق يروى ذلك عن ابن عباس ، استدلل عليه بقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيهَا أَنْتَدَّتْ يَدُهَا ﴾ بعد قوله تعالى : ﴿ أَنْتَلَّقُ مَرْئَاتِي ﴾ إلى أن قال : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ لَهَا مِنْ بَدْحٍ نَكِيحٍ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ فلو كان الخلع طلاقًا لصارت التطليقات أربعًا ، ولأن النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار العتق وعدم الكفاة والبلوغ فكذا بالتراضي .

ولنا : ما رويناه وهو مروى عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفًا ومرفوعًا ، ولأن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ، ولهذا لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم بخلاف البيع وبخلاف ما ذكر من الصور ؛ لأنه فسخ قبل التمام والكلام فيما بعده ، ولأن ملك النكاح ثابت ضرورة فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء ولا حاجة إلى اعتباره في حق الفسخ ، ولأن لفظ الخلع كناية فوجب أن يكون طلاقًا كما إذا لم يسم مالا ، وقد رجح ابن عباس إلى قول الجماعة ذكره في المبسوط والآية تشهد لنا ؛ لأن الله تعالى ذكر الطلقتين بغير عوض أولاً بقوله تعالى : ﴿ أَنْتَلَّقُ مَرْئَاتِي ﴾ الآية ثم ذكر الافتداء بعد ذلك وهو عبارة عن فعلها ولم يذكر فعل الزوج فعلم بذلك أن فعله هو الذي تقدم ذكره وهو الطلاق الأول بعينه لكنه بعوض ثم حرّمها عليه بطلقة بعد ذلك فكأنه شرع طلقتين بغير عوض ثم نفى الجناح عن أخذ العوض عنهما ، ولهذا اكتفى بذكر فعلها في الافتداء والإلا لذكر فعله ؛ لأن الافتداء لا يتم بفعلها وحدها أو نقول ذكر الطلقتين أولاً ثم طلقة بعوض وبغير عوض فتكون الآية حجة عليه في هذا وفي قوله المحتملة لا يلحقها صريح الطلاق .

قال **يَهْتَكُ** : (ولزمها المال) ؛ لأنه لم يرض بخروج البضع عن ملكه إلا به وهو يجوز الاعتراض عنه وإن لم يكن مالا كحق القصاص فوجب بالتزامها له قال **يَهْتَكُ** : (وكره له أخذ شيء إن نشز) يعني يكره له أن يأخذ منها شيئاً إن كان النشوز من قبله ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْتَبِدَا رَوْحَ نَحْكَاتِكِ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ بِأَعْدَائِهِمْ فَيُنْطَلَقَا فَلَا تَأْخُذُوا بِنَهْيِهِمْ سَبِيحًا ﴾ ، ولأنه أوحشها بالفراق فلا يزيد على إحاشها بأخذ المال . قال **يَهْتَكُ** : (وإن نشزت لا) أي وإن كان النشوز من قبلها لا يكره له الأخذ ، وهذا بإطلاقة يتناول القليل والكثير وإن كان أكثر مما أعطاه وهو المذكور في الجامع الصغير ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيهَا أَنْتَدَّتْ يَدُهَا ﴾ .

وقال القدوري : إن كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه ، وهو المذكور في الأصل ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة ثابت بن قيس حين أرادت الفرقة : « أتردين عليه حديثه ؟ » قالت : نعم ، وزيادة فقال عليه الصلاة والسلام : « أما الزيادة فلا » وقد كان النشوز منها ، ولو أخذ الزيادة جاز قضاء وكذا إذا أخذ شيئاً والنشوز منه ؛ لأن مقتضى قوله تعالى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيهَا أَنْتَدَّتْ يَدُهَا ﴾ الجواز حكماً والإباحة وقد ترك العمل به في حق الإباحة لمعارض وهو قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَأْخُذُوا بِنَهْيِهِمْ سَبِيحًا ﴾ . وقوله عليه الصلاة والسلام : « أما الزيادة فلا » فبقي معمولاً به في الباقي وهو الصحة فإن قيل النهي عن الأفعال الحسية يقتضي عدم المشروعية ، فكيف يصح أخذ بعد النهي ، قلنا : النهي ورد لمعنى في غيره وهو زيادة الإباحة فلا ينافي =

المشروعية كالبيع عند النداء ، وهذا لأنها تصرفت في خالص حقها باختيارها فوجب القول بصحته تصحيحاً لتصرف العاقل وتوفيقاً بين النصوص قال **هذه** : (وما صلح مهرًا صلح بدل الخلع) ؛ لأن ما صلح أن يكون عوضاً للمتقوم أولى أن يصلح عوضاً لغير المتقوم ، وهذا لأن البضع حالة الدخول متقوم وعند الخروج غير متقوم ، ولهذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير على مال الصغير ولا يجوز أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها ، وكذا لو تزوج المريض بمهر مثلها يعتبر من جميع المال ، ولو احتملت المريضة يعتبر من الثلث حتى يكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث ومن الثلث إذا ماتت وهي في العدة ، وإن ماتت بعد انقضائها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث ؛ لأن البضع لا قيمة له حالة الخروج فيعتبر بالتريع ، ولهذا لا يضمن لو أخرجته عن ملكه بردها أو تقبيلها ابنه أو نحو ذلك أو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج شيء على المتلف ، ولو كان متقومًا لوجب ، وقوله : وما صلح مهرًا صلح بدل الخلع ، لا ينافي العكس حتى جاز ما لا يصلح مهرًا أيضًا كالأقل من العشرة وكما في يدها وبطن غنمها ونحو ذلك .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٤٤٣/٤) : (وإذا خالغ أو طلق) زوجته (بعوض) صحيح أو فاسد ، سواء جعلنا الخلع طلاقاً أم فسحاً (فلا رجعة) له عليها ؛ لأنها بذلت المال لتملك بضعها فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليه (فإن شرطها عليها) كخالغتها أو طلقها بدنياً على أن لم يعلك الرجعة (فرجعي) يقع في المسألتين ؛ لأن شرط الرجعة والمال متناهيان فيسقطان ويبقى مجرد الطلاق ، وقضيته ثبوت الرجعة ، ولا حاجة بعد رجعي ؛ لقوله (ولا مال) ولو عبر بالذهب لكان أولى لنقله في الروضة القطع به عن الجمهور (وفي قول) يقع الطلاق (باتن بمهر مثل) لأن الخلع لا يفسد بفساد العوض كالنكاح ، وكلامه يشعر بأن هذا القول منصوص . وقال الشيخ أبو حامد وغيره : إنه مخرج . تنبيه : قد يدخل في كلامه ما لو خالغها بعوض على أنه متى شاء رده وكان له الرجعة ، وقد نص الشافعي فيه على البيئونة بمهر المثل ؛ لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتى سقطت لا تعود .

قول المالكية : جاء في شرح الخروشي (١٥/٤) : (وحيث وقع الطلاق على عوض ولو صورة بانة المرأة تم العوض للزوج أم لا في جميع ما مر وما يأتي إلا في صورة واحدة قالها في الجواهر وهي لو قال لها : إن أعطيتي هذا وأشار لحر ، وهو يعلم بأنه حر فأعطته فإن الطلاق رجعي .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٩٢/٨) : (والخلع طلاق باتن ، إلا أن يقع بلفظ الخلع ، أو الفسخ ، أو المفاداة) ولا ينوي به الطلاق ؛ فيكون فسحاً . لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين . الصحيح من المذهب : أن الخلع فسح . لا ينقص به عدد الطلاق ، بشرطه الآتي . وعليه جماهير الأصحاب . قال الزركشي : هذه الرواية هي المشهورة في المذهب ، واختيار عامة الأصحاب متقدمهم ومتأخرهم . قال في الخلاصة : فهو فسح في الأصح . قال في البلغة : هذا المشهور . قال في المحرر ، والحاوي الصغير : وهو الأصح . قال في تجريد العنابة : هذا الأظهر . واختاره ابن عديس في تذكرته . وجزم به في الوجيز والنور ومنتخب الأدمي . ونظم المفردات ، وغيرهم . وقدمه في الرعايتين وإدراك الغاية والفروع وغيرهم . وهو من مفردات المذهب . والرواية الثانية : أنه طلاق باتن بكل حال . وقدمه في المحرر والحاوي . وأطلقهما في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والمعني والكافي والهادي والشرح ، وغيرهم .

١٤٩٥ - والطلاق الواقع بالخلع يكون بائناً سواء كان الخلع بمال أو بغير مال ؛ لأنه إن كان بمال كما إذا قال الزوج لزوجته خالعتك في نظير خمسين جنيهاً فقبلت فالأمر ظاهر ، لأنها إما بذلت المال لتملك عصمتها والله تعالى شرع الافتداء لذلك إذا لو كان رجعيًا لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك فكان يجوز للزوج مراجعتها ما دامت في العدة رضيت أو لم ترض فلم تحصل على مقصودها فوجب أن يكون بائناً .

١٤٩٦ - وإن لم يكن بمال فالواقع بائن أيضًا ؛ لأن لفظ الخلع في الأصل من الكنايات ومتى وقع الطلاق بلفظ منها كان بائناً إلا الألفاظ الثلاثة المتقدمة وليس هذا منها ، وبما أن البائن ينقسم إلى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى فأيهما نواه صح ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته .

١٤٩٧ - وهذا الطلاق يقع وإن لم يأذن القاضي بالخلع وهو المعول عليه عند الفقهاء وذهب بعضهم إلى أنه لا بد من إذنه مستدلًا بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ ﴾ (١) . فإنه تعالى شرعه مشروطًا بخوف الأئمة والحكام ؛ إذ هم المخاطبون بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ ﴾ . والإذن لا يكون إلا بعد الترافع إليهم .

١٤٩٨ - وفي الخلع أقوال كثيرة غير المذكورة ، فبعضهم يقول : فسخ لا ينقض عدد الطلاق بشرط عدم نيته ، وبعضهم يقول : إنه طلاق ولكن المعول عليه ما ذكر في هذه المادة من أن الواقع به طلاق بائن من عدم توفقه على القضاء ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « الخلع تطليقة بائنة » (٢) . روي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفًا عليهم ومرفوعًا إلى رسول الله ﷺ .

(مادة ٢٧٩)

إِذَا أَوْجِبَ الزُّوجُ الْخُلْعَ ابْتِدَاءً وَذَكَرَ مَعَهُ بَدَلًا ، تَوَقَّفَ وَقَوَعَهُ وَاسْتِخْقَاقُ الْبَدَلِ عَلَى قَبُولِ الْمَرْأَةِ بِمَعْنَاهُ ، وَيَعْدُ إِجْبَابِ الزُّوجِ لَا يَصِحُّ رُجُوعُهُ عَنْهُ قَبْلَ جَوَابِهَا (٣) .

(١) البقرة : ٢٢٩ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي : (٣١٦/٧) ، وسنن الدارقطني : (٤٥/٤ ، ١٣٤) .

(٣) قول الخليفة : جاء في الجوهرية النيرة (٥٩/٢) : « وحكمه من جهة الزوج حكم التعليق ؛ أي طلاق معلق بشرط حتى لا يصح رجوعه عنه ، ولا يجوز له فيه شرط الخيار ، ولا يبطل بإعراضه عنه ويصح تعليقه بالخطر » .

وَهُوَ لَا يَنْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ حَتَّى لَا يَنْتَظِلَ بِقِيَامِهِ عَنْهُ قَبْلَ قَبُولِهَا .
 وَيَنْتَصِرُ مَجْلِسُ عِلْمِهَا بِهِ ، فَلَا يَصِحُّ قَبُولُهَا بَعْدَ مَجْلِسِ عِلْمِهَا (١) .
 فَإِنْ كَانَ الْخَلْعُ بِلَفْظٍ : خَلَعْتُكَ . بِلَا ذِكْرِ بَدَلٍ ، فَلَا يَتَرَقَّفُ عَلَى قَبُولِهَا ، بَلْ يَقَعُ الْبَائِنُ
 وَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِلَفْظِ الْمُسَاعَلَةِ أَوْ الْأَمْرِ أَوْ ذِكْرِ مَعَهُ الْمَالُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ
 قَبُولِهَا (٢) .

• • •

(١) قول الخنفية : جاء في الميسوط (١٧٣/٦) : « وإن قال لامرأته : قد خالعتك ، أو بارأتك ، أو طلقتك بألف درهم ، فالقبول إليها في مجلسها ، والحاصل أن إيجاب الخلع من الزوج في المعنى تعليق الطلاق بشرط قبولها ؛ لأن العرض الذي من جانبه في هذا العقد طلاق ، وهو محتمل للتعليق بالشرط ؛ ولهذا لا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويصح منه ، وإن كانت غائبة حتى إذا بلغها قبلت في مجلسها ، ثم وإن قامت من مجلسها قبل أن تقبل بطل ذلك بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتعليك الأمر منها ؛ لأنها تقدر على المشيئة في مجلسها فيبطل بقيامها ، وكذلك تقدر على القبول قبل ذلك ، والذي من جانبها في الخلع التزام المال فيكون بمنزلة البيع والشراء لا يحتمل التعليق بالشرط حتى إذا بدأت فقالت : اخلعني ، أو بارأني ، أو طلقني بألف درهم ؛ فإنه يبطل بقيامها عن المجلس قبل قبول الزوج ، وكذلك بقيام الزوج عن المجلس قبل القبول كما يبطل إيجاب البيع بقيام أحدهما عن المجلس قبل قبول الآخر ، وكذلك إن كان الزوج غائبا حين قالت هذه المقالة ، لا تتوقف على قبوله ، إذا بلغه كما لا يتوقف إيجاب البيع على قبول المشتري إذا كان غائبا . »

(٢) قول الخنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٤٥/٣ ، ١٤٦) : « الخلع ينقذ بلفظين يعبر بهما عن الماضي في اللغة ، وهل ينقذ بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل وهو الأمر والاستفهام ، فجملة الكلام فيه : أن العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظة الخلع ، وإما أن يكون بلفظة البيع والشراء ، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بصيغة الأمر أو بصيغة الاستفهام ، فإن كان بلفظة الخلع على صيغة الأمر يتم إذا كان البديل معلوما مذكورا بلا خلاف بأن قال لها : اخلعي نفسك مني بألف درهم ، فتقول : خلعت . وإن لم يكن البديل مذكورا من جهة الزوج بأن قال لها : اخلعي نفسك مني ، فقالت : خلعت بألف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج : خلعت ، والفرق : أن الأمر بالخلع يبدل متقوم توكيل لها . والواحد يتولى الخلع من الجانبين وإن كان هذا النوع معاوضة - والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع - ؛ لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولاتنافي ههنا ؛ لأن الحقوق في باب الخلع ترجع إلى الوكيل ؛ ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب النكاح وفي المسألة الأولى لا يمكن جعل الأمر بالخلع توكيلا لهالة البديل فلم يصح التوكيل ، فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستقيذا ومستقصا وهذا لا يجوز ، وإن كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها : أخلعت نفسك مني بألف درهم ، فقالت : خلعت ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : يتم العقد . وقال بعضهم : لا يتم ما لم يقبل الزوج ، وبعضهم فصل ، فقال : إن نوى به التحقيق يتم ، وإن نوى به السوم لا يتم ؛ لأن قوله : أخلعت نفسك مني ، يحتمل السوم ، بل ظاهره السوم ؛ لأن معناه أطلب منك أن تخلعي نفسك مني فلا يصرف إلى التحقيق إلا بالنية فإذا نوى بصير معنى التوكيل والأمر وإن كان بلفظ البيع =

= والشراء بأن قال الزوج لها : اشترى نفسك مني ؛ فإن ذكر بدلاً معلوماً بأن قال : بألف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت ، اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : يتم العقد .

وقال بعضهم : لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث والأول أصح ؛ لأنه إذا ذكر بدلاً معلوماً صح الأمر والتوكيل والواحد يصلح وكيلاً من الجانبين في الخلع لما بينا . وكذا إذا قال لها بالفارسية : خويشتن أزم من نجر بهزاردم يابكابين وهر نيه وعدت له واجب شودا ازبس طلاق ، فقالت : خريدم ، فهو على هذا ، وإن لم يذكر البديل - بأن قال لها : اشترى نفسك مني ، فقالت : اشتريت - لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث ، وكذلك إذا قال بالفارسية : خويشتن ارمننجر ، فقالت : خريدم ، ولم يقل الزوج : فروختم ، لا يتم الخلع ، ولا تطلق حتى يقول الزوج : فروختم ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال لها بلفظة الخلع : اخلمي نفسك مني ونوى الطلاق ، فقالت : خلعت ، أنها لا تطلق ؛ لأن قوله : لها اخلمي مع نية الطلاق أمر لها بالطلاق بلفظة الخلع وإنها تملك الطلاق بأمر الزوج وتوكيله فيصح التوكيل والأمر فيتولى الخلع من الجانبين وقوله لها : اشترى نفسك خويشتن ازمننجر أمر بالخلع بعوض ، والعوض غير مقدر فلم يصح الأمر .

وإن كان بلفظ الاستفهام بأن قال لها : ابتعت نفسك مني ، فإن ذكر بدلاً معلوماً بأن قال : بألف درهم أو قال : بمهرك ونفقة عدتكم فقالت : ابتعت ، اختلف المشايخ فيه قال بعضهم : يتم العقد . وقال بعضهم : لا يتم ، ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعث ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وقال أبو بكر الإسكافي : يتم ويقع الطلاق . وقال بعضهم : لا يتم إلا إذا أراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ العربية ، والفرق بين الاستفهام والأمر على نحو ما بينا أنها بالأمر صارت وكيلة إذ الأمر بالخلع توكيل به - إذا كان البديل مقدراً - والواحد يصلح وكيلاً من الجانبين في الخلع ولم يوجد الأمر ههنا فلم يوجد التوكيل فيبقى الشخص الواحد في عقد المعاوضة مستزبداً ومستنقذاً ، وهذا لا يجوز وإن لم يذكر البديل بأن قال لها : ابتعت نفسك مني ، فقالت : ابتعت ؛ لا يتم ما لم يقل الزوج بعث ؛ لأنه لا يتم في الأمر ، فلأن لا يتم في الاستفهام أولى ، وسواء كان القبول منها أو من أجنبي بعد أن كان من أهل القبول ؛ لأنها لو قبلت بنفسها يلزمها البديل من غير أن تملك بمقابلته شيئاً بخلاف ما إذا اشترى لإنسان شيئاً ، على أن البديل عليه إن ذلك لا يجوز ؛ لأن هناك الأجنبي ليس في معنى المشتري ؛ لأن المشتري يملك بمقابلة البديل شيئاً والأجنبي لا ، فلا يجوز إيجابه على من لا يملك بمقابلته شيئاً ، والحاصل : أن الأجنبي إذا قال للزوج : اخلع امرأتك على أي شيء ضامن لك ألفاً ، أو قال : على ألف هو علي ، أو قال : على ألفي هذه ، أو عبيدي هذا ، أو على هذه الألف أو على هذا العبد ففعل صح الخلع ، واستحق المال ، ولو قال : على ألف درهم ولم يزد عليه وقف على قبول المرأة .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٤٣٩/٤ ، ٤٤٠) : « الفرقة بلفظ الخلع طلاق » ينقص العدد كلفظ الطلاق ؛ لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين في قوله : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ﴾ الآية ، فدل على أنه ملحق بهما ، ولأنه لو كان فسحاً لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البديل كما أن الإقالة لا تجوز بغير الثمن (وفي قول : فسخ لا ينقص عدداً) ويجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر ؛ لأنها فرقة حصلت بمعاوضة فتكون فسحاً كشرائه زوجته ، وهذا القول منسوب إلى القديم ، وفي نص عليه في الأم أنه لا يحصل به شيء ، لا فرقة طلاق ولا فسخ ، وخرج بلفظ الفرقة الخلع بلفظ الطلاق إذا كان بعوض ، فإنه يكون طلاقاً =

قطعاً ، وكذا إن قصد بلفظ الخلع الطلاق ، أو اقرن بلفظ الخلع طلاق كخالعتك على طلاقة بألف . قال الفوراني : وإذا نوى بالخلع عددًا إن جعلناه طلاقًا وقع ما نواه ، أو فسحًا فلا لأنه لا يتعدد (فعلى الأول) وهو أن الخلع طلاق (لفظ الفسخ) كفسخت نكاحك بكذا فقبلت (كناية) فيه ؛ لأنه لم يرد في القرآن ولم يستعمل عرفًا فيه فلا يكون صريحًا فلا يقع الطلاق فيه بلا نية .

تبيه : ليس المراد أن لفظ الفسخ كناية في لفظ الخلع ، إذ اللفظ لا يكتفى به عن لفظ آخر ، بل المراد أنه كناية في الفرقة بعوض التي يعبر عنها بلفظ الخلع ويحكم عليها بأنها طلاق . (والمفاداة) كفاديتك بكذا حكمها (كخلع) في صراحته الآتية (في الأصح) لورود لفظة المفاداة في القرآن . قال تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِي أَنْفَذَتْ يَوْمَهُ ﴾ والثاني ؛ أنه كناية ؛ لأنه لم يتكرر في القرآن ولم يشتهر على لسان حملة الشريعة (ولفظ الخلع صريح) في الطلاق فلا يحتاج معه لنية ؛ لأنه تكرر على لسان حملة الشرع لإرادة الفرق فكان كالتكرار في القرآن ، وهذا ما صرح به البهوي والنشائي ، وصاحب الأنوار والإسنوي والبلقيني ، وظاهره أنه لا فرق بين أن يذكر معه مال أم لا (وفي قول) هو (كناية) فيه يحتاج لنية الطلاق حطًا له عن لفظ الطلاق المتكرر في القرآن ولسان حملة الشريعة ، ولأن صرائح الطلاق منحصرة في ألفاظ ليس هذا منها ، وهذا ما نص عليه في مواضع من الأم .

وقال القاضي الحسين وغيره : إنه ظاهر المذهب ، وظاهره أنه لا فرق بين أن يذكر معه مال أم لا ، والأصح كما في الروضة : أن الخلع والمفاداة إن ذكر معهما المال فهما صريحان في الطلاق ؛ لأن ذكره يشعر بالبينونة وإلا فكتابتان (فعلى الأول) وهو صراحة الخلع (لو جرى بغير ذكر مال) مع زوجته بنية التماس قبولها ولم ينف العوض كأن قال : خالعتك أو فاديتك ونوى التماس قبولها فقبلت بانت ، و (وجب مهر مثل في الأصح) لطراد العرف بجران ذلك بعوض فيرجع عند الإطلاق إلى مهر المثل ؛ لأنه المراد كالخلع بمجهول ، فإن جرى مع أجنبي طلقت مجانًا كما لو كان معه العوض فاسد ، ولو نفى العوض ، فقال : خالعتك بلا عوض وقع رجعيًا ، وإن قبلت ونوى التماس قبولها فإن لم تقبل لم تطلق ، وإن قبلت ولم يضمن التماس جوابها ونوى الطلاق وقع رجعيًا ولا مال . تبيه : قضية كلام المصنف وقوع الطلاق جزئًا وهو مخالف لما مر عن الروضة من كونه كناية على الأصح كذا نبه عليه ابن النقيب وغيره . قال الجلال البلقيني : والحق أنه لا منافاة بينهما فإنه ليس في المنهاج أنه صريح مع عدم ذكر المال ، فلعل مراده أنه جرى بغير ذكر مال مع وجود مصحح له وهو اقران النية به ١ هـ . وهو جمع حسن ؛ لأن الجمع إذا أمكن كان أولى من تضييع أحد الجانبين مع أن ظاهر إطلاق الكتاب ليس مرادًا قطعًا ، إذ لا بد من هذه القيود المذكورة التي قيدت بها كلامه . قول الحنابلة : جاء في المنهي (٢٥٠/٧ ، ٢٥١) : « وألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية ؛ فالصريح ثلاثة ألفاظ ؛ خالعتك ؛ لأنه ثبت له العرف . والمفاداة ؛ لأنه ورد به القرآن ، بقوله سبحانه : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِي أَنْفَذَتْ يَوْمَهُ ﴾ وفسخت نكاحك ؛ لأنه حقيقة فيه ، فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ ، وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل : بارأئك ، وأرأئك ، وأبتك . فهو كناية ؛ لأن الخلع أحد نوعي الفرقة ، فكان له صريح وكناية ، كالطلاق . وهذا قول الشافعي إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين ، فإذا طلبت الخلع ، وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع أو كتابته ، صح من غير نية ؛ لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض ، صارفة إليه ، =

١٤٩٩ - والخلع لا ينفرد به أحد الزوجين بل لا بد من رضاهما ؛ لأن كلاً منهما له شأن إذ به يسقط ما للزوج من الحقوق فلا بد من رضاه ويلزم الزوجة العوض فيشترط رضاها ؛ فهو كالعقود من هذه الجهة وليس إسقاطاً محضاً حتى ينفرد الزوج فإذا قال لها : خالعتك في نظير أربعين جنيهاً مثلاً ، ولم تقبل فلا يقع طلاق ولو قالت له : اختلعت نفسي منك بكذا ، فلا يقع إلا إذا رضي بذلك وبما أنه لا يتم إلا برضاها فلا بد فيه من إيجاب وقبول وحينئذ فإما أن يكون الموجب هو الزوج أو الزوجة .

١٥٠٠ - فإن كان الموجب هو الزوج فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة:

الأول : أن يكون الخلع بلفظ المفاعلة : خالعتك .

= فأغنى عن النية فيه ، وإن لم يكن دلالة حال ، فأتى بصريح الخلع ، وقع من غير نية ، سواء قلنا : هو فسخ أو طلاق . ولا يقع بالكتابة إلا بنية من تلفظ به منهما ، ككتابات الطلاق مع صريحه . ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله ، من غير لفظ الزوج . قال القاضي : هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون . وقد أوماً إليه أحمد وذهب أبو حفص المكبري وابن شهاب ، إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض . وأفتى بذلك ابن شهاب بمكراً واعترض عليه أبو الحسين بن هرمز ، واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا ، فقال ابن شهاب : الخلعة على وجهين ، مستبرئة ، ومفتدة ، فالمفتدة هي التي تقول : لا أنا ولا أنت ، ولا أبو لك قسماً ، وأنا أفتدي نفسي منك . فإذا قبل الغدية ، وأخذ المال ، انفسخ النكاح ؛ لأن إسحاق بن منصور روى ، قال : قلت لأحمد : كيف الخلع ، قال : إذا أخذ المال فهي فرقة . وقال إبراهيم النخعي : أخذ المال تطليقة بائنة . ونحو ذلك عن الحسن ، وعن علي عليه السلام من قبل مالا على فراق ، فهي تطليقة بائنة ، لا رجعة له فيها . واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم لجميلة : « أترددين عليه حديثه ؟ » ، قالت : نعم ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما . وقال : « خذ ما أعطيتها ولا تردد » ولم يستدع منه لفظاً . ولأن دلالة الحال تعني عن اللفظ ؛ بدليل ما لو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك ، فعصاه ، استحقاق الأجرة ، وإن لم يشترطاً عوضاً .

ولنا : أن هذا أحد نوعي الخلع ، فلم يصح بدون اللفظ ، كالنكاح والطلاق ، ولأن أخذ المال قبض لعوض ، ولأنه تصرف في البضع بعوض ، فلم يصح بدون اللفظ ، كالنكاح والطلاق ، ولأن الخلع إن كان طلاقاً ، فلا يقع بدون صريحة أو كتابته ، وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح ، فيعتبر فيه اللفظ ، كابتداء العقد .

وأما حديث جميلة ، فقد رواه البخاري : (اقبل الحديقه ، وطلقها تطليقة) . وهذا صريح في اعتبار اللفظ . وفي رواية : فأمره فقارقتها . ومن لم يذكر الفرقة ، فإنما اتصرت على بعض القصة ، بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق ، فإن القصة واحدة ، والزيادة من الثقة مقبولة ، ويدل على ذلك : أنه قال : ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، وقال : « خذ ما أعطيتها » . فجعل التفريق قبل العوض ، ونسب التفريق إلى النبي صلى الله عليه وسلم ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يباشر التفريق ، فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ، ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ ؛ لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ، ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظاً ولا دلالة حال ، ولا بد منه اتفاقاً .

الثاني : أن يكون بلفظ فعل الأمر : اخلعي نفسك .

الثالث : أن يكون بلفظ الفعل الماضي : خلعتك .

وفي كل من الأحوال الثلاثة إما أن يكون بدلاً أو لا ، فالصور ستة .

١٥٠١ - فإذا كان بلفظ المفاعلة ؛ فلا يقع الطلاق إلا إذا قبلت سواء ذكر بدلاً ، أو لم يذكر ؛ لأنه أن ذكر بدلاً بأن قال لها : خلعتك في نظير خمسين جنيهاً مثلاً ؛ فقد علق طلاقها على التزامها بدفع هذا المبلغ ، فلا بد من رضاها به ، وإن لم يذكر بدلاً فصيغة المفاعلة لا تكون إلا بين اثنين فلا يستقل بها واحد فلا بد من اشتراكها معه بالقبول .

١٥٠٢ - وإن كان بلفظ فعل الأمر فكذلك ؛ لأنه إن ذكر البديل فكأن الطلاق معلق على التزامها بدفعه ، فلا بد منه حتى يلزم وإن لم يذكر البديل بقي الأمر فإن امتثل المأمور لما أمر به نفذ وإن لم يمتثل فلا ينفذ .

١٥٠٣ - وإن كان بصيغة الفعل الماضي فإن ذكر بدلاً توقف وقوع الطلاق على القبول لما ذكر وإن لم يذكر بدلاً وقع وإن لم تقبل لعدم احتياجه إلى المشاركة كما في المفاعلة ولا إلى الإتيان بالمأمور به كما في الأمر ، وحينئذ يستقل به الزوج ، ويكون في هذه الحالة طلاقاً بائناً محضاً فلا يترتب عليه شيء من إسقاط الحقوق المترتبة على الخلع فقد علمت أن الطلاق يقع وإن لم تقبل في صورة واحدة ويتوقف وقوعه على القبول في خمس صور .

١٥٠٤ - وأما إذا كانت الزوجة هي الموجبة ، فالصور ست أيضاً ؛ لأنها إما أن تقول : خلعتني بصيغة المفاعلة ، أو : اخلعتني بصيغة الأمر بلا مفاعلة ، أو : اختلعت منك بصيغة الماضي وفي كل إما أن تذكر بدلاً أو لا وهنا لا بد في وقوع الطلاق من قبول الزوج في كل الصور ؛ لأنه هو المالك للعصمة فلا بد من رضاه بإسقاط حقه .

١٥٠٥ - والخلع وإن كان لا يتم إلا بإيجاب وقبول ولكن الإمام الأعظم لا يقول معاوضة من جانب الزوجين بل هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من الزوجة فإذا قال الزوج لزوجته خلعتك : في نظير كذا فكأنه قال لها : قبلت أن تلتزمي لى بدفع هذا المبلغ فأنت طالق فإن قبلت فكأنها قالت : اشتريت عصمتي منك بهذا المبلغ وحينئذ تراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام معاوضة من جانبها .

١٥٠٦ - ويبنى على كون الخلع يميناً من جانب الزوج المسائل الآتية :

أولاً : أن الزوج إذا أوجب الخلع ابتداءً بأن قال لها : خلعتك في نظير كذا فلا يصح

رجوعه عنه قبل جواب الزوجة ؛ لأنه تعليق للطلاق بقبول المال فكأنه قال لها : إن قبلت أن تدفعي إليّ كذا فأنت طالق ولو كان معاوضة من جانبه لصح رجوعه قبل قبولها وحينئذ لا يملك نهي المرأة عن القبول .

ثانياً : إن قام من المجلس الذي أوجب فيه قبل أن تجيب الزوجة فلا يبطل الإيجاب ولو كان معاوضة لبطل بقيامه .

ثالثاً : لا يصح أن يجعل الزوج لنفسه خيار الشرط فإذا قال لها : خالعتك في نظير كذا على أنني بالخيار ثلاثة أيام فقبلت وقع الطلاق في الحال ولزمها المال وليس له بعد ذلك أن يرده ؛ لأن خيار الشرط لا يدخل في الأيمان .

رابعاً : له أن يعلقه على شرط مثل إذا تزوجت عليك أو إن غبت عنك فقد خالعتك في نظير كذا .

خامساً : للزوج أن يضيفه إلى زمن مستقبل ، كقوله : خالعتك بعد شهر نظير كذا فإن قبلت بعد حصول مدلول فعل الشرط في الأول وانقضاء الوقت المعين في الثاني صح القبول ووقع الطلاق البائن وليس لها أن تقبل قبلهما ؛ لأنه تطليق معلق على قبولها عند وجود الشرط والوقت ؛ فيكون قبولها قبل ذلك لغواً .

١٥٠٧ - وينبغي على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة المسائل الآتية :

١٥٠٨ - أولاً : أنها لا بد أن تكون عالمة بمعناه ؛ لأن المعاوضة يشترط فيها ذلك فإذا لقتها معنى خالعتني على كذا بلغة لا تعرفها فقالت كما قال ، وخالع فلا يقع الطلاق ولا يلزمها المال .

١٥٠٩ - ثانياً : أن الزوجة إذا كانت حاضرة في مجلس الخلع فلا بد من قبولها فيه وإن كانت غائبة يشترط قبولها في المجلس الذي علمت فيه بالخلع فإن قامت منه قبل قبولها فليس لها القبول بعده كما في سائر المعاوضات .

١٥١٠ - ثالثاً : إذا أوجبت الخلع ابتداء وقامت من المجلس الذي أوجبه فيه أو قام الزوج منه قبل قبوله بطل الإيجاب فليس له أن يقبل بعد قيامه أو قيامها من المجلس الذي صدر فيه الإيجاب .

١٥١١ - رابعاً : لها أن تحفظ لنفسها الحق في مدة معينة بين القبول والرد ، فإذا قال لها : خالعتك في نظير كذا ، فقالت : قبلت على أنني بالخيار ثلاثة أيام ، أو قالت خالعتني على كذا ولي الخيار مدة كذا فقبل الزوج صح هذا الشرط فلها في أثناء هذه المدة أن ترد وحينئذ لا يقع الطلاق فلا يلزمها المال ولها أن تقبل ، فيقع الطلاق ، ويلزمها بدل الخلع ، ومثله ما إذا مضت المدة المعينة ولم يصدر منها رد أو قبول .

(مادة ٢٨٠)

إِذَا أُزْجِيتِ الْمَرْأَةُ الْخَلْعَ ابْتِدَاءً ، بِأَنْ قَالَتْ : اِخْتَلَعْتُ نَفْسِي مِنْكَ بِكَذَا ، فَلَهَا الرَّجُوعُ
عَنْهُ قَبْلَ جَوَابِ الزَّوْجِ .
وَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، فَيُنْتَظَرُ بِقِيَامِهَا أَوْ قِيَامِهِ عَنْهُ قَبْلَ الْقَبُولِ . وَلَوْ قَبِلَ بَعْدَهُ ، لَا يَصِحُّ
قَبُولُهُ ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٤٤٢/٣ ، ٤٤٣) : (و) شرطه كالطلاق وصفته ما ذكره بقوله (وهو يمين في جانبه) لأنه تعليق الطلاق بقبول المال (فلا يصح رجوعه) عنه (قبل قبولها ، ولا يصح شرط الخيار له ، ولا يقتصر على المجلس) أي مجلسه ، ويقتصر قبولها على مجلس علمها (وفي جانبها معاوضة) بمال (فصح رجوعها) قبل قبوله (و) صح (شرط الخيار لها) ولو أكثر من ثلاثة أيام بحر (ويقتصر على المجلس) كالبيع .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٤٣/٣) : (و) القسم الثاني أن تبدأ هي ففسأل الطلاق بعوض كطلقتني بألف أو متى طلقتني فلك ألف (ويجيبها سواء عقلت) كما في الصورة الثانية (أو تجزت) كما في الأولى وهذا لا حاجة إليه (فهو معاوضة) لملكها البضع بالعوض (فيها شوب جمالة) لأن مقابل ما بذلته وهو الطلاق مستقل به الزوج كالعامل في الجمالة (ولها الرجوع قبل الجواب) لأن ذلك حكم المعاوضات والجمالات وكان مقتضى كونه معاوضة من جانبها أن لا يحتمل فيه صيغة التعليق لكنها احتملت لما فيها من شائبة الجمالة المحتملة لها حيث يقال إن رددت عبدي فلك كذا (ويشترط الطلاق) بعد سؤالها (فوراً) وإن عقلت بمنى لأن الغلب من جانبها المعاوضة كما مر (وإلا) أي وإن لم يطلقها فوراً (كان) تطلقه لها (ابتداء) للطلاق ؛ لأنه قادر عليه ، والظاهر أنه لو ادعى إنه جواب وكان جاهلاً لقرب عهده بالإسلام أو نشئه بيادية بعيدة عن العلماء صدق يمينه (فلو قالت : طلقتني ثلاثاً بألف) وهو يملك عليها أكثر من طلقة بقرينة ما يأتي في الطرف الثاني من الباب الرابع مع أن المسألة مذكورة ثم أيضاً (فطلقها واحدة) بثلاثة أو أطلق وقتت الواحدة (و) استحق ثلث الألف كظهيره في الجمالة (كأن قال رد عبدي بألف فرد أحدهما) .
قول المالكية : جاء في الفروق (١٨١/١) : (و) الصغيرة إذا اختلعت نفسها من زوجها فالطلاق واقع ، وإن لم يجب البذل عليها .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٦٥/٣ ، ٦٦) : (و) من قالت لزوجها (طلقتني) بألف أو على ألف . أو لك ألف (أو) قالت له (اخلعتني بألف أو على ألف ، أو ولك ألف ، أو) قالت له (إن طلقتني) فلك ألف ، أو فأنت بريء من ألف (أو) قالت له : (إن) خلعتني فلك (ألف) أو فأنت بريء منه : أي : الألف (فقال لها : طلقتك) جواباً لقولها : طلقتني . أو إن طلقتني (أو قال لها : خلعتك) جواباً لقولها : اخلعتني ، أو إن خلعتني (ولو لم يذكر الألف) مع قوله : طلقتك أو خلعتك (بانت) منه (واستحقه) أي : الألف ؛ لأن قوله : طلقتك أو خلعتك جواب لما استدعته منه ، والسؤال كالمعاد في الجواب =

١٥١٢ - وقد علمت من مادة (٢٧٥) أن العوض ليس بشرط في الخلع ، حيثئذ يصح سواء سمي الزوجان عوضًا أو لم يسميا .

١٥١٣ - فإن سميا بدلًا : فإما أن يكون غير المهر ، أو المهر . وإن لم يسميا : فإما أن يسكتا عنه ، أو ينفياه . فحيثئذ يمكننا أن نقول : خالغ الزوج زوجته فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة :

الأول : أن يسميا بدلًا غير المهر .

الثاني : أن يسكتا عن البذل .

الثالث : أن ينفياه .

الرابع : أن يسميا المهر أو شيئًا منه .

١٥١٤ - والخلع وإن اشترك مع الطلاق البائن في إزالة الزوجية، إلا أنه ينفرد بإسقاط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر بحسب التفصيل الذي سيلقى عليك بالنسبة للأحوال الأربعة المتقدمة.

١٥١٥ - فإن كان الأول وهو ما كان الخلع بعوض غير المهر ، بأن قال الزوج لزوجته : خالعتك في نظير خمسين جنيتها . وقبلت طائعة مختارة ، فلا كلام في وقوع الطلاق البائن ولزوم المبلغ الذي اتفقا عليه . وفي هذه الحالة تسقط الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر ولكن بشروط :

١٥١٦ - الأول : أن تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج ، فلو لم تكن مترتبة عليه فلا تسقط . فإذا اقترض أحد الزوجين الآخر مبلغًا معلومًا ، أو باع له شيئًا بضمن معلوم ، ولم يدفع المستقرض ما استقرضه ، أو لم يدفع ثمن ما اشتراه حتى حصل الخلع ، فلا يسقط شيء عن المدين منهما ؛ لأن هذه الحقوق ليست مترتبة على عقد الزواج ؛ إذ الأول مترتب على القرض والثاني على الشراء .

= أشبه ما لو قال : بعني عبدك بألف . فقال : بعته ولم يذكر الألف (من غالب نقد البلد) ؛ لأنه المعهود فينصرف الإطلاق إليه (إن أجازها على الفور) وإلا لم يكن جوابًا لسؤالها (ولها) أي : الزوجة (الرجوع) عما قالته لزوجها (قبل إجابته) ؛ لأنه إنشاء منها على سبيل المعاوضة ، فلها الرجوع قبل تمامه بالجواب . كالبيع ، وكذا قولها : إن طلقنتي فللك ألف ونحوه ؛ لأنه وإن كان تعليقًا فهو تعليق لوجوب العرض لا للإطلاق إن توافقت على أن تهبه الصدق أو تبره منه على أن يطلقها . كان بائنا ، وكذا لو قال : أبرئني ، وأنا أطلقك ، أو إن أبرأني طلقتك ونحوه مما يفهم منه سؤال الإبراء على أن يطلقها ، وأنها أبرأته على أن يطلقها . ذكره الشيخ تقي الدين .

١٥١٧ - الثاني : أن تكون هذه الحقوق مترتبة على عقد الزواج الذي حصل الخلع منه . فإذا فرض أن رجلاً تزوج امرأة بمائة جنيه ، ولم يعطها منها شيئاً ، وأوقع عليها طلاقاً بائناً ، ثم عقد عليها بمهر جديد وخالعهما في نظير مبلغ معلوم ، فلا يسقط مهر العقد الأول ؛ لأنه وإن كان مترتباً على عقد الزواج ، إلا أن هذا العقد ليس هو الذي حصل الخلع منه ، فلا يسقط .

١٥١٨ - الثالث : أن تكون الحقوق المترتبة على عقد الزواج الذي حصل الخلع منه ثابتة وقته ، وبناء عليه فلا تسقط نفقة العدة التي تعقب الخلع ، لأنها وإن كانت مترتبة على النكاح الذي حصل الخلع بواسطته ، إلا أنها ليست ثابتة وقت الخلع ، إذ هي لا تثبت إلا في العدة وهي لا تكون إلا بعد الخلع .

١٥١٩ - فظهر من هذه الشروط أن الحقوق التي تسقط بالخلع هي الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع منه .

١٥٢٠ - وينبغي على هذا الأصل المسائل الآتية :

١٥٢١ - أولاً : إذا حصل التزوج على مهر معلوم ولم تقبض الزوجة منه شيئاً أو قبضت جزءاً منه ، ثم حصل الخلع على عوض غير المهر ، لزمها دفع هذا العوض وسقط عنه كل المهر أو بعضه ، فليس لها أن تطالب زوجها به ولا بشيء منه ، سواء كان الخلع بعد الدخول أو قبله .

١٥٢٢ - ثانياً : إذا قصر الزوج في الإنفاق على زوجته ، فرفعت أمرها للقاضي ، وفرض لها مبلغاً معلوماً في كل شهر مثلاً ، ومضت مدة لم يدفع فيها شيئاً مما فرض ، ثم حصل الخلع ، سقطت هذه النفقة ، فليس لها أن تطالب بها ، سواء كان فرض كسوة أو غيرها .

١٥٢٣ - ثالثاً : إذا حصل التزوج ، ولم يسمَّ مهر في العقد ، ثم حصل الخلع بالصورة المتقدمة ، سقطت المنفعة التي تستحقها المرأة في هذه الصورة لو حصلت الفرقة من قبله بغير الخلع ، فليس لها أن تطالبه بها .

١٥٢٤ - رابعاً : إذا قصر الزوج في الإنفاق على زوجته ، وفرض لها القاضي كل شهر مثلاً مبلغاً معلوماً ، فعجل لها الزوج نفقة سنة ثم خالعهما بالصفة المتقدمة قبل مضي هذا الزمن ، سقط ما عجله من النفقة ، فليس له أن يسترد شيئاً منه .

١٥٢٥ - خامساً : إذا سلم الزوج كل المهر لزوجته وخالعهما قبل الدخول سقط المهر ،

فليس له أن يطالبها بشيء منه ، وإنما له المطالبة بالمبلغ المتفق عليه في الخلع ، ومن باب أولى ما إذا كان الخلع بعد الدخول ؛ لأن الطلاق قبل الدخول موجب لرد نصف المهر ، فإذا لم يلزمها رد شيء منه قبل الدخول فيكون بعد الدخول من باب أولى ^(١) .

(مادة ٢٨١)

إِذَا خَالَعَ الرَّوْجُ امْرَأَتَهُ ، أَوْ بَارَأَهَا عَلَى مَالٍ مُسَمًّى غَيْرِ الصَّدَاقِ ، وَقَبِلَتْ طَائِعَةً مُخْتَارَةً ، لَزِمَهَا الْمَالُ ، وَبَرِيَ كُلُّ مِنْهُمَا مِنَ الْحُقُوقِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ لِصَاحِبِهِ وَقَتَّ الْخَلْعِ أَوْ الْمُبَارَاةِ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالنِّكَاحِ الَّذِي وَقَعَ الْخَلْعُ مِنْهُ .

فَلَا تُطَالَبُ الْمَرْأَةُ بِمَا لَمْ تَقْبِضْهُ مِنَ الْمَهْرِ ، وَلَا بِتَقْفَةِ مَا صَبِيَةِ مَفْرُوضَةٍ ، وَلَا بِكَسْوَةٍ ، وَلَا بِمُتَعَةٍ إِنْ خَالَعَهَا زَوْجُهَا قَبْلَ الدُّخُولِ .

وَلَا يُطَالَبُ هُوَ بِتَقْفَةِ عَجَلِهَا وَلَمْ تَمُضْ مُدَّتُهَا ، وَلَا بِمَهْرٍ سَلَّمَهُ إِلَيْهَا .

وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُسَمَّنَا شَيْئًا وَقَتَّ الْخَلْعَ تَبَرُّأً كُلُّ مِنْهُمَا مِنْ حُقُوقِ الْآخَرِ ، فَلَا يُطَالَبُ بِمَا قَبِضَتْ ، وَلَا تُطَالَبُ بِمَا بَقِيَ فِي ذِمَّتِهِ قَبِيلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ^(٢) .

• • •

١٥٢٦ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان البدل مسكوتاً عنه ، كأن يقول لها : خالعتك . فتقبل قبولاً معمولاً عليه ، فجميع الأحكام التي عرفتها في الحالة الأولى تأتي هنا أيضاً .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٩٨) : إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية .

المادة (٩٩) : إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية . جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : تصح المخالعة على المهر وغيره : المادة (١٠٥) : إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية .

المادة (١٠٦) : عند عدم التسمية في المخالعة : إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية .

(٢) قول الحنفية : جاء في معين الحكام (ص ١٥٢) : اختلعت على كل حق يجب للنساء على الأزواج قبل الخلع وبعده ولم يذكر المهر ونفقة العدة يكفي ، ويرأى عن المهر ونفقة العدة ؛ إذ المهر يجب قبل الخلع ، ونفقة العدة تجب بعده . انظر فتاوى رشيد الدين ، ٤ .

(مادة ٢٨٢)

إِذَا كَانَ الْبَدَلُ مُتَّفِقًا بِأَنْ خَالَفَهَا لَا عَلَى شَيْءٍ ، فَلَا يَبْزَأُ أَحَدٌ مِنْهُمَا عَنْ حَقِّ صَاحِبِهِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٥٢ ، ١٥١/٣) : « إن كان بغير بدل بأن قال : خالعتك ، ونوى الطلاق ، فحكمه أنه يقع الطلاق ، ولا يسقط شيء من المهر ، وإن كان ببدل فإن كان البدل هو المهر بأن خلعتها على المهر ، فحكمه أن المهر إن كان غير مقبوض أنه يسقط المهر عن الزوج ، وتسقط عنه النفقة الماضية ، وإن كان مقبوضاً فعليها أن ترده على الزوج ، وإن كان البدل مالاً آخر سوى المهر فحكمه حكم سقوط كل حكم ، وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر ، والنفقة الماضية ، ووجوب البدل حتى لو خلعتها على عبد أو على مائة درهم ، ولم يذكر شيئاً آخر فله ذلك ثم إن كان لم يعطها المهر برئ ، ولم يكن لها عليه شيء سواء كان لم يدخل بها أو كان قد دخل بها ، وإن كان قد أعطها المهر لم يرجع عليها بشيء سواء كان بعد الدخول بها أو قبل الدخول بها ، وكذلك إذا بارأها على عبد أو على مائة درهم فهو مثل الخلع في جميع ما وصفنا ، وهذا قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف في المبرأة مثل قول أبي حنيفة . وقال في الخلع : إنه لا يسقط به إلا ما سميا . وقال محمد : لا يسقط في الخلع والمبرأة جميعاً إلا ما سميا ، حتى إنه لو طلقها على مائة درهم - ، ومهرها ألف درهم - فإن كان المهر غير مقبوض فإنها لا ترجع عليه بشيء سواء كان الزوج لم يدخل بها أو كان قد دخل بها في قول أبي حنيفة ، وله عليها مائة درهم ، وعندهما إن كان قبل الدخول بها فلها أن ترجع عليه بنصف المهر ، وذلك خمسمائة ، وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصاً فيرجع عليه بأربعمائة ، وإن كان بعد الدخول فلها أن ترجع عليه بكل المهر إلا قدر المائة فترجع عليه بتسعمائة ، وإن كان المهر مقبوضاً فله عليها المائة لا غير ، وليس له أن يرجع عليها بشيء من المهر سواء كان قبل الدخول بها أو بعده في قول أبي حنيفة ، وعندهما إن كان قبل الدخول يرجع إلى الزوج عليها بنصف المهر ، وإن كان بعده لا يرجع عليها بشيء ، وهكذا الجواب في المبرأة عند محمد ، والحاصل أن ههنا ثلاث مسائل : الخلع ، والمبرأة ، والطلاق على مال ، ولا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به من سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح ، ولا خلاف أيضاً في سائر الديون التي وجبت لا بسبب النكاح . وأنها لا تسقط بهذه التصرفات ، وإنما الخلاف بينهم في الخلع ، والمبرأة ، واتفق جواب أبي حنيفة ، وأبي يوسف في المبرأة ، واختلف جوابهما في الخلع ، واتفق جواب أبي يوسف ، ومحمد في الخلع ، واختلف في المبرأة ، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المبرأة ، ومع محمد في الخلع . وجه قول محمد أن الخلع طلاق بموضع ، فأشبهه الطلاق على مال ، والجامع بينهما أن حق الإنسان لا يسقط من غير إسقاطه ، ولم يوجد في الموضوعين إلا إسقاط ما سميا ، فلا يسقط ما لم تجز به التسمية ، ولهذا لم يسقط به سائر الديون التي لم تجب بسبب النكاح .

وكذا لا تسقط نفقة العدة إلا بالتسمية ، وإن كانت من أحكام النكاح كذا هذا وجه قول أبي يوسف ، وهو

الفرق بين الخلع ، والمبرأة ، أنَّ المبرأة صريح في إيجاب البراءة ؛ لأنها إثبات البراءة نصاً فيقتضي ثبوت البراءة =

١٥٢٧ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان البدل منفيًا ، بأن قال لها : اخلمي نفسك مني بغير شيء . ففعلت وقع الطلاق البائن ، ولا يلزمها شيء ، ولا تسقط الحقوق ؛ لأنه صريح في عدم المال ووقوع البائن .

(مادة ٢٨٣)

إِذَا خَالَعَهَا بِكُلِّ الْمَهْرِ وَرَضِيَتْ : فَإِنْ كَانَ مَقْبُوضًا ، رَجَعَ بِجَمِيعِهِ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَقْبُوضًا ، سَقَطَ عَنْهُ ، سِوَاءَ كَانَ الْخُلْعُ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ .
وَإِذَا خَالَعَهَا عَلَى بَعْضِهِ : فَإِنْ كَانَ الْكُلُّ مَقْبُوضًا وَالْخُلْعُ بَعْدَ الدُّخُولِ ، يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِذَلِكَ الْبَعْضِ ، وَيَتْرُكُ لَهَا الْبَاقِي . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِبَعْضِ الْبَعْضِ

= مطلقًا فيظهر في جميع الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح . فأما الحلخ فليس نصًا في إيجاب البراءة ؛ لأنه ليس في لفظه ما ينبي عن البراءة ، وإنما تثبت البراءة مقتضاه ، والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتًا من جميع الوجوه فثبتت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير ، ولأني حنيفة أن الحلخ في معنى المبارأة ؛ لأن المبارأة مفاعلة من البراءة والإبراء إسقاط فكان إسقاطًا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالمقد المتنازع فيه كالتخاصمين في الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا بالمبارأة ، والحلخ مأخوذ من الحلخ ، وهو النزع ، والنزع إخراج الشيء من الشيء بمعنى قولنا خلعنا أي : أخرجها من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام بالنكاح ، وذلك إما يكون بسقوط الأحكام الثابتة بالنكاح ، وهو معنى البراءة فكان الحلخ في معنى البراءة . والبراءة في العقود للمعاني لا للألفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف . وأما قول محمد إنه لم يوجد منها إسقاط غير المسمى فنقول : إن لم يوجد نصًا فقد وجد دلالة لما ذكرنا أن لفظ الحلخ دليل عليه ؛ ولأن قصدهما من الحلخ قطع المنازعة ، وإزالة الخلف بينهما ، والمنازعة ، والخلف إما وقعا في حقوق النكاح ، ولا تندفع المنازعة ، والخلف إلا بإسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون ؛ لأنه لا تعلق لها بالنكاح ، ولم تقع المنازعة فيها ، ولا في سببها ، فلا يتصرف الإسقاط إليها بخلاف الطلاق على مال ؛ لأنه لا يدل على إسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصًا ، ولا دلالة .

وأما نفقة العدة ؛ فلأنها لم تكن واجبة قبل الحلخ ، فلا يتصور إسقاطها بالحلخ بخلاف النفقة الماضية ؛ لأنها كانت واجبة قبل الحلخ بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الحلخ إسقاطًا بعد الوجوب فصح . ولو خلعها على نفقة العدة صح ، ولا تجب النفقة ، ولو أبرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الإبراء ، وتجب النفقة ؛ لأن النفقة في النكاح تجب شيئًا فشيئًا على حسب حدوث الزمان يومًا فيومًا فكان الإبراء عنها إبراء قبل الوجوب فلم يصح ، فأما نفقة العدة فإنما تجب عند الحلخ فكان الحلخ على النفقة مانعًا من وجوبها ، ولا يصح الحلخ على السكنى ، والإبراء عنه ؛ لأن السكنى تجب حقًا لله تعالى ؛ قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِدَلِيلٍ يَدْرَجِيهِ فَيُبْنِيَ عَلَيْهِ ﴾ ، فلا يملك العبد إسقاطه .

الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْخَلْعُ .

وَأِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَهْرُ مَقْبُوضًا ، سَقَطَ عَنْهُ مُطْلَقًا (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٨٩/١) : « وإذا خالمتها على مال مسمى معروف سوى الصداق ، فإن كانت المرأة مدخولاً بها والمهر مقبوضاً ، فإنها تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا يتبع أحدهما صاحبه بعد الطلاق بشيء ، وإن كان المهر غير مقبوض ، فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة رحمته ، أما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوضاً فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة رحمته وإن لم يكن المهر مقبوضاً يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف - زحمتها الله تعالى - كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة رحمته كذا في المحيط . إن خالمتها على مهرها فإن كانت المرأة مدخولاً بها وقد قبضت مهرها يرجع الزوج عليها بمهرها وإن لم يكن مقبوضاً سقط عن الزوج جميع المهر ، ولا يتبع أحدهما صاحبه بشيء ، وإن لم تكن مدخولاً بها ، فإن كانت قبضت مهرها وهو ألف درهم رجع الزوج عليها في الاستحسان بألف وإن لم تكن قبضت في الاستحسان يسقط المهر عن الزوج ولا يرجع عليها بشيء ، وإن خالمتها على عشر مهرها ومهرها ألف درهم ؛ فإن كانت المرأة مدخولاً بها ، والمهر مقبوضاً رجع الزوج عليها بمائة ويسلم لها الباقي في قولهم جميعاً ؛ وإن لم يكن المهر مقبوضاً سقط عن الزوج كل المهر في قول أبي حنيفة رحمته وإن لم تكن المرأة مدخولاً بها فإن كان المهر مقبوضاً رجع الزوج بعشر نصف المهر وذلك خمسون ؛ لأن مهرها عند الطلاق نصف المهر فيرجع عليها بعشر نصف المهر ويسلم لها الباقي وإن لم يكن المهر مقبوضاً برئ الزوج عن جميع مهرها في قول أبي حنيفة رحمته كذا في الظهيرية . هذا إذا خالمتها على جميع مهرها أو بعض مهرها وإن بارأها على جميع مهرها أو على بعض مهرها فعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - الجواب فيه كالجواب في الخلع على قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - كذا في المحيط .

رجل خلع امرأته بما لها عليه من المهر ثم ظهر أنه لم يكن لها عليه شيء كان عليها رد المهر كما لو قال : خلعتك على عبدك الذي في يدي ، أو على متاعك الذي في يدي ثم ظهر أنه لم يكن لها في يده شيء كان الخلع بمهرها إن كان المهر على الزوج يسقط ؛ وإن كانت قبضت مهرها من الزوج ردت على الزوج ما قبضت ولو خالمتها على مهر أو طلقها تطليقة بمهرها الذي عليه فقبلت ، والزوج يعلم أنه لا مهر لها عليه تقع تطليقة بائنة بغير شيء في الخلع ، وفي الطلاق بمهرها تقع تطليقة رجعية كذا في فتاوى قاضي خان .

ولو قبضت بعض المهر ووهبت منه بعضاً ثم اختلعت بشيء مجهول أخذ الزوج ما قبضت لا غير كذا في محيط السرخسي . رجل خالغ امرأته على أن ترد على الزوج جميع ما قبضت منه وكانت المرأة باعته ما قبضت منه أو وهبت من إنسان ودفعت إليه حتى تعذر عليها رد ذلك على الزوج كان عليها قيمة المقبوض إن كان من ذوات القيم وإن كان من ذوات الأمثال كان عليها مثل ذلك كذا في فتاوى قاضي خان .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٣٩٧/٤ ، ٣٩٨) : « لو خالمتها قبل الدخول على غير الصداق =

= استحققه وله نصف الصداق ، وإن خالعهما على الصداق كله صح في نصيبها دون نصيبه ، وبثبت له الخيار إن جهل التشطير ، فإذا فسخ عوض الخلع رجع عليها بمهر المثل ، وإلا فنصف الصداق ، وإن خالعهما على النصف الباقي لها بعد الفرقة صار كل الصداق له ، نصفه بعوض الخلع ونصفه بالتشطير ، وإن أطلق النصف بأن لم يقيده بالباقي لها بعد الفرقة صار كل الصداق له ، نصفه بعوض الخلع ونصفه بالتشطير ، وإن أطلق النصف بأن لم يقيده بالباقي ولا بغيره وقع العوض مشتركاً بينهما ، فلها عليه ربع المسمى ، وله عليها ثلاثة أرباعه بحكم التشطير وعوض الخلع ونصف مهر المثل بحكم ما فسد من الخلع ، وإن خالعهما على أن لا تبعة له عليها في المهر صح وجعلناه على ما يبقى لها منه .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٦٩/٢ ، ١٧٠) : قلت : رأيت التي تزوجت بشمر لم يد صلاحه إن اختلعت منه قبل البناء على مال ، أيجوز للزوج ما أخذ منها أم يكون مردوداً ، قال : أرى ذلك جائزاً له ، ولا أرى أن يرد ما أخذ ، وقد أخبرت أن كل ما اختلف الناس فيه إذا كان الميراث بينهما فيه والطلاق يلزمه فيه ، فأرى فيه الخلع جائزاً ، ولو رأيت الخلع فيه جائزاً ما أجزت الطلاق فيه ، قال سحنون : وقد كان قال لي ابن القاسم : كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه فالخلع فيه مردود ، ويرد عليها ما أخذ منها ؛ لأنه لا يأخذ ماله إلا بما يجوز له إرساله من يده وهو لم يرسل من يده إلا ما هي أملك به منه . جاء فيه (٢٤٤/٢ ، ٢٤٥) : ما جاء في خلع غير مدخول قلت : رأيت لو أن رجلاً تزوج امرأة على مهر مائة دينار فدفق إليها المائة فخالعته قبل البناء بها على أن دفعت إليه غلامها ، هل يرجع إليها بنصف المائة أم لا ؟ ، قال ابن القاسم : أرى أن ترد المائة كلها ، وذلك أنني سمعت مالكا وسئل عن رجل تزوج امرأة بمهر مسمى ، فافتدت منه بعشرة دنائير تدفعها إليه قبل أن يدخل بها على أن يدخل بها على أن يخلي سبيلها ، ففعل ثم أرادت أن تتبعه بنصف المهر ، قال : ذلك ليس لها . وقال مالك : هو لم يرض أن يخلي سبيلها حتى يأخذ منها فكيف تتبعه ، قال : وسمعت الليث يقول ذلك . قال ابن القاسم : ولم نسأل إن كان ينقدها أو لم ينقدها .

قال ابن القاسم : وسواء عندي نقدها أو لم ينقدها ، وما يبين أن لو كان نقدها ثم دعت إلى مراكبتها ومباراتها ففعل لوجب عليها إن كانت أخذت الصداق أن ترده كله ، فهي حين زادت آخران لا يسلك من المهر شيئاً إن كانت قبضته ، لو كان يكون لها أن تتبعه إذا أعطته لكان يكون لها أن تتبعه إذا لم تعطه وهما إذا اصطلحا قبل أن يدخل بها أو يتفرقا على وجه المباراة من أحدهما لصاحبه ، مما لا شك فيه أنها لا تحبس شيئاً مما كان نقدها ولم تتبعه بشيء إن كان لم ينقدها ، فهو حين أنه لم يرض أن يتاركها أو يبارتها حتى أخذ منها أخرى إن لا تتبعه في الوجهين جميعاً .

ولكن لو أن رجلاً قد تزوج امرأة وسمى لها صداقها فسالته قبل أن يدخل أن يطلقها على أن تعطيه شيئاً من صداقها كان له ما أعطته من صداقها ورجعت عليه فيما بقي بنصف ما بقي من صداقها إن كان لم ينقدها ، وإن كان قد نقدها رجع عليها بنصف ما بقي في يديها بعد الذي أعطته من صداقها . وإن كانت إنما قالت : طلقني تطليقة ، ولك عشرة دنائير ؛ فإنه إن كان لم يستثن ذلك من صداقها ، فإنها تتبعه بنصف المهر إن كان لم ينقدها إياه ، وتتبعها بنصف المهر إن كان قد نقدها إياه ، سواء الذي أخذ منها أو أخذته منه ، وإنما اشترت منه طلاقها ، وما يبين ذلك لك أن لو قالت له : طلقني قبل أن يدخل بها ؛ ولم تأخذ منه شيئاً أتبعه بنصف =

١٥٢٨ - وإن كان الرابع وهو ما إذا كان بدل الخلع هو المهر ، فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين :

١٥٢٩ - الأول : أن يكون كل المهر .

١٥٣٠ - الثاني : أن يكون بعض المهر .

١٥٣١ - فإن كان الأول ، كأن يقول لها : خالعتك في نظير مهرك . وقبلت قبولاً معولاً : فإما أن يكون المهر مقبوضاً ، أو غير مقبوض . فإن كان مقبوضاً : فإما أن يكون الخلع بعد الدخول ، أو قبله . ومثله ما إذا كان غير مقبوض ، فحينئذٍ معنا أربع صور :
١٥٣٢ - الصورة الأولى : أن يكون المهر مقبوضاً ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه الحالة يجب عليها رده للزوج بحسب الشرط المتفق عليه .

١٥٣٣ - الصورة الثانية : أن يكون المهر مقبوضاً أيضاً ، ولكن الخلع قبل الدخول . وحكمها كالأولى . وبعضهم لا يلزمها إلا برد النصف ؛ لأنه هو المهر الذي تستحقه المرأة بالفرقة قبل الدخول . ووجه الأول أن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد .
١٥٣٤ - الثالثة : أن يكون المهر غير مقبوض ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه الصورة يسقط عنه جميع المهر بحسب الشرط .

= الصداق وإن كان لم يتقده إياها وأتبعها بنصف الصداق وإن كان تقده إياها ، وإنما اشترت منه طلاقها بالذي أعطته ، فكما كان في الخلع إن لم تعطه شيئاً ، واصطلاحاً على أن يتفرقا وعلى أن يتاركا فلم يكن لها شيء من صداقها أعطته أو لم تعطه فكذاك إذا أعطته شيئاً سوى ذلك أجزأ إلا أن يكون لها من صداقها شيء ؛ لأنه لم يكن يرض أن يخالعهما إلا بالذي زادته من ذلك ، وكما كان يكون لو طلقها كان له نصف الصداق قبضته أو لم يقبضه ، فكذلك يكون لها نصف الصداق عليه إذا اشترت منه طلاقها ، فهما وجهان يبان .
قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٧/٧ ، ١٩٨) : « إن خالغ امرأته بنصف صداقها ، قبل دخوله ، بها صح وصار الصداق كله ؛ له نصفه بالطلاق ، ونصفه بالخلع . ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه ؛ لأنه إذا خالغها بنصفه ، مع علمه أن النصف يسقط عنه ، صار مخالغاً بنصف النصف الذي يبقى لها ، فيصير له النصف بالطلاق ، والرابع بالخلع . وإن خالغها بمثل نصف الصداق في ذمتها ، صح ، وسقط جميع الصداق ؛ نصفه بالطلاق بالمفاصة بما في ذمتها له من عوض الخلع . ولو قالت له : اخلعني بما تسلم لي من صداقي . ففعل ، صح ، ويرى من جميع الصداق . وكذلك إن قالت : اخلعني على أن لا تبعه عليك في المهر . صح ، وسقط جميعه عنه . وإن خالغته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ، ويرجع عليها بنصفه ؛ لأنه يسقط نصفه بالمفاصة بالنصف الذي لها عليه ، ويسقط عنه النصف بالطلاق ، يبقى لها عليه النصف . وإن خالغته بصداقها كله فكذاك ، في أحد الوجهين . وفي الآخر ، لا يرجع عليها بشيء ؛ لأنه لما خالغها به ، مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق ، كان مخالغاً لها بنصفه ، ويسقط عنه بالطلاق نصفه ، ولا يبقى لها شيء . »

١٥٣٥ - الرابعة : أن يكون المهر غير مقبوض ، والخلع قبل الدخول . وهي كالثالثة .
١٥٣٦ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان العوض بعض المهر ، كأن يقول لها : خالعتك على نصف مهرك (مثلاً) . فإما أن يكون كل المهر مقبوضاً ، أو غير مقبوض . وعلى كل : فإما أن يكون الخلع بعد الدخول ، أو قبله . فله أربع صور أيضاً :

١٥٣٧ - الأولى : أن يكون كل المهر مقبوضاً ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه الصورة يأخذ منها البعض الذي حصل الخلع عليه بحسب الشرط ، ويترك لها الباقي بحسب الخلع ؛ لأنه يسقط الحقوق كما عرفته مما تقدم .

١٥٣٨ - الثانية : أن يكون الكل مقبوضاً ، ولكن الخلع قبل الدخول . وفي هذه الحالة يأخذ منها نصف البعض المعين في الخلع . فإذا كان المهر مائة جنيه مثلاً ، وخالعها في هذه الصورة على عشرة ، وجب عليها نصفه ، وهو خمسة ؛ لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة ، وهي تستحق قبل الدخول نصف المهر المسمى في العقد ، وهو خمسون ، فيجب عليها عشرها وهو خمسة . والذي استظهره في فتح القدير في هذه الصورة أنه يأخذ منها البعض المتفق عليه كما في الصورة الأولى لا نصفه ؛ لأن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد وهو مائة جنيه ، لا لما تستحقه المرأة في هذه الحالة ، وهو الظاهر .

١٥٣٩ - الثالثة : أن يكون الكل غير مقبوض ، والخلع بعد الدخول . وفي هذه يسقط عنه جميع المهر بعضه بالشرط وبعضه بحكم الخلع ؛ لأنه يسقط الحقوق كما علم من قبل .

١٥٤٠ - الرابعة : أن يكون الكل غير مقبوض أيضاً ، ولكن الخلع قبل الدخول . وهي كالثالثة في الحكم لاشتراكهما في العلة المتقدمة .

١٥٤١ - وتثبت كل هذه الأحكام في جميع صور الخلع المتقدمة في شرح مادة (٢٧٩) إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا كان الخلع بلفظ الفعل الماضي بلا بدل ، كأن يقول لها : خلعتك . سواء قبلت أو لم تقبل ؛ فإنه في هذه الصورة لا يسقط شيء من الحقوق أصلاً .

١٥٤٢ - ومثل الخلع في كل الأحكام المتقدمة المبارأة ، فإذا قال رجل لزوجته : بارئتك . فهو على التفصيل والأحكام المتقدمة . وينبغي إذا قال لها : برئت من نكاحك . ألا يسقط شيء من الحقوق كما إذا قال لها : خلعتك . وإسقاط الحقوق في الخلع والمبارأة ليس متفقاً عليه ، بل القائل به الإمام الأعظم ، وقال أبو يوسف : المبارأة

تسقط الحقوق المتقدمة ، والخلع لا يسقطها . وقال محمد : لا يسقط إلا ما سمياه .
 ١٥٤٣ - واستدل : بأن هذه معاوضة ، وأثر المعاوضة لا يظهر إلا في وجوب
 المسمى لا في إسقاط غيره ، كما إذا كانت الفرقة بالطلاق على مال ؛ ولذا لا يسقط
 دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح ، مع أن النفقة أضعف من المهر .
 ١٥٤٤ - واستدل أبو يوسف : بأن المبرأة من البراءة ، فتقتضي البراءة من الجانبين ،
 وهي وإن كانت تشمل كل دين ، إلا أنا قيدناه بالواجب بالنكاح ، لدلالة الغرض وهو
 المبرأة من متعلقاته . أما الخلع فإنما يقتضي فصلًا وانخلاعًا ، وحقيقته تتحقق في حق
 النكاح ، فهي غير متوقفة على سقوط المهر .

١٥٤٥ - واستدل أبو حنيفة : بأن الخلع صلح وضع شرعًا لقطع المنازعة الكائنة بسبب
 الشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح ، فتمام تحقق مقصوده يجعله
 مستقطًا لما وجب بسبب تلك الوصلة ؛ فيسقط المهر ، وإلا عاد على موضوعه بالنقض .
 ١٥٤٦ - والظاهر مذهب محمد ، وإن كان المعمول به مذهب الإمام الأعظم ^(١) .

(مادة ٢٨٤)

نَفَقَةُ الْعِدَّةِ وَالسُّكْنَى لَا يَشْفِطَانِ ، وَلَا يَبْرَأُ الْخَالِعُ مِنْهُمَا إِلَّا إِذَا نُصَّ عَلَيْهِمَا صِرَاحًا
 وَقَتَّ الْخَلْعَ ^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٠١) : نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج الخالع
 منها إلا إذا نص عليها صراحة في عقد الخالعة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لا تسقط نفقة العدة إلا بالنص عليها في الخالعة : المادة (١٠٨) :
 نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد الخالعة .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٨٥/٢) : « وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في
 عدتها رجعيًا كان الطلاق أو بائنًا) وكذا الكسوة أيضًا ، وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة إلا أن تكون حاملًا
 فإن كانت حائلاً فلها السكنى بلا نفقة والمبانة بالخلع والإبلاء واللعان وردة الزوج ومجامعة أمها في النفقة
 سواء ، ولو ادعت المطلقة أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها ، قال الحنفي : ولو أن امرأة تطاولت
 عدتها فلها النفقة والسكنى وإن امتد ذلك إلى عشر سنين ما لم تدخل في حد الإياس وتقتضي العدة بالشهور
 بعد ذلك ؛ فإن اتهمها حلفها بالله ما انتقضت عدتها » .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (١٧٤/٥ ، ١٧٥) : « (و) المعتدة (الحائِل البائن بخلع أو ثلاث) في =

= الحر والثنتين في العبد (لا نفقة لها ولا كسوة) قطعاً لزوال الزوجية فأشبهت المتوفى عنها (وبجيان) أي : النفقة والكسوة (حامل) ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُمَّهَاتٍ لَأَنْفِقْنَ عَلَيْكُنَّ بِالْحَمَدِ وَأَسْرَارًا وَلَئِنْ كُنَّ أَبْنَاءَ لَأَنْفِقْنَ عَلَيْكُم بِالْحَمَدِ وَأَسْرَارًا وَلَئِنْ كُنَّ إِخْوَانًا لَأَنْفِقْنَ عَلَيْكُم بِالْحَمَدِ وَأَسْرَارًا وَلَئِنْ كُنَّ نِسَاءً لَأَنْفِقْنَ عَلَيْكُم بِالْحَمَدِ وَأَسْرَارًا وَلَئِنْ كُنَّ أُمَّهَاتٍ لَأَنْفِقْنَ عَلَيْكُنَّ بِالْحَمَدِ وَأَسْرَارًا ﴾ ولأنها مشغولة بمائة فهو مستمتع برحمتها فسار كالاستمتاع بها في حال الزوجية ؛ إذ النسل مقصود بالنكاح كما أن الوطء مقصود به .
 تتيه : اقتضاه على النفقة والكسوة قد يفهم أنه لا يجب غيرهما ، وليس مراداً ، بل يجب لها الأدم كما في زوائد الروضة والسكنى كما مر آخر العدد ، وذكر البغوي في فتاويه أيضاً وجوب الخادم لمخدومة ، واحترز بالينونة بالخلع أو الثلاث عن البائن بالفسخ بالعيب وغيره ، والأصح أنه إن كان بسبب مقارن للعقد : كالعيب والغرور فلا نفقة كما ذكره الرافعي في باب الحيار ؛ لأن الفسخ به يرفع العقد من أصله ، ولذلك لا يجب المهر إن لم يكن دخول ، وإن كان بسبب عارض : كالردة ، والرضاع ، واللعان إن لم ينف الولد فيجب ؛ لأنه قطع للنكاح كالطلاق ، وقضية كلام الدميري والزرکشي أن هذا التفصيل في الحائل ، وليس مراداً ، بل إنما هو في الحامل كما تقرر ، والواجب فيما ذكر (لها) بسبب الحمل على الصحيح أنها تجب مقدرة ، ولا تسقط بمضي الزمان ، ولو كانت للحمل لم يكن كذلك (وفي قول) قديم يجب ما ذكر (للحمل) فقط لوجوب ما ذكر بوجود الحمل وعدمه بعدم الحمل ، وإنما صرف لها لتغذيه بغذائها ، ثم فرع على الخلاف قوله : (فعلى الأول) الأصح (لا تجب) نفقة ولا غيرها (لحامل عن) وطء (شبهة) وهي غير مزوجة (أو) لحامل عن (نكاح فاسد) ؛ لأنه لا نفقة لها في حال التمسكين فبعده أولى ، وعلى الثاني تجب كما يلزمه نفقته بعد الانفصال ، ولو كان زوج الحامل البائن رقيقاً ، إن قلنا : النفقة لها وجبت ؛ لأنها تجب على الممسر وإلا فلا . أما المنكوحه إذا حبلت من الوطء بالشبهة ، فإن أوجبنا النفقة على الواطئ سقطت عن الزوج قطعاً ، وإلا فعلى الأصح في أصل الروضة .

تتيه : هذا كله ما دام الزوج حياً ، فلو مات قبل الوضع فقضية كلام الروضة هنا السقوط ، وفي الشرحين والروضة في عدة الوفاة عدم السقوط ، وهو المتمد . فإن قيل مقتضى قول المصنف (قلت : ولا نفقة لمعدة وفاة وإن كانت حاملاً ، والله أعلم) ترجيح الأول . أوجب بأنها ثم وجبت قبل الموت فاغتفر بقاؤها في الدوام فإنه أقوى من الابتداء ، ولما مر من أن البائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة بخلاف الرجعية ، وإنما سقطت هنا ؛ لقوله ﷺ : « ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة » رواه الدارقطني بإسناد صحيح . قال الشافعي - رضي الله تعالى عنه - : « ولا أعلم مخالفاً في ذلك » ولأنها إن كانت حائلاً فقد بانت بالموت ، والحائل البائن لا نفقة لها ، وإن كانت حاملاً ، فإن قلنا : النفقة للحمل سقطت ؛ لأن نفقة القريب تسقط بالموت ، وإن قلنا : لها بسببه فكذلك لأنها كالحاضنة للولد ، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت .

تتيه : تسقط النفقة لا السكنى بنفي الحمل ، فإن استلحقه رجعت عليه بأجرة الرضاع وببدل الإنفاق عليها قبل الوضع وعلى ولدها ولو كان الإنفاق عليه بعد الرضاع . فإن قيل رجوعها بما أنفقت على الولد بنافي إطلاقهم أن نفقة القريب لا تصير ديناً إلا بقرض . . أوجب بأن الأب هنا تعدى بنفيه ولم يكن لها طلب في ظاهر الشرع ، فلما أكذب نفسه رجعت حيثئذ .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦٣/٢) : « (ولا نفقة للمختلعة) لبيوتتها (إلا في) زمن (الحمل) =
 اللاحق به فيجب عليه نفقتها ، إلا أن يكون خالماً على إسقاطها فتسقط ، كما تسقط لو خالماً على

= إسقاط أجرة رضاعها إياه بعد وضعه لقول خليل : وجاز شرطه نفقة ولدها مدة رضاعه فلا نفقة للحمل .
 قول الحنابلة : جاء في المفتي (١٨٥/٨ ، ١٨٦) : (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ، فلا سكنى لها ، ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملاً) وجملة الأمر : أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فإما أن يكون ثلاثاً ، أو بخلع ، أو بانت بفسخ ، وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى ، بإجماع أهل العلم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَنْكِزُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُمْ لَنْ يُغْنِيَكُمْ عَنْهُ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ ؛ وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس : « لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً » ؛ ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمكنه النفقة عليه ، إلا بالإنفاق عليها فوجب ، كما وجبت أجرة الرضاع وإن كانت حائلاً ، فلا نفقة لها وفي السكنى روايتان : إحداهما : لها ذلك وهو قول عمر ، وابنه وابن مسعود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ، ومالك ، والشافعي ؛ للآية ، والرواية الثانية : لا سكنى لها ، ولا نفقة وهي ظاهر المذهب ، وقول علي ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وداود ، وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والبيهقي ، والعبدي ؛ لأن ذلك يروى عن عمر ، وابن مسعود ولأنها مطلقة ، فوجبت لها النفقة والسكنى ، كالرجعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر ، أنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة . وأنكرته عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه . ولما روت فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها البتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته ، فقال : والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن تعد في بيت أم شريك » متفق عليه وفي لفظ : « فقال رسول الله ﷺ : انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة ، فلا نفقة ولا سكنى » رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحميدي ، وغيرهم قال ابن عبد البر من طريق الحجية : وما يلزم منها ، قول أحمد ابن حنبل ومن تابعه أصح وأصح ؛ لأنه ثبت عن النبي ﷺ نكاحاً صريحاً ، فأى شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله مراده ، ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : ﴿ أَنْكِزُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ ﴾ ، وأما قول عمر ، ومن وافقه ، فقد خالفه علي وابن عباس ، ومن وافقهما ، والحجة معهم ، ولو لم يخالفه أحد منهم ، لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ فإن قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره ، ولم يصح عن عمر أنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة فإن أحمد أنكره ، وقال : أما هذا فلا ، ولكن قال : لا تقبل في ديننا قول امرأة وهذا أمر يرد الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية ، فأى حجة في شيء يخالفه الإجماع ، وترده السنة ، ويخالفه فيه علماء الصحابة قال إسماعيل بن إسحاق : نحن نعلم أن عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملاً ، بقوله سبحانه : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمَلَ فَايْتَقُوا عَنْ يَدَيْكُمْ حَتَّى يَضَعُوا حَمْلَهُمْ ﴾ ؛ وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن ؛ لاشرطه الحمل في الأمر بالإنفاق وقد روى أبو داود ، وغيره من الأئمة ، بإسنادهم عن ابن عباس ، قال : « ففرق رسول الله ﷺ بينهما يعني المتلاعنين وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت » ؛ ولأن هذه محرمة عليه تحريمًا لا تزيله =

١٥٤٧ - قد عرفت من شرح مادة (٢٨١) أن الحقوق التي تسقط بالخلع هي الحقوق الثابتة لكل من الزوجين على الآخر وقت الخلع مما يتعلق بالنكاح الذي حصل الخلع منه . فإذا لم تكن الحقوق ثابتة وقت الخلع ، فإنها لا تسقط به .

١٥٤٨ - وينبغي على ذلك أن نفقة العدة والسكنى لا تسقطان ، فللزوجة مطالبته بهما ؛ لأن كلا منهما وإن كان مترتباً على عقد الزواج ، إلا أنه ليس ثابتاً وقت الخلع ، بل يثبت بعده ؛ إذ العدة التي يجب لها فيها النفقة والسكنى إنما تكون بعد الخلع لا وقته .

١٥٤٩ - ولكن لو نص عليهما وقته ، بأن قال لها : خالعتك على نفقة العدة والسكنى . سقطا .

١٥٥٠ - هذا هو المأخوذ من المادة ، وهو مسلم بالنسبة للنفقة ، وأما السكنى فقد نصوا على أنه لا يصح إسقاطها بحال ، لما أن سكنها في غير بيت الطلاق معصية ، ولكن لو أبرأته عن مؤونة السكنى ، بأن كانت ساكنة في بيت هو ملكها أو تعطي أجرته من مالها صح ، فربما يحمل ما في المادة على هذا .

(مادة ٢٨٥)

إِذَا هَلَكَ بَدَلُ الْخَلْعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ لِلزَّوْجِ ، أَوْ ادَّعَاهُ آخَرَ وَأَثَبَتْ حَقَّهُ ، فَعَلَيْهَا مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلًا أَوْ قِيَمَتُهُ إِنْ كَانَ قِيَمًا ^(١) .

• • •

= الرجعة ، فلم يكن لها سكنى ولا نفقة ، كالملاعة أو كالأجنبية ، وفارقت الرجعية في ذلك وأما الرجعية ؛ فلها السكنى والنفقة ؛ للآية والخبر والإجماع ؛ ولأنها زوجة بلحقها طلاقه وظهاره وإلاؤه .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٤٤٦/٣) : « ولو هلك بدله في يدها قبل الدفع (أو استحق فعلها قيمته لو) البديل (قيميًا ، ومثله لو مثليًا) ؛ لأن الخلع لا يقبل الفسخ .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٤٣٥/٤ ، ٤٣٦) : « والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد ، وقيل : ضمان يد ، ومحل البيونة بالمجهول إذا لم يكن فيه تعليق ، أو علق بإعطاء مجهول يمكن إعطاؤه مع الجهالة . أما إذا قال : إن أبرأتني من صداقتك ، أو من دينك فأنت طالق فأبرأته ، وهي جاهلة به لم تطلق ؛ لأن الإبراء لم يصح فلم يوجد ما علق عليه الطلاق ، قاله السبكي وهو المعتمد وكلام الماوردي يوافق ، وفي كلام القفال ما يدل عليه ، وفي كلام ابن الصلاح ما يخالفه ، وجرى عليه في الأنوار ، فقال : لو قال : إن أبرأت فأنت طالق ، فأبرأته جاهلة به لم تطلق ، بخلاف إن أبرأتني ، ومحل وقوع الطلاق عند التعليق بالبراءة من الصداق ، أو الدين إذا كان معلومًا ما إذا لم يتعلق بذلك الدين زكاة ، فإن تعلقت به الزكاة وأبرأته لم يقع الطلاق ؛ لأن الطلاق معلق على البراءة من جميع الدين ، والدين قد =

١٥٥١ - وبدل الخلع : إما أن يكون دينًا في ذمة الزوجة ككلائين جنيهاً مثلاً ، أو عيناً كجمل معلوم أو عشرين قنطاراً من القطن مشاراً إليها .

١٥٥٢ - فإن كان الأول ، فلا يقال : إنه هلك قبل تسليمه للزوج ، أو استحقه شخص آخر غير الزوجة ؛ لأنه لا يتأتى فيه ذلك .

١٥٥٣ - وإن كان الثاني ، فما دام موجوداً ويمكنها تسليمه إلى الزوج ، أجبرت على التسليم متى طلبه .

١٥٥٤ - فإن عدم ، بأن هلك أو استهلك قبل تسليمه للزوج : فإما أن يكون قيمياً كالجمل ، أو مثلياً كالقطن .

١٥٥٥ - فإن كان قيمياً ألزمت بدفع قيمته له ، فحيثُ ينظر إلى ما يساويه الجمل المعين من النقود ، وتعطيه له .

١٥٥٦ - وإن كان مثلياً ألزمت بدفع مثله إليه . ومثله ما إذا كان موجوداً ، ولكن لا يمكنها تسليمه للزوج كما إذا ادعاه شخص وأثبت أنه مملوك وحكم له به . ففي هذه الحالة لا يمكنها التسليم ؛ لأنه صار مملوكاً لغيرها ، فنزلها القيمة أو المثل .

١٥٥٧ - ولا فرق في الاستحقاق بين ما إذا كان قبل التسليم أو بعده ، بخلاف الهلاك أو الاستهلاك ، فإنها تلزم به إذا حصل أحدهما قبل التسليم لا بعده ؛ لأنه مضمون عليها ما دام في يدها ، فإذا سلمته صار مضموناً على الزوج ^(١) .

= استحق بعضه الفقراء ، فلا تصح البراءة من ذلك البعض فلم توجد الصفة ، كما لو باع المال الذي تعلق به الزكاة بعد الحول فإنه يطل في قدرها ، نبه عليه ابن العماد وهو حسن وإن نظر فيه بعضهم .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٦٢/٤) : « إذا ثبت أنه يصح الخلع بالفرر ؛ فإنه إن سلم وقبضه فهو له على ما هو عليه ، وإن تلف فلا شيء له غيره ، والطلاق نافذ على حكمه قاله القاضي أبو محمد ، والدليل على ذلك أنه عقد يجوز في معين من الفرر ، فإذا لم يسلم لم يكن له غيره كالهبة ، والوصية .

قول المخالفة : جاء في كشاف الفناع (٢١٩/٥) : « (والعوض في الخلع كالعوض في الصداق ، والبيع إن كان مكيلاً ، أو موزوناً ، أو معدوداً ، أو مذروعاً لم يدخل في ضمان الزواج) إلا بقبضه (ولا يملك) الزوج (التصرف فيه إلا بقبضه) وتقدم في البيع مفصلاً (وإن تلف) عوض الخلع المكيل ونحوه (قبله) أي : قبل القبض (فله) أي : الزوج (عوضه) ولم يتفسخ الخلع بتلفه (وإن كان) عوض الخلع (غير ذلك) أي : غير مكيل ، ولا موزون ، ولا معدود ، ولا مذروع (دخل في ضمانه بمجرد الخلع وضح تصرفه فيه) قبل قبضه ، قلت : إن لم يكن معقوداً عليه بصفة أو رؤية متقدمة كالبيع .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٠٢) : ١ - إذا اشترط في المخالفة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد أو اشترط إسساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على =

(مادة ٢٨٦)

إِذَا اشْتَرَطَ الزَّوْجُ عَلَى الْمَرْأَةِ وَقْتُ الْخَلْعِ بَرَاءَتَهُ عَنْ أَجْرَةِ رِضَاعِ وَلَدِهِ مِنْهَا سَنَتِي الرِّضَاعِ ، أَوْ اشْتَرَطَ إِمْسَاكَهَا لَهُ وَالْيَتِيمَ بِتَفَقُّهِ بَعْدَ الْفِطَامِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، وَقَبِلَتْ ذَلِكَ ، تَجَبَّرَ عَلَى إِرْضَاعِ الْوَلَدِ مُدَّةَ السَّنَتَيْنِ ، وَتَلَزَمَ بِتَفَقُّهِ فِي الْمُدَّةِ الْمُعَيَّنَةِ لِإِمْسَاكِهَا .

فَإِنْ تَزَوَّجَهَا ، أَوْ هَرَبَتْ وَتَرَكَتْ لَهُ الْوَلَدَ ، أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ ، أَوْ مَاتَتْ هِيَ قَبْلَ تَمَامِ مُدَّةِ الرِّضَاعِ ، أَوْ قَبْلَ تَمَامِ مُدَّةِ إِمْسَاكِهَا ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهَا بِبَقِيَّةِ أَجْرَةِ الرِّضَاعِ إِلَى تَمَامِ مُدَّتِهِ وَبِنَفَقَةٍ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ الَّتِي قَبِلَتْ إِمْسَاكَ الْوَلَدِ فِيهَا ، مَا لَمْ يَشْتَرِطْ وَقْتُ الْخَلْعِ عَدَمَ الرُّجُوعِ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ إِذَا مَاتَتْ هِيَ أَوْ الْوَلَدُ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ .

وَكَذَلِكَ إِذَا خَالَعَهَا عَلَى إِرْضَاعِ حَمْلِهَا سَنَتَيْنِ ، وَظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي بَطْنِهَا وَلَدٌ ، أَوْ أَسْقَطَتْ ، أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْمُدَّةِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلْمُخَالِعِ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَيْهَا بِقِيَمَةِ الرِّضَاعِ عَنِ الْمُدَّةِ كُلِّهَا أَوْ مَا يَكُونُ بَاقِيًا مِنْهَا ^(١) .

* * *

= الزوجة بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : رجوع الزوج على الزوجة ببدل الخلع: المادة (١٠٩) : إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضائه أو اشتراط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة أو إنفاقها عليه فتزوجت ، أو تركت الولد ، أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضائه ونفقته عن المدة الباقية . أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت . (١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٤٩/٣) : « ولو خلع امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع وعليها أن ترضعه سنتين فإن مات ابنها قبل أن ترضعه شيئاً يرجع عليها بقيمة الرضاع للمدة ، وإن مات في بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقي ؛ لأن الرضاع مما يصح الاستنجار عليه قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْضَعْنَهُمْ أَجْرَهُمْ ﴾ فيصح أن يجعل جعلاً في الخلع ، وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض اختلعت عليه فهلك في يدها قبل التسليم فيرجع إلى قيمته ، ولو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك أجلاً أربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل ، وإن هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شيء عليها ؛ لأن النفقة ليس لها مقدار معلوم فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شيء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦٣/٢) : « (ولا نفقة للمختلعة) لبيوتها (إلا في) زمن (الحمل) اللاحق به فيجب عليه نفقتها ، إلا أن يكون خالعهما على إسقاطها فتسقط ، كما تسقط لو خالعهما على إسقاط أجرة رضاعها إياه بعد وضعه لقول خليل : وجاز شرطه نفقة ولدها مدة رضاعه فلا نفقة للحمل » . قول الحنابلة : جاء في المنهي (٢٥٦/٧) : « وإن خالعهما على كفاية ولده عشر سنين صح ، وإن لم يذكر مدة الرضاع منها ، ولا قدر الطلعم والأدم ، ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله . وقال الشافعي لا يصح حتى =

١٥٥٨ - واعلم أن الولد إذا كان له مال ؛ فنفته في ماله ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً . فإن لم يكن له مال ، فنفته على أبيه حتى يبلغ المذكر حد الكسب وتزوج الأنثى ما لم تكن مكتسبة بالفعل .

١٥٥٩ - ولاشك أن من ضمن النفقة أجره الرضاع في مدته . فإذا خال الزوج زوجته ، وجعل بدل الخلع أجره رضاع ولده منها مدة الرضاع وهي سنتان ، لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ ﴾ (١) . أو جعل بدل الخلع إمساك الأم للولد مدة معلومة تنفق عليه فيها ، صح ذلك لرضاها بتحمل ما يلزم الأب ، وحينئذ تجبر الأم على ما التزمت به بدلاً للخلع ، فترضع الولد وتنفق عليه المدة المتفق عليها بينهما .

١٥٦٠ - فإذا حصل في أثناء المدة ما يسقط أجره الرضاع عن الأب ، ووفت بما التزمت به ، فلا رجوع له عليها بشيء .

١٥٦١ - أما إذا حصل في أثناء المدة ما يسقط عنه أجره الرضاع ، بأن تزوجها قبل مضي مدته ، فإنه يأخذ منها أجره مثل المدة الباقية ، إلا إذا كان هناك شرط بخلاف ذلك . وإنما كان تزوجها به مسقطاً لأجره الرضاع ؛ لأن المرأة لا تستحق أجره على

= يذكر مدة الرضاع ، وقدر الطعام وجنسه ، وقدر الإدام وجنسه ، ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه ، وما يحل منه كل يوم . ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقاً ، وقد ذكرناه في الإجارة ودللتنا عليه بقصة موسى عليه السلام ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « رحم الله أخي موسى ، أجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه » ؛ ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة ، وهي غير مقدرة ، كذا هاهنا . وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الصبي ، وما يحتاج إليه ؛ لأنه بدل ثبت له في ذمتها ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، فإن أحب أنفق بهينه ، وإن أحب أخذه لنفسه ، وأنفق عليه غيره . وإن أذن لها في إنفاقه على الصبي ، جاز فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع ، فلا يهيه أن يأخذ ما بقي من المؤنة . وهل يستحقه دفعة أو يوماً بيوم ؟ ، فيه وجهان ؛ أحدهما : يستحقه دفعة واحدة . ذكره القاضي في « الجامع » ، واحتج بقول أحمد : إذا خالعهما على رضاع ولده ، فمات في أثناء الحولين . قال : يرجع عليها ببقية ذلك . ولم يعتبر الأجل ؛ ولأنه إنما فرق لحاجة الولد إليه متفرقاً ، فإذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة . والثاني : لا يستحقه إلا يوماً بيوم . ذكره القاضي ، في « المجرى » ، وهو الصحيح ؛ لأنه ثبت منجماً ، فلا يستحقه معجلاً ، كما لو أسلم إليه في خبز يأخذه منه كل يوم أوطالاً معلومة ، فمات المستحق له ؛ ولأن الحق لا يحل بموت المستوفي ، كما لو مات وكيل صاحب الحق ، وإن وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه . ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان ، كهذين . وإن ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان ، كهذين ، بناء على أن الدين ؛ هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟ .

إرضاع ولدها ما دامت الزوجية موجودة .

١٥٦٢ - ومثل هذا ما إذا لم توف بما التزمت ، ولو كان السبب قهريًا . فإذا هربت وتركت له الولد ، أو ماتت قبل تمام المدة المعينة ، أو مات الولد قبل انقضائها : فإما ألا يشترط أنه إن حصل شيء من هذا القبيل فلا تلزم بشيء ، أو يشترط .

١٥٦٣ - فإن كان الأول : فله أن يأخذ منها أجره الرضاع والنفقة لما بقي من المدة .

١٥٦٤ - وإن كان الثاني : فلا يأخذ منها شيئًا وهو ظاهر ، إلا أنه في صورة هربها أو موت الولد يأخذ منها هي ، وفي صورة موتها يأخذ المبلغ المقدر من تركتها ؛ لأنه دين عليها ، والمدين تُقضى ديونه من تركته .

١٥٦٥ - ومثل هذا في الحكم ما إذا خالعا على إرضاع حملها سنتين ، فإن ظهر أنها حامل ووضعت واستمر الولد حيًا هذه المدة ، أجبرت على ما التزمت به .

١٥٦٦ - فإن ظهر أنها ليست بحامل ، أو حامل ولكنها لم تلده حيًا بل نزل سقطًا ، أو ولدته حيًا ولكنه مات في أثناء المدة ؛ فإنه يأخذ منها أجره الرضاع عن المدة كلها إن لم يحصل رضاع أصلًا ، أو عن المدة الباقية إن حصل رضاع في بعضها ، إلا إذا كان هناك شرط يقضي بخلاف ذلك .

(مادة ٢٨٧)

إِذَا اخْتَلَعَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى إِمْسَاكِ وَلَدِهَا إِلَى الْبُلُوغِ ، فَلَهَا إِمْسَاكُ الْأُنثَى دُونَ الْعُلَامِ .
وإن تَزَوَّجَتْ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، فَلِلزَّوْجِ أَخْذُ الْوَلَدِ مِنْهَا ، وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى تَرْكِه عِنْدَهَا ، وَيُنظَرُ إِلَى أَجْرَةِ مِثْلِ إِمْسَاكِهِ فِي الْمُدَّةِ الْبَاقِيَةِ فَيَرْجِعُ بِهَا عَلَيْهَا ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٩٠/١) : « ولو اختلعت على أن تمسك الولد إلى وقت البلوغ صح وهذا إذا كان أنثى أما في الإبن فلا يصح ؛ لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكته مع الأم يتخلق بأخلاق النساء وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى فإن تزوجت الأم فللاب أن يأخذ الولد منها وإن اتفقا لا يترك عندها ؛ لأن هذا حق الولد وينظر إلى أجر مثل إمساك الولد في تلك المدة ويرجع الزوج عليها بذلك وإنما يصح الحلح على إمساك الولد إذا بين المدة ؛ فإن لم يبين لا يصح سواء كان الولد رضيعًا أو فطيمًا ، وفي المنتقى إن كان الولد رضيعًا صح وإن لم يبين المدة وترضع الحولين كذا في الخلاصة » .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٥٢/٣) : « (يصح كون العوض منفعة تستأجر كإرضاع الطفل =

١٥٦٧ - والعوض المذكور في الخلع إن كان من خالص حق الزوجين ، وأسقط صاحب الحق حقه ، فلا كلام فيه .

١٥٦٨ - وإن كان من حقوق غيرهما ، فلا يملك إسقاطه وإن اتفقا عليه إلا إذا أمكن .

١٥٦٩ - وينبغي على هذا الأصل المسائل الآتية :

= وحضاته (ولو كان الولد من غيرهما (مدة معلومة) كما يصح كونه عيّنًا (فإن امتنع الطفل) من الارتضاع (أو مات انفسخ) العقد (في الباقي) من المدة لا في الماضي منها عملاً بتفريق الصفقة . (ويرجع) الزوج عليها (بقسطه) أي : الباقي (من مهر المثل) إذا وزع على أجزئي مثل المدتين (فإن خالعهما على كفايته عشر سنين ترضعه منها ستين وتحضنه وتفقهه) أي : تنفق عليه (الباقي) منها (وقدر كفاية كل يوم وكسوة كل فصل) (أو سنة) وكان ذلك مما يجوز السلم فيه ووصفه (بصفات السلم الصحيح صح) الخلع بناء على صحة العقد الجامع بين عقدين مختلفي الحكم ؛ لأن فيه جمعًا بين إجارة وسلم (وإلا) بأن لم يقدر شيئًا أو كان مما لا يجوز السلم فيه أو لم يصفه بصفات السلم (فلا) يصح (ووجب) عليها له (مهر المثل) ، لفساد العوض (وللزوج) فيما إذا صح الخلع (أمرها بالإتفاق) على الطفل (و) له (أخذها) أي النفقة (لينفق) هو عليه فهو مخير بينهما وأراد بالإتفاق ما يشمل الكسوة ثم إن عاش الطفل حتى استوفى العوض فذاك (فإن خرج زهيّدًا) أي : قليل الأكل وفضل من المقدر شيء (فالزائد للزوج أو رغيّتا) أي : كثير الأكل واحتاج إلى زائد (فالزائد عليه) أي : على الزوج .

(فإن مات) الطفل (في مدة الرضاع انفسخ) العقد (فيما بقي من مدته لا في) ما مضى منها ولا في (النفقة والكسوة) عملاً بتفريق الصفقة فيستوفى الزوج النفقة والكسوة ويرجع لما انفسخ العقد فيه من المدة إلى حصته من مهر المثل (فتقوم النفقة والكسوة وأجرة) مثل (مدة الرضاع) الماضية والباقية (وتعرف نسبة) قيمة (باقيها) من جميعها (فيؤخذ من مهر المثل) بتلك النسبة أما إذا مات بعد مدة الرضاع فيبقى استحقاق النفقة والكسوة كما صرح به أصله وشمله قوله : (ولا تتمجّل النفقة) والكسوة أي : استحقاقها (بموته) في مدة الرضاع أو بعدها بل يبقى منجمًا كما كان لأن الدين إنما يحل بموت المدين (فإن انقطع جنس النفقة أو الكسوة ثبت) للزوج (الخيار) كما في السلم فيه إذا انقطع (في الجميع) أي : جميع المسلم فيه (لا في المنقطع) فقط كظنهم فيما لو اشترى عبيدين فوجد أحدهما معيّنًا وأراد إفراذه بالرد .

قوله : (فإن اختار الفسخ فسح في الجميع) زيادة إيضاح ومع هذا فلو قال : ثبت الخيار ، فإن اختار الفسخ فسح في الجميع لا في المنقطع كان أخصر وأوضح ، وإنما لم يفسح في المنقطع كالأعيان لبعدهما جنبًا وعتدًا نقله في الأصل عن المتولي وأقره .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (١٣/٤) : « وجاز للمرأة أن تخالع زوجها على إسقاط حضانة ولدها للأب ويسقط حقها من الحضانة وينتقل الحق فيها للأب وهذا دليل لأحد القولين الجارين في أن من ترك حقه في الحضانة إلى من هو في ثالث درجة أنه لا يكون للثاني القيام ؛ لأن الأب المسقط له قام مقام الأم المسقطه فكما أنه لا قيام لمن بعدها مع وجودها فلا كلام له مع من قام مقامها وهو في المدونة أيضًا . »

١٥٧٠ - أولاً : إذا اختلعت من زوجها على أن تمسك الولد عندها مدة الحضانة أو أقل منها وتنفق عليه فيها ، صح ذلك الشرط ؛ لأنه لا يؤثر على حقوق الولد ما دامت قادرة على الإنفاق .

١٥٧١ - ثانياً : إذا اختلعت من زوجها في نظير أن تمسك الولد مدة أكثر من مدة الحضانة بأن كانت إلى البلوغ ، ففي هذه تفصيل ؛ لأن الولد : إما أن يكون مذكراً ، أو مؤنثاً .

١٥٧٢ - فلو كان مذكراً كان هذا الشرط لاغياً ، لأن هذا الشرط مخالف لمصلحته ؛ إذ المصلحة في تسليمه إلى الأب بعد انتهاء مدة الحضانة التي هي سبع سنين وهي سن التمييز ؛ لأنه يحتاج بعدها إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكثه عند الأم يتخلق بأخلاق النساء ، ولا شك أن في هذا ضرراً بالنسبة إليه ، فيلغو ولو اتفقا عليه ، ولا يبقى عندها بعد السبع .

١٥٧٣ - وإن كان الولد مؤنثاً ، قالوا : إن الشرط صحيح إلى البلوغ ؛ لأنه ليس فيه تضييع حق الولد .

١٥٧٤ - وبالتأمل نرى أن البنت لها حقوقاً أيضاً ، فتمسك عند كل من الأبوين الزمن الذي يكون فيه أقدر على القيام بشؤونها من الآخر ، فتبقى عند الأم إلى سن السبع الذي هو سن التمييز ، وتترك عندها بعد ذلك سنتين لاحتياجها بعد التمييز إلى من يعلمها الأمور المنزلية ، والأم أقدر على ذلك من الأب . فإذا بلغت تسع سنين فقد بلغت حد الشهرة ، وحينئذ تسلم إلى الأب ؛ لأنه في هذه الحالة أقدر على صيانتها التي من أعظم حقوق البنت ، وإن كان فيها حق غيرها أيضاً ، فكيف يقال بعد ذلك أن البنت تترك عندها إلى البلوغ ، اللهم إذا كان هذا جارياً على القول المرجوح من أن الأم لها حق حضانة الأنتى إلى البلوغ ، والمفتى به خلافه .

١٥٧٥ - ثالثاً : إذا اختلعت من زوجها على إمساك الولد زمناً لا يزيد عن مدة الحضانة ، وتزوجت في أثناء المدة بغير محرم للصغير ، فللزواج أخذه منها ، وليس لها أن تحتج بالاتفاق الحاصل بينهما ؛ لأن في مراعاته إسقاط حق الولد ؛ إذ بقاؤه عند زوجها الأجنبي مضر به ، فينزع منها ولا يسري اتفاقهما عليه . وفي هذه الحالة ينظر إلى أجرة مثل إمساك الولد في المدة الباقية ويأخذه منها .

١٥٧٦ - رابعاً : إذا اختلعت من زوجها بشرط أن الأب يمسك الولد عنده مدة الحضانة ، بطل هذا الشرط ، وإن كان الخلع صحيحاً ؛ لأن مصلحة الصغير في إبقائه

عند أمه مدة الحضانة ؛ إذ هي أقدر من الأب على القيام بلوازمه في هذا الزمن ، وحيثيذ يؤخذ من الأب ولو قهراً ، ويسلم إلى الأم حتى تنتهي مدة حضانتها ، إلا إذا لم تتوفر فيها شروط الحضانة ، بأن تزوجت بغير محرم للصغير ، أو كان الولد يضيع عندها لاشتغالها بغيره كما ستعرفه في باب الحضانة . ويجبر الأب على كل ما يلزم الولد في هذه المدة من نفقته وأجرة حضانتها ، إن كان الولد فقيراً .

١٥٧٧ - خامساً : إذا اختلعت من زوجها بشرط أن تنفق على الولد مدة معلومة ، فإن كانت قادرة على ذلك بأن كانت موسرة ؛ صح وتلزم بالإنفاق عليه حسب الشرط . وإن كانت غير قادرة على الإنفاق عليه ، بأن كانت معسرة وطالبتة بنفقة ولده ، أُجبر عليها ؛ لأن النفقة وإن كانت من حقوق الولد تلزم الأب إن كان الولد فقيراً ، إلا أن الأم إذا التزمت بها فإن أمكن تنفيذ هذا الالتزام بدون ضرر على الصغير بأن كانت موسرة ، حكمنا بصحة هذا الالتزام لعدم الضرر . وإن لم يمكن التنفيذ إلا بضرر يلحق الصغير ، ألغينا هذا الالتزام بالنسبة للولد ، وإن كان باقياً بالنسبة لها .

١٥٧٨ - ولذا قالوا : إنه يجبر عليها ، ولا تسقط عن الأم بل تكون ديناً له في ذمتها يأخذها منها إذا أيسرت . وهذا معنى قولهم : لا يسقط دين نفقة الولد بدين للمخالع على الزوجة ، بل يجبر المخالع وهو الزوج على الإنفاق على ولده إذا كانت معسرة ، ويكون ديناً له على الزوجة يأخذها منها عند الميسرة ؛ لأن بدل الخلع دين عليها والنفقة واجبة للولد ، فلا تسقط بدين له عليها إذا لم تكن قادرة على الوفاء بما التزمت ، كما إذا كان له عليها دين آخر غير بدل الخلع ولا تقدر على قضاؤه ، فليس له في هذه الحالة أن يمتنع عن الإنفاق محتجاً بأنها تنفق عليه من هذا الدين .

١٥٧٩ - ومثل هذا ما إذا كانت موسرة ؛ ولكنها قصرت في الإنفاق على الولد ؛ فله أن يأخذ منها النفقة الكافية ويتولى الإنفاق عليه ؛ لأن هذا حق الولد (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٠٣) : إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانتها إن كان الولد فقيراً .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١١١) : إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية اخذ منه ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً . وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٢٧) لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد ولا عن أي حق من حقوقهم .

(مادة ٢٨٨)

اشْتَرَاطُ الرَّجُلِ فِي الْخَلْعِ إِسْمَاكَ وَوَلَدَهُ عِنْدَهُ مُدَّةَ الْحَضَانَةِ بَاطِلٌ وَإِنْ صَحَّ الْخَلْعُ ،
وَلِلْمَرْأَةِ أَخْذُهُ وَإِسْمَاكُهُ مُدَّةَ الْحَضَانَةِ ، مَا لَمْ يَنْقُطْ حَقُّهَا بِمَوْجِبٍ . وَعَلَى أَبِيهِ أَجْرَةُ
حَضَانَتِهِ وَنَفَقَتُهُ إِنْ كَانَ الْوَلَدُ فَقِيرًا ^(١) .

•••

١٥٨٠ - والزوجة : إما أن تكون كبيرة ، أو صغيرة .

١٥٨١ - فإن كانت كبيرة عاقلة : فإما أن تكون صحيحة ، أو مريضة . فإن كانت
صحيحة : فإما أن تكون رشيدة ، أو محجوزاً عليها . وكل بكل الأحكام المتقدمة
خاصة بالزوجة الكبيرة الصحيحة إذا كانت غير محجور عليها للسفه ، وستأتي أحكام
غيرها بعد أحكام الصغيرة على حسب ترتيب المواد .

١٥٨٢ - وإن كانت صغيرة : فإما أن يحصل الخلع بين زوجها وأبيها ، أو يحصل
بينها بين زوجها . فإن كان الأول : فإما أن يكون بعوض ، أو بغير عوض . فإن كان
بغير عوض ، كما إذا قال له : اخلع ابنتي . فقال الزوج : خلعتي . فلا كلام في وقوع
الطلاق وعدم لزوم شيء من المال ؛ لأن الزوج ينفرد بإيقاعه .

١٥٨٣ - وإن كان بعوض : فإما أن يكون من مال الزوجة ، أو من مال الأب . فإن
كان من مال الزوجة : فإما أن يلتزم به الأب ، أو لا يلتزم .

١٥٨٤ - فإن لم يلتزم به ، اختلف في وقوع الطلاق ، ولا يلزم المال إجماعاً . وإن
التزم به أو كان من ماله وقع الطلاق ، ولزم المال الأب ، ولا يلزمها شيء .

١٥٨٥ - وينبغي على هذا المسائل الآتية :

١٥٨٦ - أولاً : إذا قال له : خالعت بنتك على ما لها عندي من المهر أو على مائه
جنيه من مالها . فقبل الأب ، وقع الطلاق عند بعضهم ، معللين ذلك بأن الطلاق معلق
على قبول الأب ، وقد وجد فيقع . ولم يوقعه البعض الآخر ، مستدلاً بأن القبول - وإن
وجد - لكن المال غير لازم ، فيفوت غرض الزوج ، فلا يقع الطلاق .

١٥٨٧ - وقال الفقهاء : إن الأول أصح ، وإن كان الثاني هو الظاهر ، لفوات غرض
الزوج ، اللهم إلا أن يجاب : بأن الزوج لما كان ينبغي له العلم بأن الأب لا يجوز له

(١) قول الخليفة : جاء في رد المحتار (٤٦٣/٣) : « وليس له إمساك الولد عنده ؛ لأن إمسাকে عند أمه حقه » .

التبرع بمال بنته ؛ لأن تصرفه مقيد بالمصلحة ، فقد رضي بوقوع الطلاق من غير عوض ، ولو كان جاهلاً هذا الحكم ؛ لأن الجهل بالأحكام الشرعية لا يعد عذراً إلا في مسائل مخصوصة (١) .

(مادة ٢٨٩)

لَا يَسْقُطُ ذَيْنُ نَفَقَةِ الْوَالِدِ بِدَيْنِ لِلْمَخَالِجِ عَلَى الْمَرْأَةِ .
فَإِذَا خَالَعَتْهُ عَلَى نَفَقَةِ وَلَدِهَا ، وَكَانَتْ مُعْسِرَةً ، وَطَالَبَتْ بِهَا ، يُجْبِرُ عَلَيْهَا ، وَتَكُونُ ذَيْنًا
لَهُ فِي ذِمَّتِهَا ، يَزْجَعُ بِهِ عَلَيْهَا إِذَا أُنْسَرَتْ (٢) .

• • •

١٥٨٨ - ثانياً : إذا قال الأب للزوج : خالع ابنتي على مهرها ، على أنني ملتزم لك به . فخالعها الزوج على ذلك ، وقع الطلاق ، ولزم الأب تسليم مثل المهر إلى الزوج إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيميّاً ، ولا يسقط شيء من مهرها . فإن كان مقبوضاً ، سلم لها . وإن لم يكن مقبوضاً ، فإن شاءت طالبت به الأب . فإن دفعه ، فلا رجوع له على أحد . وإن شاءت طالبت به الزوج إن كانت من أهل الطلب ، ويجبر على تسليمه إليها ، وبعد ذلك يأخذه من الأب ؛ لأنه التزم به ، فيسري عليه لا على البنت .

(مادة ٢٩٠)

يَجُوزُ لِأَبِي الصُّبَيْرَةِ أَنْ يَخْلَعَهَا مِنْ زَوْجِهَا .
فَإِنْ خَلَعَهَا بِمَالِهَا أَوْ بِمَهْرِهَا وَلَمْ يَضْمَنْهُ ، طَلَّقَتْ بَائِنًا ، وَلَا يَلْزَمُهَا الْمَالُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ ،

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٠٢) : ٢ - إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١١٠) : إذا كانت الأم المخالعة معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم .

(٢) قول الحنفية : جاء في حاشية ابن عابدين على البحر الرائق (٩٧/٤) : قال في الحاوي الزاهدي : ولو اختلعت نفسها من زوجها بمهرها ونفقة ولدها عشر سنين ، وهي معسرة لا تقدر على نفقة ولدها فلها أن تطالب الزوج بنفقة الولد ؛ لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد عنه بدين عليها كما إذا كان له عليها دين آخر ، وهي لا تقدر على قضاءه لا تسقط نفقة الولد عنه قال وعليه الاعتماد : لا على ما أجاب به سائر المفتين أنه تسقط .

وَلَا يَسْقُطُ مَهْرَهَا .

وَإِنْ خَلَعَهَا عَلَى مَهْرَهَا أَوْ عَلَى مَالٍ ، وَالتَّزَمَ بِإِدَائِهِ مِنْ مَالِهِ لِلْمَخَالِعِ ، صَحَّ ، وَوَقَعَتْ
الْفُرْقَةُ ، وَتَزِمَةُ الْمَالِ أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ اسْتَحَقَّ ، وَلَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ ، بَلْ تَطَالِبُ بِهِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا ،
وَهُوَ يَزِجُّ بِهٖ عَلَى أَبِيهَا إِنْ كَانَ الْخُلْعُ عَلَى الْمَهْرِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحفائق (٢٧٣/٢ ، ٢٧٤) : (وان خلع صغيرته بمالها لم يجز عليها) أي :
لو خلع الأب ابنته الصغيرة بمالها لا ينفذ عليها أما في حق وجوب المال فظاهر ؛ لأن الحلج على مالها كالتبرع
به لكونه مقابلاً بما ليس بمال ولا متقوم وهو منافع البضع ؛ لأنها لا قيمة لها حالة الخروج ، ولهذا يعتبر خلع
المریضة من الثلث بخلاف نكاح المريض ، وكذا لو قتلها إنسان لا يضمن لزوجها شيئاً من منافع بضعها
والأب لا يملك التبرع بمالها . وأما في حق وقوع الطلاق فيه روايتان . وقوله : لم يجز عليها يحتمل وجهين ،
أحدهما : أن لا يقع الطلاق بقبول الأب ؛ لأن الأب لما لم يضمن بدل الحلج كان هذا خلقاً مع البنت كأنه
خاطبها بذلك فيتوقف على قبولها كالكبيرة إذا خالع عنها الأجنبي ، والثاني : أنه لم ينفذ عليها في حق
وجوب المال فقط ويقع الطلاق بقبول الأب وهو الأصح ذكره في المنتقى ووجهه أنه علقه بقبول الأب فيكون
كعقيقه بسائر أفعاله ولا يلزم من عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق ، ألا ترى أن الحلج بالخمر يقع به
الطلاق ولا يوجب شيئاً . (ولو بألف على أنه ضامن طلقت والألف عليه) أي : لو خالعه الأب على أنه
ضامن لبدل الحلج جاز ولزمه المال ؛ لأن اشتراط بدل الحلج على الأجنبي صحيح فعلى الأب أولى ولم يرد
بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة ؛ لأن المال لا يلزمها وإنما المراد به التزام المال ابتداء ؛ لأنه يجوز اشتراطه على
الأجنبي على ما تقدم بخلاف بدل العتق حيث لا يجوز اشتراطه على الأجنبي والفرق أن الإعتاق إثبات القوة
والطلاق إسقاط الملك ولا يحصل لها به شيء لم يكن لها من قبل واشتراط البدل فيه التزام للمال ابتداء
كالكفالة فيصح اشتراطه على الأجنبي ؛ كما يصح عليها وفي العتق يحصل له به قوة شرعية فصار معاوضة
كالبيع فلا يصح اشتراطه على الأجنبي كالتمن والدليل على أنه معاوضة أنه لو أعتقه على خمر يجب عليه
قيمة نفسه ، ولو خالعه عليها لا يجب شيء فافترقا ؛ ولو شرط الزوج البدل عليها توقف على قبولها إن
كانت أهلاً له بأن تكون مميزة وهي التي تعرف أن الحلج سالب والنكاح جالب ؛ فإن قبلت وقع اتفاقاً لوجود
الشرط ووقوع الطلاق يعتمده دون لزوم المال على ما تقدم وإن قبل الأب عنها صح في رواية ؛ لأنه نفع
محض ؛ لأنها تتخلص عن عهدهت بلا مال ولذلك صح منها فصار كقبول الهبة ولا يصح في أخرى ؛ لأن
قبولها بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الأصح وإن خالعه على مهرها توقف على قبولها فإن
قبلت وقع الطلاق ولم يسقط من المهر شيء لما ذكرنا وإن قبله الأب فعلى الروايتين ما لم يضمنه وإن ضمنه
صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وهو المقصود ثم قيل تأويل المسألة أن يخالعه على مال آخر مثل مهرها ،
أما الحلج على مهرها فغير جائز ؛ لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه
في ذلك ، والأصح أن الحلج على مهرها كالحلج على مال آخر ؛ لأن العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الأب
إياه صحيح ثم بعد ذلك ينظر فإن كان مهرها ألفاً مثلاً وكان قبل الدخول لزمه الألف قياشاً وفي الاستحسان
يلزمه خمسمائة ، وقد تقدم وجههما وأصله أن الكبيرة إذا خالعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول بها وقيل
قبض المهر في القياس يلزمها خمسمائة ؛ لأنه وجب له عليها ألف بالشرط ووجب لها عليه خمسمائة بالطلاق =

= قبل الدخول فالتقيا بقدره قصاصاً فبقي عليها خمسمائة زائدة وبعد القبض يجب عليها ألف وخمسمائة ؛ ألف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان لا يجب عليها شيء قبل القبض ؛ لأن المهر يراد به ما تستحقه المرأة عرفاً وهو نصف المهر فيسقط عنه وبعد القبض يجب عليها رد خمسمائة بالشرط لما قلنا وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع وعلى ما ذكره قاضي خان فيما تقدم يجب عليها رد الألف كله ثم جملة ما فيه أنه يقع الطلاق بقبولها في الصور كلها وفي وقوعه بقبول الأب وروايتان ؛ ما لم يضمن ولو ضمن كما في الكبيرة إذا خالغ عنها الأجنبية وقد ذكرنا حكم خلع الأب فنذكر طرقاً من حكم خلع الأجنبي ليزداد وضوحاً لكونه مبنياً عليه فنقول بدل الخلع إذا أضيف إلى الأجنبي يشترط قبوله وإن أضيف إلى المرأة وإلى العين والمرأة مخاطبة أو لم يضاف إلى أحد يشترط قبولها ؛ لأنها أولى بهذا العقد ؛ إذ الملك يسقط عنها ؛ بيانه : رجل قال لآخر : اخلع امرأتك على هذا العبد أو على هذا الألف فالقبول إلى المرأة ؛ لأن البديل لم يضاف إلى أحد ولزمها تسليم ذلك أو قيمته إن عجزت ، ولو قال : اخلعها على عبيدي هذا أو على أئمتي هذه فخلعها صح الخلع ولا يحتاج إلى قبول المرأة ؛ لأن العاقد هو الأجنبي ولا إلى قبوله ؛ لأن الواحد يتولى طرفي العقد فيه كالنكاح وكان البديل عليه ؛ لأنه أضيف إليه وإن استحق فعله قيمته ، ولو قالت لزوجها : اخلعني على عبد فلان أو داره ، فأجابها يشترط قبولها ؛ لأنها مخاطبة ، وكذا لو قال الزوج : خالعتك على عبد فلان ؛ لأن الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قال الزوج لرب العبد : خالعت امرأتي على عبدك يعتبر قبول صاحب العبد ؛ لأن العقد أضيف إليه ، ولو قال رجل للزوج : اخلع امرأتك على عبد فلان يعتبر قبول فلان ؛ لأن البديل أضيف إليه ، ولو قالت : اخلعني على ألف على أن فلاتاً ضمن فأجابها تم الخلع معها ؛ لأنها العاقدة وتوقف الضمان على قبول فلان ، ولو وكلت رجلاً بأن يخلعها من زوجها بألف ففعل لزمها المال دون الوكيل ؛ لأن حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقد له لا إلى الوكيل ولو ضمن الوكيل صح وطولب به وإذا أدى رجع به عليها ؛ لأنه يملك الخلع من مال نفسه بغير أمرها فكان فائدة الأمر بالخلع وجوب الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن حيث لا يرجع على الزوج إلا إذا ضمن بأمره ؛ لأنه لا يملك أن يزوجه بغير أمره فكان فائدة الأمر جواز النكاح والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا .

قول الشافعية : جاء في شرح البهجة الوردية (٢٣٤ / ٤ ، ٢٣٤) : (ومن أيها يجري ولا نيابة ولا استقلالاً أبدى بما من مال بنتي قالا) بألف الإطلاق أي : والخلع الجاري من أيها بشيء قال : إنه من مالها ، ولا أظهر أنه فعل ذلك نيابة عنها ، ولا استقلالاً رجعي كخلع السفية ؛ لأن الأب وإن كان أهلاً للقبول ، لكنه محجور عليه في مالها كالسفية وهي لم تلتزم مالا فلا يمكن مطالبة واحد منهما والزوج مستقل بالطلاق فيقع رجعيًا وهذا التوجيه موجود في اختلاعهما بمقصوب ولهذا خرج القاضي هنا وجهاً أنه يقع بانثا بمهر المثل وفرق الأول بأن الزوجة تبذل المال ليصير منفعة البضع لها والزوج لم يبذل الملك لها مجاناً فلزمها المال والأب متبرع بما يبذله ، لا تحصل له فيه فائدة ، فإذا أضاف إلى مالها فقد صرح بترك التبرع ، وبني البيهقي على الفرق أنه لو خالغ الأجنبي بمقصوب ، أو غير مال وقع رجعيًا كما قدمته ، فإن أبدى نيابة لم تطلق كما سيأتي ، أو استقلالاً بانث بمهر المثل عليه ، كما مر . وكذا لو اختلع بمالها ولم يقل : إنه من مالها ؛ لأنه التزم المال في نفسه ، فكان كخلعها بمقصوب (وببراءة عن المهر وأن يتولى والدّها إبراءه عنه . أي : المهر) ، ضمن . وخلع الأب ببراءة الزوج عن مهرها ، أو بأنه يضمن براءته عنه رجعي ، أما في الأولى ؛ فلأنه ليس له الإبراء ولم يلتزم في نفسه شيئاً فلما فات العوض أشبه السفية ، وأما في الثانية ؛ فلأنه لا معنى لضمان البراءة فيلغو وتبع في =

الفرق بينها وبين ما قدمه فيما لو خالغ بشرط أنه ضامن للمهر إن طولب به الزوج من وقوعه بائناً الإمام والغزالي والذي أطلقه الجمهور كما في الروضة وأصلها ، ونص عليه في الأم أنه إذا خالغه البراءة عن المهر وضمن له دركه وقع بائناً بمهر المثل عليه من غير فرق ؛ لأنه التزم المال في نفسه فأشبهه الخلع بمغضوب وبعدم الفرق صرح صاحب البيان والمراد بالضمنا هنا الالتزام لا المفتقر إلى أصيل (أو) بأن قالت لزوجها : (أنت إن طلقتي بريء) من مهري (فطلق الزوج فذا رجعي) ؛ لأن تعليق الإبراء لغو والطلاق طمعاً فيه بغير لفظ صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً ذكره الرافعي ، ثم قال : ولا يعد إلحاقه بالعوض الفاسد لطمعه في حصول البراءة ورغبتها في الطلاق بها ، ثم أورد هذا في آخر الباب عن فتاوى القاضي وأقره وعلمه بأنه لم يطلق مجاناً بالإبراء وظن صحته واختار هذا صاحب البيان وغيره وصححه ابن الصلاح واعتمده السبكي وقال البلقيني : إن ظن الزوج الصحة فيأمن وإن علم البطلان فرجعي وهذا أخذه من تعليل الرافعي السابق ، أما تعليق الطلاق بالإبراء فصحيح فإن علقه بالإبراء مما لها عليه فيأمن ، أو مما لها على غيره فرجعي حكاه الرافعي عن القفال وأقره ؛ لأنه في الثانية محض تعليق ، وفي الأولى معنى المعاوضة وصححه فيها صاحب الكافي وحزم به في الثانية . قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٢٧٣/٥ ، ٢٧٤) : (وجاز من الأب عن المجرة) . من المدونة : للأب أن يخالغ عن ابنته الصغيرة بإسقاط كل المهر ، وإن خالغ به عنها بعد البناء قبل بلوغها جاز عليها ، وله أن يزوجه قبل بلوغها كالبكر . اللخمي : إن كانت ثيباً فتأتمت قبل البلوغ ثم بلغت فقيل يجبرها على النكاح فعليه له أن يخالغ عنها . وقيل : لا يجبرها ولا يخالغ عنها (بخلاف الوصي) . ابن عرفة : في خلع الوصي عن بيتمة دون إذنها ثالغها إن لم تبلغ . وفي المدونة : يجوز خلع الوصي عن البكر برضاها . المتطي : إن كانت الزوجة محجوراً عليها بأب أو وصي مات التزمت له بإذن أبيها أو وصيها ؛ إذ هي في حجره لقرب بناء زوجها بها وكان إذن فلان المذكور لما رآه في ذلك من الغبطة والحيطه عليها (وفي خلع الأب عن السفينة خلاف) . ابن عرفة : في خلع الأب عن ابنته الثيب في حجره كالبكر ووقفه على إذنها ثم ذكر الخلاف . والذي لاين سلمون : لا يجوز للأب أن يمضي الخلع على ابنته الثيب وإن كانت في ولايته على المشهور وإن كانت بكراً فذلك . (وبالفرر كجتيين) .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٢٦٨/٧) : (إذا قال الأب : طلق ابنتي ، وأنت بريء من صداقها . فطلقها ، وقع الطلاق رجعيًا ، ولم يرأ من شيء ، ولم يرجع على الأب ، ولم يضمن له ؛ لأنه أبرأ مما ليس له الإبراء منه ، فأشبهه الأجنبي . قال القاضي : وقد قال أحمد : إنه يرجع على الأب . قال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بأن إبراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليه ؛ لأنه غره ، فرجع عليه ، كما لو غره فزوجه ميبية ، وإن علم أن إبراء الأب لا يصح ، لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيًا ؛ لأنه خلا عن العوض . وفي الموضع الذي يرجع عليه ، يقع الطلاق بائناً ؛ لأنه بعوض . فإن قال الزوج : هي طالق إن أبرأتني من صداقها . فقالت : قد أبرأتك . لم يقع الطلاق ؛ لأنه لا يرأ . وروي عن أحمد ، أن الطلاق واقع . فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء ، دون حقيقة البراءة . وإن قال الزوج : هي طالق إن برئت من صداقها . لم يقع ؛ لأنه علقه على شرط ولم يوجد . وإن قال الأب : طلقها على ألف من مالها ، وعلي الدرك . فطلقها ، طلقت بائناً ؛ لأنه بعوض ، وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ، ولا يملك الألف ؛ لأنه ليس له بذلك . وجاء فيه أيضًا (٢٧٠/٧) : (وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنته الصغير ، وتخله إياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك ، فقال : قد اختلف فيه . وكأنه رآه قال أبو بكر : لم يبلغي في هذه المسألة إلا ما رواه =

١٥٨٩ - ثالثًا : إذا قال له : خالعت ابنتي على بيتي هذا (مثلًا) . فخالعها الزوج على ذلك ، وقع الطلاق أيضًا ، ولزم الأب تسليمه إلى الزوج .
 ١٥٩٠ - فإن ظهر أن البيت مستحق لغيره ، ألزم بدفع قيمته إليه ، وليس له أن يأخذ شيئًا من بنته في مقابلة ذلك ؛ لأنه أضاف بدل الخلع إلى ماله ، فيسري عليه لا عليها ، فيلزم بما التزم .

(مادة ٢٩١)

إِذَا جَرَى الْخُلْعُ بَيْنَ الزَّوْجِ وَزَوْجَتِهِ الْقَاصِرَةِ ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهَا بَدْلًا مَعْلُومًا ، تَوَقَّفَ عَلَى قَبُولِهَا .
 فَإِنْ قَبِلَتْ وَهِيَ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ ، بَانَ كَأَنَّ تَقْبِيلَ أَنْ النِّكَاحَ جَالِبٌ وَالْخُلْعُ سَالِبٌ ، ثُمَّ الْخُلْعُ ، وَلَا مَالٌ عَلَيْهَا ، وَلَا يَسْقُطُ مَهْرُهَا .
 وَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ ، أَوْ قَبِلَتْ وَلَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِهَا ، فَلَا تَطْلُقُ . وَلَوْ قَبِلَ عَنْهَا أَبُوهَا ، فَإِنْ بَلَغَتْ وَأَجَازَتْ قَبُولَهُ ، جَازَ عَلَيْهَا . وَإِذَا طَلَّقَهَا الزَّوْجُ عَلَى مَهْرِهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ مُتَمَيِّزَةٌ وَقَبِلَتْ ، تَطْلُقُ رَجْعِيًّا ، وَلَا يَسْقُطُ مَهْرُهَا ^(١) .

١٥٩١ - وإن جرى الخلع بينها وبين زوجها ، واشترط عليها عوضًا معلومًا ، بأن قال لها : خالعتك في نظير مهرك ، أو : في نظير خمسين جنيهاً . فإما أن تقبل ، أو لا تقبل .

= أبو الصقر ، فيخرج على قولين ؛ أحدهما ، يملك ذلك . وهو قول عطاء ، وقتادة ؛ لأن ابن عمر طلق على ابن له معنوه . رواه الإمام أحمد . وعن عبد الله بن عمرو ، أن المعنوه إذا عبث بأهله ، طلق عليه وليه . قال عمرو ابن شعيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو ؛ ولأنه يصحح أن يزوجه ، فصحح أن يطلق عليه ، إذا لم يكن منتهيًا ، كالحاكم يفسخ للإعسار ، ويزوج الصغير . والقول الآخر : لا يملك ذلك . وهو قول أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الطلاق لمن أخذ بالساق » . رواه ابن ماجه . وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ؛ ولأنه إسقاط لحقه . فلم يملكه ، كالإبراء من الدين ، وإسقاط القصاص ؛ ولأن طريقه الشهوة ، فلم يدخل في الولاية . والقول في زوجة عبده الصغير ، كالقول في زوجة ابنة الصغير ؛ لأنه في معناه .
 (١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٠٣/١) : « إذا خلع الصغيرة ولم يضمن المهر توقف على قبولها فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر ، وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت ويلزمه خمسمائة استحسانًا كذا في الهداية هذا إذا لم يدخل بها وإن دخل بها فلها جميع المهر ، والأب يضمنه للزوج كذا في الفصول العمادية » .

فإن قبلت : فإما أن تكون من أهل القبول ، أو لا .

١٥٩٢ - فإذا لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهل القبول ، بأن كانت لا تعرف أن النكاح جالب للمهر والخلع سالب للعرض ، فلا يقع الطلاق ؛ لأنه في الأول معلق على القبول ولم يوجد ، والقبول وإن وجد في الثاني لكنه كالعدم ؛ إذ العقود لا تعتبر إلا إذا كان المتعاقدان يميزان العقد الذي يتوليانه ، ولم يوجد هذا التمييز فلا يقع الطلاق .

١٥٩٣ - وإن قبلت وهي من أهل القبول ، بأن كانت تميز هذا العقد عن غيره بأن كانت تعلم أن النكاح جالب للمهر وأن الخلع سالب للعرض ، وقع الطلاق ولا يلزم المال ، أما وقوع الطلاق ، فلوجود القبول وليس للصغيرة التبرع بشيء من مالها ، فكان اللازم أن يعرف الزوج هذا الحكم ، فلا يعذر بجبهله فلا يسقط شيء من مهرها ، سواء كان هو بدل الخلع أو غيره .

١٥٩٤ - وفي صورة عدم القبول إذا قبل عنها أبوها ، جاز ذلك عليها إن أجازته بعد البلوغ .

١٥٩٥ - ومثل هذا في الحكم ما إذا طلقها الزوج على مهرها أو مال آخر غيره ، فإنها إن قبلت وهي من أهل القبول ، وقع الطلاق ولا يسقط شيء من المهر ، وإن لم تقبل أو قبلت ولم تكن من أهل القبول ، فلا يقع . ولكن الواقع في الخلع طلاق بائن ، وفي هذا رجعي ؛ لأنه إذا لم يلزم المال ، يكون معنا لفظ الخلع ولفظ الطلاق ، والواقع بالأول بائن وبالثاني رجعي .

(مادة ٢٩٢)

لَا يَصِحُّ خُلْعُ الْأَبِ عَنِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجِيزَ خُلْعًا أَوْقَعَهُ ابْنُهُ الْقَاصِرُ (١) .

• • •

(١) قول المالكية : جاء في المدونة (٢٥١/٢ ، ٢٥٢) : « خلع الأب عن ابنه وابنته قلت : أرأيت ما حجة مالك حين قال : يجوز خلع الأب والوصي على الصبي ويكون ذلك تطليقه ، قال : يجوز ذلك مالك من وجه النظر للصبي ، ألا ترى أن إنكاحهما إياه عليه جائز فكذلك خلعهما ، قال ابن القاسم : وإنه ممن لو طلقها لم يجر طلاقه فلما لم يجر طلاقه كان النظر في ذلك يبد غيره وإنما أدخل جواز طلاق الأب والوصي بالخلع على الصبي حين صاروا عليه مطلقين ، وهو لا يقع على الصبي أن يكون ممن نكره لشيء ولا يجب له ما رأى الأب له أو الوصي من الحظ في أخذ المال له ، كما يعقدان عليه وهو ممن لم يرغب ولم يكره لما يريان له فيه من الحظ من النكاح في المال من المرأة الموسرة والذي له فيها من نكاحها من الرغبة فينكحانه وهو كاره لما دخل ذلك من سبب المال ، فكذلك يطلقان عليه بالمال وسببه .

١٥٩٦ - وكل هذه الأحكام بالنسبة للصغيرة . وأما الصغير ، فليس لأبيه أن يخالع زوجته ، ولو في مقابلة عوض تدفعه للصغير ؛ لأن الخلع طلاق ، وهو بيد الزوج ، فلا يملكه غيره إلا بإذنه ، والصبي ليس له أن يأذن فيه .

١٥٩٧ - وكما لا يجوز للأب خلع زوجة ابنه ، كذلك لا يجوز له أن يجيز خلعاً أو قهقه ابنه القاصر ؛ لأن هذا الخلع باطل ، فلا تلحقه الإجازة ؛ إذ هي لا تلحق إلا الموقوف .

(مادة ٢٩٣)

اِخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى مَالٍ ، وَقَعَبِ الْفُرْقَةِ ، وَلَا يُلْزَمُهَا الْمَالُ .
وَإِنْ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ ، تَقَعَّ رَجْعِيَّةٌ (١) .

قلت : فإن كبر اليتيم واحتلم وهو سفیه أو كان عبداً زوجته سيده بغير أمره وذلك جائز عليه أو بلغ الابن المزوج وهو صغير ، بلغ الحلم وهو سفیه أو زوج الوصي اليتيم وهو بالغ سفیه بأمره ، قال : إن كان بالغا عبداً أو يتيماً أو أتياً بالطلاق وبكرهه ويكون ممن لو طلق ووليه أو سيده أو أبوه كارهماً يمضي طلاقه ويلزمه فعله منه لم يكن للسيد في العبد ولا للأب في الابن ولا للوصي في اليتيم أن يخالع عنه ؛ لأن الخلع إنما يكون بطلاق وهو ليس إليه طلاق ابن وهب وقد قال مالك في الرجل يزوج بتيمة وهو في حجره : إنه يجوز له أن يبارئ عليه ما لم يبلغ الحلم إن رأى ذلك خيراً ؛ لأن الوصي ينظر ليتيمه ويجوز أمره عليه وإنما ذلك ضبيعة لليتيم ونظر له ، ألا ترى أن مالكا قال لما صار الطلاق بيد اليتيم لم يحز له صلحه عليه كما أن الطلاق بيد العبد ليس بيد السيد وإن كان قد كان جائزاً للسيد أن يزوجه بلا مبارأة فكل من ليس بيده طلاق فنظر وليه له نظر ، ويجوز فعله عليه لما يرى له من العبطة في المال .

(١) قول الخليفة : جاء في الفتاوى الهندية (٥٨/١) : « ولو اختلعت هذه المرأة السفية من زوجها بمال جاز الخلع ولم يجب المال عليها لا في الحال ولا في الثاني ، ثم الطلاق إن وقع بما هو صريح في باب الطلاق كانت تطليقة رجعية يملك الزوج الرجعة إن كان دخل بها ، وإن وقع بلفظ الخلع يقع بائناً » .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٤٣٣/٤ ، ٤٣٤) : « (وإن خالع) بعد الدخول (سفية) أي محجوراً عليها بسفه بلفظ الخلع كأن قال : خالعتك على ألف (أو قال : طلقتك على ألف ، فقبلت طلقاً رجعياً) ولغا ذكر المال ؛ لأنها ليست من أهل التزامه وإن أذن لها الولي ، وليس لوليها صرف مالها في مثل ذلك ، وخرج يبعد الدخول ما إذا كان قبله فإنه يقع بائناً ولا مال . قال المصنف في نكته : وهو واضح ، ويمحجور عليها ما إذا سهت بعد رشدها ولم يحجر عليها فإنه يصح تصرفها على الأصح .

تنبيه : محل وقوع الطلاق إذا لم يعلق الطلاق على شيء . أما لو قال لها : إن أبرأتني فأنت طالق ، فقالت في الحال : أبرأتك ، لم يقع الطلاق صرح به الخوارزمي في الكافي كما نقله البلقيني عنه واعتمده ، وإن أفضى السبكي بوقوع الطلاق ؛ إذ لا وجه له ؛ لأن الصفة المعلق عليها وهي الإبراء لم توجد فلا يقع الطلاق ، وللبلقيني في صورة التعليق بالإعطاء احتمالان أرجحهما عنده أنها لا تطلق بالإعطاء ، وهو كذلك ، فإنه =

١٥٩٨ - وإن كانت الزوجة كبيرة عاقلة ، ولكنها غير رشيدة ، بأن كانت محجوزاً عليها لسفه ، واختلعت من زوجها على مال ، سواء كان المال هو المهر أو غيره ، وقع الطلاق البائن ، ولا يلزم المال .

١٥٩٩ - أما وقوع الطلاق فلتعليقه على القبول ، وقد وجد . وأما عدم لزوم المال ؛ فلأن المحجور عليه للسفه ليس له أن يتبرع بشيء من أمواله ، فألغينا لزوم المال .

١٦٠٠ - ولو قيل بأن الطلاق لا يقع ؛ لأن غرض الزوج من هذه الفرقة استحقاقه للبدل ، فإذا لم يستحقه فلا يقع الطلاق ، لكان ظاهراً كما تقدم في الصغيرة ، اللهم

لا يحصل به الملك ، والثاني : أنه لو سلخ الإعطاء عن معناه الذي هو التملك إلى معنى الإقباض فنطلق رجعيًا (فإن لم تقبل لم تطلق) هو تصريح بمفهوم ما قبله ؛ لأن الصفة تقتضي القبول فأشبهت الطلاق المعلق على صفة ، ولا بد من حصولها ، ولو قال لرشيدة ومحجور عليها بسفه : خالعتكما بألف فقبلت إحداهما فقط لم يقع طلاق على واحدة منهما ؛ لأن الخطاب معهما يقتضي القبول منهما ، فإن قبلتا بانت الرشيدة لصحة التزامها بمهر المثل للجهل بما يلزمها من المسمى وطلقت السفهية رجعيًا .

قول المالكية : جاء في الفروق (٢٦٩/٢ ، ٢٧٠) : « إذا بلغت المرأة مفسدة فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع ، ولم يجب المال ، فإذا صارت مصلحة لم تؤخذ بذلك . والأمة إذا اختلعت نفسها من زوجها بمال لا يجب المال في الحال ، فإذا أعتقت أخذت بذلك . والفرق أن الأمة محجور عليها لحق الغير ، وإنما امتنع نفاذه لحق المولى ، فإذا أعتقت خلص الحق لها ، وزال المانع فلزمها المال ، كما لو أقرت بدين . وليس كذلك المرأة ؛ لأنها محجورة لحق نفسها ، فلم ينفذ قولها في حق نفسها ، فصارت كالصغيرة والمجنونة إذا أقرتا بمال واختلعتا أنفسهما من الزوج بمال ثم بلغ الصبي وبريء المجنون لا يلزمهما المال ، كذلك هذا .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٢٦٧/٧ ، ٢٦٨) : « يصح خلع المحجور عليها لفسل ، وبذلك للعوض صحيح ؛ لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ، ويرجع عليها بالعوض إذا أسرت وفك الحجر عنها ، وليس له مطالبتها في حال حجرها ، كما لو استدانته منه ، أو باعها شيئاً في ذمتها ، فأما المحجور عليها لسفه ، أو صغر ، أو جنون ، فلا يصح بذل العوض منها في الخلع ؛ لأنه تصرف في المال ، وليس هي من أهله ، وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن ؛ لأنه ليس له الإذن في التبرعات ، وهذا كالتريع . وفارق الأمة ، فإنها أهل التصرف . ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات بإذنه ، ويفارق المقلسة ؛ لأنها من أهل التصرف . فإن خالغ المحجور عليها بلفظ يكون طلاقاً ، فهو طلاق رجعي ، ولا يستحق عوضاً ، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق ، كان كالخلع بغير عوض . ويحتمل أن لا يقع الخلع ها هنا ؛ لأنه إنما رضي به بعوض ، لم يحصل له ، ولا أمكن الرجوع بيده . قال أصحابنا : وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من الماهن ؛ لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الحفظ ، وهذا لا حظ فيه ، بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها ، ويحتمل أن يملك ذلك ، إذا رأى الحفظ فيه ، ويمكن أن يكون الحفظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها ، وتخاف منه على نفسها وعقلها ، ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تمييزاً ولا سفهاً ، فيجوز له بذل مالها لتحصيل حفظها ، وحفظ نفسها ومالها ، كما يجوز بذله في مداواتها ، وفكها من الأسر . وهذا مذهب مالك . والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء . وإن خالغها بشيء من ماله جاز ؛ لأنه يجوز من الأجنبي ، فمن الولي أولى .

إلا أن يقال : إن الزوج كان يلزمه العلم بعدم لزومه ؛ إذ هي سفية ، فجهله بهذا لا يعد عذراً .

١٦٠١ - ولكن بقي أن يقال : كيف يكون هذا تبرعاً مع قولهم : إن الخلع من جهة الزوجة معاوضة ، فكان مقتضى القياس أن يأخذ الخلع أحكامها ، ويكون موقوفاً على إجازة الولي ، فإن رأى فيه خيراً نفذه ، وإلا أبطله .

١٦٠٢ - ويجاب عن ذلك بما قالوه من أن : البضع في حالة الخروج غير متقوم ، ومثل هذا يقال في خلع الصغيرة المميزة ، وهذا بالنسبة للخلع ، وأما بالنسبة للطلاق على مال بأن قال لها : طلقتك في نظير خمسين جنيهاً (مثلاً) . فقبلت وقم الطلاق رجعيًا ، ولا يلزم لما ذكر . ولا يخفى أن ما قيل في الخلع يرد هنا أيضًا .

(مادة ٢٩٤)

خُلِعَ الْمَرِيضَةُ مَرَضَ الْمَوْتِ صَحِيحٌ .

وَإِنْ كَانَ عَلَى مَالٍ ، يُعْتَبَرُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهَا : فَإِنْ مَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، فَلِمُخَالَعِهَا الْأَقْلُ مِنْ مِيرَاثِهِ وَمِنْ بَدَلِ الْخُلْعِ وَمِنْ ثُلْثِ الْمَالِ .

وَإِنْ مَاتَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَلَهُ الْأَقْلُ مِنَ الْبَدَلِ وَمِنْ الثُّلْثِ .

وَإِنْ بَرِّتْ مِنْ مَرَضِهَا ، فَلَهُ جَمِيعُ الْبَدَلِ الْمُسَمَّى ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٤٩/٣ ، ١٥٠) : « ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث ؛ لأنها متبرعة في قبول البذل فيعتبر من الثلث ، فإن ماتت في العدة فلها الأقل من ذلك ومن ميراثه منها . ولو خالعا على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي فعليها المهر الذي استحقته بعد النكاح ؛ لأن الخلع على الحكم خلع بتسمية فاسدة لتفاحش الجهالة والخطر أيضًا فلم تصح التسمية فلا تستحق المسمى فيرجع عليها بالمهر ؛ لأن الخلع على الحكم خلع على ما يقع به الحكم ولا يقع إلا بمال متقوم عادة ، فكان الخلع على الحكم خلعًا على مال متقوم فقد غرته بتسمية مال متقوم إلا أنه لا سبيل إلى استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولاً جهالة متفاحشة كجهالة الجنس فترجع إلى ما استحقته من المهر ثم ينظر إن كان الحكم إلى الزوج فإن حكم بمقدار المهر تجبر المرأة على تسليم ذلك ؛ لأنه حكم بالقدر المستحق . وكذلك إن حكم بأقل من مقدار المهر ؛ لأنه حط بعضه فهو تملك حط بعضه ؛ لأنه تملك حط الكل فالبعض أولى ، وإن حكم بأكثر من المهر لم تلزمها الزيادة ؛ لأنه حكم لنفسه بأكثر من القدر المستحق ، فلا يصح إلا برضاها ، وإن كان الحكم إليها فإن حكمت بقدر المهر جاز ذلك ؛ لأنها حكمت بالقدر المستحق وكذلك إن حكمت بأكثر من قدر المهر ؛ لأنها حكمت لنفسها بالزيادة وهي تملك بذل الزيادة وإن حكمت بأقل من المهر لم يجز إلا برضا الزوج ؛ لأنها =

حطت بعض ما عليها وهي لا تملك حط ما عليها ، وإن كان الحكم إلى الأجنبية فإن حكم بقدر المهر جاز ، وإن حكم بزيادة أو نقصان لم تجر الزيادة إلا برضا المرأة والنقصان إلا برضا الزوج ؛ لأن في الزيادة إبطال حق المرأة وفي النقصان إبطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ، ولو اختلفا في جنس ما وقع عليه الطلاق أو نوعه أو قدره ، فالقول قول المرأة وعلى الزوج البينة ؛ لأن قبول البذل إلى المرأة ، والزوج يدعي عليها شيئاً وهي تنكر فكان القول قولها .

ولو قال لها : طلفتك أمس على ألف درهم أو بألف درهم فلم تقبلي ، فقالت : لا بل كنت قبلت ، فالقول قول الزوج ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال لإنسان : بعثك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل فقال : لا ، بل قبلت أن القول قول المشتري ، ووجه الفرق أن الزوج في مسألة الطلاق لم يصبر مناقضاً في قوله فلم تقبلي ؛ لأن قول الرجل لامرأته طلفتك أمس على ألف يسمى طلاقاً على ألف قبلته المرأة أو لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضاً بخلاف البيع ؛ لأن الإيجاب بدون القبول لا يسمى بيعاً فكان الإقرار بالإيجاب إقراراً بالقبول فصار البائع مناقضاً في قوله فلم تقبل ؛ ولأن المرأة في باب الطلاق تدعي وقوع الطلاق ؛ لأنها تدعي وجود شرط الوقوع ، والزوج ينكر الوقوع لإنكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٤٣٤/٤) : (ويصح اختلاع المريضة) أي التي مرضت (مرض الموت) لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السفهية كما للمريض أن ينكح أبكاراً بمهور أمثالهن من غير حاجة (ولا يحسب من الثلث إلا) قدر (زائد على مهر مثل) بخلاف مهر المثل وأقل منه فمن رأس المال ؛ لأن التبرع إنما هو بالزائد فهو كالوصية للأجنبي ، ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثاً بجهة أخرى غير الزوجية كابن عم أو معتق . فإن قيل : قد جعلوا خلع المكاتب تبرعاً وإن كان بمهر المثل أو أقل فهلا كان المريض كذلك ، . أجب بأن تصرف المريض أتم ، ولهذا وجب عليه نفقة الموسرين بخلاف المكاتب ، ويصح خلع المريض مرض الموت بدون مهر المثل ؛ لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع .
قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٢٨٩/٥ ، ٢٩٠) : (ولم يجز خلع المريضة) وابن رشد : ظاهر الموازية مع المدونة عدم جواز خلع المريضة (وهل يرد أو المجاوز لإرثه يوم موتها ووقف إليه تأويلان) من المدونة : إن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها . قال ابن القاسم : وأنا أرى لو اختلعت منه على أكثر من ميراثه منها لم يجز ، وأما على مثل ميراثه منها فأقل فجاز لا يتوارثان .
عياض : في كون قول ابن القاسم تفسيراً أو خلافاً قولاً الأكثر والأقل ، وروي عن مالك ويوقف المال حتى تصح أو تموت .

قول الحنابلة : جاء في المعني (١١٥/٦ ، ١١٦) : (القسم الثالث : أن يخالعهما في مرضها بأكثر من مهرها ، فمذهب أحمد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها ، يكون له الأقل من العوض أو ميراثه منها . وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالعهما بعد دخوله بها ، وماتت قبل انقضاء عدتها ؛ لأنها متهمه في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه . وعند مالك : إن زاد على مهر المثل ، فالزيادة مردودة وعن مالك ، أن خلع المريضة باطل . وقال الشافعي : الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث . وقال أبو حنيفة : إن خالعهما قبل دخوله بها ، أو مات بعد انقضاء عدتها ، فالعوض من الثلث ، ومثال ذلك : امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين ، لا مال لها سواها ، وصادق مثلها اثنا عشر ، فله خمسة عشر ، سواء قل صدقها أو كثر ؛ لأنها قدر ميراثه . وعند الشافعي : له ثمانية عشر ، اثنا عشر ؛ لأنها قدر صدقها ، وثلاث باقي المال بالحاباة وهو ستة . وإن كان =

١٦٠٣ - وإن كانت الزوجة كبيرة عاقلة غير محجور عليها ، ولكنها مريضة ، وخالعت زوجها على مال معلوم : فإما أن تبرأ من هذا المرض ، أو لا .

١٦٠٤ - فإن برئت منه ، فلا كلام في أنه يستحق كل العوض ؛ لأنه تبين أن مرضها ليس مرض الموت ، فتكون كالصحيحة .

١٦٠٥ - وإن لم تبرأ ، بل ماتت في هذا المرض . فإن كان مرض الموت بأن كانت وقته لا تقدر على القيام بمصالحها داخل البيت ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن تموت وهي في عدة الطلاق الواقع بالخلع . الثاني : أن تموت بعد انقضائها .

= صداقها ستة ، فله أربعة عشر ؛ لأن ثلث الباقي ثمانية .

مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ، ومهر مثلها عشرة ، ثم مرضت ، فاختلعت منه بالمائة ، ولا مال لها سواها ، فلها مهر مثلها ، ولها شيء بالخطابة ، والباقي له ، ثم رجع إليه نصف مالها بالخطابة ، وهو خمسة ونصف شيء ، فصار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء ، يعدل شيئين ، فيعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين ، فقد صح لها بالصداق والخطابة ثمانية وأربعون ، وبقي مع ورثته اثنان وخمسون ، ورجع إليهم بالخلع أربعة وعشرون ، فصار معهم ستة وسبعون ، وبقي للمرأة أربعة وعشرون وعند الشافعي يرجع إليهم صداق المثل وثلث شيء بالخطابة ، فصار بأيديهم مائة إلا ثلثي شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء ثلاثة أثمانها ، وهو سبعة وثلاثون ونصف ، فصار لها ذلك ومهر المثل ، رجع إليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف ، فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون ، وهو مثلاً محاباتها .

وعند أبي حنيفة : يرجع إليهم ثلث العشر وثلث الشيء ، فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء ، فالشيء ثلاثة أثمانها ، وهو خمسة وثلاثون مع العشرة ، صار لها خمسة وأربعون ، رجع إلى الزوج لثلاثها ، صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون ، هذا إذا ماتت بعد انقضاء عدتها وإن تركت المرأة مائة أخرى ، فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء خمسا ذلك ، وهو ثمانية وخمسون ، وهو الذي صحت الخطابة فيه ، فلها ذلك وعشرة بالمثل ، صار لها مائة وثمانية وستون ، رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون ، وكان الباقي معه اثنان وثلاثون ، صار له مائة وستة عشر ، ولورثتها أربعة وثمانون . وجاء فيه أيضاً (٢٧٠/٧ ، ٢٧١) : (وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها ، فالخلع واقع ، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة) وجملة الأمر : أن المخالعة في المرض صحيحة ، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة ، أو هما جميعاً ؛ لأنه معاوضة ، فصح في المرض ، كالبيع . ولا نعلم في هذا خلافاً . ثم إذا خالعت المريضة بميراثه منها فما دونه صح ، ولا رجوع ، إن خالعت بزيادة ، بطلت الزيادة . وهذا قول الثوري وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : له العوض كله ، فإن حابته فمن الثلث ؛ لأنه ليس بوارث لها ، فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي . وعن مالك كالمذهبيين . وعنه : يعتبر بخلع مثلها . وقال الشافعي : إن خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث . ولنا : على أنه لا يعتبر مهر المثل ، أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا ، واعتبار مهر المثل تقويم له . وعلى إبطال الزيادة ، أنها متهمه في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض ، على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فيطلب كما لو أوصت له أو أقرت له وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فإنها لو لم تتخالعه لورث ميراثه . وإن صحت من مرضها ذلك ، صح الخلع ، وله جميع ما خالعهما به ؛ لأننا تبيننا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع في غير مرض الموت ، كالخلع في الصحة .

١٦٠٦ - فإن كان الأول فللزوجة الأقل من أشياء ثلاثة ، وهي بدل الخلع ومقدار إرثه منها وثالث مالها . فلو كان ما يخصه من تركتها ستين جنيتها ، وبدل الخلع سبعين ، والثالث ثمانين فله الستون ؛ لأنها الأقل . ولو كان الثلث أربعين فهي له ؛ لأنها الأقل .

١٦٠٧ - وإن كان الثاني وهو ما إذا ماتت بعد انقضاء العدة ، فللزوجة الأقل من شيئين ، وهما بدل الخلع وثالث مالها . وإنما لم ينظر إلى مقدار ما يرثه منها في هذه الحالة ؛ لأن الإرث لا يتأتى بعد انقضاء العدة ، ولذا لو كان الخلع قبل الدخول كان الحكم ما ذكر لعدم العدة ، وإنما حكم الفقهاء بهذا الحكم لتهمة المواضعة بين الزوجين ؛ إذ يجوز أن الزوجة تريد أن تعطي للزوج أكثر مما يستحق في الميراث لو ماتت وهي على ذمته ، فببذل عوض الخلع الذي هو أكثر من استحقاقه في التركة ، فيكون فيه إضرار بباقي الورثة ، فيرد عليهما هذا القصد . وأنت خبير بأنه لو كان كذلك لم يزد ما يستحقه الزوج من الميراث عن بدل الخلع في وقت من الأوقات ، مع أنهم فرضوه .

١٦٠٨ - وقالوا : يعطى الزوج بدل الخلع ، إذ الزوج لو علم أن ما يأخذه من بدل الخلع أقل مما يستحقه في الميراث لم يقبل الخلع الذي تبين المرأة به وتموت وهي على غير ذمته فلا يرثها ، اللهم إلا أن يجاب : بأن الخطأ حصل منهما في تقدير التركة .

(مادة ٢٩٥)

لَا يُطَالَبُ الْوَكِيلُ بِالْحَلْعِ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ بِالْبَدْلِ الْمُخَالَعِ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ إِضَافَةً مِلْكٍ أَوْ ضَمَانٍ . فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَذَاؤُهُ ، وَيَرْجَعُ بِهِ عَلَى مُوَكَّلَتِهِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٦١٢/١) : « الوكيل بالخلع لا يملك قبض البدل كذا في فتاوى قاضي خان . الوكيل بالخلع المطلق يملكه بقليل وكثير عنده ، وعندهما لا يجوز بأقل من مهر مثلها كذا في التارخانية » . قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٤٩/٣ ، ٢٥٠) : « (وإن وكلته ليختلعا بمائة فاختلع) بها أو بدونها (جاز) لأنه أتى في الأولى بالمأذون فيه وزاد في الثانية خيرا (أو بأكثر) منها (في مالها أو بغير جنسه) أي : العوض كأن قالت له خالع بدرهم فخالع بدنانير أو ثوب (وزعمه بوكالة) منها (نفذ) الخلع بخلاف وكيل الزوج إذا نقص عن مقدره كما مر مخالفة الزوج المالك للطلاق والمرأة لا تملكه وإنما يعتبر منها قبول العوض فمخالفة وكيلها إنما تؤثر في العوض وفساده لا يمنع البينة ؛ ولأن الخلع من جانب الزوج فيه شوب تعليق فكأن التعليق بالمقدر وعند نقصه لم تحصل الصفة (ولزمها مهر المثل) سواء أزداد على مقدرها أم نقص لغساق العوض قال في الحاوي الصغير . وعلى وكيلها الرائد على مهر المثل ، وإذا غرمة لا يرجع به عليها ؛ لأنه التزمه من عنده واستشكل البارزي لزوم الرائد بأن مهر المثل إنما وجب لفساد العوض فلا وجه للزومه ، قال : ولم يتعرض له =

١٦٠٩ - ولا شك في أن المرأة هي التي تطالب ببدل الخلع متى لزمها ، فلا يطالب به غيرها . ولكن هذا إذا كانت هي المباشرة له ، فلو وكلت غيرها بأن يخلعها من زوجها ، ففعل الوكيل ، فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

= الغزالي ولا الرافي . (ولا يطالب وكيلها) بما لزمها (إلا إن ضمن) كأن يقول على إني ضامن ، فيطالب بما سمي وإن زاد على مهر المثل ولا يؤثر ترتب ضمانه على إضافة فاسدة ؛ لأن الخلع عقد يستقل به الأجنبي فجاز أن يؤثر فيه الضمان بمعنى الالتزام وإن ترتب على ذلك خلاف ضمان الثمن ونحوه (فإن أضاف) الوكيل (الخلع إلى نفسه) أو أطلقه ولم ينوها كما اقتضاه كلام الإمام وغيره (فهو كالأجنبي) فيلزمه العوض ؛ لأن اختلاص الأجنبي لنفسه صحيح فإضافته إلى نفسه أو إطلاقه على الوجه المذكور إعراض عن التوكيل واستبعاد بالخلع مع الزوج (وإن أطلق) الخلع (ولم يصف) إليه ولا إليها وقد نواها (طوبى) بما سماه وإن زاد على ما سمته وعليها منه ما سمته ؛ لأن صرف اللفظ المطلق إليه ممكن فكأنه افتداها بمسماها وزيادة من عنده فعليه ما زاده وفهم بالأولى ما صرح به الأصل من أن الحكم كذلك فيما لو أضاف مسماها إليها وما زاده إليه . (و) إذا غرم في هذه وفي مسألة الضمان (رجع) عليها (لكن بقدر ما سمت) فقط إن سمت شيئاً ؛ لأنها لم ترض بأكثر منه ولأن الزائد في مسألة الضمان تولد من فعله وقضيته أن لها أن ترجع عليه فيها بما غرمته زائداً على مسماها ويكون استقرار الزائد عليه ، قاله الرافي : (وإن أطلقت التوكيل فكأنها قدرت مهر المثل) فيأتي فيه ما مر من أنه قد يخالغ به أو بأقل أو بأكثر منه وأنه يطالب بما سماه وإن زاد على مهر المثل ، وأنه إذا آل الأمر إلى رجوعه عليها لا يرجع إلا بقدر مهر المثل (فرع) لو (خالغ وكيلها) الزوج (بخمر أو خنزير) مثلاً (ولو يادنها) فيه (نفذ) لأنه وقع بعوض مقصود وفارق نظيره في البيع بأن في الخلع معنى التعليق فكأن الزوج علق الطلاق بقبول ذلك فأنشبه ما إذا خاطبها به فقبلت . (ولزمها مهر المثل) لفساد العوض (أو) خالغ (وكيله) أي الزوج (على خمر) مثلاً وكان قد (وكله بذلك فكذلك) أي فينفذ بمهر المثل (لا إن خالغ) وكيله (فأبدل خمراً) وكله بالخلع بها (بخنزير فيلغو) أي : الخلع ؛ لأنه غير مأذون فيه وهذا من زيادته هنا وقد قدمه كأصله في باب الوكالة .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (٢١/٤) : « الزوجة إذا قالت لو كيلها : خالغ عني زوجي بعشرة مثلاً فزاد على ما سمت له أو عن خلع المثل إن أطلقت فإن الخلع يلزم ويقع الطلاق على الزوج ، ويلزم الزوجة ما سمت للوكيل فقط ، والزائد على ما سمته أو على خلع المثل على وكيلها . »

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٢٠/٨ ، ٤٢١) : « (وإن وكلت المرأة في ذلك ، فخالغ بمهرها فما دون ، أو بما عينته فما دون : صح) بلا نزاع (وإن زاد : لم يصح) . هذا أحد الأقوال . وجعله ابن منجاء في شرحه المذهب . وصححه الناظم . ويحتمل أن يصح ، وتبطل الزيادة يعني : أنها لا تنزم الوكيل . وقيل : لا تصح في المعين ، وتصح في غيره . وقيل : تصح ، وتلزم الوكيل الزيادة وهو المذهب . صححه في الرعايتين . وحزم به في الهداية ، والمذهب ، والحاوي الصغير ، والوجيز . وقدمه في المعني ، والكافي ، والشرح . وقال القاضي في الجرد : عليها مهر مثلها . ولا شيء على وكيلها ؛ لأنه لم يقبل العقد لها ، لا مطلقاً ولا لنفسه . بخلاف الشراء . وأطلقتهن في الفروع ، إلا الثاني . فإنه لم يذكره . وقال في المستوعب : إذا وكلته وأطلقت : لا يلزمها إلا مقدار المهر المسمى . فإن لم يكن فمهر المثل . وقال فيما إذا زاد على ما عينت له يلزم الوكيل الزيادة . وقال ابن التنا : يلزمها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو المسمى . »

١٦١٠ - الأول : أن يرسل بدل الخلع .

١٦١١ - الثاني : أن يضيفه إلى الزوجة .

١٦١٢ - الثالث : أن يضيفه إلى نفسه إضافة ملك أو ضمان .

١٦١٣ - فإن كان الأول بأن قال : اخلع امرأتك بمائة جنيه . والثاني بأن قال له : اخلع

امراتك على بيتها هذا . كان المطالب بالبدل هي المرأة مثل ما إذا كانت المباشرة للخلع .

١٦١٤ - وإن كان الثالث بأن قال : اخلع امرأتك على مائتي هذه ، أو : على مائتي جنيه

على أنني ضامن لها ، ثبت للزوج حق مطالبة الوكيل لا الزوجة ، ويكون للوكيل حق مطالبة

المرأة بهذا البدل ، سواء دفعه للزوج أو لم يدفعه ، سواء أمرته بالضمان أو لم تأمره ؛ لأنه دفع

ما هي ملزمة به ، والإذن ولو دلالة كاف في الرجوع عليها بما دفع وهو موجود فيرجع .

(مادة ٢٩٦)

يَصِحُّ تَعَجِيلُ بَدَلِ الْخُلْعِ وَالطَّلَاقِ وَتَأْجِيلُهُ إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ أَوْ بَعِيدٍ ^(١) .

• • •

١٦١٥ - ومتى ثبت للزوج الحق في المطالبة ببديل الخلع ، سواء كان المطالب هو

الزوجة أو غيرها ، فله الطلب في الحال إلا إذا كان هناك شرط يقضي بخلاف ذلك ؛

لأن بدل الخلع يصح أن يكون كله معجلًا ، وأن يكون مؤجلًا ، وأن يكون البعض

معجلًا والبعض مؤجلًا إلى أجل معلوم قصر أو طال على حسب الاتفاق ، ويصح أن

يكون مقسطًا على أقساط معلومة يدفع كل قسط منها في وقت مخصوص . ولو حصل

(١) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٢٢٢/٤) : « ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة

كالخصاد والدياس لا الفاحشة كالظفر وهبوب الريح والميسرة ، وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالًا ،

وهذا لأنه لما كان إسقاطًا حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جاز المجهول

وإلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة ، وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها

وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الأجنبي ؛ لأن هذه تجوز مهرا . »

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٥/٤) : « وتعجيله لها ما لا يجب قبوله يعني وكذلك لا يجوز أن

يخالعها على أن يعجل لها دينًا عليه لا يجب عليها قبوله كالعروض والطعام من سلم أو من بيع أو المال المؤجل مع

خوف الطريق ؛ لأن ذلك يؤدي إلى « حط الضمان وأزيدك » فالزوجة قد حطت عنه الضمان وزادها العصمة فإذا

وقع الخلع نفذ ولا رجوع له ويرد المال إلى أجله ويأخذ منها ما أعطهاها كما في المدونة ، فقوله : وتعجيله مصدر

مضاف لفاعله ، وقوله : (لها) مفعوله الأول تعدى له بحرف الجر ، وقوله (ما) مفعوله الثاني تعدى له بنفسه . »

تأخير عن دفع القسط لم يحل باقي الأقساط إلا إذا اشترط ذلك .

(مادة ٢٩٧)

إِذَا خَالَعَ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ ، وَأَخَذَ مِنْهَا بَدَلًا بِغَيْرِ حَقٍّ بِأَنَّ كَانَ النِّكَاحَ فَاسِدًا مِنْ أَضْلِهِ ، لَا يَقْبَلُ الخَلْعَ ، فَلَهَا أَنْ تَشْتَرِدَّ مَا أَخَذَهُ ^(١) .

• • •

١٦١٦ - والزوج لا يستحق بدل الخلع إلا إذا كان عقد الزواج صحيحًا ؛ لأن الخلع مثل الطلاق في أن كلاً منهما لا يكون إلا بعد العقد الصحيح .

١٦١٧ - وينبغي على هذا : أنه لو كان التزوج فاسدًا ، وحصل الخلع أو الطلاق على عوض ، وسلمته المرأة للمخالع ، فلها أن تسترده منه ؛ لأنه أخذه بغير حق ؛ إذ المرأة ما دفعت هذا العوض إلا لتملك عصمتها ، وهذا ثابت لها قبل الخلع ؛ لأن العقد فاسد لا تترتب عليه الأحكام ، فلها أن تتركه في أي وقت شاءت ، فتكون قد دفعت بدل الخلع لظنها أنه يستحقه . فإذا تبين غير ذلك ، أخذته منه . وهذا كمن دفع لغيره دينًا ظانًا أنه عليه ، فتبين خلافه فإن له استرداده ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (١٨١/٣) : « وفي النزاية : والخلع في النكاح الفاسد لا يسقط المهر ؛ لأنه ليس بخلع . ومفهوموه : أنه لا يجب البدل عليها لو شرط بالأولى وإذا ادعت فساده وهو صحتة فالقول له وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر إن لم يدخل والكل إن دخل كذا في الحانية » .
قول الشافعية : جاء في الأم (٢١٣/٥) : « لو خالعت ثم وجد نكاحها فاسدًا كان الخلع باطلًا وترجع بما أخذت منها ولا نكاح بينهما » .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٧٦/٣) : « و (لا) يصح (خلع) في نكاح فاسد (لخلوه) أي : الخلع (عن العوض) ؛ لأنه إذا كان الطلاق بائنًا بلا عوض فلا يستحق عوضًا يبذله ؛ لأنه لا مقابل للعوض » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٠٥) : « للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١ - إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها .

٢ - إذا جن الزوج بعد العقد .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : التطبيق للضرر : « يمكن للزوجة أن تطلب تطليقها من زوجها لأجل الضرر الحاصل لها منه ، والذي لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية . والضرر ينقسم إلى قسمين :

- = ضرر مادي ويقع على ذات الزوجة : كالضرب والجرح وما إليهما .
- ضرر معنوي ويقع على نفسها : كالسب والقذف وما أشبه ذلك .
- « تقدم دعوى التطليق بواسطة محام بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن الزوجين » .
- « وتؤدى الرسوم القضائية على المقال، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .
- « يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما ونوع الضرر المدعى به » .
- « يرفق مقال هذه الدعوى برسم الزواج أو بنسخة منه مصادق عليها » .
- « تثبت الزوجة الضرر بكل الوسائل المقبولة مثل شهادة الشهود أو بحكم نهائي بإدانة الزوج بارتكابه العنف في حقها أو غير ذلك » .
- « تقوم المحكمة قبل البت في هذه الدعوى بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين، وإذا فشلت محاولة التصالح أو بعد استدعاءين وتخلف الزوجين أو أحدهما عن الحضور، تصدر المحكمة أمراً بعدم التصالح وتأذن للمدعي بمواصلة الدعوى » .
- « إذا ثبت إضرار الزوج بزوجه وعمز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه » .
- « إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً للسداد بين الزوجين .
- وعلى الحكيم أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين ويذلا جهدهما في الإصلاح بينهما » .
- « إذا عجز الحكمان عن الإصلاح رفا الأمر إلى المحكمة للنظر في القضية على ضوء تقريرهما » .
- « يكون للاستئناف والطنع بالنقض ولأجالهما أثر واقف » .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١١٦) : إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة ومرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر : كالجدام ، أو البرص ، أو السل ، أو الزهري ، أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال ؛ وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة ؛ فإذا لم تنزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصررت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضاً ، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق . للزوج طلب فسخ عقد الزواج لوجود علة بالزوجة لا يمكن المقام معها .
- المادة (١١٧) : للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالترق والقرن أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً .
- المادة (١١٨) : العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج إثبات العيب .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٣٠) لكل من الزوجين طلب التفريق لعب أو مرض مستحکم، يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ولا يرجى برؤه أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة، عقلياً كان المرض ، أو عضويًا أصيب به قبل العقد أو بعده .
- المادة (١٣١) يسقط الحق في طلب التفريق للعب أو المرض إذا علم به قبل العقد أو رضي به صراحة بعده .

الباب الثالث

في الفرقة بالعنة ونحوها

(مادة ٢٩٨)

إِذَا وَجَدَتِ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا عَيْنًا لَا يَقْدِرُ عَلَى إِتْيَانِهَا فِي الْقَبِيلِ، وَلَمْ تَكُنْ عَالِمَةً بِحَالِهِ وَقَتِ
النِّكَاحِ، فَلَهَا أَنْ تَطْلُبَ التَّفْرِيقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ إِذَا لَمْ تَرْضَ بِهِ .
وَإِذَا وَجَدَتْهُ عَلَى هَذِهِ الصُّفَةِ، وَلَمْ تُخَاصِمْهُ زَمَنًا، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهَا لَا قَبِيلَ الْمُرَافَعَةِ وَلَا
بَعْدَهَا (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٢٢/١ ، ٥٢٣) : العنين : هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة ، فإن كان يصل إلى الثيب دون الأبيكار أو إلى بعض النساء دون البعض ، وذلك لمرض به ، أو لضعف في خلقه ، أو لكبر سنه ، أو سحر فهو عين في حق من لا يصل إليها كذا في النهاية . إذا أولج الحشفة فليس بعين ، وإن كان مقطوعها فلا بد من إيلاج بقية الذكر في البحر الرائق إذا رفعت المرأة زوجها إلى القاضي ، وادعت أنه عين ، وطلبت الفرقة فإن القاضي يسأله : هل وصل إليها أو لم يصل ؟ ؛ فإن أقر أنه لم يصل أجله سنة سواء كانت المرأة بكرًا أم ثيبًا ، وإن أنكر وادعى الوصول إليها فإن كانت المرأة ثيبًا فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها كذا في البدائع . فإن حلف بطل حقه ، وإن نكل يؤجل سنة كذا في الكافي ، وإن قالت : أنا بكر نظر إليها النساء وامرأة تجزئ ، والاثنتان أحوط وأوثق ، فإن قلن : إنها ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه كذا في السراج الوهاج . فإن حلف لا حق لها ، وإن نكل يؤجله سنة كذا في الهداية ، وإن قلن : هي بكر ، فالقول قولها من غير يمين ، وإن وقع للنساء شك في أمرها ، فإنها تمتحن قال بعضهم : تؤمر حتى تبول على الجدار فإن أمكنها أن ترمي على الجدار فهي بكر وإلا فهي ثيب ، وقال بعضهم : تمتحن ببيضة الدبك فإن وسعتها فهي ثيب ، وإن لم تستعها فهي بكر كذا في السراج الوهاج . إن شهد البعض بالبيارة والبعض بالثيوبة يربها غيرهن وإذا ثبت عدم الوصول إليها أجله القاضي سنة طلب الرجل التأجيل أو لم يطلب ، ويشهد على التأجيل ويكتب لذلك تاريخًا في فتاوى قاضي خان ابتداء التأجيل من وقت المخاصمة كذا في المحيط لا يكون هذا التأجيل إلا عند قاضي مصر أو مدينة ؛ فإن أجلته المرأة أو أجله غير القاضي لا يعتبر ذلك في فتاوى قاضي خان في التأجيل تعتبر السنة القمرية في ظاهر الرواية كذا في التبيين ، وهو الصحيح كذا في الهداية . روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تعتبر سنة شمسية وهي لا تزيد على القمرية بأيام وذهب شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي إلى رواية الحسن أخذًا بالاحتياط ، وكذلك صاحب التحفة ، وهذا هو المختار عندي كذا في غاية البيان وهو اختيار شمس الأئمة في المبسوط ، واختيار الإمام قاضي خان والإمام ظهر الدين في التأجيل أنه يقدر بسنة شمسية أخذًا بالاحتياط كذا في الكفاية وعليه الفتوى كذا في الخلاصة عن شمس الأئمة الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءًا من اليوم ، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومًا كذا في الكافي .

= وفي المجتبي إذا كان التأجيل في أثناء الشهر تعتبر السنة بالأيام إجمالاً ؛ كذا في البحر الرائق ويحسب في هذه السنة أيام حيضها وشهر رمضان كذا في الجامع الكبير لقاضي خان . لا يحسب بمرضه ومرضها كذا في الهداية فإن مرض في تلك السنة يؤجل أيضاً مقدار مرضه عند محمد رحمته وعليه الفتوى كذا في الفتاوى الكبرى . إن حج أو غاب احتسب عليه بخلاف ما إذا حجت هي أو غابت حيث لا يحسب عليه من المدة كذا في التبيين . لو كانت محرمة حين خاصته لم يؤجله القاضي حتى تفرغ من الحج كذا في النهاية . قال محمد رحمته : إن خاصته وهو محرم يؤجل سنة بعد الإحلال ، وإن خاصته وهو مظاهر فإن كان يقدر على الإعتاق أجل سنة من حين الخصومة ، وإن كان لا يقدر على ذلك أجل أربعة عشر شهراً ، فإن أجل سنة وليس بمظاهر ، ثم ظاهر في السنة لم يزد على المدة بشيء كذا في البدائع .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٣٤١ ، ٣٤٠/٤) : « (أو وجدته عتيباً) وهو العاجز عن الوطء في القبل خاصة ، قيل : سمي عتيباً للين ذكره وانعطافه . مأخوذة من عنان الدابة للينه (أو محبوباً) وهو مقطوع جميع الذكر أو لم يبق منه قدر الحشفة ؛ أما إذا بقي منه ما يولج قدرها فلا خيار لها ، وجواب إذا المقدره في كلام المتن قوله : (ثبت) لواجد العيب من الزوجين (الخيار في فسح النكاح) كما تقرر . لكن بعد ثبوت العيب عند القاضي كما سيأتي ، وثبوت الخيار بهذه العيوب قال به جمهور العلماء وجاءت به الآثار ، وضح ذلك عن عمر رضي الله عنه في الثلاثة الأول ، وهي المشتركة بين الزوجين ، رواه عنه الشافعي وعول عليه ؛ لأن مثله لا يكون إلا عن توقيف ، وفي الصحيح : « فر من المجدوم فرارك من الأسد » قال الشافعي في الأم : وأما الجذام والبرص فإنه : أي كلا منهما يعدي الزوج ويعدي الولد ، وقال في موضع آخر : الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطلب والتجارب أنه يعدي كثيراً ، وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب أن يجماع من هو به ، والولد قل ما يسلم منه ، فإن سلم أدرك نسله . فإن قيل : كيف قال الشافعي إنه يعدي وقد صح في الحديث « لا عدوى » ؟ أجيب بأن مراده أنه يعدي بفعل الله لا بنفسه ، والحديث ورد رداً لما يعتقد أهل الجاهلية من نسبة الفعل لعير الله تعالى وأن مخالطة الصحيح لمن به شيء من هذه الأدواء سبب لحدوث ذلك الداء ؛ ولأن معظم النكاح هو الوطء ، والقرن والرتق مانعان منه فيتعذر مقصوده ، وحكى الماوردي إجماع الصحابة على ثبوت الخيار بالحب واللعنة .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٨٤/٢ ، ١٨٥) : « في العيين قلت : أرأيت العين متى يضرب له الأجل ؟ . أم من يوم تزوجها أم من يوم ترفعه إلى السلطان ، قال : من يوم ترفعه إلى السلطان ، وكذلك قال مالك . قلت : أرأيت العين إذا فرق السلطان بينهما ، أيكون أمملك بها في العدة ، قال : قال مالك : لا يكون أمملك بها في العدة ولا رجعة له عليها . قلت : أرأيت إن قال الزوج العين قد جامعتها ، وقالت المرأة ما جامعني ، قال : سألت مالكا عنها ، فقال : قد نزلت هذه بيلدنا وأرسل إلي فيها الأمير فما دريت ما أقول له ، ناس يقولون يجعل معها النساء وناس يقولون يجعل في قبلها الصفرة فما أدري ما أقول .

قال ابن القاسم : إلا أنني رأيت وجه قوله أن يدين الزوج ذلك ويحلف وسمعت منه غير مرة وهو رأيي قلت : أرأيت العين إذا لم يجماع امرأته في السنة ، وفرق بينهما بعد السنة ، أيكون لها الصداق كاملاً أم يكون لها نصف الصداق ، قال : قال لي مالك : لها الصداق كله كاملاً إذا أقام معها سنة ؛ لأنه قد تلوم له وقد خلى بها فطال زمانه معها وتغير صبغها وخلق ثيابها ، وتغير جهازها عن حاله ، فلا أرى له عليها شيئاً ، وإن كان فراقه إياها قريباً من دخوله رأيت عليه نصف الصداق ، قال : قال مالك : وإن نأشأ ليقولن ليس لها إلا نصف =

١٦١٨ - اعلم أن ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لا خيار للزوج بعيب في الزوجة ؛ لأنه يمكنه مفارقتها ، فلا حاجة لثبوته له ، ولها الخيار إذا وجدته معيبتا بواحد من ثلاثة ، وهي : الجنون ، والجذام ، والبرص ؛ لأن الطلاق ليس بيدها حتى يمكنها مفارقتها ، فخيرت . وقال الإمام الشافعي ومالك وأحمد : يثبت الخيار لكل من الزوجين إذا وجد صاحبه معيبتا بواحد من هذه الثلاثة ، وللزوج الفسخ إذا كانت الزوجة رتقاء أو قرناء أيضا ، فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة .

١٦١٩ - والظاهر ما ذهب إليه غير أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقد تقدمت لك هذه

= الصداق ، قال مالك : ولكن الذي أرى إن كان قد طال ذلك وتبادع وتلذذ منها وخلا بها أن الصداق لها كاملا . وروى ابن وهب عن عمر بن قيس عن عطاء بن أبي رباح عن ابن المسيب : أن عمر بن الخطاب قضى في الرجل يتنى بالمرأة فلا يستطيع أن يمسه ، أنه يضرب له أجل سنة من يوم يأتيان السلطان ، قال : فإن استقرت فهي أولى بنفسها ، قال عطاء : إذا ذكر أنه يصيبها وتدعي أنه لا يأتيها فليس عليه إلا يمينه بالله الذي لا إله إلا هو ، لقد وطنتها ثم لا شيء عليه . ابن وهب عن محمد بن عمر وعن ابن جريج قال : أخبرني أبو أمية عبد الكريم عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود أنهما قالا : ينتظر به من يوم تخاصمه سنة ، فإذا مضت سنة اعتدت المطلقة وكانت في العدة أملك بأمرها . ابن وهب قال ابن جريج : وسألت عطاء ، فقال : لها الصداق حين أغلق عليها وينتظر به من يوم تخاصمه سنة فأما ما قبل ذلك فلا هو عفو عنه ، ولكن ينتظر به من يوم تخاصمه ، فإذا مضت سنة اعتدت وكانت تطليقة وإن لم يطلقها ، وكانت في العدة أملك بأمرها . قال ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن عمر بن خلدة عن ابن المسيب بذلك ، قال : يضرب له السلطان أجل سنة من يوم ترفع ذلك إلى السلطان ، فإن استطاعها وإلا فرق بينهما .

قال عبد الجبار : وقال ذلك ربيعة . ابن وهب قال مالك : وبلغني عن سليمان بن يسار أنه قال : أجل المعترض على أهله سنة . مالك عن ابن شهاب عن ابن المسيب أنه قال إذا دخل الرجل بامرأته فاعترض عنها ؛ فإنه يضرب له أجل سنة فإن استطاع أن يمسه وإلا فرق بينهما . ابن وهب قال موسى بن علي ، قال ابن شهاب : إن القضاة يقضون في الذي لا يستطيع إتيان امرأته أنه يترخص سنة يتنفي فيها لنفسه فإن ألم في ذلك بأهله فهي امرأته ، وإن مضت سنة ولم يمسه فرق بينه وبينها وتقضي القضاة بذلك من حين تناكره امرأته أو يناكره أهلها ، قال ابن شهاب : وإن كانت تحته امرأته فولدت له ثم اعترض عنها فلم يستطيع لها فلم أسمع بأحد فرق بين رجل وبين امرأته بعد أن يمسه فهذا الأمر عندنا .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤١/٧ ، ٤٢) : « وإذا ادعت امرأة المجنون عته ، لم تضرب له مدة ؛ لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ، ولا حكم لإقراره . وإن أقر بالعنة وهو صحيح ، فضربت له المدة ثم جن ، وانقضت المدة ، وطالبت المرأة بالفسخ ، لم يفسخ ؛ لأنها إن كانت ثيبا فالقول قوله ، وإن كانت بكرا فادعي منعها إياه نفسها ، أو أنه وطنها فعدت عذرتها ، فله استحلافها . فإذا كان لا يعبر عن نفسه ، لم يستحلف ، ولا يثبت ما قالته ، فلم يفسخ عليه . »

المسألة مفصلة في شرح مادة (١٦) فراجعه .

- ١٦٢٠ - ولكن قد اتفق الجميع على أن الزوجة إذا وجدت زوجها عنيثاً ، أو مجبوتاً ، أو خصيًّا ، ولا يقدر على إتيانها ، أو مقطوع العضو المعلوم ، ثبت لها الخيار .
- ١٦٢١ - والعين شرعاً : هو الذي لا يمكنه أن يصل إلى زوجته لأي سبب كان . والمجبوب : هو مقطوع الأعضاء المعلومه . والخصيُّ : منزوع الخصيتين .
- ١٦٢٢ - وينبني على ذلك : أن المرأة إذا وجدت زوجها عنيثاً فهي مخيرة بين أمرين ، الأول : البقاء معه . والثاني : الفرقة بينها وبينه .
- ١٦٢٣ - فإن اختارت الأول ، فقد رضيت بإسقاط حقها ؛ فلا يعارضها فيه أحد .
- ١٦٢٤ - وإن اختارت الثاني رفعت الأمر إلى القاضي ليفرق بينهما ، ولو مكثت زمناً لم تخاصمه أو خاصمته ومضت المدة المقررة ولم تعد إلى القاضي ، لم يبطل حقها . ولكن يشترط في ثبوت الخيار لها ألا تكون عالمة بحاله قبل الزواج ، فلو علمت سقط حقها لرضاها به ^(١) .

(مادة ٢٩٩)

إِذَا رَافَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، وَادَّعَتْ أَنَّهُ عَيْنٌ ، وَطَلَبَتِ الطَّلَاقَ ، يَسْأَلُهُ الْحَاكِمُ . فَإِنْ صَدَّقَهَا ، وَاقْرَأَ أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا ، يُؤَجِّلُهُ سَنَةً كَامِلَةً فَمَرِيَّةٌ يُخْتَسَبُ مِنْهَا رَمَضَانٌ وَأَيَّامٌ حَيْضُهَا وَمُدَّةٌ غَيْبِهِ إِنْ غَابَ لِحُجِّ وَغَيْرِهِ ، لَا مُدَّةَ غَيْبِهَا وَلَا مُدَّةَ مَرَضِهِ أَوْ مَرَضِهَا إِنْ كَانَ لَا يُسْتَطَاعُ مَعَهُ الْوِقَاعُ .

وَأَيْدَاءُ السَّنَةِ مِنْ يَوْمِ الْحُضُوفَةِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ صَغِيرًا أَوْ مَرِيضًا أَوْ مُخْرِمًا . فَإِنْ

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : طلب التفريق لعلة غير قابلة للزوال : المادة (١١٥) : إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب بنظر ، فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال وإن كانت قابلة للزوال كالعنة يمهّل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت براءة الزوج إن كان مريضاً ، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدّة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب ؛ فإذا لم تزول العلة في هذه المدّة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق فإذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها بنظر فإذا كانت الزوجة نيتاً فالقول قول الزوج مع اليمين وإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين .

كَانَ كَذَلِكَ ، فَأَبْتَدَأُهَا يُعْتَبَرُ مِنْ حِينَ بُلُوغِهِ أَوْ شِفَائِهِ أَوْ فَكِّ إِخْرَامِهِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٢٢/٢ ، ٣٢٣) : « ومنها خلو الزوج عن عيب الحب ، والعتة عند عدم الرضا من الزوجة بهما عند عامة العلماء . وقال بعضهم : عيب العنة لا يمنع لزوم النكاح ، واحتجوا بما روي أن امرأة رفاعة أتت رسول الله ﷺ ، وقالت : يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة ، فظلفني آخر التطليقات الثلاث ، وتزوجت عبد الرحمن بن الزبير ، فوالله ما وجدت معه إلا مثل الهدية ، فبسم رسول الله ﷺ ، وقال : « لعلك تريدني أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقني عسيلته ، وذوق عسيلتك » . فوجه الاستدلال : أن تلك المرأة ادعت العنة على زوجها ، ورسول الله ﷺ لم يبيت لها الخيار ، ولو لم يقع النكاح لازماً لا ثبت ؛ ولأن هذا العيب لا يوجب ، فوات المستحق بالعقد يقين ، فلا يوجب الخيار كسائر أنواع العيوب بخلاف الحب ؛ فإنه يفوت المستحق بالعقد يقين .

ولنا : إجماع الصحابة ﷺ ؛ فإنه روي عن عمر ﷺ أنه قضى في العنين أنه يؤجل سنة ، فإن قدر عليها ، ولأخذت منه الصداق كاملاً ، وفرق بينهما ، وعليها العدة . وروي عن ابن مسعود ﷺ مثله ، وروي عن علي ﷺ أنه قال : يؤجل سنة ، فإن وصل إليها ، وإلا فرق بينهما ، وكان قضاؤهم بمحض من الصحابة ﷺ ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد منهم ، فيكون إجماعاً ؛ ولأن الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد ، وفي الإزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول نفوت المستحق بالعقد عليها ، وهذا ضرر بها ، وظلم في حقها ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْظُرُوا بُرُءَكُمْ أَحَدًا ﴾ . وقال النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » فيؤدي إلى التناقض ، وذلك محال ؛ لأن الله تعالى أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان ، بقوله تعالى ﷻ : ﴿ فَإِن سَأَلْتَهُنَّ بِيْتُهُنَّ أَوْ تَصْرِيحًا بِإِحْسَانٍ ﴾ ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بالمعروف في شيء ، فتعين عليه التسريح بالإحسان ، فإن سرح بنفسه ، وإلنا القاضي مناه في التسريح ؛ ولأن المهر عوض في عقد النكاح ، والعجز عن الوصول يوجب عيباً في العوض ؛ لأنه يمنع من تأكده يقين لجواز أن يختصما إلى قاض لا يرى تأكد المهر بالحلوة ، فيطلقها ، ويعطيها نصف المهر ، فيتمكن في المهر عيب ، وهو عدم التأكد يقين ، والعيب في العوض يوجب الخيار كما في البيع ، ولا حجة لهم في الحديث ؛ لأن تلك المقالة منها لم تكن دعوى العنة بل كانت كناية عن معنى آخر ، وهو دقة القضيب ، والاعتبار بسائر العيوب لا يصح ؛ لأنها لا توجب فوات المستحق بالعقد لما نذكر في تلك المسألة إن شاء الله تعالى ، وهذا يوجب ظاهراً وغائباً ؛ لأن العجز يتقرر بعدم الوصول في مدة السنة ظاهراً ، فيفوت المستحق بالعقد ظاهراً ، فيفوت الاعتبار ، وإذا عرف هذا ، فإذا رفعت المرأة زوجها ، وادعت أنه عنين ، وطلبت الفرقة ، فإن القاضي يسأله هل وصل إليها أو لم يصل ؟ ، فإن أقر أنه لم يصل أجله سنة سواء كانت المرأة بكرًا أو ثيبًا ، وإن أنكر ، وادعى الوصول إليها ، فإن كانت المرأة ثيبًا ، فالقول قوله مع يمينه أنه وصل إليها ؛ لأن الثيبية دليل الوصول في الجملة ، والمانع من الوصول من جهته عارض ؛ إذ الأصل هو السلامة عن العيب ، فكان الظاهر شاهدًا له إلا أنه يستحلف دفعًا للثبته ، وإن قالت أنا بكر ؛ نظر إليها النساء ، وامرأة واحدة تجزي ؛ لأن البكارة باب لا يطلع عليه الرجال ، وشهادة النساء بانفرادهن في هذا الباب مقبولة للضرورة ، وتقبل فيه شهادة الواحدة كشهادة القابلة على الولادة ؛ ولأن الأصل حرمة النظر إلى العورة ، وهو العزيمة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَفَلْيُؤْمِنُنَّ بِفَضْلِنَا مِن بَصَرِهِنَّ ﴾ .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٣١٤/٦ ، ٣١٥) : « (وإذا ثبت) العنة بوجه مما مر (ضرب القاضي =

= له سنة) ولو قثًا كافرًا ؛ إذ ما يتعلق بالطبع يستوي فيه القن وغيره (بطلها) لقضاء عمر ﷺ بها ، وحكي فيه الإجماع ، وحكمته مضي الفصول الأربعة إذا تعذر الجماع إن كان لعارض حرارة زال شتاء أو برودة زال صيفًا أو بيوسة زال ربيعًا أو رطوبة زال خريفًا ، فإذا مضت السنة علم أن عجزه خلقي ، وابتدؤها من وقت الضرب لا الثبوت ، بخلاف مدة الإيلاء فإنها من وقت الحلف بالنص وتعتبر بالأهلة فإن وقع في أثناء شهر كملت من الثالث عشر ثلاثين يومًا ، ويكفي قولها : أنا طالبة حقي بموجب الشرع وإن جهلت تفصيل الحكم فإن سكنت لم تضرب .

نعم إن علم القاضي أن سكنوها لنحو جهل أو دهشة فلا بأس بتبنيها ، وأفهم كلامه : عدم قيام الولي عنها في ذلك ولو مجنونة (فإذا تمت) السنة ولم يطأها ولم تمتزله فيها (رفعته إليه) لامتناع استقلالها بالفسخ ، وقضية كلامهم بل صريحه أن الرفع ثانيًا بعد السنة يكون على الفور وهو كما أفاده الشيخ رحمته المتعمد خلافًا للماوردي والروياتي (فإن قال وطئت) فيها أو بعدها وهي ثيب (حلف) إن طلبت يمينه على وطئها لتعذر إثبات الوطء مع أن الأصل السلامة ، أما بكر غير غوراء شهد بكارتها أربع نسوة فتصدق هي ؛ لأن الظاهر معها ، وتحلف وجوبًا كما رجحه في الشرح الصغير .

نعم يظهر توقعه على طلبة . وكيفية حلفها : أنه لم يصحها ، وأن بكارتها أصلية ولو لم تزل البكارة في غير الغوراء لرقعة الذكر فهو وطء كامل ، وهو صريح في إجزائه في التحليل على ما مر والأصح خلافه ، وما تقرر من تصديقه في الوطء مستثنى من قاعدة تصديق نافي الوطء ، كما استثني منها أيضًا تصديقه فيه في الإيلاء ، وفيما إذا أسر بالمهر حتى يمتنع فسخها وتصديقه فيه فيما لو اختلفا في كون الطلاق قبله أو بعده وأنت بولد يلحقه ، ولو شرطت بكارتها فوجدت ثيبًا ؛ فتصدق يمينها لدفع الفسخ أو ادعت المطلقة ثلاثًا أن المحلل وطئها وفارقها وانقضت عدتها وأنكر المحلل الوطء أي : وتصدق على الفراق فتصدق يمينها لحلها للأول لا لتقرير مهرها ؛ لأنها مؤتمنة في انقضاء عدتها وبينه الوطء متعذرة ، ولو قال لها وهي طاهر أنت طالق للسنة ، ثم ادعى وطأها في هذا الطهر ليرفع وقوع الطلاق في الحال وأنكرته ؛ صدق يمينه لأن الأصل بقاء النكاح ، ونظيره إفتاء القاضي في إذا لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق وادعى الإنفاق فيصدق لدفع الطلاق وهي لبقاء النفقة عليه عملاً بأصل بقاء العصمة وبقاء النفقة وإن ابن الصلاح في فتاويه الظاهر الوقوع .

قول الحنابلة : جاء في الإصناف (١٨٦/٨ ، ١٨٧) : « أن يكون عتيبًا لا يمكنه الوطء . » العتين : هو الذي لا يمكنه الوطء . على الصحيح من المذهب . وقيل : هو الذي له ذكر ولكنه لا يتنثر . قوله (فإن اعترف بذلك : أجل سنة منذ ترافعه . فإن وطئ فيها ، وإلا فلها الفسخ) . إذا اعترف بالعتة ، أو أقامت هي بينة بها : أجل سنة . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم : صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغني ، والبلغة ، والشرح ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزرعي ، وغيرهم . وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعابيين ، والحواري الصغير ، وغيرهم . قال في الفروع : هذا المذهب . قال الزركشي : هذا المذهب المنصوص ، والمختار لعامة الأصحاب . انتهى . واختار جماعة من الأصحاب : أن لها الفسخ في الحال . منهم : أبو بكر في التنبية ، والمجد في المحرر .

١٦٢٥ - ولكن إذا اختارت الفرقة ، فليس لها أن تفارقه من نفسها ؛ لأنها تدعي عليه العنة ، ومن الجائز أن تكون كاذبة ، بل لا بد من أن ترفع الأمر إلى الحاكم . فإن فعلت ذلك ، فلا يفرق بينهما بمجرد إخبارها ، بل يتبع معها ما يتبعه في باقي الدعاوى ، وهو أن يسأله الحاكم عن الدعوى المقامة عليه: فإما أن يكذبها ، أو يصدقها .
فإن كذبها وثبت أنه وصل إليها ، فلا يؤجل .

وإن صدقها أو كذبها ، وثبت أنه لم يصل إليها بالطريقة الآتية في مادة (٣٠١) ، أجل سنة ؛ لأنه ثبت أن امرأة حضرت عند سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وأخبرته بأن زوجها لم يصل إليها ، فأجله حولاً ، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها ، خيرها فاختارت نفسها ، ففرق بينهما سيدنا عمر ، وجعلها تطليقة بائنة .

١٦٢٦ - وإنما أجل سنة ولم يفرق في الحال ؛ لأنه يحتمل أن يكون الامتناع لعله معترضة ، ويحتمل أن يكون من أصل الحلقة ، فلا بد من مدة يعرف منها ذلك . وقدرت بالسنة ؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة ؛ لأنه إن كان من علة معترضة : فإما أن تكون

= تبيه : مفهوم قوله : « وإن اعترف بذلك أجل » أنه لو أنكر لا يؤجل ما لم تقم بينة . وهو صحيح . وهو المذهب . اختاره القاضي في التعليق . قال في الفروع : والأصح لا يؤجل . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والنور ، وغيرهم . وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والرايعين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . وقيل : يؤجل . وقدمه في النظم . وهو ظاهر كلام الخرقني . وقاله القاضي في التعليق أيضاً في موضع آخر . وعنه : يؤجل للبكر . فعلى المذهب : يحلف . على الصحيح من المذهب . قال في الفروع : ويحلف في الأصح . قال الزركشي : يحلف . على الصحيح من الوجهين . وجزم به في النور . وقدمه في المستوعب ، والمحرر ، والنظم . وقيل : لا يحلف . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والرايعين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قال القاضي : الوجهان ميبان على دعوى الطلاق . فعلى المذهب : لو نكل أجل . على الصحيح من المذهب . جزم به في النور والزركشي . وقدمه في المحرر ، والرايعين ، والحاوي الصغير ، والفروع . وقيل : ترد اليمين . فيحلف ويؤجل .

فالثان : إحداهما : المراد بالسنة هنا : السنة الهلالية اثني عشر شهراً هلالياً . قال الشيخ تقي الدين رحمته : هذا هو المفهوم من كلام العلماء : فإنهم حيث أطلقوا « السنة » أرادوا بها الهلالية . قال : ولكن تعليلهم بالفصول يوم خلاف ذلك . قال ابن رجب : وقرأت بخط ولد أبي المعالي ابن منجا يحكي عن والده أن المراد بالسنة هنا : هي الشمسية الرومية ، وأنها هي الجامعة للفصول الأربعة التي تختلف الطباع باختلافها ، بخلاف الهلالية . قال : وما أظنه أخذ ذلك إلا من تعليل الأصحاب ، لا من تصريحهم به . انتهى . قلت (الشيخ تقي الدين) : الخطب في ذلك يسير ، والمدة متقاربة . فإن زيادة السنة الشمسية على السنة الهلالية أحد عشر يوماً وربيع يوم ، أو خمس يوم .

من غلبة حرارة ، أو برودة ، أو رطوبة ، أو يوسة . والفصول الأربعة تشتمل على هذه الكيفيات ، فالصيف حار يابس ، والخريف بارد يابس ، والشتاء بارد رطب ، والربيع حار رطب . فإن كان مرضه ناشئاً عن إحدى هذه تم علاجه في الفصل المضاد له ، أو عن كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادين ، فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال .

١٦٢٧ - ثم إن التأجيل : إما أن يكون في وسط الشهر ، أو في غرته . فإن كان الأول : اعتبرت السنة بالأيام اتفاقاً . وإن كان الثاني ، فقال بعضهم : تعتبر قمرية ، وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وثمان ساعات وثمان وأربعون دقيقة ، أي : ثلث يوم وثلث عشر يوم . وبعضهم يعتبرها شمسية ، وهي تزيد عن القمرية أحد عشر يوماً وبعض يوم . وقد اختلفوا في المفتى به ، ولكن المعول عليه اعتبارها قمرية .

١٦٢٨ - ويحتسب من هذه السنة أيام شهر رمضان وأيام حيضها وأيام غيبته ولوللحج ؛ لأن المانع ليس من جهتها ولا تحسب من السنة أيام غيبتها ، لوجود المانع من جهتها ، ولا أيام مرضها أو مرضه بشرط ألا يستطاع معه الوقاع .

١٦٢٩ - وسواء أكانت السنة شمسية أو قمرية ؛ فإنها تحتسب من يوم الخصومة ، إلا في أحوال ثلاثة :

الأولى : إذا كان صغيراً ، فإن المدة تبتدىء من وقت بلوغه .

الثانية : إذا كان مريضاً ، فمن وقت شفائه .

الثالثة : إذا كان محرماً بحج أو عمرة ؛ فمن وقت فك إحرامه .

(مادة ٣٠٠)

إِذَا لَمْ يَصِلِ الزُّوْجُ لِمُرَاتِبِهِ وَلَوْ مَرَّةً فِي مُدَّةِ الْأَجْلِ الْمَقْدَّرِ لَهُ ، وَعَادَتِ الْمَرْأَةُ شَاكِيَةً إِلَى الْحَاكِمِ بَعْدَ انْقِضَائِهِ طَالِيَةً التُّرُقِ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ بِطَلَّاقِهَا . فَإِنْ أَبَى ، فُزِقَ بَيْنَهُمَا ، وَهَذِهِ الْفُرْقَةُ طَلَّاقٌ لَا فُسْخٌ .

وَلَوْ وَجَدْتَهُ مُجْبِرًا جَاهِلَةً ذَلِكَ وَقْتُ النِّكَاحِ ، وَطَلَّبَتْ مُفَارَقَتَهُ ، يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا لِلْحَالِ بِذَوْنِ إِفْهَالٍ (١) .

• • •

١٦٣٠ - فإن مضت السنة ولم تعد المرأة إلى القاضي ، فيها . وأما إذا عادت إليه وادعت أنه لم يصل إليها في هذه المدة ، أحضره وسأله .

١٦٣١ - وحيثيذ لا يخلو حاله من أحد أمرين ، الأول : الإقرار بما قالت . الثاني : الإنكار .

فإن أقر ؛ يأمره الحاكم بطلاقها . فإن امتثل فيها ، وإن امتنع فرق القاضي ؛ لأنه ظالم فيدفع ظلمه من له عليه الولاية وهو القاضي . وهذه الفرقة طلاق لا فسخ . فإذا فرض وتزوجها بعد ذلك ، ولم يكن وقع عليها طلاق غير هذا ، ملك عليها طلقتين لا ثلاثاً ، ولا خيار لها في هذه الحالة ، لأنها تزوجته ثانياً عالمة بحاله .

١٦٣٢ - والحصي كالعين في جميع هذه الأحكام ؛ لأن الوطاء مرجو .

١٦٣٣ - وأما المحبوب أو مقطوع العضو المعلوم : فإن طلبت الزوجة الفرقة منهما ولم تكن عالمة بحاله قبل الزواج ، فرق القاضي بينهما في الحال ؛ لعدم الفائدة في التأجيل .

(مادة ٣٠١)

إِذَا أَنْكَرَ الزَّوْجُ دَعْوَى الْمَرْأَةِ عَلَيْهِ بِالْعَتَّةِ ، وَادَّعَى الْوُصُولَ إِلَيْهَا قَبْلَ التَّأْجِيلِ أَوْ بَعْدَهُ ، يُعَيِّنُ الْحَاكِمُ امْرَأَتَيْنِ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِنَّ ، لِلْكَشْفِ عَنْهَا . فَإِنْ كَانَتْ ثِيَابًا مِنَ الْأَصْلِ أَوْ بَكْرًا ، وَقَالَتْ : هِيَ ثِيَبٌ . يُصَدِّقُ الزَّوْجُ بِبَيِّنَةٍ .

وَلَوْ ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ زَوَالَ بَكَارَتِهَا بِعَارِضٍ ، فَإِنْ حَلَفَ ، سَقَطَ حَقُّهَا . وَإِذَا تَكَلَّ عَنِ الْبَيِّنِ ، أَوْ قَالَتْ : هِيَ بَكْرٌ . فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ التَّأْجِيلِ ؛ يُؤْجَلُ سَنَةً كَمَا مَرَّ فِي الْمَادَّةِ السَّالِفَةِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ التَّأْجِيلِ ؛ تُخَيَّرُ الْمَرْأَةُ فِي مَجْلِسِهَا ، فَإِنْ اخْتَارَتْ الْفُرْقَةَ ؛ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عَدَلَتْ وَاخْتَارَتْ الزَّوْجَ ، أَوْ قَامَتْ أَوْ أَقَامَهَا أَحَدٌ مِنَ مَجْلِسِهَا قَبْلَ أَنْ تَخْتَارَ ؛ بَطَلَ اخْتِيَارُهَا ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١ / ٥٢٤) : « جاءت المرأة إلى القاضي بعد مضي الأجل وادعت أنه لم يصل إليها وادعى الزوج الوصول ، فإن كانت ثياباً في الأصل كان القول قوله مع البين ، فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل خيرها القاضي ، وإن قالت المرأة : أنا بكر نظر إليها النساء ، والواحدة تكفي والثنان أحوط ؛ فإن قلن هي ثيب كان القول قوله مع البين ، وإن قلن هي بكر أو أقر الزوج أنه لم يصل إليها خيرها =

١٦٣٤ - وإن أنكر الزوج دعواها ، وادعى أنه وصل إليها ، فإن كان قبل التأجيل فحكمه علم مما تقدم في شرح مادة (٢٩٩) ، وإن كان بعد التأجيل كما هو الموضوع ، فلا يمكن القاضي أن يصدق واحداً منهما بلا برهان ؛ لأنه يلزم عليه الترجيح بلا مرجح ،

= القاضي في الفرقة كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان . فإن اختارت زوجها أو قامت عن مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي قبل أن تختار شيئاً ؛ بطل خيارها كذا في المحيط . وهكذا روي عن محمد عليه السلام وعليه الفتوى كذا في التارخانية ناقلاً عن الواقعات إن اختارت الفرقة أمر القاضي أن يطلقها طليقة بائنة فإن أمى فرق بينهما هكذا ذكر محمد عليه السلام في الأصل كذا في التبيين والفرقة تطليقة بائنة ، كذا في الكافي . ولها المهر كاملاً وعليها العدة بالإجماع إن كان الزوج قد خلا بها ، وإن لم يخل بها فلا عدة عليها ولها نصف المهر إن كان مسمى والمتعة إن لم يكن مسمى ، كذا في البدائع .

قول الشافعية : جاء في الأم (٤٣/٥) : « ولو أجل العنين فاختلفا في الإصابة فقال : أصبتها ، وقالت : لم يصبني . فإن كانت ثيباً ؛ فالقول قوله ؛ لأنها تريد فسخ نكاحه وعليه اليمين ، فإن حلف فهي امرأته ، وإن نكل لم يفرق بينهما حتى تحلف ما أصابها ، فإن حلفت خيرت وإن لم تحلف فهي امرأته . ولو كانت بكرًا ؛ أربها أربع نسوة عدول ، فإن قلن هي بكر فذلك دليل على صدقها أنه لم يصبها ، وإن شاء الزوج حلفت هي ما أصابها ثم فرق بينهما ، فإن لم تحلف حلف هو لقد أصابها ثم أقام معها ولم تخبر هي ، وذلك أن العذرة قد تعود فيما زعم أهل الخبرة بها إذا لم يبالغ في الإصابة ، وأقل ما يخرجها من أن يؤجل أن يغيب الحشفة في الفرج وذلك يحصنها ويحللها للزوج لو طلقها ثلاثاً ، ولو أصابها في دبرها فبلغ ما بلغ لم يخرجها ذلك من أن يؤجل أجل العنين لأن تلك غير الإصابة المعروفة حيث تحل ، ولو أصابها حائضاً ، أو محرمة ، أو صائمة ، أو هو محرم ، أو صائم ؛ كان مسيقاً فيه ولم يؤجل ، وكذا لو أُجِّل فُجِبَ ذَكْرُهُ » .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٦١ ، ٢٦٠/٣) : « الزوج إذا دخل بزوجته خلوة اعتداء أي : خلي بينه وبينها ثم تنازعا بعد ذلك في المسيس فقال الزوج ما أصبتها ، وقالت هي : بل أصابني ؛ فإنها تصدق في ذلك وسواء كانت ثيباً أو بكرًا ، أو سواء كان الزوج صالحاً أم لا ، وتحلف على ما ادعته إن كانت كبيرة أو سفية ؛ لأن هذا أمر لا يعلمه وليها ، وأما إن كانت صغيرة ؛ فإنه يحلف الزوج لرد دعواها ويغرم نصف الصداق ، فإذا بلغت حلفت إن شاءت وأخذت بقية الصداق ، فإن نكلت فليس لها تحليف الزوج ثانية . وأما إن نكل الزوج فإنه يغرم جميع الصداق وليس له تحليفها إذا بلغت ، قاله . وإنما لزم الجميع بنكوله ؛ لأن الخلوة بمنزلة شاهد ونكوله بمنزلة شاهد آخر ، وذلك كاف في الأموال ؛ ولو ماتت الزوجة الصغيرة قبل البلوغ ورث عنها وحلف وارثها ما كانت تحلفه وأشار بقوله : (وإن بمانع شرعي) إلى أن المعروف من المذهب أن المرأة تصدق في المسيس إذا خلا بها الزوج خلوة اعتداء ولو كان الوطء مصاحباً لمانع شرعي كما إذا كانت صائمة أو محرمة وما أشبه ذلك وبالغ على تصديقها في تلك الحالة مخالفتها لقاعدة تصديق مدعي الصحة ، وإنما رجح مدعي الفساد ؛ تغليظاً للوجود العادي على المانع الشرعي ؛ إذ الحامل على الوطء أمر جبلي لشدة حرص الرجل عليه في أول خلوة وشدة شوقه إليها ، فقل أن يفارقها قبل الوصول إليها وقيل لا تصدق إلا على من يليق به ذلك . وفي نفيه معطوف على مقدر أي : وصدقت في دعوى الوطء في خلوة الاعتداء وفي نفيه يريد وقد وافقها الزوج على النفي وإلا فهو قوله فيما يأتي وإن أقر به فقط وأشار بقوله : (وإن سفية وأمة) إلى أن المرأة =

فحينئذ يعين القاضي امرأتين ممن يثق بهن ، وأمرهما بالكشف عليها . وعند ذلك لا يدخل الحلال من أحد أمرين ، الأول : أن تجدها ثيبا . الثاني : أن يجدها بكرًا .

فإن كان الأول سواء كانت ثيبا في الأصل أو بكرًا ؛ حلف الزوج ؛ لأنه هو المنكر . فإن حلف ؛ سقط حقها . وإن امتنع ؛ خيرها القاضي ، وكذا لو كانت الزوجة بكرًا في الأصل ، وادعت زوال بكارتها بعارض كالإصبع مثلاً ، وإن كان حرامًا ؛ فإنه يحلف أيضًا . فإن حلف سقط حقها ، وإن امتنع خيرت .

وإن كان الثاني وهو ما إذا وجدها بكرًا ، خيرها القاضي . فإن اختارت زوجها ؛ فالأمر ظاهر . وإن اختارت نفسها ؛ فرق بينهما ، ولكن لا بد أن يكون اختيارها لنفسها في المجلس ؛ لأن الزمن الذي مضى كان في التروي ، ولهذا لو قامت أو أقامها أحد منه

= تصدق في خلوة الاهتداء في الوطء وفي عدمه وإن كانت سفهية وأمة أو صغيرة فلا يراعى تعلق حق المالك والحاجر بذلك ؛ لأن أكثر فوائد الوطء لها والأحسن ذكر الصغيرة ؛ لأنه يتوهم فيها أنها ليست كذلك . والزائر منهما عطف على الضمير المستتر في صدقت المرفوع والفاصل موجود أي وصدق الزائر منهما في الوطء وعدمه على البديلة مع يمين من حكمتا بتصديقه منهما وظاهره ولو صغيرة ، فإذا زارها في بيتها وقالت أصابني وقال هو ما أصبتها فالقول قوله ؛ لأن العادة أن الرجل لا ينشط في غير بيته وإن زارته في بيته ، وقالت أصابني ، وقال : هو ما أصبتها ، فالقول قولها بكرًا كانت أو ثيبا ؛ لأن العادة أن الرجل ينشط في بيته وبعبارة وصدق هو في عدم الوطء إذا كان هو الزائر وإن كانت هي الزائرة صدقت في الوطء . وإن كان زائرًا وادعى الوطء وكذبت ؛ فيجري فيه قوله ، وإن أقر به فقط إلخ . وكذلك إذا كانت زائرة وادعت عدم الوطء وكذبتها ؛ فإن كان كل منهما زائرًا أي : زارا غيرهما ، فيصدق الزوج كما يرشد له التعليل ، وأما إن اختليا في بيت ليس به أحد فتصدق المرأة ؛ لأنه ينشط فيه .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٥٦/٧) : « وإن زعم أنه قد وصل إليها ، وادعت أنها عذراء ، أريت النساء التفات ، فإن شهدن بما قالت ، أجل سنة . وجملته : أن المرأة إذا ادعت عتة زوجها ، فزعم أنه وطلتها ، وقالت : إنها عذراء . أريت النساء ، فإن شهدن بعذرتها ، فالقول قولها ، ويؤجل . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك ؛ لأن الوطء يزيل عذرتها ، فوجودها يدل على عدم الوطء ، فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء ، فالقول قولها ؛ لأن هذا بعيد جدا ، وإن كان متصورًا . وهل تستحلف المرأة ؟ ، يحتمل وجهين : أحدهما : تستحلف ؛ لإزالة هذا الاحتمال ، كما يستحلف سائر من قلنا : القول قوله . والآخر : لا تستحلف ؛ لأن ما يبعد جدًا لا التفات إليه ؛ كاحتمال كذب البيبة العادلة ، وكذب المقر في إقراره . وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ ، على روايتين . وهذا الذي ذكره الخرقى فيما إذا اختلفا في ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل ، فإن اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة ، وشهد النساء بعذرتها ، لم تنقطع المدة . وإن كان بعد انقضاء المدة ، فحكمه حكم من اعترف أنه لم يطأها . وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها ؛ فالقول قوله ، فيسقط حكم قولها ؛ لأنه تبين كذبها . وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر ، فالقول قوله ؛ لأن الأصل عدم الأسباب . »

بيطل خيارها (١) .

(مادة ٢٠٢)

الْفُرْقَةُ بِالْعُنَّةِ وَنَحْوِهَا لَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا تَحْرِيمُ الْمَرْأَةِ ، بَلْ إِذَا تَرَاضَتْ هِيَ وَالْعَيْنُ عَلَى التَّرْجُحِ ثَانِيًا بَعْدَ التَّفْرِيقِ ، جَازَ لَهُمَا ذَلِكَ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا .
وَلَا يَتَوَارَثُ الرَّؤُجَانِ فِي الْفُرْقَةِ بِالْعُنَّةِ وَنَحْوِهَا (١) .

١٦٣٥ - والفرقة المترتبة على العنة والجب ونحوهما طلاق بائن ؛ لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بالبينونة ؛ إذ لو كانت هذه الفرقة طلاقاً رجعيّاً تكون المرأة معلقة بالمراجعة ، فلا تكون ذات زوج ولا مطلقة . أما الأولى : فلفوات المقصود وهو الرطء ، وأما الثانية : فلأنها ذات زوج فلا يحصل لها دفع الظلم والبينونة الصغرى لحصول المقصود بها .

١٦٣٦ - ويترتب على ذلك : أن المرأة لا تحرم على العين لا حرمة مؤبدة ولا مؤقتة بزواج غيره ، فلو اتفقا بعد التفريق على التزوج ثانياً ، جاز ذلك ، سواء كان في العدة أو بعدها .

١٦٣٧ - ويترتب عليه أيضاً : أنه إذا مات أحدهما في عدة التفريق ، فلا يرثه الآخر ؛ لأن الإرث لا يكون إلا إذا كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً بأن كانت في عدة الطلاق الرجعي . أما إذا كان الطلاق بائناً : فلا توارث في عدته إلا في حال هرب الزوج أو الزوجة من إرث صاحبه ، كما تقدم مستوفى في طلاق المريض .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٦٨) تقع الفرقة بين الزوجين بمجرد ردة أحدهما أو كليهما إن كانت الردة قبل الدخول .

المادة (١٦٩) يفرق القاضي بين الزوجين لردة أحدهما أو كليهما بعد الدخول بعد الإعذار بالعودة إلى الإسلام خلال مدة تنقضي بمثلها العدة ؛ فإن انتفت العودة فرق بينهما .

المادة (١٧٠) يعتبر التفريق للردة فسحاً .

الباب الرابع في الفرقة بالردة

(مادة ٢٠٣)

إِذَا اِزْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الْإِسْلَامِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَوَقَّعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا لِلْحَالِ بِإِلا تَوَقَّفَ عَلَى الْقَضَاءِ ، وَهَذِهِ الْفُرْقَةُ فَسَخٌ لَا تُنْقِصُ عَدَدَ الطَّلَاقِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٨٧/٢) : « وارتداد أحدهما فسخ في الحال) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : إن كانت الردة من المرأة فكذلك ، وإن كانت من الزوج فهي فرقة بطلاق . هو مر على أصله في الإباء ، وكذا أبو يوسف وعله كل واحد منهما ما بيناه هناك وأبو حنيفة فرق بينهما ، فوافق أبو يوسف في الردة ، ووافق محمدًا في الإباء ، والفرق له أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للمعصية ، ألا ترى أنه يسقط به عصمة النفس والمال فلم يبق للملك حرمة والطلاق منه يستدعي قيام النكاح فعذر جملة طلاقًا لذلك بخلاف الإباء ؛ فإنه تفويت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان ؛ ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ولا تتوقف عليه بالردة . وفرق أيضًا بين الفرقة بالإباء وبين الفرقة بخيار البلوغ : أن الفرقة بالخيار فسخ للعقد الأول ، والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن والأحكام به من عدم لزوم المهر إذا كان فيه قبل الدخول بخلاف الإباء . وفرق محمد رحمه الله بين الفرقة بإباء وردة ، وبين الفرقة بملك أحدهما صاحبه وبالمحرمة ، فقال : إن الفرقة بالإباء والردة قولية كالطلاق ، وبالملك والمحرمة حكمية كالمرت ، ولو أسلم أحدهما ، ثم ارتد والعياذ بالله تعالى قبل عرض الإسلام على الآخر انفسخ النكاح ؛ لأنه كان باقيا إلى أن يحكم بالفرقة فتنافيه الردة ، وقوله في المختصر : فسخ في الحال ، احتراز عن قول الشافعي ؛ فإن عنده : إن كانت الردة بعد الدخول لا تبين منه حتى تمضي ثلاثة قروء ، وإن كانت قبل الدخول تبين في الحال . وقال ابن أبي ليلى : لا تقع الفرقة بردة أحدهما ولكن يستتاب ، فإن تاب فهي امرأته ؛ وجعله كالإباء . ونحن (الأحناف) نقول : الارتداد منافية واعتراض المنافي بوجوب الفرقة كالمحرمة بخلاف ما إذا أسلم أحدهما على ما تقدم وهذا ظاهر الرواية وبعض مشايخ ، بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسنا لباب المعصية ، وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الإسلام ؛ لأن المقصود يحصل بذلك ومشايخ بخارى كانوا على هذا . قال تفتنة : (فللموطوءة المهر) أي : للمرتدة المدخول بها المهر كله ، سواء كانت الردة منها أو منه ؛ لأنه تأكد بالدخول فلا يتصور سقوطه . قال تفتنة : (ولغيرها النصف إن ارتد) أي : ولغير الموطوءة نصف المهر إن كان المرتد هو الزوج ؛ لأن الفرقة من جهته قبل الدخول توجب نصف المهر ، قال تفتنة : (وإن ارتدت لا والإباء نظيره) أي وإن كانت المرتدة قبل الدخول هي المرأة لا يجب لها شيء ؛ لأن الفرقة من جهتها قبل الدخول بمعصية توجب سقوطه لحصول التفويت منها . قوله : والإباء نظيره ، أي : نظير الارتداد حتى إذا كان بعد الدخول من أيهما كان يجب المهر كله وإن كان قبل الدخول فإن كان منه يجب النصف به وإن كان منها لا يجب شيء لما ذكرنا في ارتدادها .

١٦٣٨ - اعلم أن الزوجين : إما أن يكونا غير مسلمين ، أو الزوج مسلمًا والزوجة غير مسلمة بأن كانت كتابية ، أو مسلمين .

١٦٣٩ - ولا يتأتى أن يكون الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة ؛ لأن التزوج في هذه الحالة باطل ، فلا تتعلق به الأحكام كما تقدم لك في شرح مادة (١٢٢) .

١٦٤٠ - فإن كان الأول : فإن بقيا على دينهما فلا تتعرض لهما أصلًا ، لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون .

١٦٤١ - وأما إن أسلم أحدهما أو أسلما معًا : فقد تقدمت كل الأحكام المختصة بهما في الفصل الثاني في حكم الزوجية بعد إسلام الزوجين أو أحدهما .

١٦٤٢ - وإن كان الثاني : فإن بقيا على دينهما ؛ فالأمر ظاهر ، وإن غيرت الزوجة دينها ؛ فإذا كان الدين الذي انتقلت إليه سماويًا ؛ بقي الزواج ، ولا يتعرض لها . وإن كان غير سماوي ؛ عرض عليها الرجوع إلى دين سماوي ، فإن امتثلت بقي العقد ، وإلا فرق بينهما ؛ لأن المسلم لا يجوز له أن يتزوج غير كتابية لا ابتداء ولا بقاء .

١٦٤٣ - وأما إذا كان المغير لدينه هو الزوج : بأن ارتد - والعياذ بالله تعالى - فالحكم ما يأتي في الحالة الثالثة .

١٦٤٤ - وإن كان الثالث : فإن بقيا على دينهما ؛ فالأمر ظاهر أيضًا .

١٦٤٥ - وأما إذا حصل ارتداد : فإما أن يكون من واحد ، أو منهما .

فإن كان الأول بأن أنكر أحدهما شيئًا معلومًا من الدين بالضرورة ، كوجوب الصلاة ، أو الصوم أو ألقى المصحف الشريف في القاذورات ؛ انفسخ النكاح ووقعت الفرقة بينهما في الحال ، بلا توقف على قضاء القاضي ؛ لأن الردة تمنع النكاح ابتداء ، فكذا تمنعه بقاء ، بمعنى أن المرتد ليس له أن يتزوج ولو كانت من يريد تزوجها متدينة بغير دين الإسلام . ومثله المرتدة ؛ لأن النكاح يعتمد الملة ولا ملة لهما ، وما انتقلا إليه لا يقران عليه .

١٦٤٦ - والفرقة الحاصلة بالردة فسخ لا طلاق ، سواء كانت الردة من جهة الزوج أو الزوجة .

وينبغي على هذا : أنه لو حصل التزوج بعد الإسلام ، ولم يكن حصل طلاق قبل الردة ولا بعدها وهي في العدة ، ملك عليها ثلاث طلاقات لا اثنتين ، والقائل بهذا هو الإمام وأبو يوسف . وقال محمد : إن كانت المرتدة هي الزوجة كانت الردة فسخًا ، وإن كان الزوج فهي طلاق كإبائه عن الإسلام .

(مادة ٣٠٤)

الْحُرْمَةُ بِالرُّدَّةِ تَزْفَعُ بِإِزْتِقَاعِ السَّبَبِ الَّذِي أَحَدَتْهَا ، فَإِذَا جَدَّدَ الْمُرْتَدُّ إِسْلَامَهُ ، جَازَ لَهُ أَنْ يُجَدِّدَ النِّكَاحَ وَالْمَرْأَةَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا مِنْ غَيْرِ مُحَلِّلٍ ، وَتَجْبِرُ الْمَرْأَةُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَتَجْدِيدِ النِّكَاحِ بِمَنْهَرٍ يَسِيرٍ .

وَهَذَا مَا لَمْ يَكُنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ وَهُوَ بِدْيَارِ الْإِسْلَامِ ، فَبِئْسَ هَذِهِ الصُّورَةُ تَحْرِمُ عَلَيْهِ حُرْمَةً مُغْيَاةً بِنِكَاحِ زَوْجٍ آخَرَ .

• • •

١٦٤٧ - ولكن الحرمة التي تترتب على ردة أحد الزوجين ليست حرمة مؤبدة ؛ بل هي مؤقتة ، لأن لها سبباً وهو الردة ، وهذا السبب يمكن زواله . فإن زالت ، فقد ارتفع السبب الذي أوجدها ، فيجوز تزوجها .

١٦٤٨ - وينبغي على ذلك : أنه إذا أسلم المرتد منهما ؛ جاز له التزوج ثانياً بدون توقف على محلل ، ولو وقع عليها طلقاً قبل الردة ، لما عرفت من أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، سواء كان هذا التزوج في العدة أو بعد انقضائها ؛ لأن الزوج الثاني هو الأول ، فلا يشترط انقضاؤها لعدم اختلاط الأنساب ، ولكن محل ذلك إذا لم يوقع الزوج عليها ثلاث طلاقات بعد الردة وهي في العدة . فإن حصل ذلك وكان بديار الإسلام ، فليس له أن يتزوجها إلا بعد تزوجها بغيره .

١٦٤٩ - وبما أن الردة تفسخ العقد ، سواء كان المرتد هو الزوج أو الزوجة ، فإذا أريد تجديده فلا بد من التراضي ، إنما إذا كانت المرتدة هي الزوجة وبعد إسلامها رغب الزوج عودها إليه ؛ أجبرت على تجديد العقد بمهر يسير ، خصوصاً إذا كان ارتدادها حيلة لفسخ العقد .

(مادة ٢٠٥)

إِذَا ارْتَدَّ الرَّوْجَانُ مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ ، وَلَمْ يُعْلَمِ الْأَسْبَقُ مِنْهُمَا ، ثُمَّ أَسْلَمَا كَذَلِكَ ، يَبْقَى النِّكَاحُ قَائِمًا بَيْنَهُمَا . وَإِنَّمَا يَفْسُدُ إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ ^(١) .

•••

١٦٥٠ - وهذه الأحكام إن كان المرتد أحد الزوجين فقط .

١٦٥١ - فإن ارتدا : فإما أن يكون ارتدادهما معًا ، أو متعاقبًا . فإن كان الأول :
فإما أن يسلم معًا أيضًا ، أو متعاقبًا .

فإن أسلما معًا : فلا يفسخ العقد ، وإن أسلما متعاقبًا : ولم يعلم الأسبق منهما فالظاهر فسخ العقد ؛ لأنه ثبت في وقت من الأوقات أن أحدهما مسلم والآخر مرتد .
١٦٥٢ - ومثل هذا في الحكم ما إذا علم من أسلم منهما أولاً . وإن كان الثاني - وهو ما إذا ارتدا متعاقبين - انفسخ العقد لثبوت إسلام أحدهما وردة الآخر (تأمل) .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٣/١٩٥ ، ١٩٦) : « (وبقي النكاح إن ارتدا معًا) بأن يعلم السبق فيجعل كالفرقي (ثم أسلما كذلك) استحساناً (وفسد إن أسلم أحدهما قبل الآخر) ولا مهر قبل الدخول لو المتأخر هي ، ولو هو فنصفه أو متعة » .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٦/٢٥١) : « وارتداد الزوجين معًا ، كارتداد أحدهما ؛ في فسخ نكاحهما ، وعدم ميراث أحدهما من الآخر ، سواء لحقا بدار الحرب ، أو أقاما بدار الإسلام . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا ما ارتدا معًا ، لم يفسخ النكاح ، ولم يتوارثا ؛ لأن المرتد لا يرث المرتد ماداما في دار الإسلام ، فإن لحقا بدار الحرب توارثا .

ولنا : أنهما مرتدان ، فلم يتوارثا ، كما لو كانا في دار الإسلام ولو ارتدا جميعًا ، ولهما أولاد صغار ، لم يتبعوهما في ردهم ، ولم يرثوا منهم شيئًا ، ولم يجز استرقاقهم ؛ سواء لحقوهم بدار الحرب ، أو لم يلحقوهم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : من ألحقوه بدار الحرب منهم بصير مرتدًا ، يجوز سببه ، ومن لم يلحقوه بدار الحرب ، فهو في حكم الإسلام . فأما من ولد بعد الردة بستة أشهر ؛ فذكر الخزرجي ، رضي الله عنه ما يدل على أنه يجوز استرقاقه . وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي . والقول الثاني : لا يُشبهون . وهو منصوص الشافعي » .

(مادة ٣٠٦)

إِذَا وَقَعَتِ الرُّدَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ بِالْمَرْأَةِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، فَلَهَا كَامِلُ مَهْرِهَا ، سِوَاءَ وَقَعَتِ الرُّدَّةُ مِنْهَا أَوْ مِنْ زَوْجِهَا (١) .

١٦٥٣ - وما تقدم من الأحكام إنما هو بالنسبة لحصول الفرقة بين الزوجين وعدمها . وأما بالنسبة لاستحقاق الزوجة المهر ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن تكون الردة بعد الدخول حقيقة أو حكماً . الثاني : أن تكون قبل الدخول . وعلى كل : فإما أن يكون المرتد هو الزوج ، أو الزوجة .

١٦٥٤ - فإن كان بعد الدخول : وجب لها كل المهر ، سواء كانت الردة من جهته ، أو من جهتها ؛ لتأكيد بالدخول .

(مادة ٣٠٧)

وَإِذَا وَقَعَتِ الرُّدَّةُ قَبْلَ الدُّخُولِ : فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى ، أَوْ الْمُتَعَّةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَهْرٌ مُسَمًّى . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قِبَلِهَا ، فَلَا شَيْءَ لَهَا مِنَ الْمَهْرِ وَلَا مِنَ الْمُتَعَّةِ .

• • •

١٦٥٥ - وإن كانت قبل الدخول : فإن كانت من قبل الزوج : فإما أن يكون لها مهر مسمى في العقد ، أو لا .

فإن كان الأول : وجب لها نصفه ؛ لأنها فرقة أتت من قبله قبل الدخول ، فيتنصف المسمى .

(١) قول الخنابلة : جاء في المعنى (١٣٤/٧) : « إذا ارتد أحد الزوجين ، أو ارتدا معاً ، منع وطؤها ، فإن وطئها في عدتها ، وقلنا : إن الفرقة تمجلت ؛ فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء ، مع الذي يثبت عليه بالنكاح ؛ لأنه وطئ أجنبية ، فيكون عليه مهر مثلها . وإن قلنا : إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة . فأسلم المرتد منهما ، أو أسلما جميعاً في عدتها ، وكانت الردة منهما ؛ فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ؛ لأننا تبينا أن النكاح لم يزل ، وأنه وطئها وهي زوجته . وإن ثبتا ، أو ثبت المرتد منهما على الردة ، حتى انقضت عدتها ، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ؛ لأنه وطئ في غير نكاح يشبه النكاح ، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان . وكذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول ، فوطئها في العدة قبل إسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم هاهنا ؛ لما ذكرنا من التعليل فيه » .

وإن كان الثاني : وجبت لها المتعة .

١٦٥٦ - وإن كانت من قبلها من قبلها : فلا شيء لها من المهر ولا من المتعة ؛ لأن هذه فرقة أتت من قبلها قبل الدخول ، فلا تستحق شيئاً أصلاً . وقد تقدمت هذه الأحكام بأدلتها في الفصل الثالث في الأسباب التي تؤكد لزوم المهر بتمامه للمرأة والأحوال التي تستحق فيها نصف المهر والأحوال التي لا تستحق فيها شيئاً .

(مادة ٣٠٨)

إِذَا مَاتَ الْمُزْتَنُّ فِي عِدَّةِ الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ ، فَإِنَّهَا تَرِثُهُ ، سَوَاءَ ارْتَدَّ فِي خَالِ صِحَّتِهِ أَوْ فِي خَالِ مَرِيضٍ مَوْتِهِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٢/١) : « وإذا ارتد الرجل - والعياذ بالله تعالى - فقتل أو لحق بدار الحرب أو مات في دار الإسلام على الردة ورثته امرأته . وإن ارتدت المرأة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب إن كانت الردة في الصحة ؛ لا يرثها الزوج ، وإن كانت في المرض ورثها زوجها استحساناً وإن ارتداً معاً ثم أسلم أحدهما ثم مات أحدهما ؛ إن مات المسلم منهما لا يرثه المرتد ، وإن مات المرتد إن كان الذي مات مرتدًا هو الزوج ، ورثته المسلمة ، وإن كانت المرتدة قد ماتت ، فإن كانت ردتها في المرض ، ورثها الزوج المسلم ، وإن كانت في الصحة ؛ لم يرث ، كذا في فتاوى قاضي خان . »

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى (١٤٨/٣) : « لا يتوارث مسلم وكافر وقال رحمته : « لا يتوارث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » رواه الشيخان (ولا يرث مرتد) من أحد (ولا يرث) أي : ولا يرثه أحد وماله فيء . قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٢٢٣/٨) : « من الموانع الكفر ، فلا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم إلا أن يكون الكافر عبد المسلم ؛ فإنه يأخذ ماله بالملك لا بالإرث ، وكذلك عبد الكافر إذا أسلم ومات قبل أن يباع عليه ؛ فإنه يأخذ ماله صرح به المتيطي . قال الجوهري : المرتد لا يرث ، ولا يرث بل ماله فيء للمسلمين هذا حكمه إذا مات ، أو قتل على رده ، ولا يدخل في قوله أو غيره الزنديق كما لو أسر المسلم النصرانية أو اليهودية وأظهر الإسلام ؛ فإنه يقتل من غير استنابة وميراثه لورثته المسلمين . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٤٨/٦ ، ٢٤٩) : « إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول ، انفسخ النكاح في الحال ، ولم يرث أحدهما الآخر ، وإن كانت رده بعد الدخول ، ففيه روايتان ؛ إحداهما : يتمجل الفرقة . والأخرى : يقف على انقضاء العدة وأبهما مات لم يرثه الآخر . وحكم ردهما جميعاً كحكم ردة أحدهما ، في فسخ النكاح ، وامتناع الميراث . وقال أهل العراق : إذا ارتد الزوجان معاً ؛ فهما على النكاح ؛ لأن دينهما لم يختلف ، فأبشها الكافرين الأصليين ، إلا أنهما لا يتوارثان في دار الإسلام ؛ لأن المرتد لا يرث المرتد ما دام في دار الإسلام ، فإن لحقا بدار الحرب ؛ توارثا ؛ لأن حكمهما صار كحكم أهل دار الحرب . ولنا : أنهما لا يتوارثان في دار الحرب كالمسلم مع الكافر . »

١٦٥٧ - هذا حكم المهر . وأما إرث أحدهما من الآخر : فيقال فيه . لا يخلو الحال من أحد الأمرين ، الأول : أن يموت أحدهما بعد انقضاء عدة الفرقة التي حصلت بالردة . الثاني : أن يموت فيها .

فإن كان الأول : فلا توارث بينهما ؛ لأنها صارا أجنبيين من بعضهما لانتقاع الزوجية وزوال كل الأحكام المترتبة على الزواج ؛ سواء كان المرتد هو الزوج أو الزوجة . وإن كان الثاني : فإما أن يكون المرتد هو الزوج ، أو الزوجة . وعلى كل : فإما أن تكون الردة في حال الصحة ، أو في حال مرض الموت .

فإن كان هو المرتد : ورثته في الحالتين إن كانت مستحقة للميراث ، بأن كانت مسلمة ولم يكن هناك مانع من التوريث .

(مادة ٣٠٩)

إِذَا ارْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ : فَإِنْ كَانَتْ رِدَّتُهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِيهَا ، وَمَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، يَرِثُهَا زَوْجُهَا الْمُسْلِمُ . وَإِنْ كَانَتْ رِدَّتُهَا وَهِيَ فِي الصُّحَّةِ ، وَمَاتَتْ مُرْتَدَّةً ، فَلَا نَصِيبَ لَهُ فِي مِيرَاثِهَا ^(١) .

١٦٥٨ - وإن كانت هي المرتدة : فإن كانت ردتها في مرض موتها ؛ ورثها زوجها ، إن لم يكن هناك مانع من الإرث .

وإن كانت ردتها وهي في الصحة وماتت مرتدة ؛ فلا نصيب له في الإرث .

١٦٥٩ - وإنما قالوا : إن الزوجة ترث زوجها إذا ارتد ومات في عدتها ، سواء كانت الردة في حال الصحة أو في حال المرض ، وأن الزوج لا يرث من زوجته إذا ارتدت وماتت في العدة إلا إذا كانت الردة في حال المرض ؛ لأن رده في معنى مرض الموت ؛ لأنه إذا لم يسلم يقتل ، فيكون هاربا من إرثها ، فترثه مطلقا . وأما المرأة فلا تقتل بالردة ، فلم تكن هاربة من إرثه إلا إذا كانت ردتها في مرض الموت .

(١) قول الخليفة : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٢/١) : « إن ارتدت المرأة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب ، إن كانت الردة في الصحة ؛ لا يرثها الزوج ، وإن كانت في المرض ؛ ورثها زوجها استحسانا ، وإن ارتدت معا ثم أسلم أحدهما ثم مات أحدهما إن مات المسلم منهما لا يرثه المرتد ، وإن مات المرتد إن كان الذي مات مرتدا هو الزوج ورثته المسلمة ، وإن كانت المرتدة قد ماتت فإن كانت ردتها في المرض ؛ ورثها الزوج المسلم ، وإن كانت في الصحة ؛ لم يرث ، كذا في فتاوى قاضي خان . »

الباب الخامس

في العدة وفي نفقة المعتدة

الفصل الأول

فيمن تجب عليها العدة

من النساء ومن لا تجب

(مادة ٣١٠)

الْعِدَّةُ مِنْ مَوَاقِعِ النِّكَاحِ لِغَيْرِ الزَّوْجِ .

وَتَجِبُ عَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ وَقَعَتِ الْفُرْقَةَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا حَقِيقَةً فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ ، وَبَعْدَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ أَوْ الْفَاسِدَةِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، سَوَاءً كَانَتْ الْفُرْقَةُ عَنْ : طَلَاقٍ رَجْعِيِّ ، أَوْ يَتَوَثُّبَةً صُغْرَى ، أَوْ كِبْرَى ، أَوْ تَفْرِيقٍ بَغْيَةٍ وَنَحْوِهَا ، أَوْ لِعَانٍ ، أَوْ نَقْضَانِ مَهْرٍ ، أَوْ خِيَارِ بُلُوغٍ ، أَوْ فُسْخٍ ، أَوْ مُتَارَكَةٍ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، أَوْ وَطْءٍ بِشِبْهَةٍ .

وَتَجِبُ أَيْضًا عَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ تُوفِّي عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَلَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ^(١) .

(١) جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٠٦ ، ٣٠٥/٢٩) : « مشروعية العدة والدليل عليها : اتفق الفقهاء

على مشروعية العدة وجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع :

أ- أما الكتاب : فمنه قول الله تعالى : ﴿ وَالْمَلَائِكَةُ بَرَقَصَتْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَتَسَنَّ يَنْ كَالْحَيْضِ بَيْنَ يُسَاكِرٍ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فِيمَازَهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَنَّ ذُنُوبَهُمْ أَنفُسَهُمْ أَزِيمَةٌ أَزِيمَةٌ أَشْهُرٌ وَعَشْرًا ﴾ .

ب- وأما السنة : فمنها ما ورد عن أم عطية رضي الله عنها . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحمد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » . وما ورد أنه صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس : « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » وعن عائشة رضي الله عنها قالت : أمرت بريرة أن تعد بثلاث حيض .

ج- وأما الإجماع : أجمعت الأمة على مشروعية العدة وجوبها من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا دون تكبير من أحد .

سبب وجوب العدة : تجب العدة على المرأة بالفرقة بين الزوجين بعد الدخول بسبب الطلاق ، أو الموت ، أو الفسوخ أو اللعان ، كما تجب بالموت قبل الدخول وبعد عقد النكاح الصحيح . وأما الخلوقة فقد اختلف =

١٦٦٠ - لا شك في أن العدة لا توجد إلا بعد الفرقة ؛ ولذا أخرجت عن جميع أنواعها .
 ١٦٦١ - والعُدَّة بضم العين بمعنى : الاستعداد للشيء . وليست مقصودة هنا ، بل المقصود العِدَّة بكسر العين ، ولها ثلاث معان : معنى في اللغة ، ومعنى في الشرع ، ومعنى في اصطلاح الفقهاء .

فمعناها في اللغة : الإحصاء . يقال عدت الشيء عدة : أحصيته إحصاء .
 ومعناها في الشرع : انتظار يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه .

وفي اصطلاح الفقهاء : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته . فهذا المعنى أخص من المعنى الشرعى ، لأن اسم العدة فيه خاص بانتظار المرأة زمنًا مخصوصًا ، لا بانتظار الرجل ، مع أن الرجل يلزمه انتظار زمن مخصوص في مسائل :
 منها : إذا طلق زوجته ؛ وأراد أن يتزوج غيرها ممن لا يجوز له الجمع بينهما ؛ كأختها ، أو عمتها ، أو خالتها ، فلا يجوز له ذلك إلا بعد انقضاء العدة ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا .

ومنها : إذا كان رجل متزوجًا أربعًا ، وطلق إحداهن ؛ فلا يجوز له أن يتزوج خامسة حتى تنقضي عدة منطلقها .

١٦٦٢ - ومنها : إذا طلق زوجته ثلاثًا ، وأراد أن يتزوجها ، لزمه الانتظار حتى تنقضي عدتها ، وتتزوج بغيره إلى آخر ما علم مرارًا وغير ذلك من المسائل التي يطول شرحها . وهي ترجع إلى شيء واحد ، وهو أن المرأة التي امتنع نكاحها على الرجل لمانع يلزمه انتظار زوال هذا المانع حتى تحمل له .

ولكن الفقهاء لا يسمون انتظار الرجل عدة مع إطلاقها عليه شرعًا .
 ١٦٦٣ - والعدة لها أحكام كثيرة :

منها : حرمة تزوج أخت المعتدة - مثلًا - وأربع سواها ما دامت العدة باقية .

١٦٦٤ - ومنها : حرمة المعتدة على غير الزوج . أما هو فيجوز له العقد عليها إذا كانت معتدة لطلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى . فلو كان بائنًا بينونة كبرى ؛

= الفقهاء في وجوب العدة بها . فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تجب العدة على المطلقة بالحلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلا تجب في الفاسد إلا بالدخول ، وذهب الشافعية إلى أن العدة لا تجب بالحلوة المجردة عن الوطء .

فلا يجوز له تزوجها ولو في العدة .

١٦٦٥ - وسبب العدة : حصول الفرقة بين الرجل والمرأة بأي سبب . كان فتمت
وجد السبب ، وجبت . وحينئذ تجب العدة على المرأة في الأحوال الآتية :

١٦٦٦ - أولاً : إذا حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة ، سواء
كان النكاح صحيحاً أو فاسداً .

١٦٦٧ - ثانياً : إذا حصلت الفرقة بينهما بعد الخلوة ولو فاسدة إذا كان العقد
صحيحاً ، فلو كان فاسداً فلا تجب العدة بعد الخلوة ولو كانت صحيحة . وبعضهم
يقول : إذا حصلت الفرقة بعد الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح ، فإن كان فسادها آتياً
من جهة أمر شرعي : كصوم رمضان وجبت العدة ، وإن كان آتياً من جهة الحس :
كوجود ثالث أو مرض يمنع من المباشرة فلا تجب العدة ، وهو الظاهر كما تقدم لك
ذلك في مبحث الخلوة .

١٦٦٨ - ولا فرق في وجوب العدة على الزوجة بعد حصول الفرقة بين ما إذا كان
الطلاق رجعيًا أو بائنًا بينونة صغرى أو كبرى ، بل الكل سواء ، ولا يخفى أن هذا فيما
إذا كان العقد صحيحاً ؛ إذ لو كان فاسداً فلا يلحقه الطلاق ، فالذي يتأتى فيه إما
المتاركة أو تفريق القاضي .

١٦٦٩ - ثالثاً : تفريق القاضي بالعنة ، فإذا تزوج رجل امرأة ووجدته عنيئاً ، وفرق
القاضي بينها بعد استيفاء الشروط المتقدمة في العنة ، وجبت عليها العدة .

١٦٧٠ - رابعاً : تفريق القاضي بإبائه الزوج الإسلام ، فإذا كان الزوجان غير
مسلمين ، وأسلمت الزوجة وعرض الإسلام على الزوج وامتنع ، فرق القاضي بينهما ،
ووجبت العدة على المرأة .

١٦٧١ - خامساً : تفريق القاضي باللعان ؛ فإذا قذف الزوج زوجة بالزنى ، ورفعت
أمرها إلى الحاكم ، وتلاعنا ، وفرق القاضي بينهما ، وجبت العدة على الزوجة .

١٦٧٢ - سادساً : تفريق القاضي بسبب نقصان المهر ، فإذا تزوجت المكلفة بلا إذن
وليها العاصب رجلاً كفاً بأقل من مهر المثل ؛ ودخل بها ؛ فاعترض الولي العاصب ،
ولم يتم الزوج مهر المثل ، وفرق القاضي بينهما بناء على طلب الولي ، وجبت عليها
العدة .

١٦٧٣ - سابعاً : تفريق القاضي بخيار البلوغ ، فإذا زوج الصغيرة غير الأب أو الجد

من الأولياء لرجل كفاء بجمهر المثل ، ودخل بها قبل البلوغ وعندما بلغت اختارت نفسها ، وفرق القاضي بينهما ، وجبت عليها العدة .

١٦٧٤ - ثامناً : إذا ارتد الزوج ، فسخ عقد الزواج ، فتعدت الزوجة لحصول الفرقة بالفسخ .

١٦٧٥ - تاسعاً : إذا كان عقد الزواج فاسداً ، ودخل بها ، وترك أحد الزوجين الآخر ، وجبت العدة . ومثله إذا لم يفترقا ، وفرق القاضي بينهما .

١٦٧٦ - عاشراً : إذا حصلت الفرقة بعد الوطء بشبهة ، فإذا زفت امرأة لرجل وقيل له : هي زوجتك . ولم تكن كذلك ، فدخل بها وتبين الأمر ، وحصلت الفرقة أو لم تحصل ، وفرق القاضي بينهما ، وجبت العدة .

١٦٧٧ - وكل هذه الفُرُق لا يجب فيها العدة إلا إذا حصلت بعد الدخول . فإن كانت قبله ، تجب ، ولكن لو حصلت الفرقة بالوفاة وكان العقد صحيحاً ؛ وجبت العدة مطلقاً ، أي : سواء كان قبل الدخول أو بعده ؛ لأن حكمتها في الوفاة إظهار الحزن على الزوج ، وهذا لا فرق فيه في الحالتين ، بخلاف الحكمة في غير الوفاة فإنها معرفة براءة الرحم ، وهذا لا يكون إلا بعد الدخول ^(١) .

(مادة ٣١١)

عِدَّةُ الطَّلَاقِ أَوْ الفَسْخِ بِجَمِيعِ أَشْيَائِهِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ الْحَائِلِ الْمَدْخُولِ بِهَا حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَلَوْ كِتَابِيَّةً نَحْتُمْ مُشْلِمٍ ثَلَاثَ جَنِيصٍ كَوَامِلٍ إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ .

وَكَذَلِكَ مَنْ وُطئَتْ بِشَبْهَةٍ أَوْ بِنِكَاحٍ فَايَسِدْ عِدَّتُهَا بِالْحَيْضِ لِمَوْتِ الْوَأطِيِّ فِيهَا ، وَبِالتَّشْرِيقِ أَوْ الْمُتَارِكَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ الْحَقِيقِيِّ ، لَا بَعْدَ الْخُلُوعِ وَلَوْ كَانَتْ صَحِيحَةً .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢١) : عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي :

١ - ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثالث عشر : العدة : مدة العدة : المادة (١٣٥) : مدة عدة المتزوجة بمعد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلو بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة إذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الإياس وإذا ادعت قبل مرور ثلاثة أشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك .

وَلَا تَحْتَسِبُ حَيْضَةً وَقَعَتْ فِيهَا الْفَرْقَةُ بِأَيِّ نَوْعٍ ، بَلْ لَابُدُّ مِنْ ثَلَاثِ حَيْضٍ كَوَامِلٍ غَيْرِهَا
حَتَّى تَمْلِكَ الزَّوْجَةَ عِضْمَتَهَا وَتَحْمِلَ لِلْأَزْوَاجِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩٣/٣) : « إن كانت المرأة حرة فعدتها ثلاثة قروء لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ، وسواء وجبت بالفرقة في النكاح الصحيح أو بالفرقة في النكاح الفاسد ، أو بالوطء عن شبهة النكاح لما ذكرنا أن النكاح الفاسد بعد الدخول يجعل منعقداً في حق وجوب العدة ، ويلحق به فيه ، وشبهة النكاح ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه ، والنص الوارد في المطلقة يكون وارداً فيها دلالة ، وكذلك أم الولد إذا اعتقت بإعتاق المولى أو بموته فإنها تعد بثلاثة قروء عدتنا ، وعند الشافعي تعد بحیضة واحدة . وجه قوله : أن هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح لعدم النكاح ، وإنما وجبت بزوال ملك اليمين فكان وجوبها بطريق الاستبراء فيكتفي بحیضة واحدة كما في استبراء سائر المملوكات .

ولنا : ما روي عن عمر ، وغيره من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا : عدة أم الولد ثلاث حيض ، وهذا نص فيه ، وبه تبين أن الواجب عدة وليس باستبراء إلا أنهم سموه عدة ، والعدة لا تقدر بحیضة واحدة ، والدليل على أنه عدة أنه يجب على الحرة ، والحرة لا يلزمها الاستبراء . وإذا كان عدة لا يجوز تقديرها بحیضة واحدة كسائر العدد ؛ ولأن هذه العدة تجب بزوال الفرائض ؛ لأن أم الولد لها فرائض إلا أن فراشها قبل العتق غير مستحكم بل هو ضعيف ؛ لاحتماله النقل إلى غيره ، فإذا اعتقت فقد استحکم ، فالتحق بالفرائض الثابت بالنكاح ، والعدة التي تجب بزوال الفرائض الثابت بالنكاح ، وهو النكاح الفاسد مقدرة بثلاثة قروء ، ولهذا استوى في الواجب عليها الموت ، والعتق كما في النكاح الفاسد وعدة المستحاضة ، وغيرها سواء ، وهي ثلاثة أقراء لعموم النص ، وإن كانت أمة فقرةان عند عامة العلماء . وقال نفاة القياس : ثلاثة قروء كعدة الحرة ، احتجوا بعموم قوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ من غير تخصيص الحرة .

ولنا : الحديث المشهور ، وهو ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « طلاق الأمة ننتان ، وعدتها حيزتان » وقال عمر رضي الله عنه : عدتها حيزتان ، ولو استطعت لجلعتها حيزة ونصفاً ، وبه تبين أن الإمام مخصوصات من عموم الكتاب الكريم ، وتخصيص الكتاب بالخير المشهور جائز بالإجماع ؛ ولأن العدة حق من حقوق النكاح مقدر فيؤثر الرق في تنصيفه كالقسم كان ينبغي أن يتنصف فتعد حيزة ، ونصفاً كما أشار إليه عمر رضي الله عنه ؛ إلا أنه لا يمكن ؛ لأن الحيزة الواحدة لا تنجزاً فتكاملت ضرورة ، وسواء كان زوجها حراً أو عبداً بلا خلاف ؛ لأن العدة تعتبر بالنساء بالإجماع ، ويستوي في مقدار هذه العدة المسلمة ، والكتابة الحرة كالحرة ، والأمة كالأمة ؛ لأن الدلائل لا توجب الفصل .

وجاء في المبسوط (٤٠/٦ ، ٤١) : « وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يعتد بتلك الحيزة من عدتها ، هكذا قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه وشريح وإبراهيم رحمهما الله تعالى ، وهذا لأن الحيزة الواحدة لا تجزئ وما سبق الطلاق منها لم يكن محسوباً من العدة ، فينص ذلك الاحتساب بما بقي ولو احتسب بما بقي وجب إكمالها بالحيزة الرابعة ؛ لأن الاعتداد بثلاث حيض كوامل فإذا وجب جزء من الحيزة الرابعة وجب كلها » .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٧٩/٥) : « (وعدة حرة ذات أقراء) بأن كانت تحيض (ثلاثة) من =

أقرأه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْمَلَائِكَةُ بَرِّصَتٌ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ولو ظنها الواطئ أمته أو زوجته الأمة ؛ فإنها تعد بثلاثة أقرأه ؛ لأن الظن إنما يؤثر في الاحتياط لا في التخفيف ، ولو طرأ عليها الرق لانتحاقها بدار الحرب واسترقاقها فإنها تعد بذلك في أحد وجهين يظهر ترجيحه والثاني : ترجع إلى عدة أمة .

تبيه : شمل إطلاقه ما لو شربت دواء حتى حاضت وهو كذلك كما تسقط الصلاة عنها . (والقرء) ضبطه المصنف بالفتح بخطفه لكونه اللغة المشهورة ، وهو لغة مشترك بين الطهر والحيض ، ومن إطلاقه على الحيض ما في خبر النسائي وغيره : « ترك الصلاة أيام أقرائها » وقيل : حقيقة في الأول مجاز في الثاني وقيل : عكسه ، وفي الاصطلاح : الطهر ؛ كما روي عن عمر ، وعلي ، وعائشة وغيرهم من الصحابة : ولقوله تعالى : ﴿ فَلْيَقْرَأُوا مِنْ لَيْلَتَيْهِ ﴾ والطلاق في الحيض محرم كما مر في بابه فيصرف الإذن إلى زمن الطهر ، وقد قرئ « فطلقوهن لقبل عدتهن » وقبل الشيء أوله ؛ ولأن القرء مشتق من الجمع ، يقال : قرأت كذا في كذا إذا جمعت فيه ، وإذا كان الأمر كذلك كان بالطهر أحق من الحيض ؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم ، والحيض خروجه منه ، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته ، وجمع على أقرأه وقرؤه وأقرؤه .

وجاء فيه أيضاً (٧٩/٥ ، ٨٠) : « (فإن طلقت طاهراً) وبقي من زمن طهرها شيء (انقضت) عدتها (بالطنن في حيضة ثالثة) ؛ لأن بعض الطهر وإن قل يصدق عليه اسم قرء قال تعالى : ﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَمْلُوءَةٌ ﴾ وهو شهران وبعض الثالث ، فإن لم يبق من زمن الطهر شيء كأن قال : أنت طالق آخر طهرك فإنما تنقضي عدتها بالطنن في حيضة رابعة ، كما في قوله : (أو) طلقت (حائضاً فبي) أي : فتنقضي عدتها بالطنن في حيضة (رابعة) وما بقي من حيضها لا يحسب قرءاً جزءاً ؛ لأن الطهر الأخير إنما يتبين كماله بالشروع في الحيضة التي بعده وهي الرابعة (وفي قول يشترط يوم وليلة بعد الطمن) في الحيضة الثالثة في الأولى وفي الرابعة في الثانية ليعلم أنه حيض ، وقضيته أن اليوم والليلة على هذا القول من نفس العدة وهو وجه ، والأصح أنه يتبين بذلك الانقضاء . وأجاب الأول بأن الظاهر أنه دم حيض لثلاث تزايد العدة على ثلاثة أقرأه ، فإن انقطع دون يوم وليلة ولم يعد قبل مضي خمسة عشر يوماً تبين عدم انقضائها .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٥٧/٢) : « (والقرء) ضبطه المصنف بالفتح بخطفه لكونه اللغة المشهورة ، وهو لغة مشترك بين الطهر والحيض ، ومن إطلاقه على الحيض ما في خبر النسائي وغيره « ترك الصلاة أيام أقرائها » وقيل : حقيقة في الأول مجاز في الثاني وقيل : عكسه ، وفي الاصطلاح (الطهر) كما روي عن عمر وعلي وعائشة وغيرهم من الصحابة : ولقوله تعالى : ﴿ فَلْيَقْرَأُوا مِنْ لَيْلَتَيْهِ ﴾ والطلاق في الحيض محرم كما مر في بابه فيصرف الإذن إلى زمن الطهر ، وقد قرئ « فطلقوهن لقبل عدتهن » وقيل الشيء أوله ؛ ولأن القرء مشتق من الجمع ، يقال : قرأت كذا في كذا إذا جمعت فيه ، وإذا كان الأمر كذلك كان بالطهر أحق من الحيض ؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم ، والحيض خروجه منه ، وما وافق الاشتقاق كان اعتباره أولى من مخالفته ، وجمع على أقرأه وقرؤه وأقرؤه .

وجاء في شرح الخرشني (١٤١/٤) : « المرأة إذا طلقت في حال طهرها فإنها تعد بذلك الطهر الذي طلقت فيه ويكون قرءاً ولو حاضت بعد الطلاق بلحظة بسيرة ثم إذا حاضت ثانية فقرأن ، وثالثة فثلاثة أقرأه فأجل ذلك قال فتحل بأول الحيضة الثالثة وذلك ؛ لأن كل حيضة أتت بعد طهر ، وأما إن طلقها في حال حيضها =

أو نفاسها ؛ فإنها لا تحل إلا بأول الحيضة الرابعة من يوم الطلاق وهذا في الحرة ، وأما الزوجة الأمة ؛ فإن طلقها حال طهرها فإنها تحل بأول الحيضة الثانية وإن طلقها في حال حيضها أو نفاسها فإنها لا تحل إلا بالدخول في الحيضة الثالثة ؛ وذلك لأن كل حيضة وليت طهرها وتقدم أنه قال وذو الرق قرآن ، فإن قيل كونها تحل بأول رؤية الدم يعارض ما سيأتي من أن أقل الحيض هنا يوم أو بعضه ، فالجواب ؛ لا معارضة ؛ وذلك لأن محل ذلك حيث انقطع الدم ، وهنا حيث استمر ، فمجرد الرؤية كاف نظراً إلى أن الأصل الاستمرار .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٨١/٨ ، ٨٢) ؛ « عدة المطلقة إذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالطَّلَاقُ بَرَاءَةٌ بِرَيْصَتِكُمْ أَنْتُمْ تَلْتَهُ قُرُوءٌ ﴾ . والقروء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعاً ، فهو من الأسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى بن ثعلب : القروء الأوقات ، الواحد قروء ، وقد يكون حيضاً وقد يكون طهرها ؛ لأن كل واحد منهما يأتي لوقت . قال الشاعر :

كهرهت العقر عقر بني تميم إذا هبت لقرارها الرياح

يعني : لوقتها . وقال الخليل بن أحمد يقال : أقرت المرأة ؛ إذا دنا حيضها وأقرت : إذا دنا طهرها ، وفي الحديث عن النبي ﷺ : « دعي الصلاة أيام أقرائك . فهذا الحيض » . وقال الشاعر :

سورثة عقرًا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نساكنا

فهذا الطهر . واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه : ﴿ بَرَيْصَتِكُمْ أَنْتُمْ تَلْتَهُ قُرُوءٌ ﴾ . واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد ، فروي أنها الحيض . روي ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي ، والنعيري ، وإسحاق وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وروي ذلك عن أبي بكر الصديق ، وعثمان بن عفان رضي الله عنهما ، وأبي موسى ، وعبادة بن الصامت ، وأبي الدرداء . قال القاضي : الصحيح عن أحمد ، أن الأقرء الحيض . وإليه ذهب أصحابنا ، ورجع عن قوله بالأطهار ، فقال في رواية النيسابوري : كنت أقول إنه الأطهار ، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقرء الحيض . وقال في رواية الأثرم : كنت أقول الأطهار ، ثم وقفت لقول الأكاير .

والرواية الثانية عن أحمد ، أن القروء الأطهار . وهو قول زيد ، وابن عمر ، وعائشة ، وسليمان بن يسار ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور . وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ما أدركت أحدًا من فقهاءنا إلا وهو يقول ذلك . قال ابن عبد البر : رجح أحمد إلى أن القروء الأطهار ، قال في رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عمن قال : القروء الحيض . تختلف ، والأحاديث عمن قال : إنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة . أحاديثها صحاح وقوية . واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : ﴿ فَطَلِقُوهُنَّ لِإِمْدَانِكُمْ ﴾ . أي في عدتهن . كقوله تعالى : ﴿ وَتَسَّعَ الْمَرْزِقِينَ أَفْسَاطَ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ﴾ . أي : في يوم القيامة . وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض . وبدل عليه قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر : « مره فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، فذلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » . متفق عليه . وفي رواية ابن عمر : (فطلقوهن في قبل عدتهن) . ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح ، فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق ، وكعدة =

= الآية والصغيرة .

ولنا قول الله تعالى : ﴿ وَاللّٰهُ يَسِّرُ مِنَ الْيَسْرِ مِنْ إِسْرَافِكُمْ إِنَّ أَنْتُمْ لَعِدَّتُهُمْ قَدْ تَلَكَّتْهُمُ أَنْهَرٌ وَأَلْبَنٌ لَّئِنْ لَمْ يَحْصُرُوا لَكُمْ فَلَا تَفْلَحُوا وَلَا تَنْصُرُوا وَلَا يَرْضَىٰ مِنْكُمْ إِلَّا الْمُحْسِنُونَ فَذَرُوا مَا بَدَأُوا مِنْ قَبْلُ وَأَتُوا صِدْقَ اللَّهِ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْتَضُوا لِمَا آتَىٰكُمْ مِنَ اللَّهِ فَإِنَّ ذَلِكَ خَيْرٌ لِّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ عَالِمِينَ ﴾ .
ففلنظر عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر ، فدل ذلك على أن الأصل الحيض ، كما قال تعالى : ﴿ قُلْ لَمْ يَجْعَلْ اللَّهُ مَاءً قَتِيلًا وَمَا أَقْبَلُ مِنْهُ عَدُوًّا وَلَا نَصِيرًا ﴾ . الآية ، ولأن المهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبي ﷺ : « تدع الصلاة أيام أقرائها » . رواه أبو داود . وقال لفاطمة بنت أبي حبيش : « انظري ، فإذا أتى فرؤك ، فلا تصلي ، وإذا مر فرؤك ، فتطهري ، ثم صلي ما بين القرء إلى القرء » رواه النسائي . ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع ؛ فوجب أن يحمل كلامه على المهود في لسانه .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « طلاق الأمة طفلتان ، وقرؤها حيزتان » . رواه أبو داود ، وغيره . فإن قالوا : هذا يرويه مظاهر بن مسلم ، وهو منكر الحديث . قلنا : قد رواه عبد الله بن عيسى ، عن عطية العوفي ، عن ابن عمر ، كذلك أخرجه ابن ماجه ، في (سننه) ، وأبو بكر الخلال ، في (جامع) ، وهو نص في عدة الأمة ، فكذلك عدة الحرة ؛ ولأن ظاهر قوله تعالى : ﴿ يَرْضَعْنَ أَبْنَائَهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ﴾ . وجوب الرضع ثلاثة كاملة ، ومن جعل القرء الأطهار ، لم يوجب ثلاثة ؛ لأنه يكتفي بطهرين وبعض الثالث ، فيخالف ظاهر النص ، ومن جعله الحيض ، أوجب ثلاثة كاملة ، فيوافق ظاهر النص ، فيكون أولى من مخالفته ؛ ولأن العدة استبراء ، فكانت بالحيض ، كاستبراء الأمة ، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل ، والذي يدل عليه الحيض ؛ فوجب أن يكون الاستبراء به .

فإن قيل : لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة ، وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة . كذلك قال ابن عبد البر ، وقال : قولهم : إن استبراء الأمة حيضة بإجماع . ليس كما ظنوا ، بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة ، واستيقنت أن دمها دم حيض ، كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته إياه . قلنا : هذا يرد قول النبي ﷺ : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » . ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة ، لا بالطهر الذي قبلها ؛ ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم ، فوجب أن تتعلق بالطهر ، كوضع الحمل ، يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه ، وتارة تحصل بما ينافيه ، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه . فأما قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِحَدِيثِكُمْ ﴾ فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن ؛ إذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ، ضرورة أن الطلاق سبق العدة ، لكونه سببها ، والسبب يتقدم على الحكم ، فلا يوجد قبله ، والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الأقراء الحيض » .

وجاء فيه أيضاً (٨٣/٨) : « الحيضة التي تطلق فيها لا تحسب من عدتها . بغير خلاف بين أهل العلم ؛ لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء ، فتناول ثلاثة كاملة ، والتي طلق فيها لم يبق منها ما تم به ، مع اثنتين ثلاثة كاملة ، فلا يعتد بها ؛ ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض ؛ لما فيه من تطويل العدة عليها ، فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً ، كان أقصر لعدتها ، وأنفع لها ، فلم يكن محرماً ، ومن قال : القروء الأطهار . احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً ، فلو طلقها وقد بقي من قرئها لحظة ، حسبها قرءاً ، وهذا قول كل من قال : القروء الأطهار . إلا الزهري وحده ، قال : تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه . . وحكي عن أبي عبيد ، =

١٦٧٨ - وأنواع العدة ثلاث : حيض ، وأشهر ، ووضع حمل. وذلك يختلف باختلاف الفرقة وحال الزوجة وعقد الزواج .

١٦٧٩ - وبإيانه : أن المرأة إذا كانت من ذوات الحيض ، حصلت الفرقة بالطلاق ، سواء كان رجعيًا أو بائنًا ، وسواء كان البائن بينونة صغرى أو كبرى ، أو حصلت الفرقة بالفسخ ؛ كارتداد الزوج ، أو اختيار المرأة نفسها بالبلوغ ، فلا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيض كوامل .

١٦٨٠ - ولكن يشترط لذلك شروط :

الأول : أن تكون المرأة حرة ، فلو كانت رقيقة ، انقضت عدتها بحيضتين .

الثاني : أن تكون حائلاً ، أي : غير حامل ، فلو كانت حاملاً انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإن قصر الزمن .

الثالث : أن تكون مدخولاً بها حقيقة أو حكماً (الخلوة) ، إلا أنه يشترط في لزوم العدة بعد الدخول الحكمي أن يكون العقد صحيحاً . ولا فرق في ذلك بين ما إذا كانت المرأة مسلمة أو كفاية متزوجة بمسلم . والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَالطَّلَاقُ ثَلَاثَةٌ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةٌ قُرْآنٌ ﴾^(١) . والآية وإن لم تنص إلا على المطلقات ،

أنه إن كان جامهما في الطهر ، لم يحتسب ببقية ؛ لأنه زمن حرم فيه الطلاق ، فلم يحتسب به من العدة ، كزمن الحيض .

ولنا : أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفقاً لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرعاً ، كان الطلاق في الطهر أضر بها ، وأطول عليها ، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح ؛ لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته ، فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق ، فتصير العلة معلولاً ، وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه ؛ لكونها مرتابة ؛ ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، فإن الطلاق يقع في أول الحيضة ، ويكون محرماً ، ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها ، وتحتاج أن تعد بثلاث حيض بعدها ، أو ثلاثة أطهار ، على الرواية الأخرى . ولو قال لها : أنت طالق في آخر طهرك . أو في آخر جزء من طهرك . أو انقضت حروف الإنقاع ، ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع ؛ فإنها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق ؛ لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق ، وليس بعده طهر تعد به ، ولا يجوز الاعتداد بما قبله . ولا بما قاربه ، ومن جعل القرء الحيض ، اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق ؛ لأنها حيضة كاملة ، لم يقع فيها طلاق ، فوجب أن تعد بها قرعاً . وإن اختلفا ، فقال الزوج : وقع الطلاق في أول الحيض . وقالت : بل في آخر الطهر . أو قال : انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر . وقالت : بل قد بقي منه بقية . فالقول قولها ؛ لأن قولها مقبول في الحيض ، وفي انقضاء العدة .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

إلا أنه قيس عليها غيرها ممن حصلت الفرقة بينهما بالفسخ ، لأن العدة إنما وجبت لتعرف براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا يتحقق في غير الطلاق أيضًا . والقروء جمع : قرء ، وهو : الحيض . وقال الإمام الشافعي رضى الله تعالى عنه : هو الطهر ، فلا تنقضي العدة عنده إلا بثلاثة أطهار .

ويبنى على هذا الخلاف : أن الرجل إذا طلق زوجته في أول الطهر فلا تحتاج عنده إلا إلى حيضتين . وعند الحنفية لا بد من ثلاث حيض . وإذا طلقها فنزل عليها الدم ، انقضت عدتها عند الحنفية بطهرين وثلاث حيض . وعنده بثلاثة أطهار .

١٦٨١ - وحكمة العدة في هذه الحالة : تُعرف براءة رحم المرأة من الحمل ، ولكن يقال : إن هذا التعرف تكفي فيه حيضة واحدة ، لأن الحنفية يقولون : إن الحامل لا تحيض أصلًا . فمتى حاضت مرة ، علمنا أنها ليست بحامل ، فكان مقتضى هذا أن العدة تنقضي بحيضة واحدة ، لحصول المقصود بها .

وقد أجابوا عن ذلك : بأن الأولى لتعرف براءة الرحم ، والثانية لإظهار شرف النكاح حيث لم ينقطع أثره بحيضة واحدة بالنسبة للحررة والرقيقة ، والثالثة لفضيلة الحرية على الرق .

١٦٨٢ - وكما تكون العدة بالحيض عند الفرقة بالطلاق أو الفسخ في هذه الأحوال ، تكون أيضًا عند الوفاة في حالتين لا في كل الأحوال :

الأولى : إذا وطئ رجل امرأة بشبهة ، بأن زفت إليه وقيل له : هي زوجتك . ولم تكن كذلك ، فدخل بها ، فقبل المشاركة أو التفريق توفي الرجل ، فإن المرأة تعند بالحيض في هذه الحالة .

الثانية : إذا كان العقد فاسدًا ومات ، فإنها تعند بالحيض أيضًا ، لا بأربعة أشهر وعشرة أيام التي هي عدة الوفاة ؛ لأن حكمة العدة هنا تعرف براءة الرحم أيضًا لا الحزن على الزوج ، إذا هو في الوطء بشبهة ليس زوجًا ، وفي النكاح الفاسد ليس زوجًا شرعيًا ، فلا يجب الحزن عليه .

١٦٨٣ - والعدة لا تجب بعد الحلوة إلا إذا كان العقد صحيحًا ، فلو كان فاسدًا وحصلت المشاركة من الزوجين أو لم تحصل ؛ وفرق القاضي بينهما ؛ فلا تجب العدة إلا إذا حصل وصول حقيقي قبل ذلك ؛ لأن الحلوة حينئذ ولو كانت صحيحة ، لا توجب العدة وحدها .

١٦٨٤ - ولا تنقضي العدة وتملك المرأة عصمتها إذا حاضت ثلاث حيض كوامل فلو طلقها زوجها وهي حائض ، فلا تحتسب هذه الحيضة من العدة ، بل من الحيضة التالية لهذه (١) .

(مادة ٣١٢)

إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ مِنْ ذَوَاتِ الْحَيْضِ لِصِغَرِ أَوْ كِبَرِ ، أَوْ بَلَغَتْ بِالسِّنِّ وَلَمْ تَحِضْ أَضْلاً ، فَعِدَّةُ الطَّلَاقِ أَوْ الْفَسْخِ فِي حَقِّهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ كَامِلَةً .
فَإِذَا وَجِبَتْ الْعِدَّةُ فِي عُرَّةِ الشَّهْرِ ، وَتُعْتَبَرُ الشُّهُورُ بِالْأَهْلِ ، وَلَوْ نَقَصَ عَدَدُ أَيَّامِ بَعْضِهَا عَنِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا . وَإِذَا وَجِبَتْ فِي خِلَالِهِ ، تُعْتَبَرُ بِالْأَيَّامِ ، وَتَنْقُضِي بِمُضِيِّ تِسْعِينَ يَوْمًا (٢) .

• • •

- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢١) : ثلاثة أشهر للآيسة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : عدة اللائي بلغن سن الإيباس : المادة (١٣٧) : النساء المتزوجات بعقد صحيح والمفترقات عن أزواجهن بعد الخلوة بالطلاق أو الفسخ عدتهن ثلاثة أشهر إذا كن بلغن الإيباس .
(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩٤/٣) : « وأما عدة الأشهر فالكلام فيها في موضعين أيضاً : في بيان مقدارها وما تنقضي به ، وفي بيان كيفية ما يعتبر به الانقضاء ، أما الأول : فما وجب بدلاً عن الحيض ، وهو عدة الآيسة ، والصغيرة ، والبالغة التي لم تر الحيض أصلاً فثلاثة أشهر إن كانت حرة لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّيْثِيَّ يَنْسَى مِنَ الْمَنِيِّ إِنَّكَ لِارْتَدُّتَ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيْثِيَّ لَرَّ يَحِضُنَّ ﴾ ؛ ولأن الأشهر في حق هؤلاء تدل على الأقراء ، والأصل مقدر بالثلاث كذا البدل ؛ سواء وجبت بالفرقة بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص أو وجبت بالفرقة في النكاح الفاسد أو بالوطء عن شبهة ؛ لما ذكرنا في عدة الأقراء . وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافاً للشافعي ، وإن كانت أمة فحشهر ، ونصف ؛ لأن حكم البذل حكم الأصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البذل ؛ ولأن الرق منتصف ، والتكامل في عدة الأقراء ثبت لضرورة عدم التجزيء ، والشهر متجزئ فبقي الحكم فيه على الأصل ، ولهذا تنصف عدتها في الوفاة ، وسواء كان زوجها حراً أو عبداً لما ذكرنا أن المختبر في العدة جانب النساء ، وسواء كانت قفة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبية ، أو مستسعاة عند أبي حنيفة لما ذكرنا في مدة الأقراء ، وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافاً للشافعي . وما وجب أصلاً بنفسه ، وهو عدة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشر ، وقيل : إنما قدرت هذه العدة بهذه المدة إن كانت حرة ؛ لقوله ﷺ : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَتَّبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وقيل : إنما قدرت هذه العدة بهذه المدة ؛ لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ، ثم أربعين يوماً علقه ، ثم أربعين يوماً مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح في العشر ، فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل إن كان بها حبل ، وإن كانت أمة فحشهران ، وخمسة أيام ؛ لما بينا بالإجماع ، سواء كانت قفة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبية ، أو مستسعاة عند أبي حنيفة ، والمسلمة ، =

= والكتابية سواء كان في مقدار هاتين العديتين الحرة كالحرة ، والأمة كالأمة ؛ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وانقضاء هذه العدة بانقضاء هذه المدة في الحرة ، والأمة .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٨١/٥ ، ٨٢) : (و) عدة (حرة لم تحض) أصلاً لصغر أو غيره ، وإن ولدت ورأت نفاثاً (أو يئست) من الحيض (بثلاثة أشهر) بالأهلة إن انطبق الطلاق على أول الشهر بتعليق أو غيره لقوله تعالى : ﴿ وَأَلَيْهِ يَرْجِعُ مِنَ الْمَجِيِّينَ مِنْ إِسَاءِكُمْ إِنَّ رَبَّهُنَّ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ (فان) لم ينطبق على أول يَحِضَنَّ ﴿ أَي : فعدتهن كذلك فحذف المبتدأ والخبر من الثاني لدلالة الأول عليه (فان) لم ينطبق على أول شهر بأن (طلقت في أثناء شهر) ولو في أثناء أول يوم أو ليلة منه (فعده هلالان وتكمل المنكسر ثلاثين) يوماً من شهر رابع ، ولو نقص المنكسر عن ثلاثين ، هذا هو المذهب وعن ابن بنت الشافعي أن جميع الأشهر تنكسر وتعدت تسعين يوماً كمذهب أبي حنيفة (فان حاضت فيها) أي : أثناء الأشهر (وجبت الأقراء) بالإجماع لقدرتها على الأصل قبل الفراغ من البذل كالتيمم بجد الماء في أثناء تيممه ، ولا يحسب ما مضى من الطهر قرماً كما هو قضية البناء المار ، وصرح بتصحيحه المصنف في تصحيح التبيه أما إذا حاضت بعد انقضائها ؛ فإنه لا يؤثر ؛ لأن حيضها حيث لا يمنع صحة القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللاتي لم يحضن (و) عدة (أمة) ومن فيها رق ولو مكاتبه لم تحض أو يئست (بشهر ونصف) ؛ لأن الأصل فيما ينقص بالرق من الأعداد النصف والشهر قابل له بخلاف الأقراء (وفي قول) عدتها (شهران) لأنها بدل عن القرأين (و) (في) قول) عدتها أشهر (ثلاثة) لعموم قوله تعالى : ﴿ فَيَدَّبُّنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ﴾ ، ولأن الماء لا يظهر أثره في الرحم إلا بعد هذه المدة ، إذ الولد يخلق في ثمانين يوماً ثم يبين الحمل بعد ذلك ، وما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرق والحرية ، ولو انتقلت الأمة للحيض فكانتقال الحرة فيما مر (ومن انقطع دمها) أي : دم حيضها من حرة أو غيرها (لعله) تعرف (كرضاع ومرض تصبر حتى تحيض) فتعد بالأقراء (أو تياس) أي : تصل إلى سن اليأس ، وأقصاه اثنان وستون سنة فتعد حيثنذ (بالأشهر) ولا يبالي بطول مدة الانتظار لما روى البيهقي عن عثمان أنه حكم بذلك في الموضع قال الشيخ أبو محمد : وهو كالإجماع من الصحابة ﷺ (أو لا) بأن انقطع دمها لا (لعله) تعرف (فكذا) تصبر حتى تحيض فتعد بالأقراء أو تياس بالأشهر (في الجديد) كما لو انقطع لعله ؛ لأن الله تعالى لم يجعل الاعتداد بالأشهر إلا للتي لم تحض والآيسة ، وهذه ليست واحدة منهما ؛ لأنها ترجو عود الدم فأشبهت من انقطع دمها لعارض معروف (وفي القديم تتريص) غالب مدة الحمل (تسعة أشهر) لتعرف فراغ الرحم ؛ لأن الغالب ؛ أن الحمل لا يمكث في البطن أكثر من ذلك ، قال البيهقي : وقد عاب الشافعي في القديم على من خالفه ، وقال : كان يقضي به أمير المؤمنين عمر بين المجاهدين والأنصار رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه فكيف تجوز مخالفته ، (وفي قول) من القديم : تتريص أكثر مدة الحمل (أربع سنين) لتعلم براءة الرحم ييقن ، وفي قول مخرج على القديم : إنها تتريص سنة أشهر أقل مدة الحمل ، وحاصل القديم : أنها تتريص مدة الحمل ، لكن غالبه أو أكثره أو أقله (ثم تعدت بالأشهر) على كل من أقوال القديم إذا لم يظهر حمل (فعلى الجديد) وهو التريص لسن اليأس (لو حاضت بعد اليأس في الأشهر وجبت الأقراء) للقدره على الأصل قبل الفراغ من البذل ، وبحسب ما مضى قرماً قطعاً ؛ لأنه طهر بين دمين (أو بعدها) أي : الأشهر (فأقوال أظهرها إن نكحت) بضم أوله بخطه أي : من =

= زوج غير صاحب العدة (فلا شيء) يجب عليها من الأقراء ، وصح النكاح لتعلق حق الزوج بها وللشروع في المقصود كالنكاح يرى الماء بعد الشروع في صلاة يسقط قضاؤها بالنكاح (وإلا) بأن لم تنكح من غيره (فالأقراء) واجبة في عدتها ؛ لأنه بان أنها ليست آيسة ولم يتعلق بها حق زوج آخر والثاني : تنتقل إلى الأقراء مطلقاً لما ذكر . والثالث : المنع مطلقاً لانقضاء العدة ظاهراً ، كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر ، وما ذكر على الجديد بعد اليأس يأتي مثله على التقديم بعد التبرص ، غير أن الخلاف فيه وجوه ، ولو حاضت الآيسة المنتقلة إلى الحيض قرءاً أو قرأين ثم انقطع حيضها ؛ استأنفت ثلاثة أشهر ، بخلاف ذات أقراء أيست قبل تمامها فإنها لا تستأنف ، خلافاً لابن المقرئ في التسوية بينهما في الاستئناف ، وعليه يطلب الفرق ، وقد يفرق بأن الأولى لما كان عدتها بالأشهر ثم انتقلت إلى الأقراء ولم تتم رجعت إلى ما كانت عليه وهو الأشهر ، فكانت عدتها بها فلا تكمل على الأقراء ، بخلاف الثانية المنتقلة من حيض إلى أشهر فإنها ليست كذلك (والمعبر) في اليأس على الجديد (يأس عشيرتها) أي : أقاربها من الأبوين كما نص عليه في الأُم لتقاربهن طبقاً وخلقاً ، ويعتبر الأقرب فالأقرب إليها فإن قيل : إنما اعتبروا في مهر المثل نساء العصابات فهلا كان هنا كذلك ؟ . أجيب : بأن زيادة المهر ونقصه لنفاسة النسب وخساسته ، وهي معتبرة بالأبواء والنسب إليهم ، فكذلك اعتبر بالعصابات وهنا إنما يتعلق بالطبع والحيلة فاعتبر الجانبان (وفي قول) يأس (كل النساء) للاحتياط وطلباً لليقين ، وذلك بحسب ما بلغنا خبره ، لا طوف نساء العالم ؛ لأنه غير ممكن (قلت : ذا القول أظهر ، والله أعلم) وعليه هل المراد نساء زمانها أو النساء مطلقاً ؟ ، قال الأذرعى : إيراد القاضي وجماعة يقتضي الأول ، وكلام كثيرين أو الأكثرين يقتضي الثاني انتهى ، وهذا الثاني هو الطاهر ، واختلفوا في سن اليأس ستة أقوال أشهرها ما تقدم ، وهو اثنان وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون ، وقيل : سبعون ، وقيل : خمسة وثمانون ، وقيل : تسعون ، وقيل : غير العربية لا تحيض بعد الخمسين ، ولا تحيض بعد الستين إلا قرشية ، ولو رأَت امرأة الدم بعد سن اليأس صار أعلى اليأس آخر ما رأته فيه ، ويعتبر بعد ذلك بها غيرها ، فإن قيل : هذا مخالف لما قاله في سن الحيض من أنه لا عبرة برؤية دم قبله مع أن كلاً ثبت بالاستقراء . أجيب : بأن الاستقراء في السن استقراء تام لتيسره ، ولهذا لم يقع فيه خلاف فلم يعول على خلافه ، بخلافه هنا ، ولهذا كثر الخلاف فيه .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٥٨/٢) : « (فإن كانت) المطلقة (ممن لم تحض) لصغر ولكن مطيقة للوطء (أو) كانت كبيرة لكن (قد يست من الحيض) بأن جاوزت السبعين (فثلاثة أشهر) عدتها (في) حق (الحرة ، و) مثلها (الأمة) على المشهور لقوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَبْسُ مِنَ الْمَحْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ لَزِمْتَهُنَّ فَيَدْتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضْ ﴾ أي : عدتهن كذلك : فإنه شامل للحرة والأمة ، وأيضاً الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر وتعتبر الشهور بالأهله ، وإذا طلقت في أثناء شهر عملت من الثاني والثالث على الأهله وكملت المنكسر ثلاثين يوماً من الرابع ، ولو كان المنكسر ناقصاً ، ولا تحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره ، وقيدنا الصغير بالمطلقة ؛ لأن غيرها لا عدة طلاق عليها . فإن قيل : زوجة الصبي لا عدة عليها ولو كبيرة وهو مطيق ، والمطيق : التي لم تحض عليها العدة حيث كان زوجها بالغاً . فالجواب : أن الصبي لا ماء له قطعاً فعدم الحمل من وطئه محقق ، وأما المطيقة فلا يقطع بعدم حملها لاختلاف أحوال =

١٦٨٥ - وإن لم تكن المرأة الحرة الغير الحامل المدخول بها حقيقة أو حكماً في النكاح الصحيح من ذوات الحيض لأي سبب كان ، أي : سواء كان السبب هو الصغر أو الكبر بأن بلغت سن الإياس وهو خمس وخمسون سنة ، أو بلغت بالسن وغايته خمس عشرة سنة ولم تر الحيض أصلاً ، وحصلت الفقرة بينها وبين زوجها بالطلاق أو الفسخ بجميع أسبابه ، فعدتها تنقضي بثلاثة أشهر كاملة لقوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي بَيَّنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ ﴾ (١) . أي : مثلهن . روي أنه لما نزلت آية القراء ، قالوا : قد علمنا التي تحيض ، فالتى لا تحيض لا تدري ما عدتها . فأنزل الله تعالى هذه الآية . فالمنعنى : إن ارتبتم في عدة التي لم تحض ، فعدتها ثلاثة أشهر .

١٦٨٦ - والعدة : إما أن تجب في غرة الشهر ، أو في أثنائه .

فإن كان الأول ؛ انقضت بثلاثة أشهر ولو نقصت عن تسعين يوماً . وإن كان الثاني ؛ اعتبرت الأيام ، فلا تنقضي إلا بتسعين يوماً من تاريخ الفقرة .

= البنات باختلاف الأزمنة والمأكول والمشرب .

تبيه : إنما تعد الصغيرة بشرطها بالأشهر حيث لم تر الحيض في آخرها ولا انتقلت للأقراء ، والآيسة إذا رأت الحيض في أثناء أشهرها ينظرها النساء .

قول الخطابلة : جاء في الإنصاف (٢٨١/٩ ، ٢٨٢) : (اللاتي يمسن من الحيض واللاتي لم يحضن . فعدتهن ثلاثة أشهر إن كن حرائر ، وإن كن إماء فشهران) . يعني يكون ابتداء العدة من حين وقع الطلاق ، سواء كان في أول الليل أو النهار ، أو في أثنائهما . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . قال الزركشي : هذا المشهور من الوجوهين . وقال ابن حامد : لا يعتد به إلا من أول الليل أو النهار . قوله (وإن كن إماء : فشهران) هذا المذهب نقله الأكثر عن الإمام أحمد رحمته . وعليه أكثر الأصحاب . قال في الفروع : نقله واختاره الأكثر .

وقال المصنف ، والشارح : أكثر الروايات عنه : أن عدتهن شهران . وقطع به الحرقي ، وصاحب العدة ، والوجيز ، والمنثور ، والمنخب ، وغيرهم . واختاره القاضي وأصحابه ، وأبو بكر فيما حكاه القاضي في الروايتين وابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، ونظم المفردات ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب . وعنه ثلاثة أشهر . قدمه في المحرر . وعنه شهر ونصف . اختاره أبو بكر فيما حكاه عنه المصنف وغيره . وأطلقهن في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب . وعنه : شهر . قاله في الفروع . وفيه نظر .

(١) الطلاق : ٤ .

(مادة ٢١٣)

إِذَا اغْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ الْمَرْاهِقَةَ بِالْأَشْهُرِ ، ثُمَّ حَاصَتْ قَبْلَ تَمَامِهَا ، وَجَبَ عَلَيْهَا أَنْ تَسْتَأْنِفَ الْعِدَّةَ بِالْحَيْضِ .

وَكَذَا الْإِيسَةُ الَّتِي دَخَلَتْ الْعِدَّةَ بِالْأَشْهُرِ إِذَا زَاتِ الدَّمَ عَلَى الْعَادَةِ قَبْلَ تَمَامِ الْأَشْهُرِ ؛ انْتَقَضَ مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا ، وَوَجِبَ عَلَيْهَا اسْتِنَافُهَا بِالْحَيْضِ ، فَلَا تَحِلُّ لِلزَّوْجِ إِلَّا بَعْدَ ثَلَاثِ حَيْضٍ كَوَاطِلٍ . فَإِذَا زَاتِ الدَّمَ عَلَى الْعَادَةِ بَعْدَ تَمَامِ الْأَشْهُرِ ؛ فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، وَلَا تَسْتَأْنِفُ غَيْرَهَا ، وَنِكَاحُهَا جَائِزٌ بَعْدَهَا ، وَتَعْتَدُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ بِالْحَيْضِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٤/١٥٠ ، ١٥١) : (ومن عاد دمها بعد الأشهر الحيض) أي : وعدة من اعتدت بالأشهر لإياسها ثم رأت دمًا الحيض فينتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ، ومعناه : إذا رأت الدم على العادة ؛ لأن عوده يطل بإياسها وهو الصحيح ، فظهر أنه لم يكن خلفًا ، وهذا ؛ لأن شرط الحنفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ القاني ، كذا في الهداية ، وظاهره فساد الأنكحة المباشرة قبل رؤية الدم وبعده ، وهو لازم الانتقاض كما في فتح القدير واختلفوا في معنى قوله : إذا رأت الدم على العادة ؛ فقيل : معناه إذا كان سائلًا كثيرًا احترازًا عما إذا رأت بلة يسيرة ، وقيل : معناه ما ذكر وأن يكون أحمر أو أسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تزيية (أي : بلون التراب) لا يكون حيضًا ، وقيل : معناه أن يكون على العادة الجارية حتى لو كان عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك انتقض . هكذا حكى الأقوال في فتح القدير من غير ترجيح وصرح في المراج بأن الفتوى على القول الأول ، وشمل إطلاق المصنف كالهدياية ما إذا رأت قبل الحكم بإياسها أو بعده وهذا الإطلاق بحمله مختار صاحب الهداية وهو أحد الأقوال وحاصله ينتقض مطلقًا وسواء كان بعد الشهر أو في أثناءها ولكن عبارة المصنف فيما إذا كان بعد الأشهر . الثاني : لا ينتقض مطلقًا واختاره الإسيجاني . الثالث : تنتقض إن رأته قبل تمام الأشهر وإن كان بعدها فلا ؛ وبه أتى الصدر الشهيد ، وفي المجتبى وهو الصحيح المختار للفتوى . الرابع : تنتقض على رواية عدم التقدير للإياس التي هي ظاهر الرواية فإمّا ثبت الأمر على ظنها فلما حاضت تبين خطؤها ولا ينتقض على رواية التقدير له ، واختاره في الإيضاح ، واقتصر عليه في الحانية ، وجزم به القدوري والخصاص ، ونصره في البدائع . الخامس : تنتقض إن لم يكن حكم بإياسها وإن حكم به فلا ، كأن يدعي أحدهما فساد النكاح فيقضى بصحته ، وهو قول محمد بن مقاتل وصححه في الاختيار . السادس : تنتقض في المستقبل فلا تعدد إلا بالحيض للطلاق بعده لا للماضي فلا تفسد الأنكحة المباشرة بعد الاعتداد بالأشهر ، وصححه في النوازل ؛ فقد تحرر أن فيها ستة أقوال مصححة ، فيجب النظر فيما ثبت عن صاحب المذهب الإمام الأعظم عليه السلام ، وقد صرح الأقطع وتبعه في غاية البيان بأن ظاهر الرواية القول بالانتقاض مطلقًا وهو مختار صاحب الهداية فتعين المصير إليه ولكنه مبني على اشتراط تحقق اليأس في خلفية الأشهر بالنص ، وأن تحقق اليأس لا يكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات وضعفه في فتح القدير بمنع قوله وذلك باستدامة العجز =

١٦٨٧ - والمتعدة بالأشهر : إما ألا ترى الحيض أصلاً ، أو تراه . فإن رأته : فإما أن تكون تلك الرؤية بعد تمام الأشهر ، أو في أثنائها .
 فإن لم تره أصلاً : فلا كلام في أن عدتها انقضت بالأشهر هذه المرة ، وإذا احتيج إلى العدة في المستقبل تنقضي بالأشهر أيضاً .
 وأن رأته بعد تمام الأشهر : انقضت في هذه المرة بها ، وفي المستقبل تكون بالحيض .

= إلى المات إلى آخره بناء على أن اليأس حقيقة اعتقاد عدم الوقوع أبداً لا العلم بعدم وجوده ، وفي القاموس : اليأس : القنوط وهو ضد الرجاء وقطع الأمل ا هـ . ويمكن أن يقال : إن في المسألة ثمانية ؛ أقوال الخمسة الأخيرة والثلاثة المذكورة في تفسير قول صاحب الهداية : إن رأيت الدم على العادة . ثم اعلم أنه لا تقدير لسن الإياس في ظاهر الرواية وإياسها على هذا أن تبلغ من السن ما لا يحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال ، وفي رواية فيه تقدير . قال الصدر الشهيد المختار : خمس وخمسون سنة وعليه أكثر المشايخ ، وفي المنافع وعليه الفتوى ، كذا في المعراج ثم قال بعده : قال ابن مقاتل : حده خمسون سنة وهو مروى عن عائشة رضي الله عنها وعليه الفتوى ، وقيل : ستون ، وقيل : لا تلد لستين إلا قرشية ، وقال الصفار : سبعون سنة ، وقدر محمد في الروميات خمسا وخمسين سنة ، وفي غيرهن ستين وعنه سبعين ، وفي الحانية لا فرق بين الرومية وغيرها وهو خمس وخمسون سنة وعليه الفتوى ، وفي الاختيار . المرأة إذا لم تحض أبداً حتى بلغت مبلغاً لا يحيض فيه أمثالها غالباً حكم بإياسها ، وذكر في الجامع الصغير إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها ، وفي القنية : طلق المدخول بها وعمرها خمس وخمسون سنة ثم مضى عليها أربعة أشهر لا تحيض ليس له أن يتزوج بنت أخيها حتى تنقضي مدة الحبل ثم ثلاثة أشهر للاحتياط .
 قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣ / ٣٩٢) : « (فإن حاضت الصغيرة) أو غيرها ممن لم تحض (في أثناء العدة) بالأشهر (انتقلت إلى الحيض) لقدرتها على الأصل قبل فراغها من البذل كما في أثناء التيمم . (ولم يحسب الماضي قرءاً) ؛ لأنه لم يحتوش بدمين أما من حاضت بعد الفراغ من العدة فلا يؤثر ؛ لأن حيضها حيثن لا يمنع صدق القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللاتي لم يحضن .
 قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٢ / ٤٧٣) : « (و) إذا رأيت ممكنة الحيض الدم أثناء عدتها بالأشهر ولو في آخر يوم من أشهرها (انتقلت للأقراء) وألفت ما تقدم ؛ لأن الحيض هو الأصل في الدلالة على براءة الرحم .
 قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٩ / ٢٨٥ ، ٢٨٤) : « (وإن حاضت الصغيرة في عدتها : انتقلت إلى القرء ويلزمها إكمالها . وهل يحسب ما قبل الحيض قرء ؟ ، إذا قلنا : القرء الأطهار على وجهين) . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والهادي ، والكافي ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والزرکشي . أحدهما : لا يحسب قرء . وهو المذهب . جزم به في الوجيز . قال في المنور : وإن حاضت الصغيرة ابتدأت . قال ابن عديوس في تذكرته : وتبدأ حائض في العدة بالأقراء . فليس في شيء من ذلك دليل على ما قلنا ؛ لأن عند هؤلاء أن القرء الحيض . قال في إدراك الغاية : والظهر الماضي غير معتبر به في وجه . والوجه الثاني : يحسب قرءاً . صححه في التصحيح . وقدمه ابن رزبن في شرحه . »

فإذا فرض وتزوجت الآيسة بعد مضي ثلاثة أشهر ثم عاودها الدم على عادتتها ، فلا ينقض هذا التزوج .

وإن رآته في أثنائها : كما إذا كانت مراهقة ، أي : قرية من البلوغ ودخلت في العدة بالأشهر أو آيسة بأن بلغت خمسًا وخمسين سنة ، وكان الحيض انقطع عنها ، ودخلت في العدة بالأشهر ، وقبل انقضائها رأت الدم على عادتتها ، انقضت العدة بالأشهر ، ووجب عليها أن تستأنف عدة بالحيض ، فلا تحل للأزواج إلا بعد ثلاث حيض كوامل . والسبب في ذلك بالنسبة للمراهقة : أنها صارت من ذوات الحيض ؛ فيلزمها أن تعتد به لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ (١) .

١٦٨٨ - وبالنسبة للآيسة : أن العدة بالأشهر خلف عن العدة بالحيض ؛ لأن عود الحيض يبطل الإياس ، فظهر أنه لم يكن خلفًا ؛ وذلك لأن شرط الخلفية تحقق الإياس ، وذلك لا يكون إلا باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ، فإن له أن يفطر في رمضان ويفدي عن صوم كل يوم . فإذا قدر قبل موته ، لزمه قضاء صوم الأيام التي أفطر فيها (٢) .

(مادة ٣٤)

الْمَرْأَةُ الَّتِي زَاتِ الدَّمِ أَيَّامًا ثُمَّ ارْتَفَعَتْ عَنْهَا وَانْقَطَعَ لِمَرْضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَاسْتَمَرَّ طَهْرُهَا سَنَةً فَأَكْثَرَ ، تَعْتَدُ بِالْحَيْضِ ، وَلَا تَنْقُضِي عِدَّتَهَا حَتَّى تَبْلُغَ سِنَ الْإِيَّاسِ ، وَتَتَرَبَّصُ بَعْدَهُ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ كَامِلَةً ، وَسِنَ الْإِيَّاسِ خَمْسٌ وَخَمْسُونَ سَنَةً (٣) .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢١) : ٢ - سنة كاملة لممتدة الطهر التي يجيها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن الإياس .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : عدم رؤية الحيض : المادة (١٣٦) :

إذا لم تر المعتدة في المدة المذكورة حيضًا أو رآته مرة أو مرتين ثم انقطع ينظر ؛ فإذا بلغت سن الإياس تعتد ثلاثة أشهر من زمن بلوغها إليه وإن لم تكن بلغت سن الإياس تتربص تسعة اشهر تنمة للسنة .

(٣) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩٤/٣) : « وأما الممتد طهرها وهي امرأة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا بأس ؛ فانقضت عدتها في الطلاق ، وسائر وجوه الفرق بالحيض ؛ لأنها من ذات الأقرء إلا أنه ارتفع حيضها لعارض ، فلا تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو حتى تدخل في حد =

١٦٨٩ - فظهر جلياً أنه متى ثبت أن المرأة من ذوات الحيض، فلا تنقضي عدتها إلا بثلاث حيض .

= الإياس فتستأنف عدة الآيسة ثلاثة أشهر ، وهو مذهب علي ، وعثمان ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم . وروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أنها تمكث تسعة أشهر فإن لم تحض اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك ، وهو قول مالك ، واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَنْسَى مِنَ الْمَجِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِذَا نَبِئَتْ بِفِدْتِهِنَّ فَلْتَنْتَهُنَّ أَشْهُرٌ ﴾ نقل الله العدة عند الارتباب إلى الأشهر . والتي ارتفع حيضها فهي مرتابة ؛ فيجب أن تكون عدتها بالأشهر ، والجواب : أنه ليس المراد من الارتباب المذكور هو الارتباب في اليأس بل المراد منه ارتباب المخاطبين في عدة الآيسة قبل نزول الآية . كذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن الله تعالى لما بين لهم عدة ذات القروء ، وعدة الحامل شكوا في الآية فلم يدروا ما عدتها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، وفي الآية ما يدل عليه ؛ فإنه قال : ﴿ وَالَّتِي يَنْسَى مِنَ الْمَجِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ ﴾ ولا يأس مع الارتباب ؛ إذ الارتباب يكون وقت رجاء الحيض ، والرجاء ضد اليأس . وكذا قال سبحانه : إن ارتبتم ؛ ولو كان المراد منه الارتباب في الإياس لكان من حق الكلام أن يقول : إن ارتبين ، فدل أنه رضي الله عنه أراد به ما ذكرنا .

قول الشافعية : جاء في شرح منهج الطلاب (٤ / ٤٤٤ ، ٤٤٥) : (ومن انقطع دمها) من حرة أو غيرها (ولو بلا علة) تعرف (تصبر حتى تحيض) فتعد بأقراء (أو تيأس) فيأشهر ، وإن طال صبرها ؛ لأن الأشهر إنما شرعت للتي لم تحض وللآيسة وهذه غيرها (فلو حاضت من لم تحض) من حرة أو غيرها (أو) حاضت (آيسة) كذلك (فيها) أي : في الأشهر (فبأقراء) تعد ؛ لأنها الأصل في العدة ، وقد قدرت عليها قبل الفراغ من بدلها ، فتنتقل إليها كالتيمم إذا وجد الماء في أثناء التيمم ، فإن حاضت بعدها الأولى لم يؤثر ؛ لأن حيضها حينئذ لا يمنع صدق القول بأنها عند اعتدادها بالأشهر من اللاتي لم يحضن ، أو الثانية فيها تفصيل ذكرته بقولي (كآيسة حاضت بعدها ولم تنكح) زوجاً آخر ؛ فإنها تعد بالأقراء لتبين أنها ليست آيسة فإن نكحت آخر فلا شيء عليها لانقضاء عدتها ظاهراً مع تعلق حق الزوج بها وللشروع في المقصود كما إذا قدر التيمم على الماء بعد الشروع في الصلاة ، وذكر حكم غير الحرة فيمن لم تحض من زيادتي (والمعتبر) في اليأس (بأس كل النساء) بحسب ما يلفظنا غيره لا طوف نساء العالم ولا يأس عشيرتها فقط ، وأقصاه اثنا وستون سنة ، وقيل : ستون ، وقيل : خمسون .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشني (٤ / ١٣٧) : (ولو اعتادته في كالسنة يعني أن المرأة إذا كانت عاداتها أن القرء لا يأتيها إلا في كل سنة أو أكثر منها مرة واحدة ؛ فإنها لا تعد إلا بالأقراء ولا تخرج بذلك عن كونها من أهل الأقراء فتنتظر العادة على عاداتها لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك ورد بلو على خلاف طوائف القائل باكتفائها بثلاثة أشهر ولا تنتظر الحيض والضمير في عاداته للحيض ، ومثل السنة العشر ، فمن عاداتها أن يأتيها الحيض في كل عشر سنين مرة ؛ فإنها تنتظره فإن جاء وقت مجيئه وهو العشر سنين ولم يجئ حلت ، وإن جاء انتظرت وقت مجيء الثانية فإن جاء وقت المجيء ولم تجئ حلت وإن جاء انتظرت وقت مجيء الثالثة ؛ فإن لم تجئ أو جاءت حلت .

قول الحنابلة : جاء في المنبي (٨ / ٩٠ ، ٩١) : (فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتها ؛ لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض ، وإن طال ؛ لأن هذه لم يرتفع حيضها ، ولم تتأخر عن عاداتها ، فهي من ذوات القروء ، باقية على عاداتها ، فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا تعلم في هذا مخالفاً .

ويبنى على ذلك : أنه لو رأت امرأة دم الحيض مرة واحدة ، بأن نزل عليها ثلاثة أيام ؛ لأن هذا الزمن أقل مدة الحيض، ثم انقطع عنها الدم لأي سبب كان ، واستمر طهرها وكانت متزوجة ، أو تزوجت بعد تلك الحيضة ثم حصلت الفرقة بينهما وبين زوجها بغير وفاته ، فلا تنقضي عدتها بالأشهر ؛ بل لا بد من أن تحيض ثلاث حيض حتى تنقضي العدة ؛ لأنه ثبت أنها من ذوات الحيض ، فلا تعدد بغيره .

فإذا عاد الدم قبل بلوغها سن الإياس ، اعتدت به . وإن لم يعد أصلاً ، فلا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الإياس ، وهو خمس وخمسون سنة ، وتعد بعدة بثلاثة أشهر كاملة .

١٦٩٠ - وهذه المسألة في غاية الشدة بالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن ؛ إذ يمكن أن يكون خمسًا وأربعين سنة وأشهرًا . وبالنسبة للرجال أيضًا ؛ لإلزامهم بالإنفاق على المرأة حتى تنقضي العدة ؛ ولذا قال الامام مالك رضى الله تعالى عنه : تنقضي عدتها بسنة كاملة . وهو ظاهر المراد ؛ لأن الغرض من العدة أمران : تعرف براءة الرحم ، وإظهار الحزن والأسف على الفراق . ولم يجعل الشارع مدة للحزن أكثر من أربعة أشهر وعشرة أيام ، وبراءة الرحم تعرف بغير هذا الزمن ؛ لأن أكثر مدة الحمل سنتان ، فلو قالوا : لا تنقضي عدتها إلا بعد مضي سنتين من وقت الفرقة للتحقق من براءة الرحم لكان وجيهاً ، مع أنه لم يقل به أحد من الحنفية . ولأي شيء تنقضي عدتها إذا توفي زوجها بأربعة أشهر وعشرة أيام ، ولا تنقضي إذا كانت الفرقة بغير الوفاة إلا بالبلوغ سن الإياس وتعد بعده .

١٦٩١ - فإن قالوا : إن عدة الوفاة هكذا .

١٦٩٢ - قلنا : إن الغرض من العدة في غيرها تعرف براءة الرحم ، ولا يتأتى أن يكون مشغولاً بالولد هذا الزمن ، فلا يسعنا إلا أن نقول كما يقولون البحث وارد والحكم مسلم ، والمتبادر للعقل والذهن أن مذهب الإمام مالك هو الأرفق ، فيفتى به للضرورة كما نص على ذلك بعض الحنفية . ونص بعض الحنفية على أن عدتها تنقضي بتسعة أشهر .

(مادة ٣١٥)

مُنْتَدَةٌ الدَّمِ الَّتِي تَحْيِرَتْ وَتَسْبِيَتْ عَادَتَهَا ، تَنْقِضِي عِدَّتَهَا بَعْدَ مُضِيِّ سَبْعَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ أَوْ الْفَسْحِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في درر الحكام (٤٠/١ ، ٤١) : (وأقل الطهر) الذي يكون بين الحيضتين (خمسة عشر يوماً) لإجماع الصحابة عليه ؛ ولأنه مدة اللزوم فكان كمدة الإقامة ، فإن قيل قد تقرر أن أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام ؛ فإذا كان أقل الطهر خمسة عشر يوماً لزم أن يكون في الشهر يومان ليس فيهما حيض ولا طهر قلنا هذا إما يلزم إذا وجب أن يكون الطهر الواحد ، والحيض الواحد في شهر واحد وليس كذلك ؛ ولذا قال في البدائع : إن المرأة لا تحيض في الشهر عشرة لا محالة ولو حاضت فلا تطهر عشرين لا محالة بل تحيض ثلاثة وتطهر عشرين وقد تحيض عشرة وتطهر خمسة عشر ، (ولا حد لأكثره) ؛ لأنه قد يمتد إلى سنة وستين وقد لا ترى الحيض أبداً فلا يمكن تقديره (إلا عند نصب العادة إذا استمر الدم) فحيضه يكون لأكثره عادة واختلفوا في تقدير مدته ، والأصح أنه مقدر بستة أشهر إلا ساعة ؛ لأن العادة نقصان طهر غير الحامل عن طهر الحامل ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فانتقصت عن هذا بشيء وهو الساعة صورته مبتدئة رأت عشرة دماً وستة أشهر طهرًا ثم استمر بها الدم تنقضي عدتها بتسعة عشر شهرًا إلا ثلاث ساعات ؛ لأنها تحتاج إلى ثلاث حيضات كل حيض عشرة أيام وإلى ثلاث أطهار كل طهر ستة أشهر إلا ساعة ، اعلم أن إحاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن عند محمد لطرفي مدة الحيض . وعند أبي يوسف لطرفي مدة الطهر المتخلل وأن الطهر الذي يكون أقل من خمسة عشر إذا تخلل بين الدمين ؛ فإن كان أقل من ثلاثة أيام لا يفصل بينهما بل هو كالدّم المتوالي إجمالاً وإن كان ثلاثة أيام أو أكثر ، فعند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخرًا لا يفصل ولو أكثر من عشرة أيام بل هو أيضًا كالدّم المتوالي عنده ؛ لأنه طهر فاسد لا يصلح للفصل بين الحيضتين لما مر أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً ، فكذلك لا يصلح للفصل بين الدمين ؛ لأن الفاسد لا يتعلق به أحكام الصحيح شرعًا ، فيجوز بداية الحيض وخصمه بالطهر على هذا القول لا الأقوال الخمسة الآتية . وفي رواية محمد عن أبي حنيفة : أنه لا يفصل إن أحاط الدم بطرفيه في عشرة أو أقل ، وفي رواية ابن المبارك عنه : يشترط مع ذلك كون الدمين نصابًا . وعند محمد : يشترط مع هذا كون الطهر مساويًا للدمين أو أقل ثم إذا صار الطهر لكونه كالدّم المتوالي دماً عنده فإن وجد في عشرة ذلك الطهر فيها طهر آخر يغلب الدمين المحيطين به لكن يصير مغلوبًا إن عد ذلك الدم الحكمي دماً فإنه بعد دماً حتى يجعل الطهر الآخر حيضًا أيضًا إلا في قول أبي سهيل ، ولا فرق بين كون الطهر الآخر مقدمًا على ذلك الطهر أو مؤخرًا ، وعند الحسن بن زياد الطهر الذي يكون ثلاثة أو أكثر يفصل مطلقًا ، فهذه ستة أقوال ، ووضعوها مثالًا يجمع هذه الأقوال : مبتدئة رأت يوماً دماً وأربعة عشر طهرًا ، ثم يوماً د وثمانية ط ثم يوماً د وسبعة ط ثم يومين د وثلاثة ط ثم يوماً د وثلاثة ط ثم يوماً د ويومين ط ثم يوماً د فهذه خمسة وأربعون يوماً ؛ ففي رواية أبي يوسف العشرة الأولى التي حادياها دم وعاشرها طهر ، والعشرة الرابعة التي طرفاها طهر حيض ، وفي رواية محمد : العشرة بعد طهر هو أربعة عشر حيض ، وفي رواية ابن المبارك : العشرة بعد طهر هو ثمانية حيض .

وعند محمد : العشرة بعد طهر هو سبعة حيض . وعند أبي سهيل : الستة الأولى من هذه العشرة حيضة . وعند الحسن : الأربعة الأخيرة حيض وما سوى ما حكم كل مجتهد بكونه حيضاً استحاضة عند ذلك الحاكم ، ففي كل صورة يكون الطهر ناقصاً فصلاً في هذه الأقوال إن كان أحد الدمين نصائباً كان حيضاً ، وإن كان كل منهما نصائباً فالأولى حيض ، وإن لم يكن شيء منهما نصائباً فكل واحدة من الأولى والثانية استحاضة . وجاء في حاشيته : (قوله : إلا عند نصب العادة ... إلخ) شامل لثلاث مسائل : مسألة من بلغت مستحاضة وسيأتي أنه يقدر حيضها بعشرة من كل شهر وباقيه طهر ، ومن لها عادة في الطهر والحيض ثم استمر بها الدم وحيضها وطهرها ما رأت فعدتها بحبسه كما سيذكره ، والثالثة مسألة المضللة وتسمى المحيرة وفيها فصول ثلاثة ذكرها في البحر (قوله : واختلفوا في تقدير مدته ... إلخ) . أقول كذا ذكره صدر الشريعة وليس الاختلاف إلا في عدة المحيرة وهي التي كانت لها عادة واستمر بها الدم ونسيت عدد أيامها ، وأولها ، وآخرها ، ودورها فلا يناسبه الإطلاق ولا ما صوره من الصور الآتية (قوله : ، والأصح أنه مقدر بستة أشهر ... إلخ) . أقول كذا قاله صدر الشريعة وهذا في المحيرة كما ذكرناه . وقال الزيلعي : أن يزيدوا على ذلك لأنه يجوز أنه طلقها في أول حيضها فلا يعتد بتلك الحيضة فحتاج إلى ثلاث حيض سواها وثلاثة أطهار . ١ هـ . وقال في البحر وجوابه : لما كان الطلاق في الحيض محرماً لم ينزلوه مطلقاً فيه حلاً لحال المسلم على الصلاح وهو واجب ما أمكن ١ هـ قلت وفيه نظر ؛ لأن الاحتياط في أمر الفروج أكد خصوصاً العدة ، فهو مقدم على توهم مصادفة الطلاق الطهر فلا تنقضي العدة إلا بيقين . ١ هـ . ثم قال الزيلعي : وذكر محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن : أنه - يعني الطهر - للمحيرة مقدر بشهرين ، وهو اختيار أبي سهل الغزالي . ١ هـ . وقال في البحر : واختاره الحاكم الشهيد وعليه الفتوى ؛ لأنه أسير على المفتي والنساء ، كذا في النهاية ، والعناية وفتح القدير . ١ هـ . قلت : فعلى هذا تنقضي عدتها بسبعة أشهر لاحتياجها إلى ثلاثة أطهار بستة أشهر وثلاث حيضات بشهر ١ هـ . وباقي الأحكام كالصلاة تأخذ فيه بالأحوط وكيفيته في فتح القدير (قوله : صورته ... إلخ) . أقول كذا قاله صدر الشريعة أيضاً ، وقد علمت أن هذا لا يناسب ما قدمه وفيه نظر آخر وهو : أنه إذا كان طهرها ستة أشهر عادة لها لا بد من تمام تلك المدة وقد حكم بانقضاء العدة فيما دونه كما ذكره وليس ذلك إلا في المحيرة على غير المختار كما قدمناه ، والدليل على أنه لا بد من تمام عاداتها : ما في فتح القدير وأما إذا بلغت برؤية عشرة - مثلاً - دماً وستة طهراً ثم استمر بها الدم ، فقال أبو عصمة ، والقاضي أبو حازم : حيضها ما رأت وطهرها ما رأت ، فتنقضي عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوماً . ١ هـ . قلت : فلا شك أن ما صوره هو هكذا في الحكم فلا وجه للتنقيض ١ هـ . ثم قال الكمال : وهذا بناء على اعتباره الطلاق أول الطهر ، والحق أنه إن كان من أول الاستمرار إلى إيقاع الطلاق مضبوطاً فليس هذا التقدير بلازم لجواز كون حسابه يوجب كونه أول الحيض فيكون أكثر من المذكور بعشرة أيام أو آخر الطهر فيقدر بستتين واحد وثلاثين أو اثنين وثلاثين أو ثلاثة وثلاثين ونحو ذلك . وإن لم يكن مضبوطاً : فيبني أن تزداد العشرة إنزالاً له مطلقاً أول الحيض احتياطاً ١ هـ . فقلت : وبهذا تعلم صحة جوابنا عن الزيلعي رحمته (قوله : اعلم . . . إلخ) محله عند قوله المتقدم وطهر متخلل فيها حيض فكان يبني ذكره ثمة (قوله : فعند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة . . . إلخ) قال الكمال وعليه الفتوى . ١ هـ .

وفي التارخانية : قال في المحيط وبعض مشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف وبه كان يفتي القاضي الإمام صدر الإسلام أبو اليسر وكان يقول هو أسهل على المفتي والمستفتي ، وعليه استقر رأي صدر الإسلام حسام الدين وبه يفتي . ١ هـ . وقال : في البحر بعد نقله رواية أبي يوسف لكنه لا يتصور ذلك إلا في مدة النفاس فراجعه متأملاً (قوله : كون الدمين نصابتاً) أقول وهو ثلاثة أيام (قوله : وعند محمد . . . إلخ) قال الكمال : وفي بعض نسخ الميسوط أن الفتوى على قول محمد ، والأول أولى ١ هـ . ويعني بالأول قول أبي يوسف الذي هو قول أبي حنيفة آخرها (قوله : ففي رواية أبي يوسف العشرة الأولى . . . إلخ) فإن قلت في جعل العشرة الأولى حيضاً نظراً ؛ لأن شرطه وجود نصاب أقله وذلك إما ثلاثة أيام بلياليها عند أبي حنيفة ومحمد أو يومان وأكثر الثالث عند أبي يوسف ولم يوجد قلت قد تقدم أن الطهر إذا لم يكن خمسة عشر يوماً كان فاسداً فلم يكن فاصلاً فهو كالدّم المتوالي وإذا كان كالدّم المتوالي فالحيض عشرة ، والطهر خمسة عشر يوماً .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣٩١/٣) : « المستحاضة تعد بالأقراء المردودة إليها من العادة والتميز) والأقل (وعدة المتحيرة) ولو منقطعة الدم (تنقضي بثلاثة أشهر) في الحال (لاشتغال كل شهر على طهر وحيض) غالباً ولعظم مشقة الانتظار إلى سن اليأس ، ويخالف الاحتياط في العبادات ؛ لأن المشقة فيها لا تعظم عظم مشقة الانتظار إلى سن اليأس (مبتدأة كانت أو غيرها) نعم إن حفظت الأدوار واعتدت بثلاثة منها كما ذكره في الحيض سواء أكانت أكثر من ثلاثة أشهر أم أقل لاشتغالها على ثلاثة أطهار ، وكذا لو شككت في قدر أدوارها ولكن قالت أعلم أنها لا تجاوز سنة مثلاً أخذت بالأكثر وتجعل السنة دورها ذكره الدارمي وواقفه النووي في مجموعته في باب الحيض . (فإن بقي من الشهر الذي طلقت فيه أكثر من خمسة عشر يوماً عُذَّ قرأً) ؛ لاشتغالها على طهر لا محالة (وتعد بعده بهلالين ، وإلا) بأن بقي منه خمسة عشر يوماً فأقل (فلا اعتبار بتلك البقية) ؛ لاحتمال أنها حيض فتبتدئ بالعدة من الهلال وبذلك علم أن الأشهر ليست متأصلة في حق المتحيرة ولكن يحسب كل شهر في حقها قرأً ؛ لاشتغالها على حيض وطهر غالباً كما تقرر بخلاف من لم تحض والأيسة حيث يكملان المنكسر كما سيأتي . ومحل ذلك في الحرّة ، أما غيرها فقال : البارزي تعد بشهر ونصف ، وقال البلقيني : هذا قد يتخرج على أن الأشهر أصل في حقها وليس يعتمد فالفتوى على أنها إذا طلقت أول الشهر اعتدت بشهرين ، أو وقد بقي أكثره فيأقيه والثاني أو دون أكثره فيشهرين بعد تلك البقية .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٣٨/٤) : « أو استحيضت وميزت المشهور أن المستحاضة إذا ميزت بين الدمين أي : دم الحيض ودم الاستحاضة بالرائحة ، أو اللون ، أو الكثرة ؛ فإنها لا تعد إلا بالأقراء لا بالسنّة فإن لم تميز بين الدمين فإن عدتها سنة كما يأتي ولا فرق في ذلك بين الحرّة والأمة » .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٩١/٨) : « المستحاضة لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز ، أو لا تكون كذلك ؛ فإن كان لها حيض محكوم به بذلك ؛ فحكمها فيه حكم غير المستحاضة ، إذا مرت لها ثلاثة قروء ، فقد انقضت عدتها . قال أحمد : المستحاضة تعد أيام أقرائها التي كانت تعرف . وإن علمت أن لها في كل شهر حيضة ، ولم تعلم موضعها ، فعدتها ثلاثة أشهر . وإن شككت في شيء ، تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت . وإن كانت مبتدأة لا تميز لها ، أو ناسية لا تعرف لها وقتاً

١٦٩٣ - وهذا بالنسبة لممتدة الطهر . وأما ممتدة الدم ، وهي التي نزل عليها الدم واستمر بدون انقطاع ؛ فلا يخلو حالها من أحد أمرين ، الأول : أن تكون لها عادة معروفة بالنسبة للطهر والحيض . الثاني : ألا تكون كذلك .

١٦٩٤ - فإن كان الأول ، اتبعت عاداتها ؛ فتنقضي عدتها بعد مضي الزمن الكافي لثلاث حيض من وقت الطلاق أو الفسخ .

١٦٩٥ - وإن كان الثاني : بأن لم تكن لها عادة أصلاً بأن بلغت برؤية الدم واستمر ، أو كانت لها عادة ونسيتها ، ففيها أقوال كثيرة، المفتى به منها : أن عدتها تنقضي بعد مضي سبعة أشهر من وقت الطلاق أو الفسخ ، وذلك بأن يجعل لها ثلاث حيض بثلاثين يوماً احتياطاً وثلاثة أطهار وكل طهر شهران ؛ لأن المدة الفاصلة بين دمى الحيض أقلها خمسة عشر يوماً ولا حد لأكثرها ؛ فأضاف من قال بهذا القول على أقل مدة الطهر ثلاثة أمثاله للاحتياط ، وإن كان المراد أن النساء يحضن في كل شهر مرة ^(١) .

(مادة ٣١٦)

عَدَةُ الْحَامِلِ وَضَعُ جَمِيعِ حَمْلِهَا مُسْتَبَيِّنًا بَعْضُ حَمْلِهِ أَوْ كُلُّهُ ، سَوَاءً أَنْخَلُ قَيْدَ نِكَاحِهَا

= ولا تمييزاً ، فمن أحمد فيها روايتان ؛ إحداهما : أن عدتها ثلاثة أشهر . وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد ؛ لأن النبي ﷺ أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة ، فجعل لها حيضة في كل شهر ترك فيها الصلاة والصيام ، وبيت فيها سائر أحكام الحيض ، فيجب أن تنقضي به العدة ؛ لأن ذلك من أحكام الحيض . والرواية الثانية : تعدد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدري ما رفعها . قال أحمد : إذا كانت قد اختلطت ، ولم تعلم إقبال الدم وإدباره ، اعتدت سنة ؛ لحديث عمر ؛ لأن به يتبين الحمل . وهو قول مالك وإسحاق ؛ لأنها لم تتيقن لها حيضاً ، مع أنها من ذوات القروء ، فكانت عدتها سنة ، كالتي ارتفع حيضها . وعلى الرواية الأولى ، ينبغي أن يقال : إننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر ، فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث ، فقد انقضت عدتها . وإن قلنا : القروء الأطهار . فطلقها في آخر شهر ، ثم مر لها شهران وهَلُ الثالث ، انقضت عدتها . وهذا مذهب الشافعي .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢٤) : عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو إسقاطه مستبيئاً بعض الأعضاء .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٤٠) : المرأة المتزوجة بمقد صحيح إذا فارقها زوجها بالطلاق أو الفسخ أو توفي عنها وهي حامل فعليها أن ترضع إلى أن تضع حملها فإن أسقطت حملها بنظر، فإن كان الولد مستبين الخلقه كلها أو بعضها فهو كالوضع ، وإن لم يكن مستبين الخلقه تعامل وفقاً للأحكام المحررة في المواد السابقة وحكم هذه المادة جار أيضاً على الحوامل المتزوجات بمقد فاسد إذا فرقن عن أزواجهن أو ماتوا عنهن .

بِمَزْبِ أَوْ طَلَاقٍ أَوْ فِسْخٍ .

فَلَوْ أَسْقَطَتْ سَقَطًا لَمْ يَسْتَبِينَ بَعْضُ خَلْقِهِ ، فَلَا تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ (١) .

(١) قول الخنيفة : جاء في بدائع الصنائع (١٩٦/٣ ، ١٩٧) : « وأما عدة الحبل فمقدارها بقية مدة الحمل قلت أو كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدة بيوم أو أقل أو أكثر انقضت به العدة لقوله تعالى : ﴿ وَأَزْلُجْتُ الْأَحْمَالُ أَبْهَهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ من غير فصل ، وذكر في الأصل أنها لو ولدت والميت على سيره انقضت به العدة على ما جاءت به السنة ، هكذا ذكر ، والسنة المذكورة : هي ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في المتوفى عنها زوجها : إذا ولدت وزوجها على سيره جاز لها أن تتزوج . وشرط انقضاء هذه العدة : أن يكون ما وضعت قد استبان خلقه أو بعض خلقه ، فإن لم يستين رأسًا بأن أسقطت علقه أو مضغة لم تنقض العدة ؛ لأنه إذا استبان خلقه أو بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فنقضت به العدة ، وإذا لم يستين لم يعلم كونه ولدًا بل يحتمل أن يكون ؛ ويحتمل أن لا يكون ؛ فيقع الشك في وضع الحمل ، فلا تنقض العدة بالشك .

وقال الشافعي في أحد قوليه : يرى للنساء ، وهذا ليس بشيء ؛ لأنهن لم يشاهدن انخلاق الولد في الرحم ليقسن هذا عليه فيعرفن . وقال في قول آخر : يجعل في الماء الحار ثم ينظر إن انحل فليس بولد ، وإن لم ينحل فهو ولد ، وهذا أيضًا فاسد ؛ لأنه يحتمل أنه قطعة من كبدها أو لحمها انفصلت منها ، وأنها لا تنحل بالماء الحار كما لا ينحل الولد ؛ فلا يعلم به أنه ولد . ولو ظهر أكثر الولد لم يذكر هذا في ظاهر الرواية . وقد قالوا في المطلقة طلاقًا رجعيًا : إنه إذا ظهر منها أكثر ولدها أنها تبين ، فعلى هذا يجب أن تنقض به العدة أيضًا بظهور أكثر الولد ، ويجوز أن يفرق بينهما فيقام الأكثر مقام الكل في انقطاع الرجعة احتياطًا . ولا يقام في انقضاء العدة حتى لا تحل للأزواج احتياطًا أيضًا . ثم انقضاء عدة الحمل بوضع الحمل إذا كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة بلا خلاف لمعوم قوله تعالى : ﴿ وَأَزْلُجْتُ الْأَحْمَالُ أَبْهَهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ، وكذلك إذا كانت متوفى عنها زوجها عند عامة العلماء ، وعامة الصحابة رضي الله عنهم . وروي عن عمر ، وعبد الله بن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله بن عمر ، وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا : عدتها بوضع ما في بطنها ، وإن كان زوجها على السرير . وقال علي رضي الله عنه وهو إحدى الروایتين عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن الحامل إذا توفي عنها زوجها فعدتها أبعد الأجلين وضع الحمل أو مضى أربعة أشهر وعشر أيهما كان أخيرًا تنقضت به العدة .

قول الشافعية : جاء في شرح الهجعة (٣٥١ ، ٣٥٠/٤) : « (و) تعد المرأة إذا كانت حاملًا بتكامل انفصال حمل (حي ، أو ميت (يمكن) كونه (من ذي عدة) لقوله تعالى : ﴿ وَأَزْلُجْتُ الْأَحْمَالُ أَبْهَهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ فهو مخصص لآية ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ ﴾ ؛ ولأن القصد من العدة براءة الرحم وهي حاصلة بالوضع وهذا (في الكل) من حرة وغيرها ذات أقرء ، أو أشهر مفارقة بالحياة أو بالوفاة ؛ لأنه يدل على براءة الرحم قطعًا . والأقرء والأشهر يدلان عليها ظاهرا وخرج بانفصاله خروج بعض ، ولو بعد خروج أحد الترابين فلا تنقضت به العدة ، بل حكمه حكم المجهن في بقاء العدة والرجعة ، ولحوق الطلاق ، والتوارث بين أبويه وعدم توريته ، وسراية عتق الأم إليه ، ووجوب الغرة بالجناية عليها وعدم إجرائه عن الكفارة ، وتبتيته للأم في إزالة الملك ، وكذا سائر أحكام الجنين ، كذا ذكره الرافعي هنا ، وفي الفرائض . وحكى في باب الغرة وجهين وصحح أن المعبر لوجوبها ظهور شيء منه ؛ لأن المقصود تحقق وجوده وبنى عليها وجوب القود إذا أخر جان رقبته ، وهو حي ووجوب الدية إذا مات بعد صباحه ، وحكى في الأطعمة عن البغوي : أنه إذا خرج بعضه لا يحل بذبح الأم =

للقدره عليه وعن القفال الحل ورجحه في الروضة ورجح فيها كأصلها في الرضاع أن ابتداء الحولين من خروجه بتسامه وحكي هناك وجهين في أنه إذا ارتضع قبل تمام خروجه هل يعتد به ، أو لا ؟ ، وقول النظم بتكامل كقول غيره بتام تأكيد وإيضاح ؛ لأن الفرض منه مفهوم من الانفصال وخرج بإمكانه من ذي العدة ما إذا لم يمكن بأن ولدته لدون ستة أشهر من العقد ، أو لأكثر ودون أربع سنين وكان بينهما مسافة لا تقطع في تلك المدة ، أو لفوق أربع سنين من الفرقه ، فلا تنقضي العدة بوضعه لكن لو ادعت في الأخيرة أنه راجعها ، أو وطئها بشبهة وأمکن فهو ، وإن انتفى عنه تنقضي به العدة ، كذا نقله الماوردي عن الجمهور والشيخان عن الأمة .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٣٣/٢) : (وعدة الحامل من وفاة أو طلاق وضع حملها) كله حيث كان لاحقاً أو يصح استلحاقه ، وسواء كان كاملاً أو دماً مجتمعاً سواء (كانت) تلك المعتدة (حرة أو أمة) مسلمة (أو كتاتية) والدليل على ذلك : قوله تعالى : ﴿ وَأَزَلَّتْ أَرْحَامُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وهذه مخصصة لمعوم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِرِئَاسَتِكَ وَيَتَذَرُونَ أَرْحَامَهُمْ أَنْ يَضَعُوا بِرِئَاسَتِكَ ﴾ وقوله تعالى أيضاً : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِرِئَاسَتِكَ أَنْ يَضَعُوا بِرِئَاسَتِكَ ﴾ ، وإنما خصصت آية الحوامل هاتين الآيتين ؛ لأن القصد من العدة الاستدلال على براءة الرحم ، ووضع الحمل أقوى في الدلالة من الزمان والحيض ، وقولنا : اللاحق بالفعل أو يصح استلحاقه ؛ ليدخل حمل الملائعة للاحتراز عما لو كان الزوج صيباً ، أو مجبوراً فلا تنقضي عدة زوجته بوضع حملها لا من موت ولا طلاق ، بل لا بد من ثلاثة أقراء في الطلاق تعد نفسها حيضة ، وعليها في الوفاء أقصى الأجلين ، وهو المتأخر من الوضع ، أو تمام الأربعة أشهر وعشر في الحرة ، أو الشهرين والخمس ليال في الزوجة الأمة ، وقولنا : كله للاحتراز عما لو كان في بطنها ولدان فلا تحل إلا بوضعها ، فلو نزل بعض الواحد وبقي بعضه ولو الثلث فلا تنقضي عدتها ، واستظهر بعض الشيوخ لو مات الحمل بعد خروج بعضه وبقي في بطنها نحو عضو منفصل كما لو تقطع الحمل وتأخر ذلك أن عدتها تنقضي ، وهو مخالف لتوكيد خليل بكه ؛ لأنه لا فرق بين البعض الباقي المنصل أو المنفصل وحرر المسألة . نعم ظهر لنا حكم آخر ، وهو انقضاء العدة بتام وضع الحمل ولو من غير نوع الأم والأب ، كأن تضع حيواناً بهيمًا ، وربما يصدق عليه قوله تعالى : ﴿ وَأَزَلَّتْ أَرْحَامُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وحرر المسألة .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٧٢/٩ ، ٢٧٣) : (والحمل الذي تنقضي به العدة : ما يبين فيه شيء من خلق الإنسان) . اعلم أن ما تنقضي به العدة من الحمل : هو ما تصير به الأمة أم ولد . على ما تقدم في أول « باب أحكام أمهات الأولاد » فما حكمنا هناك بأنها تصير به أم ولد نحكم هنا بانقضاء العدة به . وما نحكم هناك بأنها لا تصير به أم ولد نحكم هنا بعدم انقضاء عدتها به . هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقدمه في الفروع ، وغيره . وعنه : لا تنقضي العدة هنا بالعضة ، وإن صارت بها هناك أم ولد . نقلها الأثرم . قاله المصنف ، وغيره . قوله : (فإن وضعت مضغة لا يبين فيها شيء من ذلك ، فذكر ثقات من النساء : أنه مبدأ خلق آدمي ، فهل تنقضي به العدة ، على روايتين) . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والمغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمذهب الأحمد . إحداهما : لا تنقضي به العدة ، وهو المذهب . واختاره أبو بكر . وقدمه في الكافي . وقال : هذا المنصوص . وجزم به ابن عبدوس في تذكرته . والرواية الثانية : تنقضي به العدة . صححه في التصحيح ، ونهاية =

١٦٩٦ - وإن كانت المرأة حاملاً ، انقضت عدتها بوضع جميع حملها . فلو فرض أنها كانت حاملاً باثنين ؛ فلا تنقضي عدتها بوضع أحدهما ، ولكن لا بد أن يكون الحمل ظاهراً كل خلقه أو بعضه ؛ لأنه في هذه الحالة ولد .

١٦٩٧ - فإن لم يستين من خلقه شيء ، بأن كان علقه أو مضغة ؛ فلا تنقضي به العدة ، وإنما كان كذلك لقوله : ﴿ وَأُزِلَّتْ أَلْحَمَالُ أَبْلُهِنَّ أَنْ يُضَعْنَ حَمَلُهُنَّ ﴾ (١) . سواء طال الزمن أو قصر ، ولا فرق في انقطاع العدة بوضع الحمل بين ما إذا كانت الفرقة بموت أو طلاق أو فسح ، لعموم هذه الآية .

١٦٩٨ - أما بالنسبة للفرقة بغير الوفاة : فظاهر ؛ لأن براءة الرحم تحققت (٢) . وأما بالنسبة بالوفاة : فلقول سيدنا عمر رضی اللہ تعالیٰ عنہ : لو وضعت وزوجها على سريره ؛ لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج .

= ابن رزين . وجزم به في الوجيز . فائدة : لو أُلقت مضغة لم يتبين فيها الخلق ، فشهد ثقات من القوابل : أن فيها صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي : انقضت به العدة . جزم به في الكافي ، والمغني ، والشرح .
تبيه : مفهوم كلام المصنف : أنها لو وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من خلق الإنسان : أنها لا تنقضي عدتها بها . وهو صحيح . وهو المذهب ، والمشهور عن الإمام أحمد رحمته . وعليه الأصحاب . ونقل حنبل : تصير به أم ولد . فخرج القاضي وجماعة من ذلك انقضاء العدة به ، ورده المصنف . وأما إذا أُلقت نطفة أو دماً أو علقه ؛ فإن العدة لا تنقضي به ، قولاً واحداً عند أكثر الأصحاب .

وأجرى القاضي الخلاف في العلقه والمضغة التي لم يتبين أنها مبدأ خلق الإنسان قوله : (وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه كامرأة الطفل ، وكذا المطلقة عقب العقد ونحوه : لم تنقض عدتها به) . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم . وصححه في النظم ، وغيره . وعنه : تنقضي به العدة . وفيه بعد . وتابع أبا الخطاب على قول ذلك . وتابعه في المحرر وغيره أيضاً . وعنه : تنقضي به إذا كان من غير امرأة الطفل ، للحoque باستلحاقه . قال الزركشي : وأظن هذا اختيار القاضي . وقال في المنتخب : إن أتت به امرأة بائن لأكثر من أربع سنين : انقضت عدتها ، كالملاعة ، وقاله القاضي أيضاً ، وقال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب : فإن وضعت ولداً بعد مدة أكثر الحمل : لم يلحق الزوج إذا كان الطلاق بائناً . وهل تنقضي به العدة ؟ ، على وجهين . والمذهب : أن العدة لا تنقضي بذلك . قدمه في الرايعين ، والحاوي ، والشرح ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام الخري . قال الزركشي : وهو المذهب بلا ريب .

(١) الطلاق : ٤ .

(٢) موطأ مالك (٥٨٩/٢) .

(مادة ٣١٧)

عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي مَاتَ عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ إِنْ كَانَتْ حَائِلًا وَاسْتَمَرَّ النِّكَاحُ صَحِيحًا إِلَى الْمَوْتِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً ، مُسَلِّمَةً أَوْ كِتَابِيَةً تَحْتَ مُسَلِّمٍ ، مَدْخُولًا بِهَا أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩٤/٣) : « وأما عدة الأُسر : فالكلام فيها في موضعين أيضًا : في بيان مقدارها وما تنقضي به ، وفي بيان كيفية ما يعتبر به الانقضاء ، أما الأول فما وجب بدلاً عن الحيض ، وهو عدة الأيسة ، والصغيرة ، والبالغة التي لم تر الحيض أصلاً فثلاثة أشهر إن كانت حرة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَاللَّيْثِيَّ يَهْتَمُّ مِنَ الْحَمِيمِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فِيمَدَّئِهِنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّيْثِيَّ لَمْ يَحْضِ ﴾ ؛ ولأن الأُسهر في حق هؤلاء تدل على الأُسر ، والأصل مقدر بالثلاث كذا البذل ، سواء وجبت الفرقة بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص أو وجبت بالفرقة في النكاح الفاسد أو بالوطء عن شبهة ؛ لما ذكرنا في عدة الأُسر . وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق ، أو بموت المولى عندنا خلافاً للشافعي ، وإن كانت أمة فشهراً ، ونصف ؛ لأن حكم البذل حكم الأصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البذل ؛ ولأن الرق منتصف ، والتكامل في عدة الأُسر ثبت لضرورة عدم التجزيء ، والشهر منجز ؛ فبقي الحكم فيه على الأصل ، ولهذا تنصف عدتها في الوفاة ، وسواء كان زوجها حراً أو عبداً ؛ لما ذكرنا أن المعتبر في العدة جانب النساء ، وسواء كانت قفة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبية أو مستسعاة عند أبي حنيفة لما ذكرنا في مدة الأُسر ، وكذا إذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافاً للشافعي . وما وجب أصلاً بنفسه ، وهو عدة المتوفى عنها زوجها فأربعة أشهر وعشراً ، وقيل : إنما قدرت هذه العدة بهذه المدة إن كانت حرة لقوله ﷻ : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ ؛ لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ، ثم أربعين يوماً علقة ، ثم أربعين يوماً مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح في العشر ، فأمرت برَبص هذه المدة ليستبين الحمل إن كان بها حمل ، وإن كانت أمة فشهراً ، وخمسة أيام ؛ لما بينا بالإجماع ؛ سواء كانت قفة ، أو مدبرة ، أو أم ولد ، أو مكاتبية ، أو مستسعاة عند أبي حنيفة ، والمسلمة ، والكتابية سواء كان في مقدار هاتين العديتين الحرة كالحرة ، والأمة كالأمة ؛ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وانقضاء هذه العدة بانقضاء هذه المدة في الحرة ، والأمة .

قول الشافعية : جاء في شرح البهجة (٣٤٦/٤) : « وبوفاة الزوج (وهي) أي : والزوجة (حرة) حائل تعد (بأشهر أربعة وعشرة) من الأيام لباليها لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ وهو محمول على الغالب من الحرائر الحائلات لما سيأتي ؛ سواء في ذلك الصغيرة والكبيرة والمدخول بها وذات الأُسر وغيرها والرجمية ؛ فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة كما مر ، وزوجة الصبي وغيره ؛ لإطلاق الآية . وتعتبر الأشهر بالأهله ما أمكن ، فإن جهلت استهلال الأهله لحبس ، أو غيره ؛ اعتدت بمائة وثلاثين يوماً أخذ بالأحوط وأفاد كلامه أن البائن لا تعد عدة الوفاة وأن وفاة الواطئ بشبهة ، أو نكاح فاسد لا توجب عدة الوفاة على الموطوعة ، بل تعدد كما في حياته وإنما لم يعتبر في عدة الوفاة الوطء كما في عدة الحياة ؛ لأن فرقة الوفاة لا إساعة فيها من الزوج ، فأمرت بالتفجع عليه ، ولهذا وجب الإحداد =

وَعَدَّةُ الْأَمَةِ : إِنْ بِالْحَيْضِ فَحَيْضَتَانِ ، وَإِنْ بِالْأَشْهُرِ لَمْ يَزَلْ وَغَيْرِهِ فَعَلَى التُّضْفِ مِنَ الْحُرَّةِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا فِي الْعِدَّةِ يَوْضِعِ الْحَمْلِ ^(١) .

= كما سيأتي ؛ ولأنها قد تنكر الدخول حرصاً على النكاح ، ولا منازع بخلاف المطلقة ؛ ولأن مقصودها الأعظم حفظ حق الزوج دون معرفة البراءة ولهذا اعتبرت بالأشهر .

قول المالكية : جاء في شرح الحارثي (١٤٤/٤) : « وإلا فأربعة أشهر وعشر أي : وإلا بأن كان نكاح المتوفى عنها صحيحاً أو ما في حكمه من مختلف فيه فعدتها في الوفاة أربعة أشهر وعشر كان الزوج حرّاً أو عبداً ، صغيراً أو كبيراً ، دخل بها أو لا ، صغيرة أو كبيرة ، مسلمة أو ذمية ؛ حسناً للباب كما هو نص الآية . والمراد الليالي بأيامها وإنما أنت (عشراً) إما ؛ لأن المراد عشر مدد كل مدة يوم وليلة ، أو تغليتها لليالي على الأيام ؛ لسبقها عليها ، فلو تزوجت بعد عشر ليال فسخ على هذين القولين ، وإليه ذهب الشافعي ومالك والكوفيون . وجعلت العدة أربعة أشهر ؛ لأن بها يتحرك الحمل ويزيد العشر ؛ لأنه قد تنقص الأشهر أو تطبق حركة الجنين ، وقيل : إنما أنت العشر ؛ لأن المراد الليالي دون الأيام فعليه لا يفسخ العقد عليها إذا وقع بعد أربعة أشهر وعشر ليال ، وإليه ذهب الأوزاعي من الفقهاء وأبو بكر الأسمري من المتكلمين ، وروي أن ابن عباس قرأ (أربعة أشهر وعشر ليال) .

قول الحنابلة : جاء في الفروع (٥٣٨/٥) : « المتوفى زوجها عنها بلا حمل فتعد بأربعة أشهر وعشر ليال بعشرة أيام . وقال جماعة : وعشرة أيام ، وكذا نقل صالح وغيره . اليوم مقدم قبل الليلة ، لا يجزئها إلا أربعة أشهر وعشرة أيام ، والأمة بنصفها ، ومن نصفها حر بثلاثة أشهر وثمانية أيام . وإن مات زوج رجعية في عدة طلاق سقطت وابتدأت عدة وفاة من موته ، وعنه : أطولهما ، وإن مات بعدها أو بعد عدة بائن فلا عدة ، وعنه : تعدد لوفاة وإن ورثت ، اختاره جماعة ، وإن مات في عدة بائن فنه : تعدد لطلاق ، كالتي لا ترث ، وعنه : لوفاة ، وعنه : أطولهما ، وهو المذهب . وإن ارتابت متوفى عنها بأمانة حمل ، كحركة أو انتفاخ بطن أو رفع حيض ؛ فهي في عدة حتى تزول الرية ، ولا يصح نكاحها قبل زوالها بعد شهر العدة ، في الأصح ، وإن ظهرت بعد الشهر قبل العقد وقيل : قبل الدخول فوجهان ، لكن إن ولدت بعده لدون نصف سنة تبيهاً فساده .

(١) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٣١/٦) : « والمتوفى عنها زوجها إذا كانت أمة ، أو مكاتبه ، أو مدبرة ، أو أم ولد ؛ فإن كانت حائلاً فعدتها شهران وخمسة أيام ؛ لأن الرق منصف للعدة كما بينا ، وإن كانت حاملةً ؛ فعدتها أن تضع حملها ؛ لأن مدة الحبل لا تحتمل التنصيف فإن شيئاً من المقصود وهو براءة الرحم لا يحصل قبل وضع الحمل .

قول الشافعية : جاء في الأم (٢٣١/٥ ، ٢٣٢) : « ذكر الله ﷻ العدد من الطلاق بثلاثة قروء وثلاثة أشهر ، ومن الوفاة بأربعة أشهر وعشر . وذكر الله الطلاق للرجال بائنتين وثلاثة ؛ فاحتمل أن يكون ذلك كله على الأحرار ، والحرائر ، والعبيد ، والإماء واحتمل أن يكون ذلك على بعضهم دون بعض وكان ﷻ قد فرق في حد الزاني بين المماليك والأحرار فقال : ﴿ أَزْوَاجَهُنَّ وَالرِّجَالَ فَحَيْدُ كُلِّ نَجْوٍ بَيْنَهُمَا يَأْتِي جَلْدُ ﴾ وقال في الإماء : ﴿ فِإِذَا أَحْبَبْتَ فَإِنَّ أَيْتَهُ يَكْتَسِبُ قَمَلَيْهِمْ يَضْفُ مَا عَلَى الْمُتَمَسِّكِ مِنَ الْعَدَابِ ﴾ وقال في الشهادات : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ فلم يختلف من لقيت أنها على الأحرار دون العبيد وذكر المواريث فلم يختلف =

= أجد لقيته في أن المواريث للأحرار دون العبيد ، ورجم رسول الله ﷺ الثيب ، الحر ، الزاني ، ولم يختلف من لقيت أن لا رجم على عبد ثيب .

(قال الشافعي) فرض الله ﷻ العدة ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر ، وفي الموت أربعة أشهر وعشراً وسن رسول الله ﷺ أن تستبرأ الأمة بحيضة ففرق بين استبراء الأمة والحررة ، وكانت العدة في الحرائر استبراءً وتعبداً ، وكذلك الحيضة في الأمة استبراءً وتعبداً .

(قال الشافعي) فلم أعلم مخالفاً من حفظت عنه من أهل العلم في أن عدة الأمة نصف عدة الحررة فيما كان له نصف معدود ما لم تكن حاملاً فلم يجز ؛ إذ وجدنا ما وصفت من الدلائل على الفرق فيما ذكرنا وغيره بين عدة الأمة والحررة إلا أن تجعل عدة الأمة نصف عدة الحررة فيما له نصف وذلك الشهور . فأما الحيض فلا يعرف له نصف ، فتكون عدتها فيه أقرب الأشياء من النصف إذا لم يسقط من النصف شيء وذلك حيضتان ، ولو جعلناها حيضة أسقطنا نصف حيضة ولا يجوز أن يسقط عنها من العدة شيء فأما الحمل فلا نصف له . قد يكون يوماً من يوم وقع عليها الطلاق وسنة وأكثر كما لم يكن للقطع نصف فيقطع الحر والعبد والأمة والحررة ، وكان للزنا حدان : أحدهما : الجلد فكان له نصف فجعل عليها النصف ولم يكن للرجم نصف فلم يجعل عليها ولم يطل عنها حد الزنا وحدت بأحد حديه على الأحرار . وبهذا مضت الآثار عن رويتنا عنه من أصحاب رسول الله ﷺ .

(قال الشافعي) : فإذا تزوجت الأمة الحر أو العبد فطلقها أو مات عنها فسواء والعدة بها ، تعدد إذا كانت ممن تحيض حيضتين إذا دخلت في الدم من الحيضة الثانية حلت ، وتعد في الشهور : خمساً وأربعين إذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبير ، وتعد في الوفاة : شهرين وخمس لبال ، وفي الحمل : أن تضع حملها متوفى عنها أو كانت مطلقة .

(قال) : ولزوجها في الطلاق إذا كانت يملك الرجعة عليها ما على الحررة في عدتها ، وكذلك عليه من نفقتها في العدة ما عليه من نفقة الحررة . ولا يسقط ذلك عنه إلا أن يخرجها سيدها فيمنعها العدة في منزله تسقط النفقة عنه كما تسقط لو كانت له زوجة فأخرجها عنه إلى بلد غير بلده . وكذلك إن كانت مطلقة طلاقاً لا يملك الرجعة كانت عليه نفقتها حاملاً ما لم يخرجها سيدها من منزله ؛ لأن الله ﷻ يقول في المطلقات : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُرْسِلْنَ حَمْلًا فَأَيُّفُوا إِلَيْهِنَّ حَتَّى يَضُمَّنَّ حَمْلَهُنَّ ﴾ ولم نجد أثراً لازماً ولا إجماعاً بأن لا ينفق على الأمة الحامل ، ولو ذهبنا إلى أن نزع من أن النفقة على الحامل إنما هي للحمل ؛ كانت نفقة الحمل لا تبلغ بعض نفقة أمة ، وكما يكون لو كان مولوداً لم تبلغ نفقته بعض نفقة أمه ولكنه حكم الله تعالى علينا اتباعه تعبداً ، وقد ذهب بعض الناس إلى أن جعل للمطلقة التي لا يملك زوجها رجعتها النفقة قياشاً على الحامل ، فقال : الحامل محبوسة بسببه ، وكذلك المعتدة بغير الحمل محبوسة بسببه عن الأزواج ، فذهبنا إلى أنه غلط ، وإنما أنفقنا على الحامل بحكم الله ﷻ لا بأنها محبوسة بسببه ، وقد تكون محبوسة بسببه بالموت ولا نفقة لها ، واستدلنا بالسنة : على أن لا نفقة للتي لا يملك زوجها رجعتها إذا لم تكن حاملاً .

(قال) : والأمة في النفقة بعد الفراق والسكنى ما كانت في العدة كالحرة إلا ما وصفت من أن يخرجها سيدها ، أخبرنا سفيان عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة =

عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال : ينكح العبد امرأتين ، ويطلق تطليقتين ، وتعد الأمة حيضتين ، فإن لم تكن تحيض فشهريين أو شهراً ونصفاً قال سفيان - وكان ثقة - أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن عمرو بن أوس الثقفي عن رجل من ثقيف : أنه سمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : لو استطلعت لجلعتها حيضة ونصفاً ، فقال رجل : فاجعلها شهراً ونصفاً فسكت عمر .

(قال) : وإذا طلق الحر أو العبد الأمة طلاقاً يملك فيه الرجعة ؛ فعدتها عدة أمة . وإذا مضت عدتها ثم عتقت ؛ لم تعد لعدة ، ولم تزد على عدتها الأولى . وإن أعتقت قبل مضي العدة بساعة أو أقل ؛ أكملت عدة حرة ؛ لأن العتق وقع وهي في معاني الأزواج في عامة أمرها . فإن مات بعد الطلاق الذي يملك فيه الرجعة قبل العتق ، لم ترثه ، وكذلك لو ماتت لم يرثها . وإن ماتت أو ماتت وقد عتقت قبل مضي عدتها عدة الأمة وقبل مضي عدة الحرة ؛ توراثا ، ويقع عليها إيلأؤه وطلاقه وظهاره وما يقع بين الزوجين .

(قال) : وإذا كان طلاقه وإيلأؤه وظهاره يقع عليها إذا طلقت طلاقاً يملك فيه الرجعة إلى أن تنقضي عدتها فنعتت قبل أن تنقضي عدتها لم يحز والله تعالى أعلم ، إلا أن تعدت عدة حرة ويتوراثان قبل انقضاء عدتها التي لزمتها بالحرة ، ولو كانت الأمة عند عبد فطلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة فلم تنقض عدتها حتى عتقت فاختارت فراقه ؛ كان ذلك لها ، وكان اختيارها فراقه فسحاً بغير طلاق ، وتكمل منه عدة حرة من الطلاق الأول ؛ لأنها صارت حرة قبل أن تنقضي عدتها من طلاق يملك فيه الرجعة ولا تستأنف عدة ؛ لأنه لو كان أحدث لها رجعة ثم طلقها ولم يصحها بنت على العدة الأولى ؛ لأنها مطلقة لم تمس فإنما عليها من العدة الأولى إكمال عدة حرة . ولو كان طلاق الأمة طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ثم عتقت في العدة ؛ ففيها قولان ، أحدهما : أن تبني على العدة الأولى وأن لا خيار لها ؛ لأنها غير زوجة ولا تستأنف عدة لأنها ليست بزوجة ولا في معاني الأزواج لا يقع عليها طلاقه ولا إيلأؤه ، ولا ظهاره ، ولا يتوراثان لو كانا في تلك الحال حرين . والقول الثاني : أن عليها أن تكمل عدة حرة ولا تكون حرة تكمل عدة أمة ومن ذهب إلى هذا ذهب إلى أن يقمسه على العدة في الطلاق الذي يملك فيه الرجعة . وقال : المرأة تعدد بالشهور ثم تحيض تستقبل الحيض ولا يجوز أن تكون في بعض عدتها ممن تحيض ، وهي تعدد بالشهور فيقول : وهكذا لا يجوز أن تكون في بعض عدتها حرة وهي تعدد عدة أمة . وقال في المسافر يصلي ركعة ثم ينوي المقام : يتم أربعاً ، ولا يجوز أن يكون في بعض صلته مقيماً يصلي صلاة مسافر ، وهذا أشبه القولين - والله تعالى أعلم - بالقياس . (قال) : والأمة من الأزواج فإذا اجتمعت عليها عدتان قضت كما تقضيها الحرة وهي في النكاح الفاسد والإحداد كالحرة يثبت عليها ما يثبت على الحرة ويرد عنها ما يرد عنها .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشني (١٤٥/٤) : « عدة الوفاة تنصف بالرق كلاً أو بعضاً ، فهي شهران وخمس ليال سواء كانت مدخولاً بها أم لا ، صغيرة أو كبيرة ، كان الزوج حرّاً أو عبداً ، لكن إنما يكفى بالشهرين وخمس ليال إن كانت غير مدخول بها أو صغيرة ، أو بالثقة ، أو من ذوات الحيض وحاضت فيها فإن لم تحض فيها وهي مدخول بها أو من ذوات الحيض سواء تمت قبل زمن حيضتها أو لا ، فثلاثة أشهر على ما في كتاب محمد اللخمي وهو أحسنها ، ولابن القاسم في العتبية : تحمل بمضي الشهرين وخمس ليال مطلقاً ، ومالك إن كانت غير مبني بها اكتفت وإلا فثلاثة أشهر ولا تحمل بدونها مطلقاً ، وهو مذهب الرسالة وهو =

١٦٩٩ - فعلم من ذلك أن الفرقة إن كانت بالوفاة ، وكانت المرأة حاملاً ، انقضت عدتها بوضع الحمل ، ولو قصر الزمن .

وأما إذا كانت غير حامل ، فلا تنقضي عدتها إلا بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (١) . ولا فرق في ذلك بين ما إذا كانت المرأة التي توفي عنها زوجها وهي غير حامل صغيرة أو كبيرة ، مسلمة أو كاتبة متزوجة بمسلم ، ولا فرق أيضاً بين ما إذا كانت المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، لأن العدة في هذه الحالة إنما هي لإظهار الحزن والأسف على وفاة الزوج .

ولذا يشترط أن يكون العقد صحيحاً ؛ فلو كان فاسداً كانت العدة بالحيض ؛ لأنها لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح ، إذ هو غير شرعي ، والحيض هو المعروف . ١٧٠٠ - وكل هذه الأحكام بالنسبة للمرأة الحرة ، فلو كانت رقيقة فإن كانت حاملاً ، فهي مثل الحرة في أنها لا تنقضي عدتها إلا بوضع جميع الحمل .

وإن كانت غير حامل ، فإن كانت من ذوات الحيض ، انقضت عدتها بحيضتين ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان » (٢) ؛ ولأن الرق منصف ، والحيضة لا تتجزأ فكملت ، فصارت حيضتين ، وإليه أشار سيدنا عمر بقوله : لو استطلعت لجلعتها حيضة ونصفاً (٣) .

١٧٠١ - وإن لم تكن من ذوات الحيض : تنقص عدتها بشهر ونصف في الفرقة بغير وفاة الزوج .

فإن كانت بها ؛ انقضت بشهرين وخمسة أيام ؛ لأن الزمن يتجزأ ، فأمكن تنصيفه .

= ضعيف ، وهذا كله إن لم ترتب ، فإن ارتابت معادة الحيض بحس بطن ؛ فتمكث تسعة أشهر إنما رفعت الأمة لثلاثة أشهر ولو تمت عدتها قبل زمن حيضتها بخلاف الحرة لقصر أمد عدتها فلا يظهر الحمل فيها قاله بعض . قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤١٥/٥) : « (وإن كانت) المتوفى عنها زوجها أمة ؛ فعدتها (نصفها) أي شهران وخمسة أيام بلياليها ؛ لأن الصحابة أجمعوا على أن عدة الأمة على النصف من عدة الحرة ، قاله في البدع ، وإن كان المتوفى عنها (حاملاً من غيره) أي من غير زوجها (اعتدت للزوج) عدة وفاة (بعد وضع الحمل) وتقدم (و) عدة (معتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة ويجبر بالكسر) فمن نصفها حر ونصفها رقيق تتعد ثلاثة أشهر وثمانية أيام بلياليها .

(١) البقرة : ٢٣٤ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٢٨٧٧) ، والأم (٢١٧/٥) .

١٧٠٢ - وكل هذه الأحكام إذا كانت الفرقة بعد الدخول . فلو حصلت قبله ، فإن كانت بوفاة الزوج ، فعليها العدة كما تقدم .

وإن كانت بغيرها ، فلا تجب عليها العدة ، إنما إذا كان العقد صحيحًا ، فلا يشترط في وجوب العدة الدخول الحقيقي ؛ بل الحلوة توجبها بخلاف ما إذا كان العقد فاسدًا ، فإنها لا تجب إلا بعد الدخول الحقيقي .

١٧٠٣ - وإنما لم تجب العدة على المطلقة قبل الدخول ؛ لقوله تعالى : ﴿ تَرَّ طَلَّقَتْهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ (١) ؛ ولأن حكمة العدة في هذه الحالة تعرف براءة الرحم ، وهو براء ييقن .

١٧٠٤ - فيكون حاصل ما تقدم : أن الفرقة : إما أن تكون قبل الدخول ، أو بعده . وعلى كل : فإما أن يكون سبب الفرقة وفاة الزوج ، أو غيرها . وإن كانت الفرقة بعد الدخول : فإما أن تكون المرأة حاملًا ، أو غير حامل . وعلى كل : فإما أن تكون الفرقة بعد عقد زواج ، أو بعد وطء بشبهة . وإن كانت بعد عقد : فإما أن يكون عقد صحيحًا ، أو فاسدًا .

١٧٠٥ - فإن كانت الفرقة قبل الدخول ولو حكمًا ، وكانت بغير الوفاة ، فلا عدة على الزوجة .

١٧٠٦ - ومثله ما إذا كانت الفرقة بعد الحلوة ولو كانت صحيحة ، لكن العقد فاسد .

١٧٠٧ - وإذا كانت قبل الدخول ، ولكنها بوفاة الزوج ، وكان العقد صحيحًا ، وجبت العدة ، وهي هنا أربعة أشهر وعشرة أيام .

١٧٠٨ - فلو كان العقد فاسدًا ، فلا تجب .

١٧٠٩ - وإن كانت بعد الدخول ، وكانت المرأة حاملًا ؛ فالعدة تنقضي بوضع جميع الحمل ، سواء كان بعد عقد أو وطء بشبهة ، وسواء كان العقد صحيحًا أو غير صحيح ، وسواء كانت الفرقة بالوفاة أو بغيرها .

١٧١٠ - وإن كانت بعد الدخول والمرأة غير حامل ، وكانت الفرقة بغير الوفاة ، فإن كانت المرأة من ذوات الحيض ، تنقضي العدة بثلاث حيض كوامل .

١٧١١ - وإن لم تكن من ذوات الحيض ، انقضت عدتها بثلاثة أشهر .

١٧١٢ - وإن كانت بعد الدخول ، والفرقة بالوفاة ، والمرأة غير حامل ، تنقض

عدتها بأربعة أشهر وعشرة أيام إن كان العقد صحيحاً . فلو كان فاسداً ، فعدتها بالحيض .

١٧١٣ - وكل هذا إذا كانت المرأة حرة . أما لو كانت رقيقة ، فإن كانت حاملاً ، انقضت عدتها بوضع الحمل .

١٧١٤ - وإن كانت غير حامل ، فإن كانت من ذوات الحيض ، تنقضي عدتها بحيضتين .

١٧١٥ - وإن لم تكن من ذوات الحيض ؛ فعدتها بنصف الزمن الذي تنقضي فيه عدة الحرة .

١٧١٦ - ثم إن الفرقة إن كانت بالطلاق ، ولم يمض الزوج في أثناء العدة، بل بعد انقضائها ، فلا تنتقل المرأة إلى عدة الوفاة ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ؛ لأنه بانقضاء العدة انتهت الزوجية بجميع أحكامها ، فلا يجب عليها بموته شيء .

١٧١٧ - وأما إذا مات الزوج في أثناء العدة ، ففيه تفصيل . وبيانه : أن الطلاق : إما أن يكون رجعيًا ، أو بائنًا . وكل منهما : إما أن يكون وقوعه في حال الصحة ، أو في حال مرض الزوج مرض الموت . فينتج أربع صور :

١٧١٨ - الصورة الأولى : أن يكون الطلاق رجعيًا ، وهو في حال الصحة . وفي هذه الحالة إذا مات في أثناء العدة بأن توفي قبل أن تمضي ثلاث حيض إن كانت من ذوات الحيض أو ثلاثة أشهر إن لم تكن كذلك ، انهدمت عدة الطلاق ، ولزمتها عدة الوفاة ؛ لأن الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي حتى تنقضي العدة . فإذا مات الزوج في أثناءها ؛ فهي زوجته ، فتكون داخلة في عموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (١) . فتعدت عدة الوفاة .

١٧١٩ - الصورة الثانية : أن يكون الطلاق رجعيًا أيضًا ، ولكنه في حال المرض ، ومات الزوج في أثناء العدة وهي في الحكم كالصورة الأولى كما ذكر (٢) .

(١) البقرة : ٢٣٤ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢٣) : عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني: عدة الوفاة لغير الحوامل : المادة (١٣٩) : النساء المتزوجات بعقد صحيح عدا الحوامل منهن إذا توفي أزواجهن يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرة أيام سواء دخل بهن أم لا .

(مادة ٣٨)

إِذَا مَاتَ مَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا ، وَكَانَ مَوْتُهُ فِي عِدَّتِهَا حَتَّى وَرِثَتُهُ ، تَنَقَّلَ عِدَّتُهَا وَتَعْتَدُ بِأَبَعْدِ الْأَجَلَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَعِدَّةِ الطَّلَاقِ ، أَعْنِي : أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فِيهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ (١) .

• • •

١٧٢٠ - الصورة الثالثة : أن يكون الطلاق بائناً ، وكان وقوعه في حال المرض مع وجود الشروط التي يعتبر بها الزوج هارباً من إرثها ، بأن يكون بغير رضاها كما علم ذلك من الفصل الخامس في طلاق المريض ، ومات الزوج في أثناء عدتها حتى ورثته . وفي هذه الصورة تنتقل عدتها لا إلى عدة الوفاة ، بل تعدد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فينظر إلى أطولهما وتعد به . فإن كانت من ذوات الحيض ، فلا تنقضي عدتها إلا إذا حاضت ثلاث حيض في ظرف أربعة أشهر وعشرة أيام . فإن حصلت الحيض الثلاث في هذا الزمن ، فيها . وإن حصلت في أقل ؛ فلا بد من تكمله . وإن حصلت حيضتان فيه ؛ فلا بد من حيضة ثالثة بعده ؛ لأن العدة بالحيض في هذه الحالة أطول من عدة الوفاة ، وتاريخ العدة بالحيض يعتبر من وقت الطلاق .

١٧٢١ - وعلى هذا لو حاضت حيضتين قبل وفاته ، ولم تحض بعد وفاته إلا واحدة ، ومضت عدة الوفاة كفى . وهذا هو الظاهر ، ويعلم من قولهم : ومات في أثناء العدة . أنه لو مات في هذه الصورة بعد انقضائها ، بأن حاضت ثلاث حيض إن كانت من ذوات الحيض ، أو مضى عليها ثلاثة أشهر إن لم تكن كذلك من تاريخ الطلاق قبل وفاته ، فلا تنتقل إلى عدة أخرى ؛ لانقضاء العدة ، ولذا لا ترث في هذه الحالة .

١٧٢٢ - الصورة الرابعة : أن يكون الطلاق بائناً ، وكان وقوعه في حال الصحة أو في حال المرض ، ويتبين أنه ليس هارباً من إرثها ، بأن أكره على الطلاق مثلاً ، ومات

(١) قول الخليفة : جاء في الفتاوى الهندية (٥٣٠/١) : « إذا طلق امرأته ، ثم مات ، فإن كان الطلاق رجعياً ، انتقلت عدتها إلى الوفاة سواء طلقها في حالة المرض أو الصحة وانهدمت عدة الطلاق ، وإن كان بائناً أو ثلاثاً ، فإن لم ترث بأن طلقها في حالة الصحة لا تنتقل عدتها ، وإن ورثت بأن طلقها في حالة المرض ، ثم مات قبل أن تنقضي العدة فورثت اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام فيها ثلاث حيض حتى إنها لو لم توف المدة الأربعة الأشهر والعشر ثلاث حيض تكمل بعد ذلك ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا في البدائع . وانظر تعليقنا على المادة السابقة .

في أثناء العدة . وفي هذه الصورة لا تنهدم العدة التي وجبت بعد الطلاق ، بل تتمها على حسب حالها وتنتهي ^(١) .

(مادة ٣١٩)

مَنْ تَزَوَّجَ مُعْتَدَّةً مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ غَيْرِ ثَلَاثٍ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، وَجَبَ عَلَيْهِ لَهَا مَهْرٌ كَامِلٌ ، وَعَلَيْهَا عِدَّةٌ مُسْتَقْبَلَةٌ وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ^(٢) .

١٧٢٣ - وكل هذه الأحكام خاصة بوفاة الزوج بعد الطلاق . أما إذا بقي الزوج حيًا : فإما أن يعيدها إليه وهي في العدة ، أو لا . فإن لم يعدها إليه ، فلا كلام لنا لا في عدة جديدة ، ولا في مهر جديد . وأما إذا أعادها إليه في العدة : فإما أن يكون الطلاق رجعيًا ، أو بائنًا . وعلى كُلاً : فإما أن يفارقها بعد الدخول ، أو قبله . فينتج من هذا صور أربع :

الأولى : أن يعيدها في الطلاق الرجعي ، ثم يفارقها بعد أن يدخل بها . وفي هذه الحالة تجب عليها عدة مبتدأة بلا خلاف ؛ لحصول الدخول بعد الرجعة ، وليس هناك مهر في هذه الحالة حتى يقال : يجب أو لا ؛ لأن عودها إليه في هذه الصورة يكون بالرجعة ، وهي لا يشترط فيها عقد ولا مهر جديدان ، بل الذي يلزمه هو مهر العقد الأول الذي كان قبل الطلاق الرجعي .

١٧٢٤ - الصورة الثانية : أن يعيدها إليه في الطلاق الرجعي، ثم يفارقها قبل أن يدخل بها . وهذه أيضًا لا كلام فيها بالنسبة للمهر، لما تقدم في الصورة الأولى .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : ٢ - إذا توفي وهي في عدة البيونة تعدت بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البيونة .

(٢) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (٣/٣٨٣ ، ٣٨٤) : « من تزوج معتدته البائن وطلقها قبل الدخول ؛ فعند أي حنفية وأي يوسف : يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى ، فيجب مهر كامل وعدة مستأنفة ، خلافاً لمحمد في إيجابه نصف المهر ، وبقيّة عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهران ونصف مهر ، فإذا دخل بها وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعاً فلا يجب بالوطء شيء ، فإذا تزوجها ثانياً لا يصح النكاح ؛ لأنه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح . وعلى قول محمد بالتزويج الأول والطلاق عقبه يجب نصف والدخول بعد مهر كامل وبالتزويج ، والدخول بعد الطلاق الواقع عقبه أيضاً مهر ونصف ، وكذا بالتزويج الثالث » .

١٧٢٥ - الصورة الثالثة : أن يعيدها بعد الطلاق البائن ، وهي في العدة ، ويدخل بها ، ثم يفارقها . وفي هذه الحالة يلزمه كل المهر ، وعليها عدة مبتدأة بلا خلاف ؛ لأن الطلاق متى كان بائناً ، فلا تجوز إعادتها إليه إلا بعقد ومهر جديدين . فإذا دخل بها ، فقد تأكد هذا المهر ؛ فيجب بالفرقة . وبما أنه حصل دخول ، فتلزمها عدة مبتدأة من وقت الفرقة الثانية .

١٧٢٦ - الصورة الرابعة : أن يكون الطلاق بائناً ، ويعيدها إليه وهي في العدة ، ثم يفارقها قبل أن يدخل بها . وهذه مسألة خلافية ؛ لأن الإمام الأعظم وأبا يوسف يقولان : تجب عليها عدة مبتدأة ، ويجب عليه المهر الذي سماه في العقد الثاني كاملاً . وقال محمد : عليه نصف المهر ، وعليها إتمام العدة الأولى .

واستدل : بأن هذا طلاق قبل المسيس والخلوة ، وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، وإكمال العدة الأولى إنما وجب الطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حالة التزوج الثاني ؛ لعدم اختلاط الأنساب . فإذا طلقها ثانياً بلا دخول ، صار النكاح الثاني كالمعدوم ؛ فيجب عليها كمال العدة الأولى .

واستدل الشيخان : بأنها مقبوضة في يده حقيقة بالدخول الأول ، وبقي أثره وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ، ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح . وقال زفر : لا عدة عليها أصلاً ؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود ، والثانية لم تجب ؛ لأنه طلاق قبل الدخول .

والظاهر مذهب محمد ، وإن كان المشهور مذهب الشيخين .

وقد بين العلماء فساد مذهب زفر ؛ لأنه يترتب عليه ما يترتب ، وأنت خبير بأن الطلاق البائن هنا هو ما كان بائناً بينونة صغرى ؛ إذ لو كانت كبرى لم يجز إرجاعها إليه إلا بعد تزوجها بغيره (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢٥) : تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : مبدأ العدة : المادة (١٤١) : مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة وقوع الطلاق أو وقوع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال .

(مادة ٢٢٠)

مبدأ العِدَّة : بَعْدَ الطَّلَاقِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، وَبَعْدَ تَفْرِيقِ الْحَاكِمِ أَوْ الْمُتَارِكَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، وَبَعْدَ الْمَوْتِ فَوْزًا .

وَتَقْضِي الْعِدَّةُ وَلَوْ لَمْ تَعْلَمْ الْمَرْأَةُ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْمَوْتِ ، حَتَّى لَوْ بَلَغَهَا الطَّلَاقُ أَوْ مَوْتَ زَوْجِهَا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْعِدَّتَيْنِ ، فَقَدْ حَلَّتْ لِلزَّوْجِ .

وَلَوْ أَقْرَ الزَّوْجُ بِطَلَاقِهَا مِنْذُ زَمَانٍ مَاضٍ ، وَلَمْ تَقِمِ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ؛ فَالْعِدَّةُ تُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ لَا مِنَ الْوَقْتِ الْمُسْتَدِلِّ إِلَيْهِ .

وَالْمَرْأَةُ التَّفَقُّةُ إِنْ أَكْذَبَتْهُ ، وَلَا تَفَقَّهَ لَهَا إِنْ صَدَّقَتْهُ وَكَانَ الزَّمَنُ الْمُسْتَدِلُّ إِلَيْهِ الطَّلَاقُ قَدِ اسْتَفْرَقَ مُدَّةَ الْعِدَّةِ ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَفْرِقْ تَجِبُ لَهَا بَقِي .

•••

١٧٢٧ - وبما أن سبب العدة هو الطلاق أو المتاركة أو الوفاة ؛ فيكون ابتداءها عقب ذلك ؛ لأن المسبب يعقب السبب ، وحينئذ يكون مبدأ العدة عقب الطلاق إذا كان العقد صحيحًا ، وعقب المتاركة أو تفريق القاضي إذا كان فاسدًا ، وعقب الوفاة سواء كان العقد صحيحًا أو فاسدًا .

١٧٢٨ - وينبغي على ذلك : أن العدة تنقضي وإن لم تعلم المرأة بالطلاق أو الوفاة ، لما ذكر ؛ ولأنها أجل ، فلا يشترط العلم بمضيه .

١٧٢٩ - وأن المرأة إذا ادعت الطلاق على الزوج في وقت معلوم وأنكره فأقامت بينة على صحة دعواها ، وحكم القاضي به ، اعتبر مبدأ العدة من الوقت المسند إليه الطلاق لا من وقت الحكم به . فلو فرض أن المدة الفاصلة بين الوقتين كافية للعدة ، فقد انقضت ، فيجوز لها التزوج بغيره في يوم الحكم بطلاقها . ولو كانت هذه المدة غير كافية ، احتسبت من العدة ، ويلزم المرأة تكميلها ، وأن الزوج إذا كان غائبًا وتوفي وحضر من كان معه وشهدوا بوفاته في يوم معلوم ، وحكم القاضي بالوفاة ، انقضت العدة إن كان الزمن الذي بين الوفاة ويوم الحكم به كافيًا ، وإلا كملته وبعده تحل للزواج . وهذا باتفاق .

وكل هذا إذا كان الطلاق ثابتًا بغير إقراره ، بأن شهدت به البينة وهو منكر له .

١٧٣٠ - أما إذا ثبت بإقراره ، بأن أخبر في وقت بأنه طلقها منذ زمان مضى ، ولم

تقم عليه بينة . فقد اختلفت عبارة الفقهاء ، فقال بعضهم : تبتدئ العدة من وقت الإقرار لا من الوقت المسند إليه الطلاق ، سواء صدقته المرأة أو كذبتة أو قالت : لا أدري . رَجَزًا له بكتمانه طلاقها ونفيًا للثمة .

١٧٣١ - وينبغي على ذلك : أنه لا يجوز له أن يتزوج بأختها مثلًا ما دامت في العدة بعد الإقرار ، ولا يجوز له أن يتزوج بأربع سواها ما دامت في هذه العدة ، ولو كان مريضًا مرض الموت ؛ فلا يصح إقراره لها بدين ، ولا أن يوصي لها ، لجواز أنهما اتفقا على الإقرار بالطلاق في وقت ماض ليصح ذلك .

١٧٣٢ - وقال بعضهم : تبتدئ العدة من الوقت المسند إليه الطلاق لا من وقت الإقرار ؛ لأن الطلاق سبب في وجود العدة ، وقد وجد فتبتدئ . ولكن قال بعضهم : إن هذا ليس اختلافًا في الحقيقة ، بل يحمل كل قول على محمل خاص ، فيحمل الأول على ما إذا كانا مجتمعين ؛ لأن الكذب في كلامه إن لم تصدقه أو في كلامها إن صدقته ظاهر فلا يصدقان في الإسناد ، ويحمل الثاني على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه . وهذا كلام في غاية الحسن ، فينبغي التحري عن محال التهمة وعن الناس الذين هم مظانها ، ويحكم في كل شيء بما يناسبه .

١٧٣٣ - وكل هذا بالنسبة للزمن الذي تبتدئ فيه العدة . أما بالنسبة لنفقة الزوجة في العدة التي تبتدئ من وقت الإقرار عند القائل به ، فلا يدخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن تصدقه المرأة في هذا الإخبار . الثاني : أن تكذبه . وعلى كل فإما أن يكون الزمن الفاصل بين الوقت المسند إليه الطلاق والإخبار به كافيًا لانقضاء العدة ، أو لا . فينتج أربع صور : الأولى : أن تصدقه ، وهذا الزمن كافٍ لانقضاء العدة . وفي هذه لانفقة لها بأنواعها الثلاثة ؛ لإقرارها بذلك فيسري عليها خاصة .

١٧٣٤ - الثانية : أن تصدقه ، وهذا الزمن غير كافٍ . وفي هذه تجب لها النفقة في الزمن الكافي لتمام العدة من الوقت المسند إليه الطلاق .

١٧٣٥ - الثالثة : أن تكذبه في هذا الإخبار ، والزمن كافٍ . وهذه تجب لها النفقة بجميع أنواعها في العدة التي ابتدأت من وقت الإخبار ؛ لأنها لم تقر بسقوط حقها فيها .

١٧٣٦ - الرابعة : أن تكذبه ، والزمن غير كافٍ . وهي كالثالثة في الحكم .

(مادة ٢٢١)

تَعْتَدُ مُعْتَدَةُ الطَّلَاقِ وَالْمَزْتِ فِي الْبَيْتِ الْمُضَافِ إِلَى الزَّوْجَيْنِ بِالسُّكْنَى قَبْلَ الْفُرْقَةِ . وَإِنْ طَلَّقَتْ أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ فِي غَيْرِ مَسْكِنِهَا ، عَادَتْ إِلَيْهِ فَوْزًا .
وَلَا تَخْرُجَانِ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَصِيرَ إِخْرَاجُهُمَا ، أَوْ يَنْهَدِمَ ، أَوْ يُغْشَى انْهْدَامُهُ ، أَوْ تَلَفَ مَالِ الْمَرْأَةِ ، أَوْ لَا تَجِدَ كِبْرَاءَ الْمَسْكَنِ . فَتَنْتَقِلُ مُعْتَدَةُ الْوَفَاةِ لِأَقْرَبِ مَوْضِعٍ مِنْهُ ، وَمُعْتَدَةُ الطَّلَاقِ إِلَى حَيْثُ يَشَاءُ الزَّوْجُ ، وَلَا تَخْرُجُ مُعْتَدَةُ الطَّلَاقِ رَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا مِنْ بَيْنِهَا إِلَّا لِضُرُورَةٍ . وَلِمُعْتَدَةِ الْوَفَاةِ الْخُرُوجُ لِقَضَاءِ مَصَالِحِهَا ، وَلَا تَبَيُّتُ خَارِجَ بَيْتِهَا (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٠٩/٣) : ومنها : وجوب الإحداد على المعتدة والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع : أحدها : في تفسير الإحداد ، والثاني : في بيان أن الإحداد واجب في الجملة أولاً ، والثالث : في بيان شرائط وجوبه ؛ أما الأول : فالإحداد في اللغة : عبارة عن الامتناع من الزينة ، يقال : أهدت على زوجها وهدت أي امتعت من الزينة وهو أن تجتنب الطيب ، ولبس المطيب ، والمعصر ، والمزعر ، وتجتنب الدهن والكحل ، ولا تختضب ، ولا تمشط ، ولا تلبس حلًا ، ولا تشوف . أما الطيب فلما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء . وقال صلى الله عليه وسلم : « الحناء طيب » فبدل على وجوب اجتناب الطيب ، ولأن الطيب فوق الحناء ، فالنهى عن الحناء يكون نهياً عن الطيب دلالة ، كالنهى عن التأيف نهى عن الضرب والقتل دلالة ، وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالمعصر والزعفران له رائحة طيبة فكان كالطيب ، وأما الدهن : فلما فيه من زينة الشعر ، وفي الكحل زينة العين ، ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا في حال الاختيار ، فأما في حال الضرورة فلا بأس به بأن اشتكت عينها فلا بأس بأن تكتحل ، أو اشتكت رأسها فلا بأس أن تصب فيه الدهن ، أو لم يكن لها إلا ثوب مصبوغ فلا بأس أن تلبسه لكن لا تقصد به الزينة ؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة . وقال أبو يوسف : لا بأس أن تلبس القصب والخز الأحمر وذكر في الأصل وقال : ولا تلبس قصبًا ولا خبزًا تترين به ؛ لأن الخبز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والرفاء فاعتبر فيه القصد ، فإن قصد به الزينة لم يجز وإن لم يقصد به جاز .

وأما الثاني : وهو بيان أنه واجب أم لا فنقول لا خلاف بين الفقهاء أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الإحداد . وقال نفاة القياس : لا إحداد عليها ، وهم محجوجون بالأحاديث وإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، أما الأحاديث : فمنها ما روي أن أم حبيبة رضي الله عنها لما بلغها موت أبيها أبي سفيان انتظرت ثلاثة أيام ثم دعت بطيب . وقالت : مالي إلى الطيب من حاجة ، لكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً » ، وروي أن امرأة مات زوجها فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الانتقال ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن إحداكن كانت تمكث في شر أحلاسها إلى الحول ثم تخرج فتلقى البعرة أفلا أربعة أشهر وعشراً ؟ » . فدل الحديث أن عدتهن من قبل نزول هذه الآية كانت حولاً ، وأنهن كن في شر أحلاسهن مدة الحول ، ثم انتسخ ما زاد على هذه المدة وبقي الحكم فيما بقي =

= على ما كان قبل النسخ ، وهو أن تمكث المعتدة هذه المدة في شر أحلاسها ، وهذا تفسير الحداد .
وأما الإجماع : فإنه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم رضي الله عنهم مثل قولنا وهو قول السلف . واختلف في المطلقة ثلاثاً أو بائناً ، قال أصحابنا : يلزمها الحداد . وقال الشافعي : لا يلزمها الحداد . وجه قوله : أن الحداد في المنصوص عليه إنما وجب لحق الزوج تأسفاً على ما فاتها من حسن العشرة وإدامة الصحبة إلى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد في المطلقة ؛ لأن الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختيار ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف ، ولنا : أن الحداد إنما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذي هو نعمة في الدين خاصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بمرور النفقة ، وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الإحداد إظهاراً للمصيبة والحزن ، وقد وجد هذا المعنى في المطلقة الثلاث والباينة فيلزمها الإحداد ، وقوله : الإحداد في عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم ؛ لأنه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما في موت الأب .

وأما الثالث في شرائط وجوبه : فهي أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثاً أو بائناً ، فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتانية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقاً رجعيًا ، وهذا عندنا . وقال الشافعي : يجب على الصغيرة والكتانية ؛ وجه قوله : أن الحداد من أحكام العدة وقد لزمتهما العدة فيلزمها حكمهما ، ولنا : أن الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فإنها اسم لمضي زمان وذا لا يختلف بالإسلام والكفر والصر والكبر ، على أن بعض أصحابنا قالوا : لا تجب عليهما العدة وإنما يجب علينا أن لا نتزوجهما ولا إحداداً على أم الولد إذا أعتقها مولاهما أو مات عنها ؛ لأنها تعدت من الوطاء كالمكروهة نكاحاً فاسداً ولا إحداداً على المعتدة من نكاح فاسد فكذا عليها ولا إحداداً على المطلقة طلاقاً رجعيًا ؛ لأنه يجب إظهاراً للمصيبة على فوت نعمة النكاح ، والنكاح بعد الطلاق الرجعي غير فائت بل هو قائم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لها أن تتزين لتحسن في عين الزوج فيراجعها ولا إحداد في النكاح الفاسد ؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنعمة في الدين ؛ لأنه معصية ومن المحال إيجاب إظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب إظهار السرور والفرح على فواتها . وأما الحرية فليست بشرط لوجوب الإحداد ؛ فيجب على الأمة والمديرة وأم الولد إذا كان لها زوج فمات عنها أو طلقها والمكاتبة والمستعامة ؛ لأن ما وجب له الحداد لا يختلف بالرق والحرية فكانت الأمة فيه كالحرية .

قول الشافعية : جاء في معنى الاحتجاج (٩٩/٥ ، ١٠٠) : « (ويجب الإحداد) الآتي بيانه (على معتدة وفاة) لخبر الصحيحين : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » قال الرافعي : قال الأئمة قوله : « إلا على زوج » مستثنى من قوله « لا يحل » ، وظاهره لا يقتضي إلا الجواز ؛ لكن أجمعوا على أنه أراد الوجوب ، وأنه استثنى الواجب من الحرام هـ . ونقض دعوى الإجماع بأن في الشامل عن الحسن البصري أنه مستحب لا واجب .

نتية : التقييد بإيمان المرأة جرى على الغالب ؛ لأن غيرها ممن لها أمان يلزمها الإحداد ، وكذا الأربعة أشهر وعشراً ، فإن ذلك في الحائض ، وأما الحامل : فتحد مدة بقاء حملها كما قاله شيخنا في حاشيته على البخاري ، =

= وعلى ولي الصغيرة والمجنونة منهما مما يمنع منه غيرهما ، وقول المصنف : على معتدة وفاة ، قال الزركشي : أحسن من قول غيره : المتوفى عنها ، لشموله فرغاً حسناً ، وهو ما لو مات عنها وهي حامل بشبهة ، وقلنا : إنها تعتد عنه ثم تنتقل للوفاة لا يجب الإحداد في مدة الحمل ، وتعبير المصنف يومئذ إليه (لا) زوجة معتدة (رجعية) فلا يجب عليها الإحداد قطعاً لبقاء أكثر أحكام النكاح فيها ، ويسن لها الإحداد كما جرى عليه ابن المقري ، ونقله الرافعي عن أبي ثور عن الشافعي رضي الله تعالى عنه ، ثم نقل عن بعض الأصحاب رضي الله عنهم أجمعين أن الأولى لها أن تزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها ، وضعف هذا باحتمال أن يظن أنها فعلت ذلك إظهاراً للفرح بفرقائه وعلى تقدير صحته فينبغي تخصيصه بمن ترجو عوده (ويستحب) الإحداد (لبائن) بخلع أو غيره ؛ لئلا تدعو الزينة إلى الفساد (وفي قول) قديم وأشار إليه في الأم أيضاً (يجب) الإحداد كالمتوفى عنها زوجها بجامع الاعتداد عن نكاح ، ودفع هذا بأنها إن فورقت بطلاق فهي مجفوة به ، أو بفسخ فالفسخ منها ، أو لعنى فيها فلا يلبق بها فيها إيجاب الإحداد ، بخلاف المتوفى عنها زوجها ، وخرج بالزوجة الموطوءة بشبهة ، ونكاح فاسد وأم الولد ، والمفسوخ نكاحها يعيب ونحوه فلا يسن لهن الإحداد كما مر (وهو) أي الإحداد بحاء مهمله من أخذ ، ويقال فيه : الحداد من حدَّ ، لغتاً ؛ لأن المدة تمنع نفسها مما سيأتي ، وقيل بالجيم من جددت الشيء قطعه ، فكأنها انقطعت عن الزينة ، وشرعاً ؛ (ترك لبس مصبوغ لزينة) لحديث أبي داود بإسناد حسن « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصر من الثياب ، ولا المشقة ، ولا الحلبي ، ولا تختضب ، ولا تكحل » .

تنبيه : قوله : « لزينة » متعلق بمصبوغ ؛ أي إن كان المصبوغ مما يقصد للزينة كالأحمر والأصفر ، وكذا الأخضر والأزرق الصافين ، وفي الحديث تنبيه عليه حيث ذكر المعصر والمشقة ، وهي المصبوغة بالمشق ، وهي بكسر الميم المفردة بفتحها ، ويقال : طين أحمر يشبهها ، ولو أراد مطلق الصبغ لم يكن للتقييد بهذين النوعين فائدة ، ونعته بقوله (وإن خشن) أي المصبوغ على أن فيه خللاً ، والمشهور عدم الجواز (وقيل : يحل ما صبغ غزله ثم نسج) كالبرود الخبز « لا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب » وهو بفتح العين وإسكان الصاد المهملتين ضرب من يرود اليمن يعصب غزله أي يجمع ، ثم يشد ، ثم يصبغ مصبوغاً ، ثم ينسج ، ورد هذا بأنه معارض برواية « ولا ثوب عصب » وفي رواية لأبي داود مكان « إلا ثوب عصب » ، « إلا مفسولاً » فتعارضت الروايات ، أو يؤول بالصبغ الذي لا يحرم كالأسود ؛ لأن الذي يصبغ قبل النسج أحسن من الذي يصبغ بعده غالباً ؛ لأن الغالب أنه لا يصبغ قبل النسج إلا الرفيع (ويباح غير مصبوغ من قطن وصوف وكتان) وإن اختلف لونه الخلفي وكان نيفياً ؛ لأن تقييده بالتصريح الثوب بالمصبوغ يفهم أن غير المصبوغ مباح ؛ ولأن نفاستها من أصل الخلقة لا من زينة دخلت عليها كالمراة الحسناء لا يلزمها أن تغير لونها بسواد ونحوه (وكذا) يباح لها (إبريسم) أي حرير لم يصبغ (في الأصح) إذا لم يحدث فيه زينة كالكتان والثاني يحرم ؛ لأن لبسه تزين ، ولها لبس الخنز قطعاً لاستتار الإبريسم فيه بالصوف ونحوه (و) يباح (مصبوغاً لا يقصد لزينة) كالأسود ، وكذا الأزرق والأخضر المشبعان المكدران ؛ لأن ذلك يقصد للزينة ، بل لنحو حمل وسخ أو مصيبة . تنبيه : حاصل ذلك أن ما صبغ لزينة يحرم ، وما صبغ لا لزينة كالأسود لم يحرم ؛ لانفاه الزينة عنه ، فإن تردد بين الزينة وغيرها كالأخضر والأزرق ، فإن كان براقاً صافي اللون حرم ؛ لأنه مستحسن يتزين به ، أو كدراً أو =

= مشبهاً ، أو أكهب بأن يضرب إلى الغيرة فلا ؛ لأن المشيع من الأخضر والأزرق يقارب الأسود ، ومن الأزرق يقارب الكحلي ، ومن الأكهب يقاربهما (ويحرم) عليها الطراز على الثوب إن كبر وأما إن صغر ؛ فإن ركب على الثوب فكذلك ، وإن نسج مع الثوب فلا كما جزم به في الأنوار ، ويحرم عليها (حلي ذهب وفضة) سواء أكان كبيراً كالخلخال والسوار أو صغيراً كالحاتم والقرط ؛ لما روى أبو داود والنسائي بإسناد حسن أن النبي ﷺ قال : « المتوفى عنها زوجها لا تلبس الحلي ولا تتحلل ولا تختضب » والحلي بفتح الحاء وإسكان اللام جمعه محلي بضم الحاء وكسر اللام ، ومراد المصنف المفرد ، وإنما حرم ذلك لأنه يزيد في حسنها كما قيل : وما الحلي إلا زينة لنقيصة ينتم من حسن إذا الحسن قصرا ، فأما إذا كان الجمال موفراً كحسنتك لم يحتج إلى أن يزورا . تنبيه : أطلق المصنف تحريم الحلي من غير فرق بين ليل ونهار ، والذي في الشروح والروضة أنه يجوز لها لبسه ليلاً لحاجة الإحراز له بلا كراهة من غير حاجة فإن قيل : ليس المصبوغ يحرم ليلاً ، فهذا كان هناك كذلك ؟ أجيب : بأن ذلك يحرك الشهوة بخلاف الحلي ، وأما لبسه نهاراً . فحرام إلا إن تعين طريقاً لإحرازه فيجوز للضرورة كما قاله الأذري ، والتقييد بالذهب والفضة يفهم جواز التحلي بغيرهما كحساس ورضاص ، وهو كذلك إلا إن تعود قومها التحلي بهما ، أو أشبهها الذهب والفضة بحيث لا يعرفان إلا بتأمل أو موثا بهما فإنهما يحرمان . قال الأذري : والتمويه بغير الذهب والفضة أي مما يحرم تزينها به كالتمويه بهما ، وإنما اقتصرنا على ذكرهما اعتباراً بالغالب (وكذا لؤلؤ) يحرم عليها التزين به (في الأصح) لأن الزينة فيه ظاهرة قال تعالى : ﴿ بُكْرَتُكُ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلَوْلُؤًا ﴾ وتردد فيه الإمام ؛ لأنه يباح للرجل ، فمقابل الأصح احتمال للإمام لا وجه للأصحاب (و) يحرم عليها (طيب في بدن وثوب) لحبر الصحيحين عن أم عطية ؛ كنا ننهي أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ، وأن نتطيب ، وأن نلبس ثوباً مصبوغاً (و) يحرم أيضاً استعمالها الطيب (في طعام وكحل) غير محرم قياساً على البدن ، وضابط الطيب المحرم عليها : كل ما حرم على المحرم ، وتفصيل ذلك سبق في كتاب الحج ، لكن يلزمها إزالة الطيب الكائن معها حال الشروع في العدة ، ولا فدية عليها في استعماله بخلاف المحرم في ذلك ، واستثنى استعمالها عند الطهر من الحيض ، وكذا من النفاس كما قاله الأذري وغيره قليلاً من قسط أو أظفار ، وهما نوعان من البخور كما ورد به الخبر في مسلم ، ولو احتاجت إلى تطيب جاز كما قاله الإمام قياساً على الاحتحال كما سيأتي (و) يحرم عليها دهن شعور رأسها ولحيتها إن كان لها حية ؛ لما فيه من الزينة بخلاف دهن سائر البدن (و) (احتحال يائمد) وإن لم يكن فيه طيب ، وهو بكسر الهمزة والميم : حجر يتخذ منه الكحل الأسود ، ويسمى بالأصبهاني ، وإنما حرم ذلك لحديث أم عطية المار ؛ لأن فيه جمالاً وزينة للعين ، سواء في ذلك البيضاء والسوداء ، وقيل : يجوز للسوداء .

تنبيه : أفهم كلامه جواز الكحل الأبيض كالتوتيا ، وهو كذلك ؛ إذ لا زينة فيه لكنه يوهم جواز الأصفر وهو الصبغ بفتح الصاد وكسرهما مع إسكان الباء ويفتح الصاد وكسر الباء ، وهو محرم على السوداء وكذا على البيضاء على الأصح ؛ لأنه يحسن العين (إلا) احتحال يائمد أو صبر (لحاجة كرمد) فيجوز لها للضرورة لحديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها : أن النبي ﷺ دخل عليها وهي حادة على أبي سلمة وقد جعلت على عينها صبراً ، فقال : « ما هذا يا أم سلمة » ، فقالت : هو صبر لا طيب فيه ، فقال : « إنه يشب الوجه أي : =

يوقده ويحسنه فلا تجعليه إلا ليلاً وامسحيه نهاراً ، وحملوه على أنها كانت محتاجة إليه ليلاً فأذن لها فيه ليلاً يائناً للجواز عند الحاجة مع أن الأولى تركه ، وأما خير مسلم : جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عنها أفنكحلها ، قال : لا ، مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول : لا ، فحمل على أنه نهي تنزيه أو أنه ﷺ لم يتحقق الخوف على عينها ، أو أنه يحصل لها البرء بدونه ، لكن في رواية زادها عبد الحق « إنني أخشى أن تنفقي عنها ، قال : لا وإن انفقت » . وأجيب عنها : بأن المراد وإن انفقت عنها في زعمك لأنني أعلم أنها لا تنفقي ، وإذ قد علمت ذلك فإطلاق المصنف الجواز عند الحاجة ليس بجيد ، فإن القائل به خصه بالليل دون النهار ، كما دل عليه الحديث ، وصرح به الشافعي رضي الله تعالى عنه في الأم ، كما نقله الأذرعوي وغيره نعم إن احتاجت إليه نهاراً أيضاً جاز ، ويمكن حمل إطلاق المصنف الجواز على ذلك (و) يحرم عليها (إسفيداج) لأنه يزين به الوجه ، وهو بقاء وذال معجمة ما يتخذ من رصاص يطلى به الوجه ليبيضه . قال بعضهم : وهو لفظ مولد (و) يحرم عليها (دمام) لأنه يزين به الوجه أيضاً ، وهو بضم الدال المهملة وكسرهما كما في الدقائق ، وضبطه في الروضة بخطه بالضم فقط المسمى بالحمرية التي يورد بها الخند ، ويحرم أيضاً طلي الوجه بالصبغ ؛ لأنه يصفر الوجه فهو كالحضاب (و) يحرم (خضاب حناء) وهو مذكر ممدود مهموز ، واحده حنأة (ونحوه) أي الحناء كزعفران ، وورس أي الحضاب بذلك لما في ذلك من الزينة .

تنبيه : أشعر كلامه بحرمته ذلك في جميع البدن ، وبه صرح ابن يونس ، لكن الذي في الروضة كأصلها عن الروياني وأقره أن حرمة تكون فيما يظهر كالوجه واليدين والرجلين ، لا فيما تحت الثياب ؛ لأنه ﷺ أذن لأم سلمة في الصبر ليلاً ؛ لحفائه على الأبصار ، فكذا ما أخفاه ثيابها ، قال الرافعي : والغالية وإن ذهب ريحها كالحضاب ، ويحرم تطريف أصابعها ، وتصفيف شعر طرقتها ، وتجميد شعر صدغها ، وحشو حاجبها بالكحل وتدقيقه بالحف (ويحل) لها (تجميل فراش) وهو ما ترقد أو تقعد عليه من نطع ومرتبة ووسادة ونحوها (و) تجميل (أثاث) وهو بفتح الهزرة ، وبمثلثين : متاع البيت ؛ لأن الإحداد في البدن لا في الفراش ونحوه ، وأما الغطاء فألشبهه كما قال ابن الرفعة : أنه كالثياب ليلاً نهاراً وإن خصه الزركشي بالنهار (و) يحل لها (تنظيف بغسل نحو رأس وقلم) لأظفار ، واستحداد ، ونفث شعر إبط (وإزالة وسخ) ولو طاهراً ؛ لأن جميع ذلك ليس من الزينة ؛ أي الداعية إلى الوطء فلا ينافي اسمها على ذلك في صلاة الجمعة ونحوها . وأما إزالة الشعر المتضمن زينة : كأخذ ما حول الحاجبين وأعلى الجبهة ؛ فتمنع منه ، كما بحثه بعض المتأخرين ، بل صرح الماوردي بامتناع ذلك في حق غير المعتدة . وأما إزالة شعر لحية أو شارب يثبت لها : فحسن لإزالته كما قاله المصنف في شرح مسلم ، ومر ذلك في شروط الصلاة خلافاً لابن جرير في قوله بالحرمه (قلت : ويحل) لها (امتشاط) بلا ترجل بدهن ونحوه ، ويجوز بسدر ونحوه للنص فيه في سنن أبي داود ، وحمل حديث « ولا تمشط » على تمشط بطيب ونحوه (و) يحل لها (حمام) بناء على ما رجحه المصنف من جواز دخولها له بلا ضرورة ، وسيأتي الكلام على ذلك في باب النفقات إن شاء الله تعالى ، ثم قيد الجواز بقيد حسن محذوف في الروضة ، وهو قول (إن لم يكن) فيه (خروج محرم) فإن كان لم يحل (ولو تركت) المحمدة المكلفة (الإحداد) الواجب عليها كل المدة أو بعضها (عصت) إن =

= علمت حرمة الترك كما قاله ابن المقري كتركها الواجب ، وأما الصغيرة أو المجنونة : فيعصي وليها إن لم يمنعه (وانقضت العدة) مع العصيان ، وهذا (كما لو فارقت المعتدة) المدة أو غيرها بلا عذر (المسكن) الذي يجب عليها ملازمته بلا عذر كما سيأتي فإنها تعصي وتتقضي عدتها بمضي المدة ؛ إذ العرة في انقضائها بانقضاء العدة (ولو بلغت الوفاة) أي موت زوجها أو طلاقه (بعد المدة) للعدة (كانت منقضية) ولم يكن عليها غيرها لما مر (ولها) أي المرأة (إحداد على غير زوج) من الموتى (ثلاثة أيام) فأقل (وتحرم الزيادة) عليها بقصد الإحداد (والله أعلم) فلو تركت ذلك بلا قصد لم تأثم ، ذكره في أصل الروضة في الشقاق ، وذلك مأخوذ من الخبرين السابقين ؛ ولأن في تعاطيه إظهار عدم الرضا بالقضاء ، والأليق بها التمتع بجلباب الصبر ، وإنما رخص للمعتدة في عدتها لحبسها على المقصود من العدة ولغيرها من الثلاث ؛ لأن النفوس قد لا تستطيع فيها الصبر ، ولذلك تسن فيها التعزية وبعدها تنكسر أعلام الحزن ، قال الأذرجي : والأشبه أن المراد بغير الزوج القريب كما أشار إليه القاضي ، فلا يجوز للأجنبية الإحداد على أجنبي أصلاً ولو بعض يوم ، ولم أر فيه نصاً ، قال الغزي : ويظهر أن الصديق كالقريب ، وكذا العالم والصالح وضابطه من يحصل بموته حزن ، فكل من حزنت بموته لها أن تحد عليه ثلاثة أيام هذا هو الذي يظهر . ١ هـ . ، ويمكن حمل إطلاق الحديث وحمل إطلاق كلام الأصحاب على هذا ، وهذا لا بأس به . تنبيه : كلام المصنف يفهم أن الرجل ليس له الإحداد على قريبه ثلاثة أيام ، وهو كذلك ، وما قاله الإمام من أن التحزن في المدة لا يخص بالنساء منعه ابن الرفعة ؛ فإنه شرع للنساء لنقص عقلمن المقتضي عدم الصبر مع أن الشارع أوجب على النساء الإحداد دون الرجال .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦٠/٢ ، ٦١) : « (والإحداد) لغة : الامتناع من حددت الرجل من كذا إذا منعه منه وأحدت المرأة امتنعت من الزينة ، ومنه الحدود ؛ لأنها تمتع المجاني من العود لثل ما فعل مما يوجب الحد ، وأما في الاصطلاح فقال ابن عرفة : هو ترك ما هو زينة ولو مع غيره ، وفسره المصنف بقوله : (أن لا تقرب) المرأة (المعتدة من الوفاة شيئاً من الزينة) قال خليل : وتركت المتوفى عنها فقط ، وإن صغرت ولو كتابية ، ومفقوداً زوجها التزين بالمصبوغ ، ولو أدكن إن وجدت غيره إلا الأسود ، والدليل على وجوب الإحداد على المعتدة من الوفاة : ما في الصحيحين وغيرهما عن أم عطية أن النبي ﷺ قال : « لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا ظهرت نبذة من قسط أو أظفار » .

قيل : العصب ثياب من الين فيها يباح وسواد ، والنبذة بضم النون القطعة والشيء اليسير ، والقسط بضم القاف ، والأظفار نوعان من البخور رخص فيه في الطهر من الحيض لتطهير المثل ، وإزالة كراهيته ، ولهذا الحديث قصر مالك الإحداد على عدة الوفاة ، وحكمة مشروعته : الإبعاد عما تراد المرأة له صوتاً للأنساب ، وإن ارتابت فعلها الإحداد حتى تقضي الرية ، وصلة الزينة (بحلي أو كحل أو غيره) من نحو إزالة لثمت . قال في المدونة : ولا تكتحل إلا من ضرورة فتستعمله ليلاً وتمسحه نهاراً لما في الموطأ : أنه ﷺ قال لامرأة معتدة اشتكت عنها : « اكنحلي بكحل الجلاء باللبل وامسحها نهاراً » . وعينها بضم النون فاعل اشتكت ؛ لأنه فعل لازم بمعنى مرضت عنها ، والحلي يحتمل أنه مفرد فيكون بفتح الحاء وسكون اللام مع تخفيف الباء ، ويحتمل أنه جمع فيكون بضم الحاء وكسر اللام وشد الباء جمع حلي وهو كل ما تتحلى به =

المرأة من قرط وسوار وخاتم ذهب أو فضة أو غيرها . (تبييه) علم مما قررنا أن معنى لا تقرب الزينة على جهة الوجوب ، فإن استعملت شيئاً من الزينة زمن عدتها عصت ووجب عليها التوبة ، وإن اكتفت بعدتها . (و) يجب عليها أن (تجتنب) لبس سائر الثياب المصبوغة بأي نوع من أنواع (الصباغ كله إلا) المصبوغة بنوع (الأسود) فإنها لا تجتنبه ، وإن وجدت غيره إلا أن يكون زينة لها لشدة بياضها .
 (و) كذا يجب عليها أن (تجتنب الطيب كله) المذكر وهو ما يظهر لونه ويخفي أثره كالورد والياسمين ، ومؤنثه وهو ما يخفي لونه وتظهر رائحته كالملسك والزعفران ، وغيره بتجنب إشارة للتعميم فلا تنطبق به ولا تتجر به ، وإن احتاجت إلى ذلك في تمعشها ، اللهم إلا أن تضطر إلى ذلك بحيث تخشى على نفسها الضياع يترك ذلك ، والا انبغى الجواز على ما يظهر ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات وحرر المسألة . (و) كذا يجب عليها أن (لا تختضب بحناء) قال خليل : فلا تمتشط بحناء أو كم فبفتح الكاف والتاء وهو شيء أسود يصعب به الشعر يذهب حرمة ولا يسوده . (و) كذا يجب عليها أن (لا تقرب دهناً مطيباً ولا تمتشط بما تختمر) أي تبقى رائحته (في رأسها) بخلاف نحو الزيت والسدر وغيرهما مما لا تبقى له رائحة فيجوز لها استعماله ، ولما كان الإحداد محتماً على كل متوفى عنها قال : (و) يجب (على الأمة) المتوفى عنها زوجها (والحرة الصغيرة والكبيرة الإحداد) لكن المخاطب بذلك بالنسبة للصغيرة الولي فيجب عليه أن يجنبها كل ما يزين زمن عدتها .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٢٤ / ٨ ، ١٢٥) : قال : وتجنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة ، والبيتوتة في غير منزلها ، والكحل بالإثمد ، والنقاب هذا يسمى الإحداد ، ولا تعلم بين أهل العلم خلافاً في وجوبه على المتوفى عنها زوجها ، إلا عن الحسن ، فإنه قال : لا يجب الإحداد . وهو قول شذ به أهل العلم وخالف به السنة ، فلا يبرج عليه ، ويستوي في وجوبه الحرة والأمة ، والمسلمة والذمية ، والكبيرة والصغيرة . وقال أصحاب الرأي : لا إحداد على ذمية ولا صغيرة ؛ لأنهما غير مكلفتين . ولنا : عموم الأحاديث التي سنذكرها ؛ ولأن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات ، كالخمر والزنى ، وإنما يفرقان في الإثم ، فكذلك الإحداد ، ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة ، فكذلك فيما عليها . ولا إحداد على غير الزوجات ، كأب الولد إذا مات سيدها ، قال ابن المنذر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك . وكذلك الأمة التي يطؤها سيدها ، إذا مات عنها ، ولا الموطوءة بشبهة ، والمزني بها ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ، أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج ، أربعة أشهر وعشراً » . ولا إحداد على الرجعية . بغير خلاف نعلمه ؛ لأنها في حكم الزوجات ، لها أن تزني لزوجها ، وتستشرف له ، ليرغب فيها ، وتتفق عنده ، كما تفعل في صلب النكاح . ولا إحداد على المنكحة نكاحاً فاسداً ؛ لأنها ليست زوجة على الحقيقة ، ولا لها من كانت تحمل له ويحل لها ، فتزني على فقده . وتجنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ، ويرغب في النظر إليها ، ويحسنها ، وذلك أربعة أشياء ؛ أحدها : الطيب ، ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الإحداد ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تمس طيباً ، إلا عند أدنى طهرها ، إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو أظفار » . متفق عليه . وروى زينب بنت أم سلمة ، قالت : دخلت على أم حبيبة ، زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها أبو سفيان ، فدعت بطيب فيه صفرة ، خلوق أو غيره ، فدهنت منه جارية ، =

ثم مست بعارضها ، ثم قالت : والله ما لي بالطيب من حاجة ، غير أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ، أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » . متفق عليه ؛ ولأن الطيب يحرك الشهوة ، ويدعو إلى المباشرة . ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة ، كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان ، وما أشبهه ؛ لأنه استعمال للطيب . فأما الأدهان بغير الطيب ، كالزيت والشيرج والسمن ، فلا بأس به ؛ لأنه ليس بطيب .

الثاني : اجتناب الزينة ، وذلك واجب في قول عامة أهل العلم ؛ منهم ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء . وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك ، وينهون عنه ، وهو ثلاثة أقسام : أحدها : الزينة في نفسها ؛ فيحرم عليها أن تختضب ، وأن تحمر وجهها بالكلكون ، وأن تبيضه بأسفيداج العرائس ، وأن تجعل عليه صبغاً يصفره ، وأن تنفش وجهها ويديها ، وأن تحفف وجهها ، وما أشبهه مما يحسنها ، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة ؛ وذلك لما روت أم سلمة ، أن النبي ﷺ قال : « المتوفى عنها زوجها ، لا تلبس المعصر من الثياب ، ولا المشق ، ولا الحلبي ، ولا تختضب ، ولا تكتحل » . رواه النسائي ، وأبو داود .

وروت أم عطية ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام ، إلا على زوج ، فإنها تحد أربعة أشهر ، وعشراً ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ، إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ، ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها ، إذا طورت من حيضها ، بنبذة من قسط أو أظفار » . متفق عليه . وعن أم سلمة ، قالت : جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن ابنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عيناها ، أفنكحلها ، فقال رسول الله ﷺ : « لا » . مرتين أو ثلاثاً . متفق عليه . وروت أم سلمة ، قالت : دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة ، وقد جعلت على عيني صبغاً ، فقال : « ماذا يا أم سلمة ؟ » . قلت : إنما هو صبر ، ليس فيه طيب . قال : « إنه يشب الوجه ، لا يجعله إلا بالليل ، وتزعينه بالنهار ، ولا تمسحط بالطيب ، ولا بالخناء ، فإنه يخضاب » . قالت : قلت : بأي شيء أمتشط ، قال : « بالسدر ، تغلفين به رأسك » ؛ ولأن الكحل من أبلغ الزينة ، والزينة تدعو إليها ، وتحرك الشهوة ، فهي كالطيب وأبلغ منه .

وحكي عن بعض الشافعية ، أن للسوداء أن تكتحل . وهو مخالف للخبر والمعنى ، فإنه يزيناها ويحسنها . وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالإثمد للتداوي ، فلها أن تكتحل ليلاً ، وتمسحه نهاراً . ورخص فيه عند الضرورة عطاء ، والنخعي ، ومالك ، وأصحاب الرأي ؛ لما روت أم حكيم بنت أسيد ، عن أمها ، أن زوجها توفي ، وكانت تستكي عينيها ، فتكتحل بالجلء ، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة ، تسألها عن كحل الجلء ، فقالت : لا تكتحلي إلا لما لا بد منه ، يشتد عليك ، فتكتحلين بالليل ، وتغسلينه بالنهار . رواه أبو داود ، والنسائي . وإنما منع من الكحل بالإثمد ؛ لأنه الذي تحصل به الزينة ، فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوهما ، فلا بأس به ؛ لأنه لا زينة فيه ، بل يقبح العين ، ويزيدها مرها . ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها ؛ لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره ، فيشبه الخضاب ؛ ولهذا قال النبي ﷺ : « إنه يشب الوجه » ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار ، وشف الإبط ، وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ، ولا من الاغتسال بالسدر ، والامتشاط به ، لحديث أم سلمة ؛ ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

القسم الثاني : زينة الثياب ؛ فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين ، كالمعصر ، والمزعر ، وسائر الأحمر ، =

= وسائر الملون للتحسين ، كالأزرق الصافي ، والأخضر الصافي ، والأصفر ، فلا يجوز لبسه ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تلبس ثوبًا مصبوغًا » . وقوله : « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا المشق » . فأما ما لا يقصد بصيغه حسنه ، كالكلخي ، والأسود ، والأخضر المشيع ، فلا تمنع منه ؛ لأنه ليس بزينة . وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان ؛ أحدهما : يحرم لبسه ؛ لأنه أرفع وأحسن ؛ ولأنه مصبوغ للحسن ، فأشبه ما صبغ بعد نسجه . والثاني لا يحرم ؛ لقول رسول الله ﷺ في حديث أم سلمة : « إلا ثوب عصب » . وهو ما صبغ غزله قبل نسجه . ذكره القاضي ؛ ولأنه لم يصبغ وهو ثوب ، فأشبه ما كان حسنًا من الثياب غير مصبوغ ، والأول أصح ، وأما العصب : فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب .

قال صاحب الروض الأنف : الورس والعصب نبتان باليمن ، لا يبتتان إلا به . فأرخص النبي ﷺ للحادة في لبس ما صبغ بالعصب ؛ لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين ، أما ما صبغ غزله للتحسين ، كالأحمر والأصفر ، فلا معنى لتجوز لبسه ، مع حصول الزينة بصيغه ، كحصولها بما صبغ بعد نسجه . ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وإن كان رقيقًا ، سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم ؛ لأن حسنه من أصل خلقته ، فلا يلزم تغييره ، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة ، لا يلزمها أن تغير لونها ، وتشوه نفسها . القسم الثالث : الحلبي ؛ فيحرم عليها لبس الحلبي كله ، حتى الخاتم ، في قول عامة أهل العلم ؛ لقول النبي ﷺ : « لا والحلي » . وقال عطاء : يباح حلبي الفضة دون الذهب . وليس بصحيح ؛ لأن النهي عام ؛ ولأن الحلبي يزيد حسننها ، ويدعو إلى مباشرتها ، قالت امرأة :

وما الحلبي إلا زينة لنقيصة تتمم من حسن إذا الحسن قصرًا

ومما تجتبه الحادة : النقاب ، وما في معناه ، مثل البرقع ونحوه ؛ لأن المعتدة مشبهة بالحرمة والمحرمة تمنع من ذلك ، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة .

وجاء فيه أيضًا (١٣٢ / ١٣١ / ٨) : « (والمطلقة ثلاثًا ، تنوقى الطيب ، والزينة ، والكحل بالإثم) اختلفت الرواية عن أحمد ، في وجوب الإحداد على المطلقة البائن فنعته ، يجب عليها . وهو قول سعيد بن المسيب ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . والثانية ، لا يجب عليها . وهو قول عطاء ، وربيعة ، ومالك ، وابن المنذر ونحوه قول الشافعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ، أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج ، أربعة أشهر وعشرا » . وهذه عدة الوفاة ، فيدل على أن الإحداد إنما يجب في عدة الوفاة ؛ ولأنها معتدة عن غير وفاة ، فلم يجب عليها الإحداد ، كالرجعية ، والموطوءة بشبهة ؛ ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته ، فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه ، وقطع نكاحها ، فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ؛ ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد ، لحق الزوج ، وليس له من نيفيه ، فاحتيط عليها بالإحداد ؛ لئلا يلحق بالميت من ليس منه ، بخلاف المطلقة ، فإن زوجها باق ، فهو يحتاط عليها بنفسه ، وينفي ولدها إذا كان من غيره . ووجه الرواية الأولى ، أنها معتدة بائن من نكاح ، فلزمها الإحداد ، كالمتوفى عنها زوجها ؛ وذلك لأن العدة تحرم النكاح ، فحرمت دواعيه . ويخرج على هذا الرجعية ، فإنها زوجة ، والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح ، فلم تكمل الحرمة .

فأما الحديث ، فإنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج ، ونحن نقول به ؛ ولهذا جاز الإحداد هاهنا =

بالإجماع ، فإذا قلنا يلزمها الإحداد ، لزمها شيان ؛ توفي الطيب ، واثرينة في نفسها ، على ما قدمنا فيها ، ولا تمتع من النكاح ، ولا من الاعتدادي في غير منزلها ، ولذلك أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس ، أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم . على ما سنذكره ، إن شاء الله تعالى .

وإذا كانت الميتة حاملاً ؛ وجب لها السكنى ، رواية واحدة . ولا تعلم بين أهل العلم بخلافها فيه ، وإن لم تكن حاملاً ففيها روايتان ؛ إحداهما : لا يجب لها ذلك . وهو قول ابن عباس ، وجابر . وبه قال عطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعمرو بن ميمون ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . والثانية : يجب لها ذلك ، وهو قول ابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وأبي بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد ، وسليمان بن يسار ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تَحْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِغَيْرِ حَبْلٍ مُبِينٍ ﴾ . وقال تعالى : ﴿ أَشْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ وَلَا تَضَارَّوهُنَّ لِيُسْتَفْرَقَ عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَىٰ حِمْلٍ فَأَنْبِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ بَسَطْنَ كِئْسَهُنَّ ﴾ . فأوجب لهن السكنى مطلقاً ، ثم خص الحامل بالإفراق عليها .

ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة ، وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فسخطه ، فقال والله ما لك علينا من شيء . فجاءت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : « ليس لك عليه نفقة ولا سكنى » . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « إن تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » . متفق عليه .

فإن قيل : فقد أنكر عليها عمر ، وقال : ما كنا لندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة ، لا ندرى أصدقت أم كذبت . وقال عروة : لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب ؟ وقال : إنها كانت في مكان وحش ، فخيف على ناحيتها ؟ وقال : سعيد بن المسيب ، تلك امرأة فتنت الناس ، إنها كانت لسنة ، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى . قلنا : أما مخالفة الكتاب ؛ فإن فاطمة لما أنكروا عليها ، قالت : بيني وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْرِي لِمَلَّ اللَّهُ بِحَيْثُ بَدَدَ ذَلِكَ أَمْراً ﴾ . فأي أمر يحدث بعد الثلاث ، فكيف تقولون : لا نفقة لها ، إذا لم تكن حاملاً فعلا محبسونها ، فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ، وأما قولهم : إن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا ؛ فقد أنكر أحمد هذا القول عن عمر ، قال : ولكنه قال : لا نجيز في ديننا قول امرأة . وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بخبر فريفة ، وهي امرأة ، وبرواية عائشة وأزواج رسول الله ﷺ في كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة هذا في كثير من الأحكام ، مثل سقوط نفقة الميتة إذا لم تكن حاملاً ، ونظر المرأة إلى الرجال ، وخطبة الرجل ، على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول . وأما تأويل من تأول حديثها ؛ فليس بشيء ، فإنها تخالفهم في ذلك ، وهي أعلم بحالها ، ولم يتفق المتأولون على شيء ، وقد رد على من رد عليها ، فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب ، لما قال : تلك امرأة فتنت الناس ؛ لئن كانت إنما أخذت بما أفئتها رسول الله ﷺ ما فتنت الناس ، وإن لنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ، ليس له عليها رجعة ، ولا بينهما ميراث . وقول عائشة : إنها كانت في مكان وحش . لا يصح ؛ فإن النبي ﷺ علل بغير ذلك ، فقال : « يا ابنة آل قيس ، إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة » . هكذا رواه الحميدي ، والأثرم . ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها من التأويل ، ما احتاج عمر =

١٧٣٧ - هناك أشياء تلزم مراعاتها ما دامت المرأة في العدة ، سواء كانت هذه الأشياء بالنسبة للأجنبي أو الزوج أو الزوجة .

١٧٣٨ - فمن الأشياء التي تخص الأجنبي : عدم جواز خطبتها وتصريحها وتعريضها إن كانت معتدة لطلاق ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا . فإن كانت معتدة لوفاء ، جازت الخطبة تعريضًا لا تصريحًا ، ودليل ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذَكَّرُوهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ ^(١) . قال الرازي في تفسيره : أراد به المتوفى عنها زوجها ، بدليل سياق الآية ، والمعنى : لا إثم عليكم فيما ذكرتم لهن من الألفاظ الموهمة لإرادة نكاحهن ، أو أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضًا ولا تصريحًا ، علم الله أنكم ستذكروهن ، فذكروهن ولكن لا تواعدهن نكاحًا . والاستثناء من ﴿ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ ﴾ منقطع ؛ لأن القول المعروف ليس داخلًا في السر ، والاستدراك مما قدرناه يريد به قوله : فاذكروهن . وقد تقدم السبب العقلي في شرح المادة الثانية ، فارجع إليه إن شئت .

١٧٣٩ - ومنها : أنه لا يجوز له أن يعقد عليها ما دامت في العدة ؛ لقوله تعالى بعد الآية المتقدمة : ﴿ وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ﴾ ^(٢) ؛ ولأنه إذا لم تجز الخطبة التي هي طلب التزوج ، فالتزوج فعلاً من باب أولى .

١٧٤٠ - ومن الأشياء التي تخص الزوج : عدم زواجه بمحرم كأختها أو عمتها ممن لا يجوز له الجمع بينهما .

١٧٤١ - ومنها : أنه إن كان متزوجاً بثلاث غير المعتدة ، فلا يجوز له أن يتزوج غيرها حتى تنقضي العدة . وهاتان من المسائل التي يعتد فيها الرجل .

١٧٤٢ - ومنها : إلزامه بالنفقة إن كانت الفرقة من جهته ، سواء كانت بمعصيته أو بغيرها ومن جهتها وكانت بغير معصيتها . فإن كانت بمعصيتها فلا تلزمه النفقة ، وستأتي هذه المسألة في الفصل الآتي .

= في رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة . ثم فاطمة صاحبة القصة ، وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وقد أنكرت على من أنكر عليها ، وردت على من رد خيرها ، أو تأوله بخلاف ظاهره ، فيجب تقديم قولها ؛ لمعرفتها بنفسها ، وموافقها ظاهر الخبر ، كما في سائر ما هذا سبيله .

١٧٤٣ - ومن الأشياء التي تخص الزوجة : الحداد ، أي : الحزن على هذه الفرقة ، سواء كانت بالوفاة أو بالطلاق البائن إن كانت مسلمة مكلفة .

١٧٤٤ - أما المتوفى عنها زوجها : فلا خلاف في حدادها ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد - أي : تحزن - على ميت فوق ثلاثة أيام ، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً »^(١).

١٧٤٥ - وأما المطلقة طلاقاً بائناً : فحدادها مذهبنا . وقال الإمام الشافعي رحمه الله : لا حداد عليها ؛ لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج وفي بمهداها إلى مماته ، وهذا قد أوحشها بالإبانة ، فلا تأسف بفوته . ودليلنا : ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء ، وقال : « الحناء طيب » . ولم يفصل بين المعتدة الوفاة وغيرها ؛ ولأنه يجب إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والإبانة أقطع لها من الموت ، بدليل أن لها أن تغسله إذا مات قبل الإبانة لا بعدها .

ويبنى على ذلك : أنها لا تزين ولا تتطيب ؛ لأنه ينافي التأسف ، فضلاً عن أنه من دواعي الرغبة فيها ، وهي ممنوعة عن التزوج ، فتجنبه كي لا تكون ذريعة إلى الوقوع في الحرم .

١٧٤٦ - ومنها : أنه يلزمها أن تعتد في البيت المضاف إلى الزوجين بالسكنى قبل الفرقة ، ولو حصلت وهي غير موجودة فيه ؛ ولهذا لو خرجت لزيارة أهلها ، وطلقها زوجها ، كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ﴾^(٢) . والبيت المضاف إليها بالسكنى هو الذي تسكنه مع زوجها قبل الفرقة . فإن خرجت ، كان هذا الخروج معصية ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفِدْحَةٍ مُنِيئَةٍ ﴾^(٣) . والفاحشة هي نفس الخروج كما قاله إبراهيم النخعي وتبعه أبو حنيفة ، فيكون المعنى : إلا أن يكون خروجها

(١) صحيح البخاري (كتاب : الجنائز / باب : إحداد المرأة على غير زوجها / ١٢٨٠) ، وصحيح مسلم (كتاب : الطلاق / باب : وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك / ١٤٨٦) ، وسنن الترمذي (كتاب : الطلاق واللعان عن رسول الله / باب : ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها / ١١٩٥) ، وسنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : الإحداد / ٣٥٢٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : إحداد المتوفى عنها زوجها / ٢٢٩٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الطلاق / باب : هل تحد المرأة على غير زوجها / ٢٠٨٦) .

فاحشة ، كما يقال : لا يزني أحد إلا أن يكون فاسقًا . وقال ابن مسعود : الفاحشة هي الزنى ، ويخرجن لإقامة الحد عليهن . وبه أخذ أبو يوسف . وقال ابن عباس : هي نشوزها وأن تكون بذيفة اللسان تبذو على أحماء زوجها . وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها : « اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله »^(١) . وذلك أن فريعة بنت مالك بن أبي سفيان أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها ، جاءت إلى رسول الله ﷺ واستأذنت أن تعتد في بني خُدْزَة لا في بيت زوجها ، فأذن لها رسول الله ﷺ . فلما خرجت دعاها رسول الله ﷺ ، فقال لها : « أعيدي المسألة » . فأعدت ، فقال لها : « لا حتى يبلغ الكتاب أجله » . يعني : لا تخرجي حتى تنقضي عدتك . وفي هذا الحديث دليل على حكمين :

الأول : أنه يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج .

الثاني : أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز ، فإنه ﷺ لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء . هذا هو الدليل النقلي .

وحكمته : أن المرأة إذا اعتدت في البيت الذي كانت تسكنه مع الزوج قبل الفرقة ، تكون دائماً على ذكر من المعاشرة ، فتحزن على فراقه إن توفي ، فتمتنع عن ارتكاب شيء مخالف للشرع الشريف ، وتكون قريبة الرضا إن أراد الزوج عودها إليه ؛ لأن الطلاق ربما يكون لذنب اقترفته ، وبعد ذلك مال إليها ، وذلك لا يحصل إن اعتدت في غير هذا المسكن .

١٧٤٧ - وبما أن الأعدار تغير الأحكام في العبادات وغيرها ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ؛ كان هذا الحكم عند عدم الضرورة . فلو وجدت ، جاز لها الخروج .

وينبني على ذلك جوازه في الأحوال الآتية :

أولاً : إذا أخرج الزوج معتدة الطلاق ظلماً وعدواناً ، فلا شيء عليها ، والإثم عليه ، أو أخرجها صاحب المنزل لعدم القدرة على الأجرة ، أو أخرجت الورثة معتدة الوفاة بأن كان نصيبها من البيت لا يكفيها إذا قسم ، أو طلبوا قسمة المهايأة ، ولو كان نصيبها

(١) سنن الترمذي (كتاب : الطلاق واللعان عن رسول الله / باب : ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها / ١٢٠٤) ، وسنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : عدة المتوفى عنها زوجها من يوم يأتيها الخبر / ٣٥٣٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : في المتوفى عنها تنتقل / ٢٣٠٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الطلاق / باب : أين تعتد المتوفى عنها زوجها / ٢٠٣١) ، كلهم بلفظ : « اسكني » .

كافياً لسكنها .

ثانياً : أن ينهدم البيت بالفعل .

ثالثاً : أن يخشى انهدامه ، فتخرج خوفاً على نفسها ومالها .

رابعاً : خوف تلف مالها بالضيق ، بأن كان البيت مهدداً من اللصوص مثلاً وهو غير حصين .

خامساً : إذا كان البيت الذي يسكنان فيه ليس مملوكاً لهما ، وتوفي الزوج ، ولا تجد المرأة كراهه ، إلى غير ما ذكر من الأعذار المبيحة للخروج ، كأن خافت خوفاً شديداً من أمر الميت والموت ، ولا أحد معها فيه .

١٧٤٨ - فإن وجد عذر من الأعذار المبيحة للخروج ، انتقلت معتدة الوفاة إلى أقرب موضع منه ، لتكون دائماً على ذكر من أحوال الزوج ، وانتقلت معتدة الطلاق إلى الموضع الذي يشاءه الزوج لوجوب السكنى عليه .

١٧٤٩ - إذا علمت ما تقدم ، تعلم بداهة أن الخروج لقضاء المصالح بالنسبة لمعتدة الطلاق ، ليس من الأعذار ؛ لأن الزوج متكفل بجميع ذلك ؛ إذ نفقتها واجبة عليه ، وأنه من الأعذار بالنسبة لمعتدة الوفاة لعدم وجوب النفقة لها ، فتحتاج إلى الخروج نهاراً وبعض الليل لطلب المعاش في النهار ، وربما امتد إلى أن يهجم الليل ، فيجوز لها ذلك . وهذا لا يستغرق الليل كله ، والضرورة تقدر بقدرها ، فلا تبيت خارج بيتها ^(١) .

(مادة ٣٢٢)

لَا تَجِبُ الْعِدَّةُ عَلَى مُطَلَّقة قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْحَلْوَةِ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَلَا تَجِبُ بِمَجْرَدِ الْحَلْوَةِ مِنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ وَلَوْ كَانَتْ صَحِيحَةً ^(٢).

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : اعتداد المطلقة في بيت الزوجية : المادة (١٤٦) : تعتد معتدة الطلاق الرجعي والوفاة في البيت المضاف للزوجين بالسكنى قبل الفرقة ، وإن طلقت أو مات عنها وهي في غير مسكنها عادت إليه فوراً ، ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها إلا لضرورة ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصطلحتها ولا تبيت خارج بيتها ، وإذا اضطرت الزوجان للخروج من البيت فتنتقل معتدة الطلاق إلى حيث يشاء الزوج ، وإذا اضطرت معتدة الوفاة إلى الخروج فتنتقل إلى أقرب موضع منه .

(٢) قول الحنفية : جاء في المبسوط (٢٠٣/٤) : « لا تجب العدة على المطلقة قبل الدخول » .

١٧٥٠ - وكل هذه الأحكام إذا كانت الفرقة بعد الدخول . فلو حصلت قبله ، فإن كانت بوفاة الزوج ؛ فعليها العدة كما تقدم .

وإن كانت بغيرها ، فلا تجب عليها هذه إنما كان العقد صحيحًا ، فلا يشترط في وجوب العدة الدخول الحقيقي الخلوة توجبها ، بخلاف ما إذا كان العقد فاسدًا ، فإنها لا تجب إلا بعد الدخول الحقيقي .

١٧٥١ - وإنما العدة على المطلقة قبل الدخول ؛ لقوله : ﴿ تَرَ طَلَّقَتْهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْدُونَهَا ﴾ ^(١) ؛ ولأن حكمة العدة في هذه الحالة تعرف براءة الرحم وهو بريء ييقين ^(٢) .

(١) الأحزاب : ٤٩ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢٦) : لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لزوم العدة : المادة (١٤٢) : إذا وقع الطلاق أو الفسخ قبل أن يتأكد العقد الصحيح أو الفاسد بالخلوة أو الدخول لا تلزم العدة .

الفصل الثاني في نفقة المعتدة

(مادة ٣٢٣)

كُلُّ فُرْقَةٍ طَلَاقًا أَوْ فُسْحًا وَقَعَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ لَا تُوجِبُ سُقُوطَ النَّفْقَةِ ، سِوَاءَ كَانَتْ بِمَعْنِيهِ أَمْ لَا ، فَتَجِبُ عَلَيْهِ النَّفْقَةُ مُدَّةَ الْعِدَّةِ وَإِنْ طَالَتْ :
أَوَّلًا : لِمُعْتَدَةِ الطَّلَاقِ ، وَرَجْعِيًّا كَانَ أَوْ بَائِنًا يَبْتُونُهُ صُغْرَى أَوْ كُبْرَى ، حَامِلًا كَانَتْ الْمَرْأَةُ أَوْ حَائِلًا .

ثَانِيًا : لِلْمَلَاعِنَةِ وَالْمُبَانَةِ بِالْإِبْلَاءِ أَوْ بِالْحَلْعِ ، مَا لَمْ تُبْرِنَهُ مِنْهَا وَقَتْ وَقُوعِهِ .
ثَالِثًا : لِلْمُبَانَةِ بِبَائِنِهِ عَنِ الْإِسْلَامِ .
رَابِعًا : لِزَوْجَةٍ مَنْ اخْتَارَ الْفُسْحَ بِالْبُلُوغِ .
خَامِسًا : لِلْمُبَانَةِ بِرُدِّهِ أَوْ بِفِعْلِهِ بِأَصْلِهَا أَوْ بِفِرْعَهَا مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٠٩ ، ٢١٠) : « ومنها : وجوب النفقة والسكنى وهو مؤنة السكنى لبعض المعتدات دون بعض ، وجملة الكلام : أن المعتدة إما إن كانت عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق ، وإما إن كانت عن وفاة ، ولا يخلو من أن تكون معتدة من نكاح صحيح أو فاسد أو ما هو في معنى النكاح الفاسد : فإن كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فإن كان الطلاق رجعيًا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف ؛ لأن ملك النكاح قائم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما نذكر من دلائل آخر ، وإن كان الطلاق ثلاثًا أو بائناً ؛ فلها النفقة والسكنى إن كانت حاملاً بالإجماع ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولئِكَ حَمَلًا فَلْيَقْرَأْنَ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ ﴾ وإن كانت حائلاً ؛ فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا . وقال الشافعي : لها السكنى ولا نفقة لها . وقال ابن أبي ليلى : لا نفقة لها ولا سكنى ، واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولئِكَ حَمَلًا فَلْيَقْرَأْنَ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمَلَهُنَّ ﴾ خص الحامل بالأمر بالإنفاق عليها فلو وجب الإنفاق على غير الحامل لقبل التخصص . وروي عن فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي النبي ﷺ نفقة ولا سكنى ؛ ولأن النفقة تجب بالملك ، وقد زال الملك بالثلاث والبائن إلا أن الشافعي يقول : عرفت وجوب السكنى في الحامل بالنص بخلاف البائن .

ولما : قوله تعالى : ﴿ أَنْتِكُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ دِينِ اللَّهِ ﴾ وفي قراءة عبد الله بن مسعود ﷺ : « أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » ولا اختلاف بين القراءتين لكن إحداهما تفسير الأخرى كقوله ﷺ ﴿ وَالنَّكَارِقُ وَالنَّارِقَةُ فَانْفَقُوا أَيَّيهُمَا ﴾ وقراءة ابن مسعود ﷺ : « أيأمانهما » وليس ذلك اختلاف القراءة بل قراءته تفسير القراءة الظاهرة كذا هذا .

= ولأن الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق ؛ لأنها إذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت ، أو ضاق الأمر عليها وعسر ، وهذا لا يجوز وقوله تعالى : ﴿ يَتَّقِ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعِيَةٍ . وَنَ فُورٌ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلَئِمَّ بِمَا ءَاتَتْهُ اللَّهُ ﴾ من غير فصل بين ما قبل الطلاق وبعده في العدة ، ولأن النفقة إنما وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحق الزوج وقد بقي ذلك الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة وتأبد بانضمام حق الشرع إليه ؛ لأن الحبس قبل الطلاق كان حقاً للزوج على الخلوص وبعد الطلاق تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج ، وإن أذن الزوج لها بالخروج فلما وجبت به النفقة قبل التأكد فلأن يجب بعد التأكد أولى . وأما الآية ففيها أمر بالإنفاق على الحامل وأنه لا ينفي وجوب الإنفاق على غير الحامل ولا يوجهه أيضاً فيكون مسكوناً موقوفاً على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا .

وأما حديث فاطمة بنت قيس فقد رده عمر رضي الله عنه فإنه روي أنها لما روت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة قال عمر رضي الله عنه : لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا يقول امرأة لا تدري أصدقت أم كذبت وفي بعض الروايات قال : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا وتأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لها السكنى والنفقة وقول عمر رضي الله عنه : لا ندع كتاب ربنا ، يحتمل أنه أراد به قوله صلى الله عليه وسلم : أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ، كما هو قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ويكون هذا قراءة عمر أيضاً ويحتمل أنه أراد قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ يَتَّقِ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعِيَةٍ . وَنَ فُورٌ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلَئِمَّ بِمَا ءَاتَتْهُ اللَّهُ ﴾ مطلقاً ، ويحتمل أنه أراد بقوله : لا ندع كتاب ربنا في السكنى خاصة وهو قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ أَتَكُونُ مِّن مَّتِّ سَكْرَتَيْنِ وَتُجِيْمُ ﴾ كما هو القراءة الظاهرة .

وأراد بقوله صلى الله عليه وسلم : سنة نبينا ، ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لها النفقة والسكنى ويحتمل أن يكون عند عمر رضي الله عنه في هذا تلاوة رفعت عينها وبقي حكمها فأراد بقوله : لا ندع كتاب ربنا ، تلك الآية كما روي عنه أنه قال في باب الزنا : كنا نتلوا في سورة الأحزاب : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما نكالا من الله والله عزيز حكيم ، ثم رفعت التلاوة وبقي حكمها . كذا ههنا وروي أن زوجها أسامة بن زيد كان إذا سمعها تتحدث بذلك حصبها بكل شيء في يده . وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لها : لقد فتنت الناس بهذا الحديث وأقل أحوال إنكار الصحابة على راوي الحديث أن يوجب طعناً فيه ، ثم قد قيل في تأويله إنها كانت تبدو على أحمامها أي تفحش عليهم باللسان من قولهم : بدوت على فلان ، أي فحشت عليه ، أي كانت تطيل لسانها عليهم بالفحش فنقلها رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى ؛ لأنها صارت كالناشرة إذ كان سبب الخروج منها ، وهكذا نقول فيمن خرجت من بيت زوجها في عدتها أو كان منها سبب أوجب الخروج أنها لا تستحق النفقة ما دامت في بيت غير الزوج ، وقيل : إن زوجها كان غائباً فلم يقض لها بالنفقة والسكنى على الزوج لغيبته ؛ إذ لا يجوز القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، فإن قيل : روي أن زوجها خرج إلى الشام وقد كان وكل أخاه للجواب أنه إنما وكله بطلاقها ولم يوكله بالخصوصية ، وقولهما : إن النفقة تجب لها بمقابلة الملك ممنوع فإن للملك ضماناً آخر وهو المهر على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، وإنما تجب بالاحتباس ، وقد بقي بعد =

= الطلاق الثلاث والباثن فتبقى النفقة وسواء كانت المعتدة عن طلاق كبيرة أو صغيرة مسلمة أو كفاية ؛ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل ، ولا نفقة ولا سكنى للأمة المعتدة عن طلاق إذا لم يوثقها المولى بيتاً ؛ لأنه إذا لم يوثقها المولى بيتاً فحق الحبس لم يثبت للزوج .

ألا ترى أن لها أن تخرج فإن كان المولى قد بوأها بيتاً فلها السكنى والنفقة لثبوت حق الحبس للزوج ؟ وكذلك المدبرة وأم الولد إذا طلقهما وبوأهما المولى بيتاً أو لم يوثقهما ؛ لأن كل واحدة منهما أمة ، وكذا المكاتب والمستعانة على أصل أبي حنيفة ، وإن أعتقت أم الولد أو مات عنها مولاهم فلا نفقة لها ولا سكنى ؛ لأنها غير محبوسة . ألا ترى أن لها أن تخرج فلا تجب لها النفقة والسكنى كالمعتدة من نكاح فاسد ؛ لأن عدتها كعدة المنكحة نكاحاً فاسداً ، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق من نكاح صحيح فإن كانت معتدة من نكاح فاسد فلا سكنى لها ولا نفقة ؛ لما ذكرنا أن حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى ولا نفقة في النكاح الفاسد ، فكذا في العدة منه ، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق فإن كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق من نكاح صحيح فإن كانت الفرقة من قبله فلها النفقة والسكنى كيفما كانت الفرقة ، وإن كانت من قبلها فإن كانت بسبب ليس بمعصية كالأمة إذا أعتقت فاختارت نفسها ، وامرأة العين إذا اختارت الفرقة فلها السكنى والنفقة ، وإن كانت بسبب هو معصية كالمسلمة قبلت ابن زوجها بشهوة قالوا : لا نفقة لها ولها السكنى ؛ لأن السكنى فيها حق الله تعالى وهي مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى . وأما النفقة فتجب حقاً لها على الخلوص فإذا وقعت الفرقة من قبلها بغير حق فقد أبطلت حق نفسها بخلاف المعتقة وامرأة العين ؛ لأن الفرقة وقعت من قبلها بحق فلا تسقط النفقة ، هذا إذا كانت معتدة عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق ، فإن كانت معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سواء كانت حائلاً أو حاملاً فإن النفقة في باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالنكاح وإنما تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان ، فإذا مات الزوج انتقل ملك أمواله إلى الورثة فلا يجوز أن تجب النفقة والسكنى في مال الورثة ، وسواء كانت حرة أو أمة ، كبيرة أو صغيرة ، مسلمة أو كفاية ؛ لأن الحرمة المسلمة الكبيرة لما لم تستحق النفقة والسكنى في عدة الوفاة فهؤلاء أولى ، وكذا المعتدة من نكاح فاسد في الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة ؛ لأنها لا يستحقان بالنكاح الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد أولى .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٠٤/٥ - ١١٣) : « تجب سكنى لمعتدة طلاق (حائل أو حامل (ولو بائن) بالجر عطقاً على المجرور ، والأولى نصبه أي ولو كانت بائناً ، ويجوز رفعه بتقدير مبتدأ محذوف أي ولو هي بائن ويستمر سكنائها إلى انقضاء عدتها ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَنْكِحُوا بَيْنَ حَيْثُ سَكُنْتُمْ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ لَا تَحْرِمُوهُمْ مِنْ بِيُوتِهِمْ ﴾ أي يوت أزواجهن وأضافها إليهن للسكنى ؛ إذ لو كانت إضافة ملك لم تخصص بالطلق ، ولو أسقطت مؤنة المسكن عن الزوج لم تسقط كما في فتاوى المصنف ؛ لأنها تجب يوماً بيوم ، ولا يصح إسقاط ما لم يجب . تنبيه : أفهم تقييده عن طلاق أنه لا سكنى لمعتدة عن وطء شبهة ولو في نكاح فاسد ولا لأمة ولد إن أعتقت ، وهو كذلك ، ثم استثنى من المعتدة قوله : (إلا ناشرة) سواء كان ذلك قبل طلاقها كما صرح به القاضي وغيره ، أم في أثناء العدة كما صرح به المتولي فإنها لا سكنى لها في العدة ، فإن عادت إلى الطاعة عاد حق السكنى كما صرح به المتولي في مسألته ، وإلا صغيرة لا تحتمل الجماع فإنه =

= لا سكتى لها بناء على الأصح أنها لا تستحق النفقة حالة النكاح ، والأمة لا نفقة لها على زوجها كالمسلمة ليلاً فقط أو نهاراً كما مر ذلك في فصل نكاح العبد وإلا من وجبت العدة بقولها بأن طلقت ثم أقرت بالإصابة وأنكرها الزوج فلا نفقة لها ولا سكتى وعليها العدة .

فإن قيل : لا وجه لاستثناء الصغيرة من ذلك ؛ إذ الكلام في سكتى المعتدة ، والصغيرة لا عدة عليها . أجب بأنه يتصور ذلك باستدخالها ماء الزوج وإن كان فيه بعد . (و) يجب السكتى أيضاً (لمعتدة وفاة في الأظهر) لأمره صلى الله عليه وسلم فريضة بضم الفاء ، بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله ، فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشراً . صححه الترمذي وغيره ، والثاني : لا سكتى لها كما لا نفقة لها . وأجاب الأول : بأن السكتى لصيانة مائه ، وهي موجودة بعد الوفاة ، كالحياة ، والنفقة لسלטنته عليها وقد انقطعت ، وبأن النفقة حقها فسقطت إلى الميراث ، والسكتى حق الله تعالى فلم تسقط .

تبيه : محل الخلاف إذا لم يطلقها قبل الوفاة رجعيًا وإلا لم تسقط قطعاً ؛ لأنها استحققتها بالطلاق فلم تسقط بالموت كما حكاه في المطلب عن الأصحاب ، لكن حكى الجرجاني طرد القولين فيها ، وعليه يأتي إطلاق المصنف . (و) يجب أيضاً لمعتدة (فسخ) بيب أو ردة أو إسلام أو رضاع (على المذهب) لأنها معتدة عن نكاح صحيح بفرقة في الحياة فأشبهت المطلقة تحصيلًا للماء . والطريق الثاني على قولين كالمعتدة عن وفاة .

تبيه : سكت المصنف عن استثناء الناشئة في عدة الوفاة وعدة الفسخ مع أن حكمها كالناشئة في عدة الطلاق كما صرح به القاضي والمتولي فيمن مات عنها ناشئاً ، فلو أخر قوله : إلا ناشئة إلى هنا لشمل ذلك ، وشمل إطلاقه الملاعبة ، والذي في الروضة نقلًا عن البيهقي أنها تستحق قطعاً ، وحيث لا تجب السكتى لمعتدة فللزوج إسكانها حفظاً لمائه ، ويقوم وارثه مقامه وعليها الإجابة ، وحيث لا تركة للميت لم يجب إسكانها ، فإن تبرع الوارث بالسكتى لزمته الإجابة ؛ لأن له غرضاً في صون ماء مورثه ، وغير الوارث كالوارث كما قاله الروباني تبعاً للماوردي . فإن قيل : ينبغي عدم اللزوم كما لو تبرع أجنبي بوفاء دين ميت أو مفلس لم يلزم الدائن قبوله بخلاف الوارث ، وبأن اللزوم فيه تحمل منه مع كون الأجنبي لا غرض له صحيح في صون ماء الميت .

أجب عن الأول : بأن ملازمة المعتدة للمسكن حق الله تعالى لا بد له فيجب فيه القبول ، وإلا فيزوم تعطيله ، وبأن حفظ ماء الإنسان من المهمات المطلوبة بخلاف أداء الدين ، وعن الثاني : بأنه إنما يصح إذا كان التبرع عليها ، وليس كذلك ، وإنما هو على الميت ، فإذا لم يوجد متبرع سن للإمام حيث لا تركة إسكانها من بيت المال ، لا سيما إن كانت متهممة بريئة وإن لم يسكنها أحد سكنت حيث شاءت (و) إذا وجبت السكتى فإنما (تسكن) بضم أوله بخطفه : أي المعتدة حتمًا (في مسكن) مستحق للزوج لائق بها (كانت فيه عند الفرقة) بموت أو غيره للآية وحديث فريضة السابقين (وليس للزوج وغيره إخراجها ، ولا لها خروج) منه وإن رضي به الزوج إلا لعذر كما سيأتي ؛ لأن في العدة حق الله تعالى ، والحق الذي لله تعالى لا يسقط بالتراضي - بالضاد - وقد قال تعالى : ﴿ لَا تَنْكِحُوا مِمَّنْ بَدَلْتُهُنَّ مِنْ يَدَيْهِنَّ وَلَا خُرُوجَهُنَّ ﴾ . تبيه : شمل كلامه كاصله الرجعية ، وبه صرح في النهاية ، وفي حواشي الماوردي والمهذب وغيرهما من العراقيين أن للزوج أن يسكنها حيث شاء ؛ لأنها في حكم الزوجة ، وبه جزم المصنف في نكته ، والأول هو ما نص عليه في الأم كما قال ابن الرفعة وغيره ، وهو كما قال السبكي أولى ؛ لإطلاق الآية . وقال الأذري : إنه المذهب المشهور ، والزرکشي : إنه =

= الصواب ؛ ولأنه لا يجوز له الخلوة بها فضلاً عن الاستمتاع فليست كالزوجات (قلت : ولها الخروج في عدة وفاة) وعدة وطء شبهة ونكاح فاسد (وكذا بائن) ومفسوخ نكاحها ، وضابط ذلك كل معتدة لا تجب نفقتها ولم يكن لها من يقضيها حاجتها لها الخروج (في النهار لشراء طعام) وقطن وكتان (و) بيع (غزل ونحوه) للحاجة إلى ذلك ؛ ولقول جابر رضي الله تعالى عنه : طلقت خالتي ثلاثاً ، فخرجت نجد نخلًا لها ، فيها رجل ، فأنت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال : « اخرجني فجدي نخلك ، ولعلك أن تتصدقني منه أو تفعلني خيراً » . رواه مسلم وأبو داود واللفظ له .

قال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه : ونخل الأنصار قريب من منازلهم ، والجداد لا يكون إلا نهارًا أي : غالبًا ، أما من وجبت نفقتها من رجعية أو مستبرأة أو بائن أو حامل فلا تخرج إلا بإذن أو ضرورة كالزوجة ؛ لأنهن مكفيات بنفقة أزواجهن (وكذا) لها الخروج لذلك (ليلاً) إن لم يمكنها نهارًا وكذا (إلى دار جارة) لها (لنزل وحديث ونحوهما) للأنس لكن (بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها) لما روى الشافعي والبيهقي رضي الله تعالى عنهما : أن رجالاً استشهدوا بأحد ، فقالت نساؤهم : يا رسول الله إنا نستوحش في بيوتنا فبييت عند إحدانا فأذن لهن رسول الله ﷺ أن تحدثن عند إحداهن ، فإذا كان وقت النوم تأوي كل واحدة إلى بيتها .

تبيه : محل ذلك : كما قال الأدرعي وغيره ، إذا أمنت الخروج ولم يكن عندها من يؤنسها ، وإلا فلا يجوز لها الخروج ، فقد قالت عائشة رضي الله عنها : « لو يعلم النبي ﷺ ما أحدث النساء بعده لمنهن المساجد » وهذا في زمن السيدة عائشة ولم يتعرضوا لضابط وقت الرجوع ، وينبغي كما قال ابن شبهة الرجوع فيه للعادة . (وتنقل) المعتدة (من المسكن) الذي كانت فيه عند الفرقة لعذر ، وذلك (لخوف من هدم أو غرق) على مالها أو ولدها (أو) لخوف (على نفسها) تلفاً أو فاحشة للضرورة الداعية إلى ذلك ، ولما روى أبو داود عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : كانت فاطمة بنت قيس في مكان وحش مخيف فلذلك رخص لها النبي ﷺ (أي في الخروج منه (أو تأذت بالجيران) بكسر الجيم (أو هم بها أذى شديدًا ، والله أعلم) للحاجة إلى ذلك ، وفسر ابن عباس وغيره ، قوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِكِسْفٍ يُبَيِّنُ ﴾ بالبذاعة على الأحماء أو غيرهم ، وفي رواية لمسلم : أن فاطمة بنت قيس كانت تبدو على أحمائها فنقلها النبي ﷺ إلى بيت ابن أم مكتوم . ووقع للرافعي أنها فاطمة بنت أبي حبيش وعد من سبق القلم .

تبيه : أطلق المصنف الانتقال عند هذه الضرورات وهو يفهم أنها تسكن حيث شاءت وليس مرادًا بل قال الرافعي : الذي أوردته الجمهور انتقلها إلى أقرب المواضع إلى ذلك المسكن ، وقال الزركشي : المنصوص في الأم أن الزوج يحصنها حيث رضي لا حيث شاءت ، وتقبيده الأذى بالشديد يفهم أنها لو تأذت بهم قليلاً لا اعتبار به وهو كذلك إذ لا يخلو منه أحد ، ومن الجيران الأحماء وهم أقارب الزوج ، نعم إن اشتد أذاها بهم أو عكسه وكانت الدار ضيقة نقلهم الزوج عنها ، وكذا لو كان المسكن لها فإنها لا تنتقل منه لاستطالة ولا غيرها بل ينتقلون عنها ، وكذا لو كانت بيت أبيوها وبذت عليهم نقلوا دونها ؛ لأنها أحق بدار أبيها : كذا قتلاه قال الأدرعي : وكان المراد أن الأولى نقلهم دونها وهو حسن ، وخرج بالجيران ما لو طلقت بيت أبيوها وتأذت بهم أو هم بها فلا نقل ؛ لأن الوحشة لا تطول بينهم ، ولا يختص الانتقال بما ذكر بل لو لزمها =

= حد أو يمين في دعوى وهي برزة خرجت له ، وإن كانت مخدرة حدث وحلفت في مسكنها بأن يحضر إليها الحاكم أو يبعث إليها نائبه ، ولو لزمها العدة بدار الحرب هاجرت منها إلى دار الإسلام إلا إن أمنت على نفسها أو غيرها مما مر فلا تهاجر حتى تعتد ، أو زنت المعتدة وهي بكر غربت ، ولا يؤخر تفريها إلى انقضاء عدتها ، وبخالف هذا تأخير الحد لشدة الحر والبرد ؛ لأنهما يؤثران في الحد ويعينان على الهلاك ، والعدة لا تؤثر في الحد ولا تعذر في الخروج لتجارة وزيارة وتمجيل حجة إسلام ونحوها من الأغراض التي تعد من الزيادات دون المهمات . (ولو انتقلت إلى مسكن) في البلد (بإذن الزوج فوجبت العدة) في أثناء الطريق المهمات (قبل وصولها إلى مسكن) في البلد (بإذن الزوج فوجبت العدة) في أثناء الطريق بطلاق أو فسخ أو موت (قبل وصولها إليه) أي المسكن (اعتدت فيه) لا في الأول (على النص) في الأم ؛ لأنها مأمورة بالمقام فيه ممنوعة من الأول ، وقيل : تعتد في الأول ؛ لأنها لم تحصل وقت الفراق في الثاني ، وقيل : تتخير لتعلقها بكل منهما ، أما إذا وجبت العدة بعد وصولها فيه فتعتد فيه جزئاً .

تبيه : العبرة في النقلة بيدنها وإن لم تنقل الأمتعة والخدم وغيرها من الأول حتى لو عادت لنقل متاعها أو خدمها فطلقها فيه اعتدت في الثاني (أو) كان انتقالها من الأول (بغير إذن) من الزوج فوجبت العدة ولو بعد وصولها إلى الثاني ولم يأذن لها في المقام فيه (ففي الأول) تعتد لعصيانها بذلك ، فإن أذن لها بعد الوصول إليه بالمقام فيه كان كالنقلة ياذنه (وكذا) تعتد أيضاً في الأول (لو أذن) لها في الانتقال منه (ثم وجبت) عليها العدة (قبل الخروج) منه وإن بعثت أمتعتها وخدمتها إلى الثاني ؛ لأنه المنزل الذي وجبت فيه العدة (ولو أذن) لها (في الانتقال إلى بلد فكمسكن) فيما ذكر (أو) أذن لها (في سفر حج أو) عمرة (وتجارة) أو استحلال مظلمة أو نحو ذلك كرد أبى والسفر لحاجتها (ثم وجبت) عليها العدة (في أثناء الطريق فلها الرجوع) إلى الأول (والمضي) في السفر ؛ لأن في قطعها عن السفر مشقة ، لا سيما إذا بعدت عن البلد وخافت الانقطاع عن الرفقة ، ولكن الأفضل الرجوع والعود إلى المنزل كما نقله عن الشيخ أبي حامد وأقره ، وهي في سيرها معتدة ، وخرج بالطريق ما لو وجبت قبل الخروج من المنزل فلا تخرج قطعاً ، وما لو وجبت فيه ولم تفارق عمران البلدان فإنه يجب العود في الأصح عند الجمهور كما في أصل الروضة ؛ لأنها لم تشرع في السفر (فإن) لم ترجع فيما إذا خيرت و (مضت) لمقصدها أو بلغته (أقامت) فيه (لقضاء حاجتها) من غير زيادة عملاً بحسب الحاجة ، وإن زادت إقامتها على مدة المسافرين كما شمله كلامه ، وأفهم أن الحاجة إذا انقضت قبل ثلاثة أيام لم يجز لها استكمالها وهو الأصح كما في زيادة الروضة وقطع به في الحرر ، وإن كان مقتضى كلام الشيخين استكمالها (ثم يجب) عليها بعد قضاء حاجتها (الرجوع) في الحال (لتعتد البقية) من العدة (في المسكن) الذي فارقت ؛ لأنه الأصل في ذلك ، فإن لم تمض اعتدت البقية في مسكنها .

تبيه : قوله : (لتعتد البقية في المسكن) ، يفهم أنها لو لم تتوقع بلوغ المسكن قبل انقضاء عدتها بل تنقضي عدتها في الطريق أنها لا يلزمها العود وهو وجه ، والأصح كما في الشرح والروضة كأصلها يلزمها العود ؛ لأن إقامتها لم يؤذن لها وعودها مأذون فيه من جهته ، أما إذا سافرت لنزهة أو زيارة أو سافر به الزوج لحاجته : فلا تزيد على مدة إقامة المسافرين ثم تعود ، فإن قدر لها مدة في نقلة أو سفر حاجة أو في غيره كاعتكاف =

= استوفتها وعادت لتمام العدة ، ولو انقضت في الطريق كما مر وتعصي بالتأخير إلا لعذر كخوف في الطريق وعدم رفقة ، ولو جهل أمر سفرها بأن أذن لها ولم يذكر حاجة ولا زهنة ولا أقيمي ولا رجعي ؛ حمل على سفر النقلة كما قاله الروياني وغيره . فرع : لو أحرمت بحج أو قران بإذن زوجها أو بغير إذنه ثم طلقها أو مات ، فإن خافت الفوات كضيق الوقت وجب عليها الخروج معتدة لتقدم الإحرام ، وإن لم تخف الفوات لسعة الوقت جاز لها الخروج إلى ذلك لما في تعيين الصبر من مشقة مصابرة الإحرام ، وإن أحرمت بعد أن طلقها أو مات بإذن منه قبل ذلك أو بغير إذن بحج أو عمرة أو بهما امتنع عليها الخروج ، سواء أخافت الفوات أم لا لبطان الإذن قبل الإحرام بالطلاق أو الموت في الأولى ؛ ولعدمه في الثانية ، فإذا انقضت العدة أتمت عمرتها أو حجها إن بقي وقته ، وإلا تحللت بأفعال عمرة ولزمها القضاء ودم الفوات . (ولو خرجت إلى غير الدار المألوفة) لها بالسكنى فيها (فطلق وقال : ما أذنت) لك (في الخروج) وقالت : بل أذنت لي (صدق يمينه) لأن الأصل عدم الإذن فيجب عليها الرجوع حالاً إلى المألوفة ، فإن وافقها على الإذن في الخروج لم يجب الرجوع حالاً واختلافها في إذنه في الخروج لغير البلدة المألوفة كالدار (ولو قالت) له : (نقلتني) أي أذنت لي في النقلة إلى موضع كذا فيجب علي العدة فيه (فقال) لها : (بل أذنت) لك في الخروج إليه (الحاجة) عنها فارجمي فاعتدي في الأول (صدق) يمينه (على المذهب) لأنه أعلم بقصدته وإرادته ؛ لأن القول قوله في أصل الإذن فكذلك في صفته .

تثبيته : لو وقع النزاع بينها وبين الوارث صدقت يمينها ؛ لأن كونها في المنزل الثاني يشهد بصدقها ، ويرجع جانبها على جانب الورثة ولا يرجع على جانب الزوج لتعلق الحق بهما والوارث أجنبني عنهما ؛ ولأنها أعرف بما جرى من الوارث بخلاف الزوج (ومنزل بدوية) بفتح الدال لسكان البادية ، وهو من شاذ النسب كما قاله سيويه (وبينها من) نحو (شعر) كصوف (كمنزل حضرية) في لزوم ملازمته في العدة ، ولو ارتحل في أثناءها كل الحمي ارتحلت معهم للضرورة ، وإن ارتحل بعض الحمي نظر ، إن كان أهلها ممن لم يرتحل وفي المقيمين قوة وعدد لم يكن لها الارتحال ، وإن ارتحل أهلها وفي الباقيين قوة وعدد فالأصح أنها تتخير بين أن تقيم وبين أن ترحل ؛ لأن مفارقة أهل عسرة مؤحشة ، وهذا مما تخالف فيه البدوية الحضرية ، فإن أهلها لو ارتحلوا لم ترتحل معهم مع أن التعليل يقتضي عدم الفرق . قال البلقيني : ومحل التخير في الوفاة والطلاق البائن ، أما الرجعية إذا كان مطلقها في المقيمين واختار إقامتها يسكنها متى شاء أو لا ، وتقدم أن المشهور أنها كثيرها ، وعليه فليس له منعها ولها إذا ارتحلت معهم أن تقيم دونهم في قرية أو نحوها في الطريق لتعتد فإنه أبقى بحال المعتدة من السير ، وإن هرب أهلها خوفاً من عدو وأمنت لم يجز أن تهرب معهم ؛ لأنهم يعودون إذا أمتوا . تثبيته : مقتضى إلحاق البدوية بالحضرية أن يأتي فيها ما سبق من أنه لو أذن لها في الانتقال من بيت في الحلة إلى آخر منها فخرجت منه ولم تصل إلى الآخر هل يجب عليها المضي أو الرجوع ، أو أذن لها في الانتقال من تلك (الحلة) إلى (حلة) أخرى فوجد سبب العدة من طلاق أو موت بين الحلتين أو بعد خروجها من منزل وقبل مفارقة حلتها ، فهل تمضي أو ترجع على التفصيل السابق في الحضرية ، وسكت في الروضة كأصلها عن جميع ذلك .

ولو طلقها ملاح سفينة أو مات وكان مسكنها السفينة اعتدت فيها إن انفردت عن الزوج في الأولى بمسكن =

= فيها بمرافقة لاتساعها مع اشتغالها على بيوت متميزة المرافق ؛ لأن ذلك كالكبوت في الخان وإن لم تنفرد بذلك ، فإن صحها محرم لها يمكنه أن يقوم بتسيير السفينة خراج الزوج معها واعتدت هي فيها ، فإن لم تجد محرماً موصوفاً بذلك خرجت إلى أقرب القرى إلى الشط واعتدت فيه ، فإن تعذر الخروج منه تسترت وتحت عنه بقدر الإمكان (وإذا كان المسكن) ملكاً (له ويليق بها) بأن يسكن مثلها في مثله (تعين) استدامتها فيه ، وليس لأحد إخراجها منه بغير عذر من الأعذار السابقة .

تبيه : لو كان قد رهن المسكن بدين قبل ذلك ثم حل الدين بعد الطلاق ولم يمكنه وفاؤه من موضع آخر جاز له يبعه وتنقل منه إذا لم يرض المشتري بإقامتها فيه بأجرة المثل كما بحثه الأذري ، وقول المصنف : يليق بها ظاهراً اعتبار المسكن بحالها لا بحال الزوج وهو كذلك كما في حال الزوجية ، وقول الماوردي يراعى حال الزوجية حال الزوج يخالفه هنا ، قال الأذري : لا أعرف التفرقة لغيره (ولا يصح يبعه) أي مسكن المعتدة ما لم تنقض عدتها (إلا في عدة ذات أشهر فكمتأجر) يفتح الجيم أي كبيعته ، ومر في الإجارة صحة يبعه في الأظهر فيبيع مسكن المعتدة كذلك ، وزاد على المحرر قوله : (وقيل) يبع مسكنها (باطل) أي قطعاً ، وفرق بأن المستأجر يملك المنفعة والمعتدة لا تملكها فيصير كأن المطلق باعه واستثنى منفعته لنفسه مدة معلومة وذلك باطل . تبيه : محل الخلاف كما قال ابن شعبة حيث لم تكن المعتدة هي المشتري ، فإن كانت صح البيع لها جزئاً ، أما عدة الحمل والأقراء : فلا يصح يبعه فيها للجهل بالعدة (أو) كان (مستأجراً لزمها) العدة (فيه) ؛ لأن السكنى ثابتة في المستأجر ثبوتها في المملوك فشملتها الآية ، وليس للزوج نقلها لتعلق حق الله تعالى بذلك (فإن رجع المعير) فيه (ولم يرض بأجرة) لمثل مسكنها وطلب أكثر منها أو امتنع من الإيجار (نقلت) إلى أقرب ما يوجد .

تبيه : أفهم كلامه أنه إذا رضي بأجرة المثل امتنع النقل ولزم الزوج بذلها ، وهو ما نقله عن المثولي وأقره وإن توقف فيه الأذري فيما إذا قدر على المسكن مجاناً لعارية أو وصية أو نحو ذلك ، ومثل رجوعه خروجه عن أهلية التبرع بجنون أو سفه أو زوال استحقات بانقضاء إجارة أو موت قال في المطلب : ولم يفرقوا بين كون الإعارة قبل وجوب العدة أو بعدها ، فإن كان بعد وعلم بالحال فإنها تلزم لما في الرجوع من إبطال حق الله تعالى في ملازمة المسكن كما يلزم العارية في دفن الميت ١ هـ .

بل صرحوا بذلك في باب العارية (وكذا مستأجر انقضت مدته) ولم يرض مالكة بتجديد أجرة مثل تنقل منه لقوله **عنه** : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » . رواه ابن حبان في صحيحه ، بخلاف ما إذا رضي بذلك فلا تنتقل ، وفي معنى المستأجر الموصى بسكنائها مدة وانقضت ، ولو رضي المعير أو المؤجر بأجرة مثل بعد أن نقلت نظرت ، إن كان المنتقل إليه مستأجراً ردت إلى الأول لجواز رجوع المعير ، أو مستأجراً لم ترد ، في أحد وجهين يظهر ترجيحه وقال الأذري : إنه الأقرب ؛ لأن في دعواها إلى الأول إضاعة مال أما إذا رضيها بعودها بعارية فلا ترد ؛ لأنها لا تأمن من الرجوع لجواز رجوع المعير كما مر (أو) ملكاً (لها) استمرت (فيه جوازاً) وطلبت الأجرة (من المطلق ؛ لأن السكنى عليه فيلزمه الأجرة أي أجرة أقل ما يسمها من المسكن على النص في الأم .

تبيه : ظاهر كلامه أنه يجب عليها أن تستمر فيه ، وهو ما جزم به صاحب المهذب والتهذيب ، والأصح كما =

= في الروضة أنها إن رضيت بالإقامة فيه بإجارة أو إعارة جاز وهو أولى ، وإن طلبت الانتقال فلها ذلك ؛ إذ لا يجب عليها بذل مسكنها لا بإجارة ولا بإعارة ولا تجب الأجرة إلا بطلبها ، فإن لم تطلبها ومضت مدة فالأصح القطع بسقوطها ، بخلاف النفقة ؛ لأنها في مقابلة التمسك وقد وجد فلا تسقط بترك الطلب ؛ ولأنها عين تملك لو ثبت في الذمة ، والمسكن لا تملكه المرأة وإنما تملك الانتفاع به في وقت وقد مضى ، وكذا لا تستحق أجرة لو سكنت في منزلها مع الزوج في العصمة على النص إن كانت أذنت له في ذلك ؛ لأن الإذن المطلق العاري عن ذكر العوض منزل على الإعارة والإباحة كما في فتاوى ابن الصلاح ؛ أي إذا كانت مطلقة التصرف كما هو ظاهر .

(فإن كان مسكن النكاح نفيساً فله) أي الزوج (النقل إلى) أقرب موضع من مسكن النكاح بحسب الإمكان (لائق بها) لأن النفيس غير واجب عليه ، وإنما كان سمح به لدوام الصحة وقد زالت ، وهل مراعاة الأقرب واجبة أو مستحبة فيه تردد ، وظاهر كلام الأصحاب الوجوب وهو الظاهر كنقل الزكاة إذا عدم الأصناف في البلد وجوزنا النقل فإنه يعين الأقرب ، وإن رضي ببقائها فيه لزمها (أو) كان (خسيشاً) لا يليق بها (فلها الامتناع) من استمرارها فيه وطلب النقلة إلى لائق بها إذ ليس هو حقها ، وإنما كانت سمحت به لدوام الصحة وقد زالت (وليس له) أي يحرم عليه ولو أعمى (مساكنتها ولا مداخلتها) في الدار التي تعتد فيها ؛ لأنه يؤدي إلى الخلوة بها وهي محرم عليه ؛ ولأن في ذلك إضراراً بها وقد قال تعالى : ﴿ وَلَا تُسَاوِرُنَّ يَنْبَغُ ﴾ أي في المسكن ، وسواء كان الطلاق بائناً أم رجعياً (فإن كان في الدار) الواسعة التي زادت على سكنى مثلها (محرم لها) ولو برضاع أو مصاهرة (بميز) يستحي منه ، ولو غير بالغ أو مراهق كما صرح به المصنف في فتاويه حيث قال : ويشترط أن يكون بالقاً عاقلاً ، أو مراهقاً ، أو مميزاً يستحي منه ، وما نقل عن النص من اشتراط البلوغ وعن الشيخ أبي حامد من المرافقة محمول على الأولى ، وقوله : (ذكر) ليس بقيد بل الأنتى كأختها أو خالتها أو عمتها كذلك إذا كانت ثقة ، فقد صحح في الروضة أنه يكفي حضور المرأة الأجنبية الثقة ، فالمحرم أولى (أو) محرم (له) مميز (أنثى أو زوجة أخرى ، أو أمة ، أو امرأة أجنبية جاز) ما ذكر لانتفاء المحذور ، لكن مع الكراهة لاحتمال النظر ، ولا عبرة بالمجنون والصغير الذي لا يميز ، ويعتبر في الزوجة والأمة أن يكونا ثقتين ، وقيل : لا يشترط ذلك في الزوجة لما عندها من الغيرة ، ويشترط في المحرم أن يكون بصيراً كما قاله الزركشي ، فلا يكفي الأعمى ، كما لا يكفي في السفر بالمرأة إذا كان محرماً لها .
تتبعه : يجوز للرجل أن يخلو بمرأتين أجنبيتين ثقتين فأكثر كما نقله الرافعي عن الأصحاب ، وما في الروضة كأصلها في صلاة الجماعة - من أنه لا يخلو بالنساء إلا المحرم - محمول على غير الثقات ليوافق المذكور هنا فإنه المعتمد ، ويحرم كما في المجموع خلوة رجلين أو رجال بامرأة ولو بعدت مواطنهم على الفاحشة ؛ لأن استحباب المرأة من المرأة أكثر من استحباب الرجل من الرجل (ولو كان في الدار حجرة) وهي كل بناء محوط أو نحوها كطبقة (فسكنها أحدهما) أي الزوجين (و) سكن (الآخر) الحجرية (الأخرى) من الدار (فإن اتحدت المرافق) للدار وهي ما يرتفع به فيها (كمطبخ ومستراح) ومصب ماء ومرمق سطح ونحو ذلك (اشترط محرم) حذرًا من الخلوة فيما ذكر (وإلا) بأن لم تتحد المرافق ، بل اختص كل من الحجرتين بمرافق (فلا) يشترط محرم ، ويجوز له مساكنتها بدونها ؛ لأنها تصير حيتيًّا كالدارين المتجاورتين نعم لو كانت =

= المرافق خارج الحجره في الدار لم يجز ؛ لأن الحلوة لا تتمتع مع ذلك ، قاله الزركشي (وبنبغي) أن يشترط كما عبر به في الشرح الصغير ونقله في الروضة وأصلها عن البيهقي (أن يغلُق ما بينهما) أي الزوجين (من باب) وسد أولى (وأن لا يكون عمر إحداهما) أي الحجرتين بحيث يمر فيه (على) الحجره (الأخرى) من الدار كما اشترطه صاحب التهذيب والتمتة وغيرهما حذراً من الوقوع في الحلوة (وسفل) بضم أوله بخطه ، ويجوز كسره (وعلو) بضم أوله بخطه ، ويجوز فتحه وكسره ، حكمهما (كدار وحجره) فيما ذكر قال في التجريد : والأولى أن يسكنها العلو حتى لا يمكن الاطلاع عليها .

خاتمة : يكتري الحاكم من مال مطلق لا مسكن له مسكنًا لمعتده لتعتد فيه إن فقد متطوع به ، فإن لم يكن له مال اقترض عليه الحاكم ، فإن أذن لها الحاكم أن تقترض على زوجها أو تكتري المسكن من مالها جاز وترجع به ، فإن فعلته بقصد الرجوع بلا إذن الحاكم نظرت فإن قدرت على استئذانه أو لم تقدر ولم تشهد لم ترجع ، وإن قدرت وأشهدت رجعت ، وإن مات زوج المعتدة فقالت : انقضت عدتي في حياته لم تسقط العدة عنها ولم ترث لإقرارها ، قال الأذري : وهذا قيده القفال بالرجعية ، فلو كانت بائناً سقطت عدتها فيما يظهر أخذًا من التقيد بذلك قال : فإن لم يعلم هل كان الطلاق رجعيًا أو بائناً ، فادعت أنه كان رجعيًا وأنها ترث فالأشبه نعم ؛ لأن الأصل بقاء حكم الزوجية .

قول المالكية : جاء في شرح الحارثي (١٥٥/٤ - ١٦٠) : « وللمعتدة المطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى يعني أن السكنى واجبة للمعتدة المطلقة أي سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائناً والمحبوسة بسببه بغير طلاق كالزني بها ومن فسخ نكاحها لفساد أو قرابة أو رضاع أو صهر أو لعان وهي مدخول بها إذ غيرها لا استبراء عليها فلا يتأتى لها سكنى ؛ لكن إنما تجب السكنى لمن حبست حيث اطلع على موجه قبل موت من الحبس بسببه كأن يطلع على فساد النكاح في حياته وفرق بينهما فتجب لها السكنى ولو مات بعد ذلك كما يأتي في قوله : (واستمر إن مات) أي واستمر المسكن إن مات من الحبس بسببه ، واحترز بذلك عما لو مات قبل العتور على موجب الحبس كما لو فسخ نكاحها بعد موته فلا سكنى لها مدة الاستبراء فقوله : في حياته متعلق بالمحبوسة وأما المطلقة فلها السكنى مطلقًا أي سواء ثبت الطلاق قبل موته أو بعده وتستمر سواء كان حيًا أو مات وعطف المحبوسة على المطلقة من عطف العام على الخاص لشموله ما سبق وغيرها حاملًا أو لا من مطلقة أو زني بها أو من يخلعها أو مفضوية أو ممن فسخ نكاحها لفساد بقرابة أو رضاع أو صهر أو لعان بناء على أنه فسخ لا من باب عطف المغاير كما قيل نظرًا للقيد في الثاني وهو محبوسة ولقيد الإطلاق في المطلقة وفيه نظر بل النظر لمطلقة أو محبوسة بسببه فإذا نظرت لمفهوم هذا ومفهوم هذا كان كما قلناه واعترض على تقييد المؤلف السكنى بقوله في حياته بأن ظاهر المدونة أن السكنى لا تنقيد بذلك انظر نصها في الشرح الكبير . وللمتوفى عنها إن دخل بها والمسكن له أو نقد كرائه . يعني أن المتوفى عنها يقضى لها بالسكنى مدة عدتها بشرطين : الأول : أن يكون الزوج قد دخل بها ، الثاني : أن يكون المسكن الذي هي ساكنة فيه وقت موته للميت بملك أو منفعة مؤقتة أو إجارة وقد نقد كراهه قبل موته ولو نقد البعض فلها السكنى بقدره فقط وحكمها في الباقى حكم من لم ينقد وهذا كله إذا مات وهي في عصمته ، وأما إن مات وهي مطلقة بائنة مستحقة السكنى فهي ثابت لها على كل حال سواء كان المسكن له أو نقد كراهه أم لا ؛ لأنها مطلقة =

= فالسكنى لها بلا شرط وسببه المؤلف على هذا في قوله واستمر إن مات أي المطلق لا بلا نقد وهل مطلقاً أو الإلوجية تأويلان هذا عطف على ما مر أي والمسكن له بملك أو نقد كراء لا بلا نقد والمعنى أن الزوج إذا مات والمسكن لغيره ولم ينقد كراءه فإنها لا سكنى لها وتدفع أجرة المسكن من مالها وهل مطلقاً سواء كان الكراء وجيبة أي مدة معينة أو كان مشاهرة ككل شهر بكذا وهو ظاهر قولها : إن كانت الدار بكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله وعليه حملها الباجي وغيره أو لا سكنى لها في المشاهرة ولها السكنى في الوجيبة وإن لم ينقد الزوج الكراء ؛ لأن الوجيبة تقوم مقام النقد قاله عبد الحق في النكت وعليه حملها بعض القرويين تأويلان . ولا إن لم يدخل بها إلا أن يسكنها إلا ليكنها تقدم أن المتوفى عنها لا سكنى لها إلا إن دخل بها زوجها فلو مات قبل الدخول بها فلا سكنى لها في مال الميت إلا أن يكون أسكنها معه وضمها إليه ولو صغيرة لا بجامع مثلها إلا أن تكون صغيرة لا يدخل بمثلها وإنما أسكنها وضمها إليه ليكنها فقط عما يكره فلا سكنى لها ويكفها بغير لام بعد الفاء كما في التوضيح عن ابن عبد الرحمن والذي حكاه ابن عرفة عن الصقلي عنه ليكنها من باب الكفالة والحضانة وبعبارة إلا أن يسكنها والمسألة بحالها وهي أن المسكن له أو نقد كراءه وقوله : (إلا أن يسكنها) أي وهي مطيقة للوطء أسكنها ليكنها أم لا ، وقوله (إلا ليكنها) أي وهي غير مطيقة للوطء نسخة ليكنها من الكفالة التي هي الحضانة هي الصواب ؛ لأن المسألة مفروضة في الصغيرة التي لا تطبق الوطء إذ هي محل الخلاف فيقيد كلامه بها وفي كلام تت والبساطي نظر .

وسكنت على ما كانت تسكن . أي وسكنت المعتدة من طلاق أو وفاة على حسب ما كانت تسكن مع الزوج فتمز المكان الذي كان مشتاهاً ومصيفها في شتائها وصيفها ورجعت له إن نقلها واتهم يعني لو نقلها زوجها إلى غير المنزل الذي كان تعرف بالسكنى فيه ثم طلقها أو مات فإنها ترد إلى المنزل الأول فتعتد فيه ويتهم الزوج على أنه إنما أراد إسقاط حقها من السكنى في العدة في المنزل الأول والعدة حق لله وواو واتهم واو الحال أو واو العطف على نقلها . أو كانت بغيره وإن لشرط في إجارة رضاع وانفسخت يعني أن الزوجة إذا كانت في غير المنزل الأول الذي عرفت بالسكنى فيه بأن كانت خارجة عنه بسبب استئجار ؛ لأجل إرضاع شخص وشرطوا عليها أن ترضعه في دار أهل فطلقها زوجها أو مات عنها فإنها ترجع إلى منزلها الأول وتنفسخ الإجارة لأجل حق الله إن لم يرض أهل الطفل بإرضاعها للطفل في مسكنها فلو كانت قابلة تولد غيرها أو ماشطة فلا يجوز لها أن تبيت عندهم ولو محتاجة كما يؤخذ من قوله في الإحداد والطيب وعمله ولو محتاجة . ومع ثقة إن بقي شيء من العدة إن خرجت ضرورة فمات أو طلقها في كالثلاثة الأيام يعني أن المرأة إذا خرجت مع زوجها إلى حجة الإسلام وهي المراد بالضرورة فمات زوجها أو طلقها بائناً أو رجعيًا في أثناء الطريق فإنها ترجع إلى منزلها لأجل العدة في صحة شخص ثقة محرم أو غير محرم أو ناس لا بأس بهم إن كانت سارت شيئاً قليلاً كالثلاثة الأيام ونحوها هذا إن بقي شيء من عدتها بعد وصولها إلى منزلها ولو يوماً واحداً كما هو ظاهر المدونة أما إن لم يبق من عدتها شيء فإنها لا ترجع ومحل الرجوع ما لم تكن تلبست بالإحرام أو ما لم تكن سارت كثيراً فإنها لا ترجع وتستمر في ذهابها إلى حجتها فقوله : إن بقي الخ أي إن بقي شيء من العدة بعد رجوعها إلى مسكنها لا حال الطلاق أو الموت وهذا الشرط ينبغي رجوعه لجميع المسائل التي فيها الرجوع السابقة واللاحقة ولذا لو أخره عن جميعها كان أحسن ، واستشكل قوله : إن =

= بقي شيء مع فرض المسألة أنه مات أو طلق بعد ثلاثة أيام فلا يتصور أن تمضي عدتها فيها ضرورة والحالة هذه وأجيب بأنه يتصور في الحامل إذا حصل لها ما يدل على قرب وضع الحمل ويمكن أن يتصور فيما إذا خرجت عن مسكنها تلك المدة ثم ظهر أنه طلقها سابقاً وبقي من العدة مسافة الطريق فقط فلا ترجع ؛ لأنه لا فائدة في الرجوع حيثئذ . وفي التطوع أو غيره إن خرج لكرباط لا لمقام وإن وصلت والأحسن ولو أقامت نحو الستة أشهر والمختار خلافه يعني أن المرأة إذا خرجت مع زوجها لحج تطوع أو لرباط أو لجهاد أو لزيارة أو نحو ذلك فطلقها زوجها أو مات عنها فإنها ترجع إلى منزلها لأجل عدتها فيه ولو وصلت إلى المكان الذي قصدته فلو وصلت إليه وأقامت به الستة أشهر فهل ترجع إلى منزلها الأول لتعدت فيه أو لا ترجع فيه خلاف قال ابن عبد السلام : ترجع وهو الأحسن عند ابن عبد الحكم وقال اللخمي : لا ترجع فقوله : وفي التطوع متعلق برجعته وقوله أو غيره أي غير تطوع . الحج من أسفار النوافل والإباحة المشار إليه بقوله : إن خرج لكرباط فهو راجع لقوله أو غيره ، ولو قال : إن خرجت كقوله وصلت لكان أحسن إذ هذا الحكم ثابت ولو خرجت وحدها وقوله : لا لمقام أي انتقال فإنها حيثئذ لا يجب عليها الرجوع وسيأتي أنها مخيرة في المكان الذي تعدت فيه . وفي الانتقال تعدت بأقربهما أو أبعدهما أو بمكانها هذا مفهوم ، قوله : لا لمقام يعني أنه إذا سافر بها سفر نفقة فمات أو طلقها في أثناء الطريق فإنها مخيرة فإن شاءت اعتدت في أقرب المكينين إليها أي المكان الذي خرجت منه أو المكان الذي خرجت إليه وإن شاءت اعتدت في أبعدهما وإن شاءت اعتدت في المكان الذي مات زوجها أو طلقها فيه وعلل في الموت بأن الزوج مات ولا قرار لها لرفض قرارها ولم تصل إلى قراره بعد والمطلقة طلاقاً بائناً أو رجعيًا كذلك وبعبارة قرره شراحه على التخيير وظاهر كلام ابن عرفة أن هذه أقوال فإنه ذكر في المسألة ستة أقوال . وعليه الكراء واجماً أي حيث لزمها الرجوع وكانت معتدة من طلاق ؛ لأنه أدخله على نفسه أمّا لو كان الرجوع جائزاً كما إذا كانت تعدت بأقربهما أو أبعدهما أو بمكانها فلا شيء عليه قال بعض الجارري على الأصول في المتوفى عنها أن عليه الكراء في الرجوع أو التماذي إن كان نقد وفيما إذا اعتدت بمكان الموت نظر . انتهى ولما كان قوله : فيما مر ورجعت في كل الأقسام مقيداً بمن طرأ عليها موجب العدة قبل تلبسها بحق الله كما قدمنا نبه على ذلك . بقوله : ومضت المحرمة أو المتكفة يعني أن المرأة إذا أحرمت بالعمرة أو الحج أو اعتكفت ثم مات زوجها أو طلقها فإنها تمضي على إحرامها وعلى اعتكافها ولا ترجع لمسكنها ويسقط حقها منه أو أحرمت وعصت أي وكذا تمضي في إحرامها إذا أحرمت المعتدة بعد موجب العدة من طلاق أو موت وعصت هذه بإدخال الإحرام على العدة لخروجها من مسكن عدتها ، قال أبو الحسن بخلاف المتكفة : فإنها لا تنفذ إذا أحرمت وتبقى على اعتكافها حتى تنتم ؛ إذ لو قيل أنها تخرج للحج الذي أحرمت به لبطل اعتكافها ؛ لأنه لا يكون إلا في المسجد فالإحرام يخل بهجمة الاعتكاف ولا يخل بهجمة العدة وإنما يخل ببيتها فقوله : أو أحرمت إلخ أي التي كانت أحرمت والتي كانت اعتكفت والتي أحرمت وعصت فالعطوف في قوله : أو أحرمت محذوف وليس أحرمت معطوفاً على كان المقدرة ؛ لأن صلة أل لا تكون فعلاً ماضياً وحذف الموصول وإبقاء صلته جائز كقوله : ومن يهجوهم ويمدحهم سواء . ولا سكنى لأمة لم تنوأ يعني أن الأمة إذا طلقها زوجها أو مات عنها فإن كانت قد بوئت بيتاً مع زوجها قبل الطلاق أو الموت فلها السكنى وإلا فلا وأعاد هذه المسألة مع فهمها من قوله : سابقاً وسكنت على ما كانت =

تسكن ليرتب عليه قوله : ولها حينئذ الانتقال مع ساداتها يعني أن الأمة إذا طلقها زوجها طلاقاً رجعيّاً أو بائناً أو مات عنها ولم تكن قد بوئت مع زوجها بيّناً وهو معنى قوله : حينئذ أي حين لم تبوأ فإنه يقضى لها بالانتقال مع ساداتها إذا انتقلوا ولا كلام لزوجها ؛ لأن حق الخدمة لم ينقطع بالتزويج وأما إن بوئت مع زوجها بيّناً فليس لساداتها أن ينقلوها معهم . كبدوية ارتحل أهلها فقط تشبيهه في جواز الانتقال أي يجوز للبدوية أي ساكنة العمود أن تنتقل مع أهلها فقط وأخرى لو ارتحل أهلها وأهل زوجها مقاً اجتمعوا أو اختلفوا لكن إن اجتمعوا اعتدت مع أهل زوجها وإن اختلفوا اعتدت مع أهلها ومفهوم أهلها فقط أنها لو ارتحل أهل زوجها فقط لا ترتحل معهم وهذا إذا كان لكل أهل فإن لم يكن لها أهل اعتدت حيث كانت مع أهل زوجها وبعبارة الصور أربع ؛ لأنه إذا ارتحل أهلها فإما أن يكون عليها إذا بقيت مع أهل زوجها مشقة في لحاقها بأهلها بعد العدة أم لا ففي الأول ترتحل مع أهلها وفي الثاني لا ترتحل معهم وإذا ارتحل أهل زوجها فقط فإما أن يكون عليها إذا ارتحلت معهم مشقة في عودها لأهلها بعد العدة أم لا ففي الأول لا ترتحل معهم وفي الثاني ترتحل معهم . ولما ذكر ما يبيح خروج البدوية ذكر ما يبيح للحضرية وغيرها بقوله : أو لعذر لا يمكن المقام معه بمسكنها كسقوطه أو خوف جار سوء ولزمت الثاني والثالث يعني أنه لو طلقها أو مات عنها فأخذت في العدة ثم حصل لها ضرر في المكان الذي هي فيه لا يمكنها المقام معه فإنها تنتقل إلى غيره والعذر إما سقوطه أو خوفها على نفسها أو مالها لأجل الجار السوء أو لأجل انتقال جيرانها من حولها ووجدت وحشة ، وإذا انتقلت لعذر إلى المكان الثاني صار حكمه كالأول في لزومه كما مر فإن حصل عذر كما مر فإنها تنتقل إلى غيره وهكذا وإذا انتقلت لغير عذر ردت بالقضاء ولو أذن لها المطلق. والخروج في حوائجها طرفي النهار يعني أن المعتدة من وفاة أو طلاق يجوز لها أن تخرج في قضاء حوائجها طرفي النهار أي المحكوم لهما في التصرف بحكم النهار وهما من قبيل الفجر لقليل ومن الغروب للمساء وأخرى نهازا وإنما نص على المتوهم وعليه يكون موافقاً للمدونة وظاهر كلام المؤلف أنها لا تخرج في غير حوائجها وظاهر النقل جوازه فإنه قال تخرج للعرض ولا تبئت إلا في بيتها لا لضرر جوار لحاضرة ورفعت للحاكم وأقرع لمن يخرج إن أشكل به هنا على أن ضرر الجيران في حق الحاضر قرية أو مدينة لا يكون عذراً يبيح لها الانتقال إلى غير منزلها ولكنها ترفع أمرها إلى الحاكم فينظر فيه فمن كان ظالماً كفه عن صاحبه وإن أشكل عليه الأمر فإنه يقرع بينهم فمن خرج السهم عليه أخرجه عن صاحبه ويحترز بالحاضرة من البدوية فإن ضرر الجيران في حقها عذر يبيح لها أن تنتقل من موضعها ونازع ابن عرفة الجماعة في القرعة وارتضى إخراج غير المعتدة انظر نصح وما يرد عليه في الشرح الكبير . وهل لا سكنى لمن سكنت زوجها ثم طلقها قولان يعني أن المرأة إذا تبرعت لزوجها بالسكنى معها في منزلها الذي تملك منفعة ثم إنه طلقها فطلبت منه أجره السكنى في مدة العدة فامتنع من ذلك فهل يلزمه ذلك ؛ لأن المكارمة قد انقطعت بالطلاق أو لا فيه خلاف ومفهوم الطلاق أنه لو مات عنها لا شيء لها في عدة الوفاة وعادة المؤلف أن يقول في مثل ذلك تردد ؛ لأنه لعدم نص المتقدمين وجعل الشارح محل الخلاف فيمن طاعت بسكنى زوجها معها يقتضي أنه إذا شرط ذلك في العقد لا يكون الحكم كذلك أي يفسد العقد قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل ويسقط الشرط كما مر عند قوله : أو على شرط يناقض إلخ وهذا هو الظاهر . وسقطت إن أقامت بغيره ضمير سقطت يرجع لأجرة السكنى زمن العدة والمعنى أن المعتدة من طلاق ولو =

= رجعيًا أو وفاة إذا أقامت بغير منزلها الذي لزمها أن تعتد فيه فإنها لا تستحق أجره السكنى أي إذا طلبت أجره المنزل الذي خرجت منه ؛ لأنها تركت ما كان واجبًا لها فلا يلزمه بعد ولها عنه عوض وسواء أكرى المنزل الذي خرجت منه أم لا وقال اللخمي : إذا أكره رجعت بالأقل مما أكرى به الأول أو أكرت وقوله : وسقطت إن أقامت بغيره أي لغير عذر كما هو ظاهر وذكر الشارح عن المدونة ما يفيدته .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٢٨/٨ - ١٣٠) : قال أصحابنا : ولا سكنى للمتوفى عنها ، إذا كانت حائلاً . رواية واحدة . وإن كانت حاملاً ، فعلى روايتين . وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان . وجه الوجوب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا مَبِيتَةً إِذْ ذَرَوْهُم مَّتَّعْنَا إِلَى الْوَعْدِ غَيْرَ إِسْرَافٍ ﴾ . فنسخ بعض المدة ، وبقي باقياها على الوجوب ؛ ولأن النبي ﷺ أمر فريضة بالسكنى في بيتها ، من غير استئذان الورثة ، ولو لم تجب السكنى ، لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنتهم ، كما أنها ليس لها أن تصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنتهم .

ولنا : أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها ، وجعل باقياها لسائر الورثة ، والمسكن من التركة ، فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك ؛ ولأنها بائن من زوجها ، فأشبهت المطلقة ثلاثاً . وأما إذا كانت حاملاً ، وقلنا : لها السكنى ؛ فلأنها حامل من زوجها ، فوجب لها السكنى . فإشباهاً على المطلقة . فأما الآية التي احتجوا بها ، فإنها منسوخة .

وأما أمر النبي ﷺ فريضة بالسكنى ، فقضية في عين ، يحتمل أنه ﷺ علم أن الوارث يأذن في ذلك ، أو يكون الأمر يدل على وجوب السكنى عليها ، ويتقيد ذلك بالإمكان ، وإذن الوارث من جملة ما يحصل الإمكان به ، فإذا قلنا لها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء ، من رأس مال المتوفى ، ولا يباع في دينه يباع بمنعها السكنى ، فيه حتى تقضي العدة ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، وإن تعذر المسكن ، فعلى الوارث أن يكتري لها مسكناً من مال الميت ، فإن لم يفعل ، أجزره الحاكم ، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر ، كما ذكرنا . وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه ؛ لم يجز ؛ لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى ؛ لأنها تجب للعدة ، والعدة يتعلق بها حق الله تعالى ، فلم يجز اتفاقهما على إبطالها ، بخلاف سكنى النكاح ؛ فإنها حق لهما ؛ ولأن السكنى هاهنا من الإحداد ، فلم يجز الاتفاق على تركها ، كسائر خصال الإحداد . وليس لهم أن يخرجوها ، إلا أن تأتي بفاحشة مبينة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ . وهي أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه . روي ذلك عن ابن عباس . وهو قول الأكثرين . وقال ابن مسعود ، والحسن ؛ هي الزنى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَاحِشَةَ مِنْ بَنَاتِكُمْ فَاثْتَسَدَّ خَدَّيْهَا فَرَأَتْهُ فَطَبَعَتْ رِجْلَيْهَا فَرَأَى إِلَهاً فَكَفَى ﴾ . وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنى ، ثم ترد إلى مكانها .

ولنا : أن الآية تقتضي الإخراج عن السكنى ، وهذا لا يتحقق فيما قاله . وأما الفاحشة فهي اسم للزنى وغيره من الأقوال الفاحشة ، يقال : أفحش فلان في مقاله .

ولهذا روي عن النبي ﷺ أنه قالت له عائشة : يا رسول الله ، قلت لفلان ؛ بس أسوأ العشرة . فلما دخل ألتت له القول . فقال : يا عائشة ، إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش . إذا ثبت هذا ، فإن الورثة =

= يخرجونها عن ذلك المسكن ، إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم ، فإن كانت لا تجمعهم ، أو لم يمكن نقلها إلى غيره في الدار ، ولم يتخلصوا من أذاها بذلك ، فلهم نقلها .

وقال بعض أصحابنا : ينتقلون هم عنها ؛ لأن سكنها واجب في المكان ، وليس بواجب عليهم . والنص يدل على أنها تخرج ، فلا يجرع على ما خالفه ؛ ولأن الفاحشة منها ، فكان الإخراج لها . وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ، ويفحشون عليها ، نقلوا هم دونها ، فإنها لم تأت بفاحشة ، فلا تخرج بمقتضى النص ؛ ولأن الذنب لهم فيخضون بالإخراج . وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه ، لزمها الاعتداد به ، وإن أئى أن يسكنها إلا بأجرة ، وجب بذلها من مال الميت ، إلا أن يتبرع إنسان ببذلها ، فيلزمها الاعتداد به ، فإن حوّلها صاحب المكان ، أو طلب أكثر من أجرة المثل ، فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن ؛ لأنه حق لها يقدم على الميراث ، فإن اختارت النقلة عن هذا المسكن الذي ينقلونها إليه ، فلها ذلك ؛ لأن سكنها به حق لها ، وليس بواجب عليها ، فإن المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به ، هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عنها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذي كانت به لأبويها ، أو لأحدهما ، أو لغيرهم . وإن كانت تسكن في دارها فاختارت الإقامة فيها ، والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة ، جاز ، ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها ، وإن طلبت أن تسكنها غيرها ، وتنتقل عنها ، فلها ذلك ؛ لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تبرعها ، وعليهم إسكانها .

فأما إذا قلنا : ليس لها السكنى . فتطوع الورثة بإسكانها في مسكن زوجها ، أو السلطان أو أجنبي ، لزمها الاعتداد به ، وإن منعت السكنى به ، أو طلبوا منها الأجرة ، فلها أن تنتقل عنه إلى غيره ، كما ذكرنا فيما إذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة ، وسواء قدرت على الأجرة ، أو عجزت عنها ؛ لأنه إنما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن . وإن كانت في مسكن لزوجها ، فأخرجها الورثة منه ، وبذلوا لها مسكناً آخر ، لم تلزمها السكنى . وكذلك إن أخرجت من المسكن الذي هي به ، أو خرجت لأي عارض كان ، لم تلزمها السكنى في موضع معين سواه ، سواء بذل الورثة أو غيرهم ؛ لأنها إنما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه ، لا في غيره .

وكذلك إذا قلنا : لها السكنى ، فتعذر سكنها في مسكنها وبذل لها سواه . وإن طلبت مسكناً سواه ، لزم الورثة تحصيله ، بأجرة أو بغيرها ، إن خلف الميت تركة تفي بذلك ، ويقدم ذلك على الميراث ؛ لأنه حق على الميت ، فأشبه الدين ؛ فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ، ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء ؛ لأن حقها مساو لحقوق الغرماء ، وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه . وكذلك الحكم في المطلقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ، ثم طلقها ، فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء ، إذا كانت حاملاً . فإن قيل : فهلا قدمت حق الغرماء ؛ لأنه أسبق ، قلنا : لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها ، فشاركت الغرماء فيه ، كما لو أتلف المفلس مالا لإنسان أو جنى عليه ، وإن مات ، وهي في مسكنه ، لم يجز إخراجها منه ؛ لأن حقها تعلق بعين المسكن ، قيل تعلق حقوق الغرماء بعينه ، فكان حقها مقدماً كحق المرتهن . وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن ، وتترك السكنى لها مدة العدة ، لم يجز ؛ لأنها إنما تستحق السكنى إذا كانت حاملاً ، ومدة الحمل مجهولة ، فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة . وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها في السكنى ، لم يكن لهم ذلك . وإن أرادوا التعليم بخطوط ، من غير نقض ولا بناء ، جاز ؛ لأنه =

= لا ضرر عليها فيه .

وإذا قلنا : إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها . فإنها تضرب بمدة عادتها في وضع الحمل ، إن كانت حاملاً ، وإن كانت مطلقة من ذوات القروء ، وقلنا : لها السكني . ضربت بمدة عادتها في القروء ، فإن لم تكن لها عادة ، ضربت بغالب عادات النساء ، وهو تسعة أشهر للحمل ، وثلاثة أشهر ، لكل قرء شهر ، أو بما بقي من ذلك ، إن كان قد مضى من مدة حملها شيء ؛ لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء ، فإذا ضربت بذلك ، فوافق الصواب ، فلم تزد ولم تنقص ، استقر الحكم ، وتستأجر بما يحصل لها مكاناً تسكنه . وإذا تعذر ذلك ، سكنت حيث شاءت ، وإن كانت المدة أقل مما ضربت به ، مثل إن وضعت حملها لسته أشهر ، أو تربصت ثلاثة قروء في شهرين ، فعلها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه . وإن طالت العدة أكثر من ذلك ، مثل ذلك مثل إن وضعت حملها في عام ، أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام ، رجعت بذلك على الغرماء ، كما يرجعون عليها في صورة النقص . ويحتمل أن لا ترجع به ، ويكون في ذمة زوجها ؛ لأننا قَدَرْنَا ذلك مع تجويز الزيادة ، فلم تكن لها الزيادة عليه .

وجاء فيه أيضاً (١٣٢/٨) : « وإذا كانت الميتة حاملاً ، وجب لها السكني ، رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فيه ، وإن لم تكن حاملاً ففيها روايتان ؛ إحداهما : لا يجب لها ذلك . وهو قول ابن عباس ، وجابر . وبه قال عطاء ، وطاووس ، والحسن ، وعمرو بن ميمون ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . والثانية : يجب لها ذلك ، وهو قول ابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وأبي بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد ، وسليمان بن يسار ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تَحْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِغَيْرِ حَبْلٍ مُبْتَدَأٍ ﴾ . وقال تعالى : ﴿ أَنْتِكُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَبُؤِكُمْ وَلَا تَنْسَؤُنَّ عُقُوبَتَكُمْ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَتَّىٰ قَالَتْهُنَّ عَالِيَتُهُنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . فأوجب لهن السكني مطلقاً ، ثم خص الحامل بالإفناق عليها .

ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : أن أبا عمرو بن حفص طلقها ابنة ، وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فتسخطته ، فقال : والله ما لك علينا من شيء . فجاءت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : ليس لك عليه نفقة ولا سكني . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « إن تلك امرأة بغشاشا أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » . متفق عليه . فإن قيل : فقد أنكروا عليها عمر ، وقال : ما كنا لندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة ، لا ندري أصدقت أم كذبت .

وقال عروة : لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب ، ، وقال : إنها كانت في مكان وحش ، فخيغ على ناحيتها ؟ ، وقال : سعيد بن المسيب ، تلك امرأة فتنت الناس ، إنها كانت لسته ، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى . قلنا : أما مخالفة الكتاب ، فإن فاطمة لما أنكروا عليها ، قالت : بيني وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ . فأي أمر يحدث بعد الثلاث ، فكيف تقولون : لا نفقة لها ، إذا لم تكن حاملاً فعلا محبسونها ، فكيف تجبس امرأة بغير نفقة ، وأما قولهم : إن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا . فقد أنكروا أحمد هذا القول عن عمر ، قال ولكنه قال : لا تجيز في ديننا قول امرأة .

وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بخبر فريفة ، وهي امرأة ، وبرواية عائشة وأزواج رسول الله ﷺ في =

١٧٥٢ - اعلم أن الفرقة بين الزوجين : إما أن تكون بغير وفاة الزوج ، أو بوفاته .

فإن كان الثاني : فسيأتي حكمه في شرح مادة (٣٣١) .

وإن كان الأول : فإما أن تكون من قبل الرجل ، أو من قبل المرأة . وعلى كل : فإما

أن يكون سبب الفرقة معصية ، أو غير معصية . ففتتح صور أربع :

= كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خير فاطمة هذا في كثير من الأحكام ، مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تكن حاملاً ، ونظر المرأة إلى الرجال ، وخطبة الرجل ، على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول . وأما تأويل من تأول حديثها ، فليس بشيء فإنها تخالفهم في ذلك ، وهي أعلم بحالها ، ولم يتفق المتأولون على شيء ، وقد رد على من رد عليها ، فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب ، لما قال : تلك امرأة فتنت الناس : لئن كانت إنما أخذت بما أفاتها رسول الله ﷺ ما فتنت الناس ، وإن لنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ، ليس له عليها رجعة ، ولا بينهما ميراث .

وقول عائشة : إنها كانت في مكان وحش . لا يصح ؛ فإن النبي ﷺ علل بغير ذلك ، فقال : يا ابنة آل قيس ، إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة . هكذا رواه الحميدي ، والأثرم ؛ ولأنه لو صح ما قالته عائشة أو غيرها من التأويل ، ما احتاج عمر في رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة . ثم فاطمة صاحبة القصة ، وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وقد أنكرت على من أنكر عليها ، وردت على من رد خيرها ، أو تأوله بخلاف ظاهره ، فيجب تقديم قولها ؛ لمعرفتها بنفسها ، وموافقها ظاهر الخبر ، كما في سائر ما هذا سبيله . قال أصحابنا : ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق ، سواء قلنا : لها السكنى . أو لم نقل ، بل يتخير الزوج بين إقرارها في الموضع الذي طلقها فيه ، وبين نقلها إلى مسكن مثلها ، والمستحب إقرارها ؛ لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يُتَيَّنَ بِفَتْحِ رَبِّنَّ ﴾ ؛ ولأن فيه خروجاً من الخلاف ، فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى ، يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها ، فإن كانت في بيت يملك الزوج سكنها ، ويصلح لمثلها ، اعتدت فيه ، فإن ضاق عنهما ، انتقل عنها وتركها لها ؛ لأنه يستحب سكنها في الموضع الذي طلقها فيه ، وإن اتسع الموضع لهما ، وفي الدار موضع لها منفرد كالحجرة أو علو الدار أو سفها ، وبينهما باب مغلق ، سكنت فيه ، وسكن الزوج في الباقي ؛ لأنهما كالحجرتين المتجاورتين ، وإن لم يكن بينهما باب مغلق ، لكن لها موضع تستتر فيه ، بحيث لا يراها ، ومعها محرم تتحفظ به ، جاز ؛ لأن مع المحرم يؤمن الفساد ، ويكره في الجملة ؛ لأنه لا يؤمن النظر ، وإن لم يكن معها محرم ، لم يجز ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بحرم ؛ فإن ثالثهما الشيطان » . وإن امتنع من إسكانها ، وكانت ممن لها عليه السكنى ، أجبره الحاكم ، فإن كان الحاكم معدوماً ، رجعت على الزوج ، وإن كان الحاكم موجوداً ، فهل ترجع ، على روايتين . وإن كان الزوج حاضراً ، ولم يمنعها من المسكن ، فاكترت لنفسها موضعاً ، أو سكنت في موضع تملكه ، لم ترجع بالأجرة ؛ لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد . وإن عجز الزوج عن إسكانها ؛ لعسرت ، أو غيبته ، أو امتنع من ذلك مع قدرته ؛ سكنت حيث شاءت . وكذلك المتوفى عنها زوجها ، إذا لم يسكنها ورثته ؛ لأنه إنما تلمزها السكنى في منزله لتحصين ماله ، فإذا لم تفعل ، لم يلزمها ذلك .

١٧٥٣ - الصورة الأولى : أن تكون الفرقة من قبل الزوج ، وكان سبب الفرقة غير معصية .

١٧٥٤ - الثانية : أن تكون الفرقة من قبل الزوج ، وسبب الفرقة معصية . وفي هاتين الحالتين تجب النفقة بأنواعها الثلاثة ، وهي : الطعام ، والكسوة ، والسكنى ما دامت المرأة في العدة ، قصر الزمن أو طال .

١٧٥٥ - ويبنى على ذلك : أن المرأة تجب لها النفقة ما دامت في العدة في المسائل الآتية .

١٧٥٦ - أولاً : للمطلقة . فإذا طلق الرجل زوجته ، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا ، وسواء كان البائن بائنًا بينونة صغرى أو كبرى ، وسواء كانت المرأة حاملًا أو حائلاً ، أي : غير حامل ؛ لأن سبب الفرقة أت من جهته

١٧٥٧ - ثانياً : للملاعة . فإذا قذف الرجل زوجته بصريح الزنى ، ورفعت أمرها إلى الحاكم ، وتلاعن الزوجان ، وفرق الحاكم بينهما ، وجبت عليها العدة ، ولها النفقة ما دامت فيها ؛ لأن هذه الفرقة أتت من قبله ، وإن كان لها دخل فيها ؛ لكنه هو سبب حصول القذف منه أولاً ، فهي مضطرة للدفاع عن شرفها وعرضها .

١٧٥٨ - ثالثاً : للمبانة بالإيلاء . فإذا قال الرجل لزوجته : والله لا أقربك أربعة أشهر . مضت هذه المدة ولم يُقربها فيها ، بانت منه ، وتلزمها العدة ، فما دامت فيها وجبت لها النفقة ؛ لأنه هو السبب في الفرقة .

١٧٥٩ - رابعاً : للمبانة بالخلع . فإذا قال الرجل لزوجته : خالعتك في نظير عشرين جنيهاً (مثلاً) . فقبلت وقع الطلاق البائن ، ولزمتها العدة . فما دامت فيها وجبت لها النفقة ؛ لأنه هو السبب في هذه الفرقة ، وإن كان لها دخل فيها بالقبول إذ لو لم تقبل لم يقع الطلاق . ولكن محل وجوب نفقة العدة على الزوج في هذه الصورة إذا لم تحصل البراءة منها وقت الخلع ، بأن قال لها : خالعتك على كذا ونفقة العدة . فقبلت ؛ وقع الطلاق البائن ، ولا تلزمه نفقة العدة لرضاها بسقوطها وهي حقها ، فتسقط . وقد تقدم هذا في الخلع .

١٧٦٠ - خامساً : للمبانة بإبائه عن الإسلام . فإذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلمت الزوجة ، وعرض الإسلام على الزوج ، فامتنع وفرق القاضي بينهما ، وجبت عليها العدة ، ولزمتها النفقة ؛ لأنه هو السبب في هذه الفرقة إذا لو أسلم بقيت الزوجة إذا

لم يكن هناك مانع آخر من بقائها ، كأن تكون مَخرُماً له بالنسبة للديانة الإسلامية .
 ١٧٦١ - سادساً : لزوجة من اختار الفسخ بالبلوغ . فإذا زوّج غير الأب والجد الصغير ، وعند بلوغه اختار فسخ هذا العقد ، انفسخ ، ولزمت المرأة العدة ، فتجب لها النفقة ما دامت فيها ؛ لأنه هو السبب في هذه الفرقة .

١٧٦٢ - سابقاً : للمبانة برده . فإذا كان الزوجان مسلمين ، وارثد الزوج ، أي : خرج عن دين الاسلام والعياذ بالله تعالى ؛ انفسخ عقد الزواج ، ولزمت المرأة العدة ، فما دامت فيها وجبت لها النفقة ، لأنه هو السبب فيها ، ولا شك في أن هذه فرقة سببها معصية الزوج .

١٧٦٣ - ثامناً : للمبانة بفعل الزوج بأصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة . فإذا زنى الزوج بأُم زوجته أو بنتها أو لمس واحدة منهما بشهوة ، حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة عند أبي حنيفة وأصحابه ، ولزمتها العدة ، فما دامت فيها وجبت لها النفقة ؛ لأنها فرقة أتت من قبله ، ولا شك في أن هذه أيضاً سببها معصية الزوج .

١٧٦٤ - ولا يخفى عليك أنه لا بد أن تكون هذه الأشياء حصلت بعد الدخول ؛ إذ لو كانت قبله فلا تجب عليها عدة ، فلا تجب على الزوج نفقة . فتجب النفقة للزوجة على الزوج في كل هذه الصور ما دامت في العدة ، سواء كانت العدة بالأشهر إن لم تكن المرأة من ذوات الحيض ، أو بالحيض إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً .

وإنما وجبت لها النفقة في هذه الصور على الزوج ما دامت في العدة ؛ لأن النفقة جزاء الاحتباس ، وهي محبوسة في حكم هو المقصود من الزواج وهو الولد ؛ إذ العدة واجبة في هذه الأحوال لصيانتها ، فتجب النفقة ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٧) أ - تستحق المعتدة من طلاق أو فسخ نفقة عدتها ما لم يكن الفسخ بسبب محظور من قبلها .

ب - تستحق المعتدة الحامل نفقة عدتها حتى تضع حملها .

المادة (٧٩) تسقط نفقة المعتدة من طلاق رجعي بخروجها من بيت الزوجية دون عُذر شرعي .

(مادة ٢٢٤)

كُلُّ فُرْقَةٍ وَقَعَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجَةِ بِإِغْصَابٍ مِنْهَا لَا تُوجِبُ سُقُوطَ النَّفَقَةِ . فَتَجِبُ لِلْمُعْتَدَةِ بِخِيَارِ بُلُوغٍ ، أَوْ عَدَمِ كِفَاءَةٍ ، أَوْ نَقْصَانِ مَهْرٍ ، وَلَا امْرَأَةٍ الْعَيْنِ إِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا (١) .

• • •

١٧٦٥ - الصورة الثالثة : أن تكون المرأة هي السبب في الفُرقة ، ولكن السبب غير معصية . وفي هذه الصورة تجب لها النفقة أيضًا .

ويبنى على ذلك وجوب النفقة في الأحوال الآتية :

أولاً : لمن اختارت نفسها بالبلوغ . فإذا زوج الصغيرة غير الأب والجد بكفاء ، ودفع مهر المثل ، فالعقد صحيح ، ولكن لهذه الصغيرة عند البلوغ اختيار نفسها . فإذا اختارت نفسها ، وفسخت العقد ، ورفعت الأمر إلى القاضي وحكم بالفسخ ، لزمها العدة ووجبت لها النفقة ما دامت فيها ؛ لأن هذه الفُرقة وإن كانت من جهتها لكنها ليست معصية .

ثانياً : إذا زوجت المكلفة نفسها لرجل ، واشترطت كفاءته لها أو أخبرها بأنه كفاء ، ثم تبين أنه غير كفاء ، وفسخت العقد ، فلها النفقة ما دامت في العدة ؛ لأن الفُرقة وإن كانت من قبلها إلا أنها محقة فيها .

ثالثاً : إذا زوجت المكلفة نفسها لكفاء ، ودفع أقل من مهر المثل بلا رضا وليها العاصب قبل العقد ، فطلب الولي من الزوج تميم مهر المثل ، فامتنع وفسخ العقد ، وجبت العدة ونفقتها .

رابعاً : إذا تزوجت امرأة رجلاً ، فوجدته عييباً ، ورفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق ، وبعد التحريات الشرعية اللازمة خيرها القاضي ، فاختارت نفسها ، وجبت لها النفقة ما دامت في العدة ؛ لأنها محقة في طلب الفُرقة .

ولا بد أن تكون الفُرقة في هذه الأشياء بعد الدخول أو الخلوة ؛ إذ لو كانت قبلهما فلا عدة فلا نفقة .

١٧٦٦ - وإنما وجبت النفقة في هذه الصور وإن كانت الفُرقة من جهتها ؛ لأنها

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

حبست نفسها بحق ، فلا تسقط نفقتها ، كما إذا حبست نفسها عنه ؛ لعدم استيفائها معجل صداقها ، فإن النفقة لا تسقط أيضاً ؛ لأنها محقة في هذا المنع .

١٧٦٧ - ومحل استحقاق المعتدة للنفقة : إذا لم تخرج من بيت العدة، فإن خرجت ، سقطت نفقتها ما دامت على النشوز . فإن عادت إلى بيت الزوج ، عادت النفقة (١) .

(مادة ٣٢٥)

كُلُّ فَرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ وَكَانَتْ بِمَعْصِيَتِهَا ، تُوجِبُ سَقُوطَ النَّفْقَةِ . فَلَا تَجِبُ : لِلْمُعْتَدَةِ لِفَرْقَةٍ نَاشِئَةٍ عَنْ رُدِّيَّتِهَا بَعْدَ الدُّخُولِ أَوْ الْخُلُوقِ بِهَا ، أَوْ عَنْ فِعْلِهَا طَائِعَةً مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمَصَاهِرَةِ بِأَصْلِ زَوْجِهَا أَوْ بِفُرْعِهِ . وَإِنَّمَا تُكُونُ لَهَا السُّكْنَى إِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنْ بَيْتِ الْعُدَّةِ (٢) .

• • •

١٧٦٨ - الصورة الرابعة : أن تكون هي السبب في الفرقة ، وهو معصية . وفي هذه الحالة تسقط نفقتها .

١٧٦٩ - وينبغي ذلك سقوطها في الأحوال الآتية :

أولاً : إذا ارتدت ، أي : خرجت عن دين الاسلام ، فلا نفقة لها ولو في العدة .
ثانياً : إذا فعلت بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة ، بأن قبلت أباه أو ابنه بشهوة أو مكنته من نفسها ؛ لأنها تحرم على زوجها حرمة مؤبدة بفعل هذه

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : «سقوط النفقة عن المكلف بها تسقط النفقة عن المكلف بها بأحد الأسباب التالية : « إذا انتهت العلاقة الزوجية بين الزوجين بمجرد وقوع الطلاق البائن ، وباتهاء العدة من الطلاق الرجعي مالم تكن المرأة حاملاً فتبقى لها النفقة إلى حين وضعها وبعده تمتد نفقة الولد إلى حين سقوطها عن المكلف بها شرعاً .

« إذا خرجت المطلقة رجعيًا من بيت عدتها بدون عذر ولا رضى زوجها » .

« إذا بلغ الولد عاقلاً قادراً على الكسب » .

« إذا تزوجت البنت ووجبت نفقتها على الزوج » .

« إذا كان للولد الصغير - ذكراً كان أم انثى - مال أو عمل يكفيه لتسديد نفقته » .

« إذا تحمل بها غير المألوم بها كالأم أو والدها أو الغير كما في الطلاق الحلبي » .

(٢) ينظر تعليقنا على المادة (٣٢٤) .

الأشياء عند أبي حنيفة وأصحابه كما تقدم مرارًا ، فنسقط وإن كانت في العدة ؛ لأن سبب الفرقة معصية من جهتها ، ولكن محل سقوط نفقتها في هذه الحالة إن كانت طائعة . فلو أكرهت على تمكينه منها ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها مضطرة في ذلك . وأنت خيرير بأن هذا لا بد أن يكون بعد الدخول أو الخلوة كما تقدم . وإنما سقطت النفقة في هذه الصورة ؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصارت كما إذا كانت ناشرة فتسقط نفقتها ، والنفقة الساقطة في هذه الصورة هي الطعام والكسوة . أما السكنى فلا تسقط ؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها ، فهو حق الله ، فلا يسقط بمعصيتها . وأما النفقة فواجبة لها، فتجازى بسقوطها لمعصيتها .

(مادة ٢٢٦)

كُلُّ امْرَأَةٍ بَطَلَتْ نَفَقَتُهَا بِالْفُرْقَةِ لَا تَعُودُ لَهَا النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ زَالَ سَبَبُ الْفُرْقَةِ . فَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمُبَانَةَ بِالرُّدَّةِ وَالْعِدَّةُ بَاقِيَةٌ ، فَلَا تَعُودُ لَهَا نَفَقَتُهَا ، بِخِلَافِ الْمَطْلُوقَةِ نَاشِرَةً إِذَا تَرَكَتِ الشُّوزَ وَعَادَتْ إِلَى بَيْتِ الزَّوْجِ ، كَانَ لَهَا أَخْذُ النَّفَقَةِ ^(١) .

١٧٧٠ - ومتى سقطت النفقة في هذه الصورة الأخيرة ، لا تعود وإن زال السبب المسقط لها . فإذا ارتدت الزوجة ، سقطت نفقتها كما علمته . فإذا فرض أنها أسلمت والعدة باقية ، فلا تستحق شيئاً من النفقة أيضاً ؛ لأنها سقطت بالردة ، والساقط لا يعود ، ولكن إذا نشزت المرأة ، أي : خرجت عن طاعة زوجها بغير حق ، فطلقها ثم تركت الشوز وعادت إلى بيت الزوج ، استحق عليه النفقة .

١٧٧١ - وقال بعضهم في الفرق بينهما : إنها في الصورة الأولى إذا عادت يكون من باب عود الساقط وهو لا يعود ، وفي الصورة الثانية من باب زوال المانع ، ومتى عاد المنوع وهذا غير ظاهر ؛ إذ الظاهر اشتراكهما في حكم واحد .

قال في فتح القدير نقلاً عن شرح الطحاوي : الأصل أن كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ؛ ثم صارت إلى حال لا نفقة لها ، فلها أن تعود وتأخذ النفقة ، وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت ، فليس لها نفقة بعده .

وأورد عليه : ما لو كانت ناشرة يوم الطلاق ، ثم عادت إلى المنزل في العدة ، فإنها تعود نفقتها .

١٧٧٢ - وأجيب : بأن النفقة كانت واجبة ، إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها ، فلها أن تعود فتأخذه . وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الأصل المذكور ، وهو وجبه .

(مادة ٣٢٧)

الرَّاهِقَةُ الَّتِي اغْتَدَّتْ بِالأَشْهُرِ ، وَرَأَتْ الدَّمَ قَبْلَ مُضِيِّهَا ، لَهَا التَّفَقُّةُ فِي العِدَّةِ الجَلِيدَةِ الَّتِي وَجِبَ عَلَيْهَا اسْتِنَافُهَا بِالإِقْرَارِ .
وَكذَلِكَ مَنْ حَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ، ثُمَّ ارْتَفَعَ عَنْهَا الدَّمُ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَامْتَدَّتْ طُهُرُهَا وَصَارَتْ مَجْبُورَةً عَلَى اسْتِمْرَارِ عِدَّتِهَا بِالحَيْضِ ، لَهَا التَّفَقُّةُ وَالْكِشُورَةُ إِلَى أَنْ يَعُودَ دَمُهَا وَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا بِالحَيْضِ ، أَوْ تَبْلُغَ سِنَ الإِيَّاسِ وَتَعْتَدُ بِالأَشْهُرِ بَعْدَهُ ^(١) .

• • •

١٧٧٣ - فقد علمت أنه متى وجبت النفقة للمعتدة ، ولم يحصل منها في أثناء العدة ما يسقطها ، استمر هذا الوجوب إلى أن تنقضي ولو طال زمنها . وينى على ذلك ما يأتي :

١٧٧٤ - أولاً : إذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض بأن كانت راهقة ، أي : قربية من البلوغ ، وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها ، ولزمتها العدة ؛ فإنها تعتد بالأشهر ؛ لأنها لم تر الحيض أصلاً . فإذا فرض أنها رأت الدم قبل انقضاء الأشهر الثلاثة التي هي عدتها ولو بيوم واحد ؛ وجب عليها استنفا العدة ، وتعد بالحيض ، وحينئذ تجب لها النفقة في العدة المستأنفة حتى تنقضي بأن تحيض ثلاث حيض .

١٧٧٥ - ثانياً : إذا كانت المرأة من ذوات الحيض ، بأن رأته في عمرها ولو مرة ، ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة ، لزمتها العدة بالإقراء . فإن عاد لها دم الحيض ، اعتدت به . وإذا لم يعد فلا تنقضي عدتها حتى تبلغ سن الإياس وهو خمس وخمسون سنة على المفتى به ، وتعد بعده بثلاثة أشهر ، وحينئذ تجب لها النفقة على زوجها ما دامت لم تنقض عدتها . وقد تقدمت لك هذه المسألة والخلاف فيها في شرح

(١) ينظر تعليقنا على المادة (٣٢٤) .

مادة (٣١٤) فراجعه فإنه مفيد (١) .

(مادة ٣٢٨)

إِذَا لَمْ يَفْرِضِ الزَّوْجُ يُطَلَّقَتِ نَفَقَةً فِي عِدَّتِهَا ، وَلَمْ تُخَاصِمِ الْمُعْتَدَةَ فِيهَا ، وَلَمْ يَفْرِضِ الْحَاكِمُ لَهَا شَيْئًا حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا .

• • •

١٧٧٦ - ثم إن المرأة إن لم تطلب نفقة العدة ، فلا كلام لنا ؛ لأنها حقها .
 ١٧٧٧ - وإن طلبتها ، فإن أعطاها لها الزوج ؛ فلا كلام لنا أيضاً في جميع الصور الآتية ؛ لأنه رضي بإعطاء شيء من ماله ، فلا يعارض ، سواء كان واجباً عليه أو غير واجب .
 ١٧٧٨ - وأما إذا لم يعطها : فإما أن تكون العدة باقية ، أو انقضت .
 فإن كانت باقية ، ورفعت أمرها إلى القاضي : فرض لها النفقة ، وأمره بدفعها . فإن امتثل فيها ، وإن امتنع نفذ عليه جبراً .
 وأما إذا كانت العدة وقت طلبها قد انقضت : فإما أن تكون النفقة غير مقضي بها ولا متراضى عليها ، أو تكون مقضياً بها ، أو متراضى عليها .
 ١٧٧٩ - فإن كان الأول : فلا حق لها في هذا الطلب ؛ لأن النفقة لا تصير ديناً إلا بالقضاء أو الرضا ، ولم يحصل واحد منهما والسبب الموجب لها وهو العدة قد انتهت ، فلا تجاب إلى طلبها .

(مادة ٣٢٩)

الثَّفَقَةُ الْمَرْوُضَةُ لِلْمُعْتَدَةِ بِالْمُتْرَاضِي أَوْ بِحُكْمِ الْقَاضِي لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الْعِدَّةِ مُطْلَقًا .

• • •

١٧٨٠ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كانت النفقة مقضياً بها أو متراضى عليها :
 (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : لا نفقة لعدة الوفاة : المادة (١٤٤) : ليس للمرأة التي توفي زوجها كانت حاملاً أو غير حامل نفقة عدة .
 وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٧٨) لا نفقة لعدة الوفاة وتستحق السكنى في بيت الزوجية مدة العدة .

فإما ألا تكون مستدانة بأمر الزوج أو أمر القاضي ، أو مستدانة بأمر واحد منهما .
 فإن لم تكن مستدانة : اختلفت أقوال الفقهاء ، فبعضهم يقول : إنها تسقط .
 مستدلاً بأن سبب استحقاق هذه النفقة هي العدة ، والمستحق بهذا السبب في حكم
 العلة ، فلا بد من قيام السبب لاستحقاق المطالبة .
 وبعضهم يقول : لا تسقط . مستدلاً بأنها صارت ديناً ، والدين لا يسقط وإن
 سكت الدائن عن طلبه في وقت استحقاقه له .
 وقد اختلف في ترجيح أحد هذين القولين ، ولكن الظاهر الثاني ، وهو عدم السقوط
 وعليه العمل .

١٧٨١ - ومثل هذه في الحكم ما إذا كانت مستدانة لا يأمر الزوج وأمر القاضي . فإن كانت
 مستدانة بأمر الزوج ، فلا تسقط . وحينئذٍ فلها أخذها منه ؛ لأن استدانته بأمره كاستدانته
 بنفسه . ومثله ما إذا كانت الاستدانة بأمر القاضي ؛ لأنه له الولاية عليه ، فكأنه هو الأمر .

(مادة ٣٣٠)

لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ بِأَنْوَاعِهَا لِلْحَوْرَةِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، سَوَاءَ كَانَتْ حَائِلًا أَوْ حَامِلًا (١) .

• • •

١٧٨٢ - وأما الثاني : وهو ما إذا كانت الفرقة بوفاة الزوج ، فلا نفقة للمتدة مطلقاً ،
 أي : سواء كانت المرأة حاملاً أو غير حامل .

وبعضهم يقول : لها النفقة إن كانت حاملاً . واستدل بما في الظهيرية : وإذا أنفق
 الوصي على الحامل للحمل فضمنوه ، يرجع على المرأة بما أنفق إلا أن يكون ياذن
 القاضي ؛ لأن علياً وشريحاً يريان ذلك للحمل من جميع المال .

١٧٨٣ - وإنما لم تجب النفقة للمتدة الوفاة ؛ لأن احتباسها ليس لحق الزوج ، بل لحق
 الشرع ، فإن التربص عبادة منها ، ألا ترى أن معنى التعريف عن براءة الرحم ليس بمراعى
 فيه حتى لا يشترط فيه الحيض ، فلا تجب نفقتها ؛ ولأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ولا ملك
 له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة . هكذا قال الفقهاء .

ولأن المتوفى غالباً يترك شيئاً ، فترث منه زوجته ، فتنفق على نفسها مما ورثته .

(١) ينظر تعليقتنا على المادة (٣٢٤) .

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الرابع : في الأولاد

الباب الأول في ثبوت النسب

الفصل الأول في ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح

(مادة ٣٣١)

أَقْلُ مُدَّةٍ حَمْلٍ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وَغَايِبًا تِسْعَةَ أَشْهُرٍ ، وَأَكْثَرُهَا سِتَّتَانِ شَرْعًا ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢١١/٣ ، ٢١٢) : « أقل مدة الحمل ستة أشهر ؛ لقوله ﷺ : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ جعل الله تعالى ثلاثين شهرًا مدة الحمل والفاصل جميعًا ، ثم جعل ﷻ الفصال وهو الفطام في عامين بقوله تعالى : ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فيبقى للحمل ستة أشهر ، وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنه ؛ فإنه روى : أن رجلًا تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر ، فهم عثمان رضي الله عنه برجمها ، فقال ابن عباس رضي الله عنه : أما إنه لو خاصتكم بكتاب الله لمحضتكم ، قال الله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ وقال سبحانه : ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ أشار إلى ما ذكرنا ؛ فدل أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وأكثرها ستان عندنا . وعند الشافعي أربع سنين ، وهو محجوج بحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل . والظاهر أنها قالت ذلك سماعًا من رسول الله ﷺ ؛ لأن هذا باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد ، ولا يظن بها أنها قالت ذلك جزأً وتخمينًا ؛ فتعين السماع ، وأصل آخر : أن كل مطلقة لم تلزمها العدة بأن لم تكن مدخولًا بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينًا أنه منه ، وهو أن نجبي به لأقل من ستة أشهر ، وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينًا أنه ليس منه ، وهو أن نجبي به لأكثر من سنتين ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه فكان النكاح من كل وجه زائلًا يقين ، وما زال يقين لا يثبت إلا يقين مثله ، فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق فقد تيقنا أن العلوق وجد في حال الفراش ، وأنه وطلتها وهي حامل منه ؛ إذ لا يحتمل أن يكون بوطء بعد الطلاق ؛ لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر ، فكان من وطء وجد على فراش الزوج ، وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه ، فإذا جاءت بولد لسته أشهر فصاعدًا لم يستيقن بكونه مولودًا على الفراش ؛ لاحتمال أن يكون بوطء بعد الطلاق ، والفراش كان زائلًا يقين فلا يثبت مع الشك ، وعلى هذا يخرج ما إذا طلق امرأته قبل الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر مذ طلقها أنه يلزمه ؛ لثبوتنا بعلوقه حال قيام النكاح ، وإذا جاءت به لسته أشهر أو أكثر لا يلزمه لعدم الثبوت بذلك ، ويستوي في هذا الحكم ذوات الأقران وذوات الأشهر .

١٧٨٤ - قال تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاهُ شُعْرًا وِقَايَلٍ لِيَتَارَفُوا ﴾ (١) . فمن تأمل في هذه الآية ، ظهر له جليًا حكمة قصر المرأة في التزوج على رجل واحد ، إذ بهذا يمكن كل شخص أن يعرف من انتسب إليه من أي جهة كانت ، فبالنوالد تتكون الشعوب والقبائل ويقوم كلُّ بما يلزم الآخر من التربية والنفقة والخدمة وغيرها عند الاحتياج ، ولذا عنى الفقهاء ببيوت النسب وبينوا أحكامه أمم بيان .

١٧٨٥ - ولما كان لا يتأتى إلا بعد الحمل في مدة مخصوصة استنبطوها من الكتاب

= قول الشافعية : جاء في الإنعاف (١/٣٥٣ ، ٣٥٤) : (وأقل) زمن (الحمل) (ستة أشهر) ولحظتان : لحظة للوطء ، ولحظة للوضع من إمكان اجتماعهما بعد عقد النكاح (وأكثره) أي زمن الحمل (أربع سنين) وغالبه تسعة أشهر للاستقراء كما أخبر بوقوعه الشافعي ، وكذا الإمام مالك . حكى عنه أيضًا أنه قال : جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة ، تحمل كل بطن أربع سنين ، وقد روي هذا عن غير المرأة المذكورة .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (١/٢٥٦ ، ٢٥٧) : (أقلها ستة أشهر وفي أكثرها أقوال ، ورجح بعضهم أنها خمسة أعوام ، أما كون أقلها ستة أشهر فقله تعالى ﴿ وَحَمَلُهُ وَضَعُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ وقال في الآية الأخرى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ . وقال أيضًا : ﴿ وَضَعُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فالآية الأولى أعلمت أن مدة الحمل والرضاع معًا ثلاثون شهرًا ، فإذا انقضت الثلاثون كمل الحمل ، وحصل الفصال وهو القطام ، والثانية ، والثالثة أعلمتا أن مدة الرضاع وحده حولان كاملان ، وإذا كانت مدة الرضاع وحده حولين كاملين ، فمدة الحمل ستة أشهر إذ هي الباقية بعد حط زمن الرضاع من الثلاثين شهرًا المقطرة مجموعهما (قال في المقصد المحمود) : وأقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى : ﴿ وَحَمَلُهُ وَضَعُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ وقال : ﴿ وَضَعُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فتبقى مدة الحمل ستة أشهر . ١ . هـ . وأما كون أكثر الحمل خمسة أعوام ، فاعلم أن المعتدة من وفاة أو طلاق ، إذا حصلت لها رية وشك في كونها حاملًا أو لا ، فإن كان سبب الرية تأخر عن الحيض تربعت تسعة أشهر استبراء ، ثم ثلاثة أشهر عدة ، هذا إن تأخر لغير سبب . أما إن تأخر لسبب كالرضاع والمرض ، فإنها تنتظر الأقراء على المشهور . وقيل : تحمل بمضي السنة . وإن كان سبب الرية حس البطن ، فقال ابن الحاجب : والمراتب بحس البطن لا تلح إلا بعد أقصى أمد الوضع ، وهو خمسة أعوام على المشهور وروي : أربعة ، وروي : سبعة .

قول الحنابلة : جاء في الإصناف (٩/٢٧٣) : (وأقل مدة الحمل ستة أشهر) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وقيل : أقل من ستة أشهر ولحظتان . قوله (وأكثرها أربع سنين) . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . قال الزركشي : هذا المذهب المشهور . وجزم به في الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، ومسبوک الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم . وعنه : سنتان . اختاره أبو بكر ، وغيره . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، ونهاية ابن رزين وشرحه .

(١) الحجرات : ١٣ .

والسنة حتى بينوا الأحكام عليها ، فقالوا : أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وغالبها تسعة أشهر ، وأكثرها سنتان .

واستدلوا على الأول بقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلَتُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ^(١) . مع قوله في آية أخرى : ﴿ وَفِصْلَتُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ ^(٢) . فإذا طرحنا مدة الفصال التي هي عامان من مدة الحمل والفصال التي هي ثلاثون شهراً ، بقي ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل . واستدلوا على الثاني بالمشاهدة .

وعلى الثالث بقول السيدة عائشة رضي الله تعالى عنها: ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل ^(٣) . وظل المغزل مثل للقلة ، لأنه في حالة الدوران أسرع زواياً من سائر الظلال ^(٤) .

(مادة ٢٣٢)

إِذَا وَلَدَتِ الزَّوْجَةُ حَالَ قِيَامِ النِّكَاحِ الصُّحِيحِ وَلَدًا لِتَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ حِينِ عَقْدِهِ ، تَبَّتْ نَسَبُهُ مِنَ الزَّوْجِ .
فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ تَزَوُّجِهَا ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، إِلَّا إِذَا ادَّعَاهُ وَلَمْ يَقُلْ : إِنَّهُ مِنَ الزَّوْجِي ^(٥) .

(١) الأحقاف : ١٥ .

(٢) لقمان : ١٤ .

(٣) النساء : ٥٨ .

(٤) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢٨) : أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٧) أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة .
المادة (١٢٣) أ - تقع الرجعة بالفعل أو القول أو الكتابة وعند العجز عنهما بالإشارة المفهومة .

ب - توثق الرجعة وتعلم بها الزوجة في الحال .

(٥) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٣٦/١ ، ٥٣٧) : « وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها لم يثبت نسبه ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت ، فإن جحد الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، كذا في الهداية . ولو ولدت أحد الولدين لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح يوم والآخر بعده يوم لم يثبت نسب واحد منهما ، كذا في العناية . الأصل في هذا : أن كل امرأة لم تجب عليها العدة فإن نسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقيناً أنه منه وهو أن يجيء لأقل من ستة أشهر ، وكل امرأة وجبت عليها العدة فإن نسب ولدها يثبت من =

= الزوج إلا إذا علم يقينًا أنه ليس منه وهو أن يجيء لأكثر من سنتين ، فإذا عرفنا هذا فنقول : رجل طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق بثبت النسب ، فإن جاءت به لسة أشهر فصاعدًا لا يثبت النسب .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٦٥ / ٦٤/٨) : « ومن ولدت امرأته ولدًا لا يمكن كونه منه في النكاح ، لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ؛ لأنه يعلم أنه ليس منه ، فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها ، فلا يلحق به ، في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم ؛ لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها . وإن كان الزوج طفلًا له أقل من عشر سنين ، فأنت امرأته بولد ، لم يلحقه ؛ لأنه لم يوجد ولد مثله ، ولا يمكنه الوطء . وإن كان له عشر ، فحملت امرأته ، لحقه ولدها ؛ لقول النبي ﷺ : « واضربوهم على الصلاة لعشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع » وقال القاضي : يلحق به ، إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ؛ لأن الجارية بولد لها تسع ، وكذلك الغلام . وقال أبو بكر : لا يلحقه حتى يبلغ ؛ لأن الولد إنما يكون من الماء ، ولا ينزل حتى يبلغ .

ولنا : أنه زمن يمكن البلوغ فيه ، فيلحقه الولد ، كالبالغ ، وقد روي أن عمرو بن العاص ، وابنه عبد الله ، لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عامًا ، وأمر النبي ﷺ بالتفريق بينهم ، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة ، وأما قياس الغلام على الجارية ، فغير صحيح ، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة ، والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع ، وقد تحيض لتسع ، وما عهد بلوغ غلام لتسع . ولو تزوج رجل امرأة في مجلس ، ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لسة أشهر من حين العقد ، أو تزوج مشرقى بمغربية ، ثم مضت ستة أشهر ، وأتت بولد ، لم يلحقه . وبذلك قال مالك ، والشافعي .

وقال أبو حنيفة : يلحقه نسبه ؛ لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قلتم : إذا مضى زمان الإمكان ، لحق الولد ، وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء .

ولنا : أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد ، فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة (أي امرأة تزوجت زوجها عمره عام) ، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر ، وفارق ما قاسوا عليه ؛ لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعًا ، لجواز أن يكون وطنها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فملقنا الحكم على إمكانه في النكاح ، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار ، لأنه إذا اتفق حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يحز إلحاقه مع يقين كونه ليس منه . وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين ، لم يلحق نسبه به . في قول عامة أهل العلم ؛ لأنه يستحيل منه الإنزال والإبلاج . وإن قطعت أنثياه دون ذكره ، فكذلك ؛ لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد . وقال أصحابنا : يلحقه النسب ؛ لأنه يتصور منه الإبلاج ، وينزل ماء رقيقًا . ولنا : أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ، ولا وجد ذلك ، فأشبهه ما لو قطع ذكره معهما ، ولا اعتبار بإبلاج لا يخلق منه الولد ، كما لو أوجع إصبعه . وأما قطع ذكره وحده ، فإنه يلحقه الولد ؛ لأنه يمكن أن يساحق ، فينزل ماء يخلق منه الولد . ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك ، على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان : لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين . في قول الجمهور . وقال بعضهم : يلحقه بالفراش . وهو غلط ؛ لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ، ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه ، وهانئا لا يمكن ؛ لفقد =

١٧٨٦ - وينبغي على ذلك : أنه إذا تزوج رجل بامرأة ، وكان العقد صحيحاً ، ثم ولدت ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن تأتي به لسته أشهر فأكثر من حين العقد . الثاني : أن تلده لأقل من ستة أشهر .

١٧٨٧ - فإن كان الأول : ثبت نسبه من الزوج ، سواء ادعاه أو لا ، وسواء دخل بالزوجة أو لم يدخل ، وسواء وجد الزوج والزوجة في بلد واحد أو في بلدين ولو بعدت المسافة بينهما ، وذلك لأن الفراش موجود في المدة الكافية لتكوين الجنين .

وقد قال عليه الصلاة والسلام : « الولد للفراش » ^(١) . وفي بعض ذلك من الستر على الأعراض ومراعاة مصلحة الولد ما لا يخفي .

وقال الإمام مالك : إن الزوجة : إما أن يكون مدخولاً بها ، أو لا . فإن كان الأول : ثبت النسب ، وإن كان الثاني : فإما أن يكونا قريبين من بعضهما بحيث يغلب على الظن تمكنه منها أو لا . فإن كان الأول : وجاءت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر أو إلا خمسة أيام ثبت النسب أيضاً ، وإن كان الثاني : فللزوجة أن ينفيه بدون لعان . ولا يخفى ما في هذا المذهب من الدقة .

١٧٨٨ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من حين العقد ، فلا يثبت نسبه ، لأن زمن الفراش لم يبلغ أقل مدة الحمل .

١٧٨٩ - وإذاً يكون مبدأ الحمل سابقاً على العقد ، نعم إذا اعترف الزوج بأنه ابنه ولم يصرح بأنه من الزنى يثبت نسبه ، وإن كان هذا غير متأت في الظاهر ، ولكن لتصحيح إقراره يحتمل على أن الحمل قد حصل في فراش آخر ، سواء كان بعقد صحيح

= المنى من المسلول ، وتعذر إصال المنى إلى فم الرحم من المنيح . ولا معنى لقول من قال : يجوز أن تستدخل المرأة منى الرجل ، فتحمل ؛ لأن الولد مخلوق من منى الرجل والمرأة جميعاً ، ولذلك يأخذ الشبه منهما ، وإذا استدخلت المنى بغير جماع ، لم تحدث لها لذة تمنى بها ، فلا يختلط نسبهما ، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منه ، وأن الولد من ذلك المنى ، يلحقه نسبه ، وما قال ذلك أحد .

(١) صحيح البخاري (كتاب : البيوع / باب : تفسير المشبهات / ٢٠٥٣) ، وصحيح مسلم (كتاب : الرضاع / باب : الولد للفراش وتوفي الشبهات / ١٤٥٧) ، وسنن الترمذي (كتاب : الرضاع / باب : ما جاء أن الولد للفراش / ١١٥٧) ، وسنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينهه صاحب الفراش / ٣٤٨٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : الولد للفراش / ٢٢٧٣) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : النكاح / باب : الولد للفراش وللماهر الحجر / ٢٠٠٦) .

أو وطء بشبهة ، مراعاة لمصلحة الولد وتصحيح كلام العاقل ما أمكن .
 ١٧٩٠ - وقد علم مما تقدم أن الزوجة إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت العقد الصحيح ، فلا يثبت الولد من الزوج ، إلا إذا ادعاه غير مصرح بأنه من الزنى .
 وإذا ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر ، ثبت أنه ولده ، وإن لم يدع نسبه . ولكن يجوز له أن ينفيه إذا تحقق أنه ليس منه . فإن لم يتحقق ذلك ، فلا يجوز له نفي نسبه .
 ١٧٩١ - كما أنه يحرم على الزوجة أن تدخل على قوم زوجها من ليس منهم للوعيد المترتب على ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام : « أيما امرأة أدخلت على قوم زوجها من ليس منهم ، فليست من الله في شيء ، ولن يدخلها الله جنته . وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه ، احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » (١) (٢) .

(١) سنن النسائي (كتاب : الطلاق / باب : التغليب في الانتفاء من الولد / ٣٤٨١) ، وسنن أبي داود (كتاب : الطلاق / باب : التغليب في الانتفاء / ٢٢٦٣) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٢٩) : ١ - ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :

أ - أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .
 ب - أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .

٢- إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .

٣- إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : نسب المولود من نكاح فاسد : المادة (١٤٨) : ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج وإذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق .

(مادة ٣٣٣)

إِذَا نَفَى الزَّوْجُ الْوَلَدَ الْمَوْلُودَ لِتَمَامِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عَقْدِ النِّكَاحِ فَلَا يَنْتَفِي إِلَّا إِذَا نَفَاهُ فِي الْأَوْقَاتِ الْمُمْرَزَّةِ فِي الْمَادَّةِ الَّتِي بَعْدَ الْآيَةِ ، وَتَلَاعَنَ مَعَ الْمَرْأَةِ لَدَى الْحَاكِمِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا (١) .

* * *

١٧٩٢ - ومع ذلك فلا ينتفي نسب الولد بمجرد نفيه ، بل لا بد من اللعان الآتي بيانه في شرح مادة (٣٣٥) .

١٧٩٣ - ولا يصح النفي ، ويعقبه اللعان الذي يترتب عليه تفريق القاضي بين الزوجين ، إلا إذا كان في أوقات وأحوال مخصوصة ، وهي : وقت الولادة ، أو وقت شراء لوازمها ، أو وقت علمه بأن زوجته ولدت إن كان غائبا .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٥٢/٦) : « وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء إذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً ؛ لأنه في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) في جانب الرجال فروعان نوع يحتمل النفي ، ونوع لا يحتمله . أما ما يحتمل النفي فنوعان : (نوع) ينتفي بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفي بنفس النفي ؛ بل بواسطة اللعان (أما الذي) ينتفي بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد ؛ لأن فراش أم الولد ضعيف ؛ لأنه غير لازم حتى احتمل النقل إلى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة إلى اللعان (وأما) الذي لا ينتفي بمجرد النفي فهو نسب ولد زوجة يجري بينهما اللعان وهو أن يكون الزوجان حريين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على ما ذكرنا في كتاب اللعان ؛ لأن فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قولاً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم إليه اللعان . ولهذا إذا كان العلق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفي نسب الولد بالنفي ؛ لأن الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذي) لا يحتمل النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجري بينهما اللعان ، فإذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما ؛ لا ينتفي نسب الولد بالنفي ، وكذا النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي ؛ لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار ، فلا يسمع إلا أن الإقرار نوعان : نص ، ودلالة ، لما ذكرنا في كتاب اللعان . »

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٢٦/٤) : « ولو تصادقا أي لا ينتفي الولد إلا باللعان ولو تصادقا على نفيه إلا أن تأتي به لدون ستة أشهر من يوم العقد بشيء له بال كخمسة أيام فينتفي حينئذ بغير لعان لقيام المانع الشرعي على نفيه . »

(مادة ٣٣٤)

لَا يَتَلَاعَنُ الزَّوْجَانِ إِلَّا إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهِمَا أَهْلِيَةُ اللَّعَانِ وَشَرَائِطُهُ ، وَهِيَ : أَنْ يَكُونَ
 التَّكَاحُ صَاحِبًا ، وَالزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً وَلَوْ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيِّ ، وَأَنْ يَكُونَ كُلُّ مِنْهُمَا أَهْلًا لِأَدَاءِ
 الشَّهَادَةِ لَا لِتَحْمُلِهَا ، أَيْ : مُسْلِمِينَ ، حُرِّينَ ، عَاقِلِينَ ، بَالِغِينَ ، نَاطِقِينَ لَا أُخْرَسِينَ ،
 وَلَا مَخْدُودِينَ فِي قَدْفٍ ، وَأَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ زَيَّادَةً عَلَى ذَلِكَ عَظِيمَةً عَنِ الزَّوْنِ وَقْتَهُ .
 فَإِنْ كَانَا كَذَلِكَ وَتَلَاعَنَّا ، يَفْرُقُ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، وَيَقْطَعُ نَسَبَ الْوَالِدِ مِنْ أَبِيهِ ، وَيُلْحِقُهُ
 بِأُمَّهِ .

وَأَنْ لَمْ يَتَلَاعَنَّا أَوْ لَمْ تَتَوَقَّرْ فِيهِمَا أَهْلِيَةُ اللَّعَانِ ، فَلَا يَنْتَقِي نَسَبُ الْوَالِدِ ، وَكَذَا إِذَا كَذَبَ
 الزَّوْجُ نَفْسَهُ قَبْلَ اللَّعَانِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَبَعْدَ التَّضْرِيْقِ يَلْزَمُهُ الْوَالِدُ ، وَيُحَدُّ حُدَّ الْقَدْفِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٤٠ ، ٢٤١) : « وأما شرائط وجوب اللعان وجوازه فأشياء : بعضها يرجع إلى القاذف خاصة ، وبعضها يرجع إلى المقدوف خاصة ، وبعضها يرجع إليهما جميعًا ، وبعضها يرجع إلى المقدوف به ، وبعضها يرجع إلى المقدوف فيه ، وبعضها يرجع إلى نفس القذف . أما الذي يرجع إلى القاذف خاصة : فواحد وهو عدم إقامة البينة ؛ لأن الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان بقوله ﷻ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْتُونَ أَنْزَلْنَاهُمْ لَكَ بِكَ لَمْ يَكُنْ لَمْ يَكُنْ شَهَدَةً إِلَّا أُنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْسَبُ أَنْ يُرَى شَهَدَتَيْنِ بِأَنَّ ﷻ الآية حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يثبت اللعان ويقام عليها حد الزنا ؛ لأنه قد ظهر زناها بشهادة الشهود ، ولو شهد أربعة أحدهم الزوج فإن لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد عندنا ، وعند الشافعي لا تقبل شهادة الزوج عليها . وجه قول الشافعي : أن الزوج متهم في شهادته لاحتمال أنه حمل الغيظ على ذلك ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله ﷺ ، ولأنه يدفع المرم عن نفسه وهو اللعان ولا شهادة لدافع المرم على لسان رسول الله ﷺ .

ولنا : أن شهادته بالقبول أولى من شهادة الأجنبية ؛ لأنها أبعد من التهمة ؛ إذ العادة أن الرجل يستتر على امرأته ما يلحقه به شين فلم يكن متهمًا في شهادته ؛ فتقبل كشهادة الوالد على ولده ، وقوله : إنه يدفع المرم عن نفسه بهذه الشهادة ؛ ممنوع ؛ فإنه لم يسبق هذه الشهادة قذف ليدفع اللعان بها ، فصار شهادة الأجنبية ، فإنها تقبل ولا يجعل دافعًا للحد عن نفسه ، كذا هذا ، وإن كان الزوج قذفها أولاً ثم جاء بثلاثة سواء فشهدوا ؛ فهم قذفة يحدون وعلى الزوج اللعان ؛ لأنه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته جعل دافعًا للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته ، والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة فصاروا قذفة فيحدون حد القذف ، ويلاعن الزوج بقذف زوجته ، فإن جاء هو وثلاثة شهدوا أنها قد زنت فلم يُعَدُّوا فلا حد عليها ؛ لأن زناها لم يثبت إلا بشهادة الفساق ولا حد عليهم ؛ لأن الفاسق من أهل الشهادة .
 ألا ترى أن الله تعالى أمر بالتوقيف في بيانه ، فقد وجد إثبات أربعة شهداء فكيف يجب عليهم الحد ، ولا لعان =

على الزوج ؛ لأنه شاهد وليس بقاذف ، فإن شهد ومعه ثلاثة عمي حد وحدوا أي يلاعن الزوج ويحدون في القذف ؛ لأن العيمان لا شهادة لهم قطعاً فلم يكن قولهم حجة أصلاً فكانوا قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج ؛ لأن قذف الزوج يوجب اللعان إذا لم يأت بأربعة شهداء ولم يأت بهم .

وأما الذي يرجع إلى المقتوف خاصة فثبتان : أحدهما : إنكارها وجود الزنا منها حتى لو أقرت بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حد الزنا وهو الجلد إن كانت غير محصنة والرجم إن كانت محصنة لظهور زناها بإقرارها ، والثاني : عفتها عن الزنا فإن لم تكن عفيفة لا يجب اللعان بقذفها كما لا يجب الحد في قذف الأجنبية إذا لم تكن عفيفة ؛ لأنه إذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها ولما نذكر في كتاب الحدود ونذكر تفسير العفة عن الزنا فيه إن شاء الله تعالى . وعلى هذا قالوا في المرأة إذا وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها ؛ لا يجب عليه اللعان ، ولو قذفها أجنبي لا يجب عليه الحد ؛ لأنها وطئت وطئاً حراماً فذهبت عفتها ، ثم رجح أبو يوسف وقال : يجب بقذفها الحد واللعان ؛ لأن هذا وطء يتعلق به ثبوت النسب ووجوب المهر فكان كالموجود في النكاح فلا يزيل العفة عن الزنا .

والجواب : أن الوطء حرام لعدم النكاح إنما الموجود شبهة النكاح فكان ينبغي أن يجب الحد عليها إلا أنه سقط للشبهة فلأن يسقط الحد واللعان عن القاذف لكان الحقيقة أولى .

وأما الذي يرجع إليهما جميعاً : فهو أن يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف ؛ أما اعتبار الزوجية : فلأن الله تبارك وتعالى خص اللعان بالأزواج بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزِينُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَكُنَّ لَهُنَّ مَهْرًا فَلَمْ يَذَكِّرْنَهُنَّ أَنَّهُنَّ الْفَوَاحِشُ فَتَبَعْنَهُنَّ وَسَوَّغْنَ لَهُنَّ ظُهُورَهُنَّ فَزَنَيْنَهُنَّ وَأَنزَلْنَاهُنَّ فِي سُلْبِنَّاهُمْ وَأُولَئِكَ يَكُونُ لَهُنَّ مَثَلٌ شَدِيدٌ كَمَا كَانَ لِلَّذِينَ اتَّخَذُوا أَزْوَاجًا مِمَّنْ لَا لَهُنَّ مَهْرٌ وَلَا يَذَكَّرْنَ لَهُنَّ وَحَدَّ اللَّهُ عَنَّا وَإِنَّ رَبَّنَا لَشَدِيدٌ عَلِيمٌ ﴾ . وأنه حكم ثبت تعدياً غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد ، وإنما ورد التعبد به في الأزواج فيقتصر عليهم ، وعلى هذا قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها ، لم يلاعنها لعدم الزوجية إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، وقال الشافعي : يلاعنها إذا كان القذف بنفي الولد ؛ لأن القذف إذا كان بنفي الولد تقع الحاجة إلى قطع النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان لقطع النسب .

والجواب : أن قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان إلا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية . ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً أو ثلاثاً ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالإبانة والثلاث ، ولو طلقها طلاقاً رجعياً ثم قذفها بجنب اللعان ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ولو قذف امرأته بزنى كان قبل الزوجية فعليه اللعان عندنا ، وعند الشافعي عليه حد القذف واحتج بأية القذف وهي قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزِينُونَ أَزْوَاجَهُمْ ثُمَّ يَبْغُونَ أُمَّهَاتَهُنَّ فَتَبَعْنَهُنَّ وَسَوَّغْنَ لَهُنَّ ظُهُورَهُنَّ فَزَنَيْنَهُنَّ وَأَنزَلْنَاهُنَّ فِي سُلْبِنَّاهُمْ وَأُولَئِكَ يَكُونُ لَهُنَّ مَثَلٌ شَدِيدٌ كَمَا كَانَ لِلَّذِينَ اتَّخَذُوا أَزْوَاجًا مِمَّنْ لَا لَهُنَّ مَهْرٌ وَلَا يَذَكَّرْنَ لَهُنَّ وَحَدَّ اللَّهُ عَنَّا وَإِنَّ رَبَّنَا لَشَدِيدٌ عَلِيمٌ ﴾ . من غير فصل بين ما إذا كان القذف بزنا بعد الزوجية أو قبلها . والدليل على أنه قذف زوجته : أنه أضاف القذف إليها وهي للحال زوجته إلا أنه قذفها بزنى متقدم ، وبهذا لا تخرج من أن تكون زوجته في الحال ؛ كما إذا قذف أجنبية بزنا متقدم حتى يلزمه القذف كذا ههنا .

وأما أية القذف فهي متقدمة على أية اللعان ، فيجب تخرجها على التناسخ ، فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره عند عامة مشايخنا ، وعنده : يقضي العام على الخاص بطريق التخصيص على ما مر ولو قذف =

= امرأته بعد موتها لم يلاعن عندنا ، وعند الشافعي : يلاعن على قبرها واحتج بظاهر قوله ﷺ في آية اللعان ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ﴾ من غير فصل بين حال الحياة والموت . ولنا : قوله ﷺ ﴿ وَالَّذِينَ يَزِينُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ الآية خص اللعان بالأزواج وقد زالت الزوجية بالموت فلم يوجد قذف الزوجة فلا يجب اللعان وبه تبين أن الميتة لم تدخل تحت الآية ؛ لأن الله تعالى أوجب هذه الشهادة بقذف الأزواج بقوله : ﴿ وَالَّذِينَ يَزِينُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ وبعد الموت لم تبق زوجة له .

وأما اعتبار الحرمة والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد في القذف : فالكلام في اعتبار هذه الأوصاف شرطاً لوجوب اللعان فرع الكلام في معنى اللعان وما يشته شرعاً ، وقد اختلف فيه ، قال أصحابنا : إن اللعان شهادة مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن والغضب وإنه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفي جانبها قائم مقام حد الزنا ، وقال الشافعي : اللعان أيمان بلفظ الشهادة مقرونة باللعن والغضب فكل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان . ومن لا فلا عندنا ، وكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان عنده سواء كان من أهل الشهادة أو لم يكن ، ومن لم يكن من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان احتج الشافعي بقوله تعالى في تفسير اللعان : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ فسر الله تعالى اللعان بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين . ألا ترى أن من قال : أشهد بالله يكون يمينا إلا أنه يمين بلفظ الشهادة ؛ ولأن اللعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى ؛ لأن الشهادة لا تنفرد إلى ذلك وإنما اليمين هي التي تنفرد إليه ؛ ولأنه لو كان شهادة لكانت شهادة على النصف من شهادة الرجل كما في سائر المواضع التي للمرأة فيها شهادة ، فينبغي أن تشهد المرأة عشر مرات فلما لم يكن ذلك دل أنه ليس بشهادة .

والدليل على أنه يمين : ما روي أن رسول الله ﷺ لما فرق بين المتلاعنين وكانت المرأة حبلية فقال لها : « إذا ولدت ولداً فلا ترضعيه حتى تأتيني به » فلما انصرفوا عنه قال رسول الله ﷺ : « إن ولدته أحمر مثل الدبس فهو يشبه أباه الذي نفاه ، وإن ولدته أسود أدعج جمداً قططاً فهو يشبه الذي رميت به » . فلما وضعت وأنت به رسول الله ﷺ نظر إليه فإذا هو أسود أدعج جمعد قطط على ما نعت رسول الله ﷺ ، فقال ﷺ : « لولا الأيمان التي سبقت لكان لي فيها رأي » . وفي بعض الروايات : « لكان لي ولها شأن » فقد سمي ﷺ اللعان أيماناً لا شهادة ، فدل أنه يمين لا شهادة . (ولنا) قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزِينُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَرَبُّهُنَّ لَهُنَّ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ والاستدلال بالآية الكريمة من وجهين : أحدهما : أنه تعالى سمي الذين يرمون أزواجهم شهداء ؛ لأنه استثناء من الشهداء بقوله تعالى : ﴿ وَرَبُّهُنَّ لَهُنَّ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنفُسُهُمْ ﴾ والمستثنى من جنس المستثنى منه . والثاني : أنه سمي اللعان شهادة نصاً بقوله ﷺ : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ . وأي الشهادة الخامسة ، وقال تعالى في جانبها ﴿ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْكُتُبِ وَأَن تَقْتُلُوا نَفْسَ الَّتِي حَبَسَ اللَّهُ بِكُمُ الْإِيمَانُ لَمَّا قَالَهُ الْخَالِفُ ، لأنه عمل باللغظين في معنيين ، وفيما قاله حمل اللغظين على معنى واحد ، فكان ما قلناه أولى ، والدليل على أنه شهادة : أنه شرط فيه لفظ الشهادة وحضره الحاكم . وأما قوله : لو كان شهادة لكان في حق المرأة على النصف من شهادة الرجل ؛ فنقول : هو شهادة مؤكدة باليمين فيراعى فيه معنى =

الشهادة ومعنى اليمين ، وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشراف لفظة الشهادة ، فيراعى معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة في العدد عملاً بالشهين جميعاً ولا حجة له في الحديث ؛ لأنه روي في بعض الروايات : « لولا ما مضى من الشهادات » وهذا حجة عليه حيث سماه شهادة فنقول بموجبه أنه يمين ، لكن هذا لا ينفي أن يكون شهادة فهو شهادة مؤكدة باليمين والله تعالى الموفق . وإذا عرف هذا الأصل تخرج عليه المسائل . أما اعتبار العقل والبلوغ : فلأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين فلا يكونان من أهل اللعان بالإجماع .

وأما الحرية : فالمملوك ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل اللعان بالإجماع . وأما الإسلام : فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر . وإذا كانا كافرين فالكافر وإن كان من أهل الشهادة على الكافر فليس من أهل اليمين بالله تعالى ؛ لأنه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة ولهذا لم يصحظهار الذمي عندنا ، واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالأيمان فمن لا يكون من أهل اليمين لا يكون من أهل اللعان .

وأما اعتبار النطق : فلأن الأخرس لا شهادة له ؛ لأنه لا يتأتى منه لفظة الشهادة ؛ ولأن القذف منه لا يكون إلا بالإشارة ، والقذف بالإشارة يكون في معنى القذف بالكتابة ، وإنه لا يوجب اللعان كما لا يوجب الحد لما نذكره في الحدود إن شاء الله تعالى . وأما المحدود في القذف فلا شهادة له ؛ لأن الله تعالى رد شهادته على التأييد ولا يلزم على هذا الأصل قذف الفاسق والأعمى فإنه يوجب اللعان ولا شهادة لهما ؛ لأن الفاسق له شهادة في الجملة ولهما جميعاً أهلية الشهادة . ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه ؟ ومعلوم أنه لا يجوز القضاء بشهادة من ليس من أهل الشهادة كالصبي والمجنون والمملوك ، إلا أنه لا تقبل شهادة الأعمى في سائر المواضع ؛ لأنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه لا لأنه ليس من أهل الشهادة ، ثم هذه الشروط كما هي شرط وجوب اللعان فهي شرط صحة اللعان وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها ، وعند الشافعي : يجري اللعان بين المملوكين والأخرسين والمحدودين في القذف ؛ لأن هؤلاء من أهل اليمين فكانوا من أهل اللعان وكذا بين الكافرين ؛ لأن يمين الكافر صحيحة عنده لا من أهل الإعتاق والكسوة والإطعام ، ولهذا قال : يجوزظهار الذمي . وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما إذا اتعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل أو مات ؛ فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما ؛ لأن اللعان لما كان شهادة فالشهود إذا شهدوا عند الحاكم فمات أو عزل قبل القضاء بشهادتهم لم يعتد الحاكم بتلك الشهادة ، وعند محمد : لا يستقبل اللعان . وقوله : لا يخرج على هذا الأصل ، ولكن الوجه له أن اللعان قائم مقام الحد فإذا اتعنا فكأنه أقيم الحد ، والحد بعد إقامته لا يؤثر فيه العزل والموت . والجواب : أن حكم القذف لا يتناهى إلا بالتفريق ، فيؤثر العزل والموت قبله . ثم ابتداء الدليل .

لنا في المسألة : ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم : لا لعان بين المسلم والكافر ، والعبد والحررة ، والحر والأمة والكافر والمسلمة » وصورته الكافر أسلمت زوجته فقبل أن يعرض الإسلام على زوجها قذفها بالزنا . (ولنا) أصل آخر لتخريج المسائل عليه وهو أن كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف أجنبيًا لا يوجب اللعان إذا كان القاذف زوجًا ؛ لأن اللعان موجب القذف في حق الزوج كما أن =

= الحد موجب القذف في الأجنبية وقذف واحد ممن ذكرنا لا يوجب الحد ولو كان أجنبيًا ، فإذا كان زوجها لا يوجب اللعان . وابتداء ما يحتج به الشافعي عموم آية اللعان إلا من خص ببديل ولا حجة له فيها ؛ لأن الله تعالى سمي الذين يرمون أزواجهن شهداء في آية اللعان واستثناءهم من الشهداء المذكورين في آية القذف ولم يدخل واحد ممن ذكرنا في المستثنى منهم ، فكذا في المستثنى ؛ لأن الاستثناء استخراج من تلك الجملة وتحصيل منها .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٣٩/٨) : « (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فقال لها : زنت . أو : يا زانية . أو : رأيتك تزنين . ولم يأت بالبينة ، لزمه الحد ، إن لم يلصن ، مسلماً كان أو كافراً ، حرّاً كان أو عبداً) .

وقد اختلفت الرواية فيهما ، فروي أنه يصح من كل زوجين مكلفين ، سواء كانا مسلمين أو كافرين ، أو عدلين أو فاسقين ، أو محدودين في قذف ، أو كان أحدهما كذلك . وبه قال سعيد بن المسيب ، وسليمان ابن يسار ، والحسن ، وربيعة ، ومالك ، وإسحاق . قال أحمد ، في رواية ابن منصور : جميع الأزواج يلتصنون ؛ الحر من الحرة والأمة إذا كانت زوجة ، وكذلك العبد من الحرة والأمة إذا كانت زوجة . وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين ، عدلين ، حرين ، غير محدودين في قذف . وروي هذا عن الزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، وحمام ، وأصحاب الرأي . وعن مكحول : ليس بين المسلم والذمية لعان . وعن عطاء ، والنخعي ، في المحدود في القذف : يضرب الحد ، ولا يلاعن . وروي فيه حديث لا يثبت . كذلك قال الشافعي ، والساجي . لأن اللعان شهادة ، ببديل قوله سبحانه : ﴿ رَكَرَكَ بِكَ لَمْ تُشَهِدْهُ إِذْ أَنْتُمْ ﴾ . فاستثنى أنفسهم من الشهداء . وقال تعالى : ﴿ فَتَشْهَدُهُ أَحْيَاهُ أَرَبُّ شَهَدَاتٍ ﴾ . فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة . وإن كانت المرأة من لا يحد بقذفها ، لم يجب اللعان ؛ لأنه يراد لإسقاط الحد ، ببديل قوله تعالى : ﴿ وَيَتَذَكَّرُ عَنَّا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرَبُّ شَهَدَاتٍ وَأَلَّيْ ﴾ . ولا حد هاهنا ، فينتفي اللعان لانتهائه . وذكر القاضي في (المجرى) أن من لا يجب الحد بقذفها ، وهي الأمة ، والذمية ، والمحدودة في الزنا ، لزوجها لعانها ؛ لنفي الولد خاصة ، وليس له لعانها لإسقاط القذف والتعزير ؛ لأن الحد لا يجب ، واللعان إنما يشرع لإسقاط حد ، أو نفي ولد ، فإذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان . ولنا ، عموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . الآية ، ولأن اللعان يمين ، فلا يفترق إلى ما شرطوه ، كسائر الأيمان ، ودليل أنه يمين : قول النبي ﷺ : « لولا الأيمان ، لكان لي ولها شأن » . وأنه يفترق إلى الله تعالى ، ويستوي فيه الذكر والأنثى .

وأما تسميته شهادة ، فلقوله في يمينه : أشهد بالله . فسمى ذلك شهادة وإن كان يمينًا ، كما قال الله تعالى : ﴿ إِذَا جَاءَكَ الْمُتَّقِفُونَ قَالُوا تَشْهَدُ إِنَّكَ رَسُولُ اللَّهِ ﴾ . ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد ، فيشرع له طريقًا إلى نفيه ، كما لو كانت امرأته ممن يحد بقذفها وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة وما يخالفها شاذ في النقل .

وأما قول الخرفقي : وإذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة . فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحد عليه ، لا لنفي اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطًا عنده في المرأة ، لتكون ممن يجب عليه الحد بقذفها ، فينفي باللعان ، =

١٧٩٤ - وإليك معنى اللعان وسبب نزول آيته وما يشترط فيه :

فاللعان في اللغة : مصدر لاعن . وأصل اللعن : الطرد والإبعاد . وكانت العرب تطرد المتحرد والشرير ؛ لئلا تؤخذ بجريمته وتسميه : لعينا .
وشرعاً : هو شهادات مؤكدة بالأيمان ، مقرونة باللعن ، قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ، ومقام حد الزنى في حق المرأة .

١٧٩٥ - وسبب مشروعيته : أنه لما نزل قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ لِرَبِّهِمْ كَذِبًا يُكَفِّرُونَ وَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا بِالْحَقِّ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ مِنَ اللَّهِ عَاقِبَةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴾ (١) .
تألم بعض الصحابة من مضمونها ، فنزلت آية اللعان .

قال عبد الله بن مسعود : بينما كنا في المسجد ليلة الجمعة ، إذ دخل علينا رجل أنصاري ، فقال : يا رسول الله ، أرايتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً ، فإن قتله فتلتصموا ، وإن تكلم جلدتموه ، وإن سكت سكت على غيظه ، اللهم افتح ! فنزل قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ لِرَبِّهِمْ كَذِبًا يُكَفِّرُونَ وَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا بِالْحَقِّ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ مِنَ اللَّهِ عَاقِبَةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴾ (١) .
وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ مِنَ اللَّهِ عَاقِبَةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴿١﴾ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ مِنَ اللَّهِ عَاقِبَةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴿١﴾ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ مِنَ اللَّهِ عَاقِبَةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴿١﴾ .

١٧٩٦ - واللعان من قبيل الشهادة عند الإمام الأعظم ، لأن الله تعالى سماه شهادة .

ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك ؛ لأن الحد يجب عليه بقذف المحصنة ، وإن كان ذمياً أو فاسقاً . فأما قوله : مسلماً كان أو كافراً . ففيه نظر ؛ لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة ، والكافر لا يكون زوجاً لمسلمة ، فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيتين : أحدهما : أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته ، وإن كان كافراً ، فرد ذلك إلى اللعان ، لا إلى الحد . الثاني : أنه أراد ما إذا أسلمت زوجته ، قذفها في عدتها ، ثم أسلم الزوج ، فإنه يلاعن .

فصل : ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها ، أو غير مدخول بها ، في أنه يلاعنها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار ؛ منهم عطاء ، والحسن ، والشامي ، والنخعي ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثوري ، وأهل العراق ، والشافعي ، بظاهر قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ لِرَبِّهِمْ كَذِبًا يُكَفِّرُونَ وَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا بِالْحَقِّ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ مِنَ اللَّهِ عَاقِبَةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴾ (١) .
فإن كانت غير مدخول بها ، فلها نصف الصداق ؛ لأنها فرقة منه . كذلك قال الحسن ، وسعيد بن جبير ، وقتادة ، ومالك . وفيه رواية أخرى : لا صداق لها ؛ لأن الفرقة حصلت بلعانها جميعاً ، فأشبه الفرقة لميب في أحدهما .

وينبني على ذلك : أنه يشترط فيه ما يشترط في أدائها من : الحرية ، والعقل ، والبلوغ ، والإسلام ، والنطق ، والسمع ، وعدم الحد في قذف . وهذه الشروط بالنسبة إليهما . ويشترط زيادة على ذلك بالنسبة للزوج : عدم إقامته البينة على صحة ما قاله . وبالنسبة إليها : إنكارها لوجود الزنى منها وعفتها ، بأن لم يسمع عليها زنى في حياتها ولم تتهم به ، ولم توطأ بشبهة ولا بنكاح فاسد . وكذلك يشترط أن يكون القذف نصًّا في الزنى ، وأن يكون حاصلًا في دار الإسلام . ويشترط أيضًا أن تكون الزوجية قائمة ، وأن يكون عقد النكاح صحيحًا ، فلا لعان مع المبانة ، ولا مع المعقود عليها عقدًا فاسدًا . وكذا يشترط أن تطالبه الزوجة بموجب القذف . فإن أبت حبس حتى يلاعن ، أو يكذب نفسه فيحد .

١٧٩٧ - فإذا اجتمعت هذه الشروط ، وتلاعن الزوج والزوجة أمام القاضي ، حكم بينهما بالتفريق ، وقطع نسب الولد .

وإن فقد شرط من هذه الشروط ، فلا يصح إقامة اللعان ، فلا ينتفي نسب الولد .
١٧٩٨ - وقال الإمام مالك والشافعي : إن اللعان يمين لا شهادة ، لأنه لا معنى لكون الشخص يشهد لنفسه . وتسميته شهادة مجاز عن الحلف ، لقيام اليمين مقام الشهادة ، وعلى ذلك لا يشترط فيه تلك الشروط ، وإنما يشترط فيه : عفة المرأة ، وحصول الزوجية ولو لم تكن موجودة وقت اللعان ، فيصح اللعان من : الأعمى ، والأخرس ، والأصم ، والفاسق ، والمحدود في قذف ، والمسلم الذي تحته ذممة ، والذميين إذا ترافعا إلينا ، ومن الرقيق مع الرقيقة والحررة ، ومن الزوج مع مبانته .

(مادة ٢٣٥)

إِنَّمَا يَصِحُّ نَفْيُ الْوَلَدِ : فِي وَقْتِ الْوِلَادَةِ ، أَوْ عِنْدَ شِرَائِ أَدْوَانِهَا ، أَوْ فِي أَيَّامِ التَّهْنِئَةِ الْمُعْتَادَةِ عَلَى حَسَبِ عُرْفِ أَهْلِ الْبَلَدِ . وَإِذَا كَانَ الزُّوجُ غَائِبًا فَحَالَةً عَلَيْهِ كَحَالَةِ وَلَاذِيهَا ^(١) .

• • •

١٧٩٩ - علمنا مما سبق أن نسب الولد لا ينتفي إلا إذا حصل نفيه في أوقات وأحوال مخصوصة ، وتلاعن الزوجان بالكيفية التي نص عليها القرآن الكريم .

(مادة ٢٣٦)

لَا يَنْتَفِي نَسَبُ الْوَلَدِ فِي الصُّورِ الْمُسَمَّاةِ الْآيَةِ ، وَإِنْ تَلَاعَنَ الزُّوجَانِ وَفُرُقَ الْحَاكِمِ بَيْنَهُمَا : الْأُولَى : إِذَا نَفَاهُ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَوْقَاتِ الْمُسَمَّاةِ فِي الْمَادَّةِ السَّالِفَةِ .
الثَّانِيَةِ : إِذَا نَفَاهُ بَعْدَ الْإِفْرَاقِ بِهِ صَرَاحَةً أَوْ دِلَالَةً .
الثَّلَاثَةِ : إِذَا نَزَلَ الْوَلَدُ مَيِّتًا ثُمَّ نَفَاهُ ، أَوْ نَفَاهُ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ اللَّعَانِ أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ تَقْرِيقِ

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٧٢/٢ ، ٧٣) : « وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقب الولادة في الحال التي يقبل فيها التهنة ويتباح له آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب) اعلم أن المولود في فراش الزوجة لا ينتفي إلا باللعان ، والفراش ثلاثة : قوي ، ووسط ، وضعيف . فالقوي : فراش المنكحة يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفي إلا باللعان . والضعيف : فراش الأمة لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة . والوسط : فراش أم الولد يثبت فيه النسب من غير دعوة وينتفي من غير لعان ، وإذا نفى ولد الزوجة بأن قال ليس هو مني أو هو من الزنا وسقط اللعان بوجه من الوجوه فإنه لا ينتفي نسبه أبداً ، وكذا إذا كانا من أهل اللعان ولم يتلاعنا ؛ فإنه لا ينتفي نسبه . فإذا ثبت هذا قلنا : إذا نفاه عقب الولادة صح نفيه ولاعن به عند أبي حنيفة ؛ يعني ما لم يظهر منه اعتراف أو دلالة على الاعتراف ولم يؤقت أبو حنيفة في مدة النفي وقتاً ، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام وذكر أبو الليث أن له نفيه إلى ثلاثة أيام ، وروى الحسن إلى سبعة أيام وهو ما بين الولادة إلى العقيقة ، وهذا غير صحيح ؛ لأنه تقدير لا دليل عليه (قوله . وقال أبو يوسف ومحمد : له أن ينفيه في مدة النفاس) وهذا إذا كان الزوج حاضراً ، أما إذا ولدت وهو غائب ولم يعلم حتى قدم فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما تقبل فيه التهنة بعد قدومه وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد قدومه أيضاً ، وقد قالوا في ولد الزوجة إذا هُتِيَ به فسكت كان اعترافاً وإن هُتِيَ بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافاً ؛ لأن نسب ولد الزوجة يثبت بالفراش وإنما يترقب النفي من الزوج فإذا سكت عند التهنة صار بذلك معترفاً ، وأما ولد الأمة ؛ فلا يثبت بالفراش ؛ لأنه لا فراش لها وإنما يثبت بالدعوى ، فالسكوت لا يقوم مقام الدعوى وولد أم الولد كولد الزوجة ؛ لأن لها فراشاً .

الحاكم .

الرابعة : إذا ولدت المرأة بعد التفريق ، وقطع نسب الولد ولد^(١) آخر من بطن واحدة ، ففي هذه الصورة يلزمه الولدان ، ويبطل الحكم الأول .

الخامسة : إذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسيه شرعاً .

السادسة : إذا مات الزوج أو المرأة بعد نفي الولد قبل اللعان أو بعده قبل التفريق^(٢) .

(١) في الأصل : [ولداً] .

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٢٤٣ ، ٢٤٤) : « وأما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه إذا سقط أو لم يجب أصلاً ، فنقول وبالله التوفيق : كل ما يمنع وجوب اللعان إذا اعترض بعد وجوبه يسقط كما إذا جئا بعد القذف أو جن أحدهما ، أو ارتدا أو ارتد أحدهما ، أو خرسا أو خرس أحدهما ، أو قذف أحدهما إنساناً فحد حد القذف أو وطئت المرأة وطقاً حراماً فلا يجب عليه الحد ، وكذا إذا أبانها بعد القذف فلا حد ولا لعان . أما عدم وجوب الحد . فلأن القذف أوجب اللعان فلا يوجب الحد . وأما عدم وجوب اللعان فلزوال الزوجية وقيام الزوجية شرط جريان حد اللعان ؛ لأن الله ﷻ خص اللعان بالأزواج ولو طلقها طلاقاً رجعيًا لا يسقط اللعان ؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية . ولو قال لها : يا زانية أنت طالق ثلاثاً فلا حد ولا لعان ؛ لأن قوله يا زانية أوجب اللعان لا الحد ؛ لأنه قذف الزوجة ولما قال : أنت طالق ثلاثاً فقد أبطل الزوجية ، واللعان لا يجري في غير الأزواج ولو قال لها : أنت طالق ثلاثاً يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان ؛ لأنه قذفها بعد الإبانة وهي أجنبية بعد الإبانة وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان ، ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الإتيان به إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين وهو يقول إنه كاذب ، ويجب الحد لما تذكر في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى .

ولو أكذبت المرأة نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما نذكر إن شاء الله تعالى ولو لم يتعد القذف موجباً للعان أصلاً لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد ؟ فمشايخنا أصلوا في ذلك أصلاً ، فقالوا : إن كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها فلا حدود ولا لعان ، وإن كان القذف صحيحاً ، وإن كان لمعنى من جانبها فإن لم يكن القذف صحيحاً فكذلك .

وإن كان صحيحاً يحد وعلى هذا الأصل خرجوا جنس هذه المسائل ، فقالوا : إذا أكذب نفسه يحد ؛ لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو إكذابه نفسه والقذف صحيح ؛ لأنه قذف عاقل بالغ فيجب الحد ، ولو أكذبت نفسها في الإنكار وصدقت الزوج في القذف فلا حد ولا لعان وإن كانت على صفة الاتعان ؛ لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو إكذابها نفسها ولو كانت المرأة على صفة الاتعان والزوج عبد أو كافر أو محدود في قذف فعلية الحد ؛ لأن قذفها صحيح وإنما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج صبيًا أو مجنونًا فلا حد ولا لعان . وإن كانت المرأة على صفة الاتعان ؛ لأن قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرًا عاقلًا بالغًا مسلمًا غير محدود في قذف والزوجية لا بصفة الاتعان بأن كانت كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان ؛ لأن =

١٨٠٠ - وينبغي على ذلك : أن الولد لا ينتفي نسبه في الصور الآتية ، ولو فرض

حصول التلاعن بين الزوجين وفرق القاضي بينهما :

١٨٠١ - الأولى : إذا نفاه بعد مضي الأوقات المبينة قبل .

= قذفها ليس بقذف صحيح . ألا ترى أن أجنبيًا لو قذفها لا يحد ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة عفيفة ، إلا أنها محدودة في القذف فلا حد ولا لعان ؛ لأن القذف وإن كان صحيحًا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو أنها ليست من أهل الشهادة ، فلا يجب اللعان ولا الحد ، كما لو صدقته . وإن كان كل واحد من الزوجين محدودًا في قذف قذفها فعليه الحد ؛ لأن القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى في الزوج ولا يقال : إنه سقط لمعنى في المرأة بدليل أن الزوج لو لم يكن محدودًا والمرأة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها . وإن كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي أن لا يجب اللعان ولا الحد ؛ لأننا نقول : القذف الصحيح إنما تعتبر فيه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهل اللعان ، فأما إذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وإنما تعتبر صفات الزوج ؛ فيعتبر المانع بما فيه لا بما فيها ، فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد . قول الخنابلة : جاء في المعنى (٤٩/٨ ، ٥٠) : « وإذا قذفها ثم مات قبل لعانها ، أو قبل إتمام لعانها ؛ سقط اللعان ، ولحقه الولد ، وورثته ، في قول الجميع ؛ لأن اللعان لم يوجد ، فلم يثبت حكمه . وإن مات بعد أن أكمل لعانها ، وقبل لعانها ، فكذلك . وقال الشافعي : تبين لعانها ، ويسقط التوارث ، وينتفي الولد ، ويلزمها الحد ، إلا أن تلتصن . ولنا : أنه مات قبل إكمال اللعان ، أشبه ما لو مات قبل إكمال التعان ، وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام على اللعان التام ، والحكم لا يثبت قبل كمال سببه . وإن ماتت المرأة قبل اللعان ، فقد ماتت على الزوجية ، ويرثها في قول عامة أهل العلم . وروى عن ابن عباس : إن التمن ، لم يرث . ونحو ذلك عن الشعبي ، وعكرمة ؛ لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها ، فيمنع التوارث ، كما لو التمن في حياتها . ولنا : أنها ماتت على الزوجية ، فورثها ، كما لو لم يلتصن ، ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق ، وفارق اللعان في الحياة ، فإنه يقطع الزوجية ، على أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتصن هي ، لم تنقطع الزوجية أيضا ، فها هنا أولى .

فإن قيل : أليس قد قلتم : لو التمن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة ، قلنا : لو التمن الزوج وحده دونها ، لم ينتف الولد ، ولم يثبت حكم اللعان ، على ما ذكرنا ، ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد ، تبين أنه لم يكن منه أصلاً في حال من الأحوال ، والزوجية قد كانت امرأته فيما قبل اللعان ، وإنما يزيل نكاحها اللعان ، كما يزله الطلاق . فإذا ماتت قبله ، فقد ماتت قبل وجود ما يزله ، فيكون موجودًا حال الموت ، فيوجب التوارث ، وينقطع بالموت ، فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى . وإن أراد الزوج اللعان ، ولم تكن طالبت بالحد في حياتها ، لم يكن له أن يلتصن ، سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن .

وقال الشافعي : إن كان ثم ولد يريد نفيه ، فله أن يلتصن . وهذا يبنى على أصل ، وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم ، وعندهم بخلاف ذلك . فأما إن كانت طالبت بالحد في حياتها ، فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها ، فإن طولب به ، فله إسقاطه باللعان . ذكره القاضي ، وإلا فلا ؛ لأنه لا حاجة إليه مع عدم الطلب ، فإنه لا حد عليه . وقال أصحاب الشافعي : إن كان للمرأة وارث غير الزوج ، فله اللعان ، ليسقط الحد عن نفسه ، وإلا فلا ؛ لعدم الحاجة إليه .

١٨٠٢ - الثانية : إذا نفاه بعد الإقرار به صراحة أو دلالة ، لأنه إن سكت حتى مضت هذه الأوقات ثم نفاه . أو أقر به صراحة ثم نفاه ، فلا يصح هذا النفي ، لأنه وجد منه الاعتراف صراحة أو دلالة ، فإذا صح النفي يكون ساعياً في نقض ما تم من جهته ، فسعيه مردود عليه . وهذا قول الإمام الأعظم . وقال الصحابيان : كما يصح نفيه في هذه الأوقات ، يصح أيضاً في مدة النفاس ، لأن ذلك يحتاج إلى التأمل ، إذ ربما ينفيه وهو منه أو يعترف به وهو ليس منه ، وكلاهما حرام للحديث المتقدم .

١٨٠٣ - الثالثة : إذا نزل الولد ميتاً ، أو مات أثناء اللعان قبل التفريق بينهما . والسبب في ذلك أن النفي حكم ، والميت لا يصح الحكم عليه . وقال الإمام مالك والشافعي : يصح أن ينفي باللعان درءاً لحد القذف ومنعاً لإرثه من الولد إذا ترك مآلاً بسبب هبة أو وصية أو نحوهما .

١٨٠٤ - الرابعة : إذا ولدت المرأة ولدًا ، ونفاه الزوج ، ولاعن ، وحكم القاضي بالتفريق ونفي نسب الولد ، ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر من وقت ولادة الأول . ولكن هذا فيه خلاف بين الأئمة الثلاثة ، فالموجود هنا مذهب الإمام الأعظم .

وينبغي عليه : أن الولدين ينسبان إلى الزوج ، لأن الولد الثاني لا يمكن نفيه إلا باللعان ، واللعان لا يتأتى ، لأن شرط إقامته أن تكون الزوجية قائمة كما ستعرفه ، وهي غير موجودة ، وأما الأول فيثبت نسبه أيضاً ؛ لأنه متكون من المادة التي منها الثاني ؛ إذ الرحم لا يخلق فيه جنينان مكونان من ماعين مختلفين في زمن حمل واحد .

ولا يمكن أن يقال : إن الثاني وجد بعد ولادة الأول ؛ لأنه لم يمض عليه أقل مدة الحمل ، فيكون متحدًا مع الأول في المادة . وحيث ثبت الثاني ثبت الأول مراعاة لمصلحة الولدين وستراً لعرض المرأة وجميع عشيرتها مع جواز أن الولدين منه .

ورأى الإمام مالك أن نسب الولد الثاني ينتفي بمجرد نفي الأول ؛ لأن الحمل عنده يصح نفيه ، وحيث قد ثبت أن الحمل والولد الذي نفاه من ماء واحد ، فينتفي الحمل ولا يثبت نسبه ، إلا إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى . فإنه إذا ادعاه ، يثبت نسبه هو والأول ، ويحد حد القذف إن كانت المرأة ممن يحد قاذفها ، بأن كانت حرة مسلمة عفيفة عن الزنى .

وقال الإمام الشافعي : إنه بعد نفي الأول وولادة الثاني لأقل من ستة أشهر ، لا ينفي الثاني إلا إذا نفاه باللعان ، ولا يشترط في اللعان عنده قيام الزوجية ، فإنه يكفي وجودها

ولو باعتبار ما كان فإن لم ينفه بأن سكت أو ادعاه ثبت نسبه ، وبالضرورة يثبت نسب الأول ؛ لاتحادهما مادة ، ويحد حد القذف عند الاعتراف به صراحة ، بشرط أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها كما سبق .

ولا يخفى ما في هذين المذهبين من ظهور المراد .

١٨٠٥ - الخامسة : إذا نفى الولد بعد حكم القاضي بثبوت نسبه منه ، بأن جنى الولد على ولد آخر ، كأن انقلب عليه وقتله ، فحكم القاضي بتعويض مالي على عائلة الجاني لورثة المجنى عليه ، إذ حكم القاضي لا يصح نقضه حيث إنه لا يصدر إلا بعد التثبت ، وخصوصاً في الأنساب ؛ فإن الشارع يتشوق إلى ثبوتها ما أمكن ، سترًا للأعراض وكى لا يكون الولد زنيماً .

١٨٠٦ - السادسة : إذا نفى الولد ، ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق ، لأن اللعان لم يتم ، ونفى الولد لا يمكن إلا بعد تمامه (١) .

(مادة ٣٣٧)

قَطَعَ الْحَاكِمُ الْوَلَدَ عَنْ نَسَبِ أَبِيهِ ، يُخْرِجُهُ مِنَ الْعَصْبَةِ ، وَيُسْقِطُ حَقَّهُ فِي الثَّقَفَةِ وَالْإِرْزِثِ دُونَ غَيْرِهِمَا .

وَيَبْقَى النَّسَبُ مُتَّصِلًا بَيْنَ الْوَلَدِ وَأَبِيهِ الْمَلَاعِنِ فِي : حَقِّ الشَّهَادَةِ ، وَالزَّكَاةِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَالْقِصَاصِ ، وَفِي عَدَمِ اللَّحَاقِ بِالغَيْرِ .

فَلَا يَجُوزُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ ، وَلَا صَرْفُ زَكَاةٍ مَالِهِ إِلَيْهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْأَبِ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، وَإِذَا كَانَ لِابْنِ الْمَلَاعِنَةِ ابْنٌ وَلِثَاقِيهِ بِنْتٌ ، فَلَا يَجُوزُ لِلابْنِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِتِلْكَ الْبِنْتِ ، وَإِذَا ادَّعَاهُ غَيْرُ الْمَلَاعِنِ ، لَا يَلْتَحِقُ بِهِ (٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصرية : مادة (٧) لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١١٨) يقع كل طلاق رجعيًا إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص هذا القانون على بيئوته .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١ / ٥٢٠) : « وإذا فرق القاضي بينهما بعد اللعان ؛ يلزم الولد أمه . وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا بد أن يقول القاضي : فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد =

١٨٠٧ - ومتى توافرت شروط اللعان وحصل بالفعل ، قطع الحاكم نسب الولد من أبيه وألحقه بأمه . ولكن لا يكون الولد أجنبيًا من الملاحن في كل الأحوال بل في بعضها ، فيكون أجنبيًا في الأحوال الآتية :

أولاً : النفقة : فلا تجب بينهما نفقة الآباء على الأبناء وبالعكس .

١٨٠٨ - ثانياً : الإرث : فلا توارث بينهما ، بمعنى أن قرابة الأبوة غير معتبرة في الإرث فلو مات المنفي عن مال لا يرثه أحد بقرابة الأبوة .

١٨٠٩ - ولا يحكم بكونه أجنبيًا في الصور الآتية :

أولاً : الشهادة فكما لا تقبل شهادة الأصل لفرعه وعكسه ، كذلك لا تقبل شهادة الملاحن وأصوله لمن نفاه باللعان ، ولا شهادة المنفي وفروعه لمن نفاه ولا لأصوله .

١٨١٠ - ثانياً : الزكاة فلا يجوز لأحدهما أن يعطي الآخر شيئاً من زكاة أمواله لاحتقال أنه ابنه أو أبوه وهي حق الفقير الأجنبي .

١٨١١ - ثالثاً : القصاص فلو قتله الملاحن عمدًا لا يقتل فيه ، كما لو قتل الأب ابنه ، وذلك لأن الأب لا يقتل بقتل ابنه عمدًا عند أبي حنيفة ، لأنه سبب في إيجاده فلا يكون الولد سببًا في إعدامه ولأن شفقة الأب عظيمة جدًا ، فإقدامه على قتله لا بد أن يكون لأمر عظيم أوجب إزالة تلك الرحمة الفطرية واستبدالها بهذه القسوة الخارجة عن فطرة الحيوانات إن كان عاقلًا ولكن يعاقب بغير القصاص إذا رأى القاضي ذلك .

١٨١٢ - رابعاً : المحرمية فلو أراد الملاحن أن يزوج بنته لمن نفاه أو لابنه ، فلا يجوز ؛

= منه ، حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه وهذا صحيح ، كذا في المبسوط ، وهكذا في النهاية ، ثم ينتفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه . وعند أبي يوسف $\frac{1}{2}$: أن القاضي يفرق ويقول : أزمته أمه وأخرجه من نسب الولد حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب ، كذا في الكافي ، وفي المبسوط : هذا هو الصحيح ، كذا في شرح مجمع البحرين لابن الملك .

وجاء فيه أيضا (٥٢١/١) : « ولد الملاحنة في حق بعض الأحكام ألحق بالنسب حتى قالوا بأن شهادة ولد الملاحنة لأبيه لا تقبل ، وكذلك شهادة الرجل لولد الملاحنة لا تقبل ، وكذلك لو وضع الرجل زكاته في ولد الملاحنة أو وضع ولد الملاحنة زكاة ماله في أبيه لا يجوز ، وكذلك لو كان لولد الملاحنة ابن وللزوج ابنة من امرأة أخرى فتزوج هذا الابن هذه الابنة ، أو كان لولد الملاحنة بنت وللزوج ابن من امرأة أخرى فتزوج هذا الابن هذه الابنة لا يجوز ، وكذلك إذا ادعى إنسان هذا الولد لا يصح ، وإن صدقه الولد في ذلك وفي حق بعض الأحكام ألحق بالأجانب حتى قيل لا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولا يستحق كل واحد منهما النفقة على صاحبه ، كذا في الذخيرة . »

لأنه يحتمل أن يكون ابنه ، خصوصاً وأن الفراش كان موجوداً .

١٨١٣ - خامساً : الالتحاق بالغير فلو ادعاه غير الملائع لا يصح لاحتمال أن يكذب النافي نفسه ، ولذا قال بعض المحققين : إن ادعاه آخر بعد موت الملائع يصح ؛ لأن الولد غير معلوم النسب ولا أمل في اعتراف الملائع بنسبه لأنه قد مات . وحقق بعضهم صحة دعوى غير الملائع مطلقاً ؛ لأنه غير معلوم النسب .

(مادة ٣٣٨)

إِذَا مَاتَ ابْنُ اللَّعَانِ عَنِ وُلْدٍ ، فَأَدْعَاهُ الْمَلَّاعِنُ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَيَقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَيَرِثُ مِنَ الْمَتْرُفَى .

وَإِذَا مَاتَتْ بِنْتُ اللَّعَانِ عَنِ وُلْدٍ ، فَأَدْعَاهُ الْمَلَّاعِنُ ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَلَا يَرِثُ مِنْ أُمِّهِ .

١٨١٤ - إذا كان ولد اللعان حياً . فإن مات عن ولد : فإما أن يكون ولد اللعان مذكراً أو مؤنثاً . فإن كان مذكراً وادعي الملائع ولده بأن قال هذا : ابن ابني ، أو : هذه بنت ابني ؛ ثبت نسبه من الملائع ، فيرث إرث ابن الابن أو بنت الابن ، وتلزمه نفقته وتجرى بينهما سائر الحقوق ، ويعد مكذباً نفسه فيحد حد القذف .

وإن كان ولد اللعان مؤنثاً فلا يثبت نسب ولدها منه لاستغناؤه بنسب أبيه ؛ لأن ولد البنت ينسب إلى الأب .

وقال محمد وأبو يوسف : يثبت نسبه منه . فيكون ولد بنته لاعترافه بذلك ، وحيثئذ يكون بينهما من الحقوق من نفقة وارث وغيرهما مثل ما يكون بين الجد الفاسد وولد بنته ، ويحد حد القذف على قولهما في الصورة الثانية واتفاقاً في الصورة الأولى .

(مادة ٣٣٩)

الْفَرْقَةُ بِاللَّعَانِ طَلَاقٌ بَائِنٌ . وَمَا لَمْ يُفْرَقِ الْحَاكِمُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بَعْدَ اللَّعَانِ فَالزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةٌ ، وَيَجْرِي التَّوَارِثُ بَيْنَهُمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا وَكَانَ الْآخَرُ مُسْتَحَقًّا لِلْمِيرَاثِ . وَإِنَّمَا يَخْرُمُ عَلَى الْمَلَّاعِنِ وَقَاحُ الْمَرْأَةِ ، وَالِاسْتِمْتَاغُ بِهَا .

وَحَوْمَةُ الْفُرْقَةِ بِاللَّعَانِ تَدْوِمُ مَا دَامَ كُلُّ مِنَ الرَّؤُوسِ أَهْلًا لَهُ ، فَإِنْ خَرَجَا أَوْ أَحَدُهُمَا عَنْ أَهْلِيَّتِهِ ؛ جَازَ لِلرَّوْجِ أَنْ يَتَرَوَّجَ الْمَرْأَةَ فِي الْعِدَّةِ وَيَبْعِدَهَا ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٤ ، ٢٤٥) : « للعان حكمان : أحدهما : أصلي ، والآخر : ليس بأصلي . أما الحكم الأصلي للعان : فنذكر أصل الحكم ووصفه ، أما الأول : فنقول اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة : هو وجوب التفريق ما دام على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإبلاؤه ، ويجري التوارث بينهما قبل التفريق . وقال زفر والشافعي : هو وقوع الفرقة بنفس اللعان إلا أن عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلعنا ، وعند الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج قبل أن تلتن المرأة . وجه قول الشافعي : أن الفرقة أمر يختص بالزوج . ألا ترى أنه هو المختص بسبب الفرقة ؟ فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق ، واحتج زفر : بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » . وفي بقاء النكاح اجتماعهما وهو خلاف النص . ولنا : ما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ وانفص من ولدها ، ففرق النبي ﷺ بينهما ، وألحق الولد بالمرأة . وعن ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امرأته فرق بينهما . وروي : أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وبين امرأته ، فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام : « الله يعلم أن أحكما لكاذب فهل منكما تائب ؟ » قال ذلك ثلاثاً ، فأبيا ففرق بينهما . فدللت الأحاديث على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها ، إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله ﷺ بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ؛ ولأن ملك النكاح كان ثابتاً قبل اللعان . والأصل : أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالته أو بخروجه من أن يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الإزالة من الزوج ؛ لأن اللعان لا ينسئ عن زوال الملك ؛ لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين ، وكل واحد منهما لا ينسئ عن زوال الملك ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والأيمان ، والقدرة على الامتناع ثابتة ، فلا تقع الفرقة بنفس اللعان ، وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي ، ثم قول الشافعي مخالف لآية اللعان ؛ لأن الله تعالى خاطب الأزواج باللعان بقوله ﷻ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْبُونَ أَرْبَابَهُمْ ﴾ إلى آخر ما ذكر ، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج ؛ فالزوجة تلعانه وهي غير زوجة وهذا خلاف النص .

وأما زفر فلا حجة له في الحديث ؛ لأن المتلاعن متفاعل من اللعن ، وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلاً حقيقة فلا يبقى ملاءمة حقيقة ، فلا يصح التمسك به لإثبات الفرقة عقيب اللعان فلا ثبتت الفرقة عقبيه ، وإنما الثابت عقبيه وجوب التفريق ، فإن فرق الزوج بنفسه وإلا ينوب القاضي منابه في التفريق فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة ، فإن أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان ، ينظر إن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ القاضي إذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما في سائر المجتهادات ، والدليل على أن تفرقه صادق محل الاجتهاد وجوه ثلاثة : أحدها : أنه عرف أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام فاقضى اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان ، والثاني : أنه اجتهاد أن التكرار في اللعان للتأكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد في الأكثر ، والثالث : أنه زعم أنه لما ساع للشافعي الاقتصاد على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو الميتة فلأن يسوغ له =

= الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر اللعان أولى ؛ فثبت أن قضاء القاضي صادق محل الاجتهاد فينفذ فإن قيل شرط جواز الاجتهاد أن لا يخالف النص وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة ؛ لأن كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص ، وكذا النبي ﷺ لآعن بين الزوجين على ذلك العدد وإذا كان ذلك العدد منصوباً عليه ، فالاجتهاد إذا خالف النص باطل ، فالجواب ممنوع إن اجتهاد القاضي خالف النص فإن التنصيص على عدد لا ينفى جواز الأكثر وإقامته مقام الكل ولا يقتضي الجواز أيضاً ، فلم يكن الحكم منصوباً عليه بل كان مسكوتاً عنه فكان محل الاجتهاد ، وفائدته : التنصيص على العدد المذكور ، والتنبيه على الأصل والأولى ، وهذا لا ينفى الجواز .

وأما الثاني : فقد اختلف العلماء فيه أيضاً ؛ قال أبو حنيفة ومحمد : الفرقة في اللعان فرقة بتطبيقه بالثبوت فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتهاد والتزوج ما دام على حالة اللعان فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته ، جاز النكاح بينهما ويجتمعان ، وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد : هي فرقة بغير طلاق وإنما توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول النبي ﷺ : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » وهو نص في الباب وكذا روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وعلى وعبد الله بن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا : المتلاعنان لا يجتمعان أبداً ، ولأبي حنيفة ومحمد ما روي : أن رسول الله ﷺ لما لآعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته فقال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ؛ فهي طالق ثلاثاً ، وفي بعض الروايات : كذبت عليها إن لم أفارقها فهي طالق ثلاثاً ؛ فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين ؛ لأن عويمر طلق زوجته ثلاثاً بعد اللعان عند رسول الله ﷺ فأنفذها عليه رسول الله ﷺ ، فيجب على كل ملاحن أن يطلق فإذا امتنع بتوب القاضي منابه في التفريق فيكون طلاقاً كما في العنين ؛ ولأن سبب هذه الفرقة قذف الزوج ؛ لأنه يوجب اللعان واللعان يوجب التفريق والتفريق يوجب الفرقة ، فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة إلى القذف السابق وكل فرقة تكون من الزوج ، أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقاً كما في العنين والخلع والإبلاء ونحو ذلك ، وهو قول السلف : إن كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاق من نحو إبراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم رضي الله عنهم .

وأما الحديث : فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا أن حقيقة المتفاعل هو المشاغل بالفعل ، ومتى فرغ من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقة ، فانصرف المراد إلى الحكم ، وهو أن يكون حكم اللعان فيها ثابتاً فإذا أكذب الزوج نفسه وحد حد القذف بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعناً حقيقة وحكماً فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف ﴿ إِنَّهُمْ إِذَا نَظَرُوا عَلَيْكَ يَرَجُوكُمْ أَوْ يُبَيِّدُكُمْ فِي مَلْتِهِمْ وَكَانَ تَلْوِيحًا إِذَا أَسَأَ ﴾ أي ما داموا في ملتهم .

ألا ترى أنهم إذا لم يفعلوا يفعلوا فكذا هذا .

وأما الحكم الذي ليس بأصلي للعان ؛ فهو وجوب قطع النسب في أحد نوعي القذف وهو القذف بالولد ؛ لما روي أن رسول الله ﷺ لما لآعن بين هلال بن أمية وبين زوجته وفرق بينهما ؛ نفى الولد عنه وألحقه بالمرأة ، فصار النفي أحد حكمي اللعان ، ولأن القذف إذا كان بالولد ففرض الزوج أن ينفى ولداً ليس منه في زعمه ، فوجب النفي تحقيقاً لغرضه ، وإذا كان وجوب نفيه أحد حكمي اللعان ، فلا يجب قبل وجوده ، وعلى هذا =

قلنا : إن القذف إذا لم ينعقد موجبا للعان ، أو سقط بعد الوجوب ووجب الحد أو لم يجب أو لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد لا ينقطع نسب الولد ، وكذا إذا نفى نسب ولد حرة فصدقته لا ينقطع نسبه لتعذر اللعان لما فيه من التناقض حيث تشهد بالله أنه لمن الكاذبين ، وقد قالت : إنه صادق وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب ؛ لأنه حكمه ويكون ابنهما لا يصدقان على نفيه ؛ لأن النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان ولم يوجد ، ولا يعتبر تصادقهما على النفي ؛ لأن النسب يثبت حقا للولد وفي تصادقهما على النفي إبطال حق الولد ، وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما إذا كان علوق الولد في حال لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان نحو ما إذا علقت وهي كناية أو أمة ثم اعتقت الأمة أو أسلمت الكتائية فولدت فنفاه أنه لا ينقطع نسبه ؛ لأنه لا تلاعن بينهما لعدم أهلية اللعان وقت العلوق . وقطع النسب حكم اللعان ثم لوجود قطع النسب شرائط : منها التفريق ؛ لأن النكاح قبل التفريق قائم فلا يجب النفي ، ومنها أن يكون القذف بالنفي بحضرة الولادة أو بعدها يوم أو بيومين أو نحو ذلك من مدة توجد فيها لهتة أو ابتياع آلات الولادة عادة فإن نفاه بعد ذلك لا ينتفي ولم يوقت أبو حنيفة لذلك وقتا .

وروي عن أبي حنيفة أنه وقت له سبعة أيام ، وأبو يوسف ومحمد وقاه بأكثر النفاس وهو أربعون يوما ، واعتبر الشافعي الفور فقال : إن نفاه على الفور انتفى وإلا لزمه . وجه قوله : أن ترك النفي على الفور إقرار منه دلالة فكان كالإقرار نصا . وجه قولهما : أن النفاس أثر الولادة فيصح نفي الولد ما دام أثر الولادة ولأبي حنيفة أن هذا أمر يحتاج إلى التأمل فلا بد له من زمان التأمل وإنه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال فعذر التوقيت فيه فيحكم فيه العادة من قبول التهتة وابتياع آلات الولادة أو مضي مدة يفعل ذلك فيها عادة فلا يصح نفيه بعد ذلك ، وبهذا يبطل اعتبار الفور ؛ لأن معنى التأمل والتروي لا يحصل بالفور وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته : إذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب أنه له أن ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهتة الولد وابتياع آلات الولادة . وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم أو بلوغ الخبر ؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعا وروي عن أبي يوسف أنه قال : إن قدم قبل الفصال فله أن ينفيه في مقدار مدة النفاس وإن قدم بعد الفصال فليس له أن ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد .

كذا ذكره القدروري ، ووجهه : أن الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الأول فصار كمدة النفاس وبعد الفصال انتقل عن ذلك الغذاء وخرج عن حال الصغر فلو احتمل النفي بعد ذلك لاحتمل بعدما صار شيئا وذلك قبيح . وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه إن بلغه الخبر في مدة النفاس فله أن ينفي إلى تمام مدة النفاس وإن بلغه الخبر بعد أربعين فقد روي عن أبي يوسف أنه قال له أن ينفي إلى تمام سنتين ؛ لأنه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما ، ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف أنه لا يقطع النسب ويلاعن وعن محمد أنه قال : ينتفي الولد إذا نفاه بعد بلوغ الخبر إلى أربعين يوما ، ومنها أن لا يسبق النفي عن الزوج ما يكون إقرارا منه بنسب الولد لا نصا ولا دلالة فإن سبق لا يقطع النسب من الأب ؛ لأن النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي بوجه ؛ لأنه لما أقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي فالنص نحو أن يقول : هذا ولدي ، أو هذا الولد مني .

= والدلالة هي : أن يسكت إذا هنئ ولا يرد على المهني ؛ لأن العاقل لا يسكت عند التهنتة بولد ليس منه عادة ، فكان السكوت والحالة هذه اعترافاً بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف ، وروى ابن رستم عن محمد : أنه إذا هنئ بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافاً ، وإن سكت في ولد الزوجة كان اعترافاً . ووجه الفرق : أن نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش إلا أن له غرضية النفي من الزوج ، فإذا سكت عند التهنتة دل على أنه لا ينفيه ، فطلعت الغرضية فنقرر النسب ، فأما ولد الأمة فلا يثبت إلا بالدعوة ولم توجد فإن جاءت بولدين في بطن فأقر بأحدهما ونفى الآخر ، فإن أقر بالأول ونفى الثاني لاعتن ولزمه الولدان جميعاً أما لزوم الولدين فلأن إقراره بالأول إقرار بالثاني ؛ لأن الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت نسب الحمل دون بعض كالواحد أنه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فإذا نفى الثاني فقد رجع عما أقر به . والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه ، فلم يصح نفيه ، فثبتت نسبهما جميعاً ويلاعن ؛ لأن من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن وإن كان لا يقطع نسبه ؛ لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل يفصل عنه في الجملة .

ألا ترى أنه شرع في المقدوفة بغير ولد ؟ ثم إنما وجب اللعان ؛ لأنه لما أقر بالأول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا ، ومن قال لامرأته : أنت عفيفة ثم قال لها : أنت زانية يلاعن ، وإن نفى الأول وأقر بالثاني حد ولا لعان ويلزمانه جميعاً ، أما ثبوت نسب الولدين فلأن نفي الأول وإن تضمن نفي الثاني فالإقرار بالثاني يتضمن الإقرار بالأول فيصير مكذباً نفسه ، ومن وجب عليه اللعان إذا أكذب نفسه يحد وإذا حد لا يلاعن ؛ لأنهما لا يجتمعان ولأنه لما نفى الأول فقد قذفها بالزنا فلما أقر بالثاني فقد وصفها بالعفة . ومن قال لامرأته : أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة ، يحد حد القذف ولا يلاعن .

ومنها : (أي من شروط نفاذ اللعان) أن يكون الولد حيًا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فإن لم يكن لا يقطع نسبه من الأب حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن ويلزمه الولد ؛ لأن النسب يتقرر بالموت فلا يحتمل الانقطاع ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفي الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان وكذلك إذا جاءت بولدين أحدهما ميت ففاهما يلاعن ويلزمه الولدان لما قلنا ، وكذلك إذا جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان ؛ يلاعن الزوج ، ويلزمه الولد لما قلنا ، وكذا لو جاءت بولدين ففاهما ثم ماتا قبل اللعان أو قتلا ؛ يلاعن ويلزمه الولدان ؛ لأن النسب بعد الموت لا يحتمل القطع ويلاعن لما قلنا . وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان ؛ لأن نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرر بالموت ، فكذا نسب الحي ؛ لأنهما توأمان وأما اللعان فقد ذكر الكرخي أنه يلاعن ولم يذكر الخلاف ، وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر ابن سماعة الخلاف في المسألة فقال : عند أبي يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل . وجه قول محمد : أن اللعان قد وجب بالنفي فلو بطل إنما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان ؛ لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان . ولأبي يوسف : أن المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعني القذف بنفي الولد هو نفي الولد فإذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن في بقاء اللعان فائدة فلا بنفي الولد . ولو ولدت فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق وأزرم الولد أمه أو لزمها بنفس التفريق ، ثم ولدت ولداً آخر من الغد ؛ لزمه الولدان جميعاً واللعان ماض ؛ لأنه قد ثبت نسب الولد الثاني إذ لا يمكن قطعه بما وجد من اللعان ؛ لأن حكم اللعان قد يبطل بالفرقة فثبتت نسب الولد الثاني ، وإن قال الزوج :

= هما ابناي لا حدٌ عليه ؛ لأنه صادق في إقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتي النسب منه شرعًا ، فإن قيل أليس إنه أكذب نفسه بقوله هما ابناي ؛ لأنه سبق منه نفي الولد ومن نفي الولد فلوعن ثم أكذب نفسه فيقام عليه الحد كما إذا جاءت بولد واحد فقال : هذا الولد ليس مني فلاعن الحاكم بينهما ثم قال : هو ابني ، فالجواب أن قوله : هما ابناي يحتمل الإكذاب ويحتمل الإخبار عن حكم لزمه شرعًا وهو ثبوت نسب الولدين فلا يجعل إكذابات مع الاحتمال بل حمله على الإخبار أولى ؛ لأنه لو جعل إكذابات لزمه الحد ، ولو جعل إخبارًا عما قلنا لا يلزمه . وقد قال النبي ﷺ : « ادعوا الحدود بالشبهات » ، وقال : « ادعوا الحدود ما استطعتم » حتى لو قال : كذبت في اللعان وفيما قذفتها به من الزنا يحد ؛ لأنه نص على الإكذاب فزال الاحتمال ، وقد قال مشايخنا : إن الإقرار بالولد بعد النفي إنما يكون إكذابات إذا كان المقر بحال لو لم يقر به للوعن به إذا كان من أهل اللعان وههنا لم يوجد ؛ لأنه لو لم يقر بهما لم يلاعن بخلاف الفصل الأول ؛ فإنه لو لم يقر بهما للوعن به . وعلى هذا قالوا : لو ولدت امرأته ولذا فقال : هو ابني ثم ولدت آخر ففناه ، ثم أقر به لا حد عليه ؛ لأنه لم يصر مكذبًا نفسه بهذا الإقرار . ألا ترى أنه لو لم يقر به لا يلاعن بنفي الولد لثبوت نسب الولدين . ولو قال : ليسا بابني كانا ابنيه ولا حد عليه ؛ لأنه أعاد القذف الأول وكرره ؛ لتقدم القذف منه واللعان ؟ والملاعن إذا كرر القذف لا يجب عليه الحد .

ولو طلق امرأته طلاقًا رجعيًا فجاءت بولد لأقل من ستين بيوم ففناه ثم جاءت بولد بعد ستين يوم فأقر به ؛ فقد بانت ولا لعان ولا حد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : هذه رجعية وعلى الزوج الحد ، فنذكر أصلهما وأصله ، وتخرج المسألة عليه ، فمن أصلهما : أن الولد الثاني يتبع الولد الأول ؛ لأنها جاءت به في مدة يثبت نسبه فيها وهكذا هو سابق في الولادة فكان الثاني تابعًا له فجعل كأنها جاءت بهما لأقل من ستين فلا نشئت الرجعة فثبت بالولد الثاني فتصير أجنبية فيتعذر اللعان .

ومن أصله : أن الولد يتبع الثاني ؛ لأن الثاني حصل من وطء حادث بعد الطلاق ييقن إذ الولد لا يبقى في البطن أكثر من ستين والأول يحتمل أنه حصل من وطء حادث أيضًا وإنما نرد المحتمل إلى المحكم فجعل الأول تابعًا للثاني فصار كأنها ولدتهما بعد ستين . والمطلقة طلاقًا رجعيًا إذا جاءت بولد لأكثر من ستين ثبتت الرجعة ؛ لأنه يكون من وطء حادث بعد الطلاق ييقن فيصير مراجعًا لها بالوطء ، فإذا أقر بالثاني بعد نفي الأول فقد أكذب نفسه فيحد ، وإن كان الطلاق بائنًا والمسألة بحالها يحد ، ويثبت نسب الولدين عندهما ، وعند محمد : لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين ؛ لأن من أصلهما أن الولد الثاني يتبع الأول فتجعل كأنها جاءت بهما لأقل من ستين فيثبت نسبهما ولا يجب اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لإكذاب نفسه . ومن أصله : أن الأول يتبع الثاني وتجعل كأنها جاءت به لأكثر من ستين والمرأة مبتوتة ، والمبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من ستين لا يثبت نسب الولد ولا يحد قاذفها ؛ لأن معها علامة الزنا وهو ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها . ومنها : أن لا يكون نسب الولد محكومًا ببوته شرعًا ، كذا ذكر الكرخي ، فإن كان لا يقطع نسبه فصورته ما روي عن أبي يوسف أنه قال في رجل جاءت امرأته بولد ففناه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبي بالولد الذي جاءت به فغضب القاضي الأجنبي الحد فإن نسب الولد يثبت من الزوج ويسقط اللعان ؛ لأن القاضي لما حد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه ، والحكم بكذبه حكم =

= ثبوت نسب الولد والنسب المحكوم بثبوته لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به وإنما سقط اللعان ؛ لأن الحاكم لما حد قاذفها فقد حكم بإحصانها في عين ما قذفت به ثم إذا قطع النسب من الأب وألحق الولد بالأب يبقى النسب في حق سائر الأحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله ونحو ذلك من الأحكام إلا أنه لا يجري التوارث بينهما . ولا نفقة على الأب ؛ لأن النفي باللعان يثبت شرعاً بخلاف الأصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولوداً على فراشه وقد قال النبي ﷺ : « الولد للفراش » فلا يظهر في حق سائر الأحكام .

وجاء في الفتاوى الهندية (٥١٦/١) : « إذا اتعنا فرق الحاكم بينهما ولا تقع الفرقة حتى يقضي بالفرقة على الزوج فيفارقه بالطلاق فإن امتنع فرق القاضي بينهما ، وقيل أن يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة يقع طلاق الزوج عليها ، وظهاره وإيلاؤه ، ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما . ولو أنهما امتنعا من اللعان بعد ثبوته أو امتنع أحدهما ؛ أجبرهما الحاكم عليه . ولو أنها جنت بعدما التعن الزوج قبل أن تلتن هي ؛ سقط اللعان ولا حد . ولو أنها لما فرغا من اللعان ؛ سألا القاضي أن لا يفرق بينهما لم يجبهما إلى ذلك ، ويفرق بينهما ، كذا في الجوهرة النيرة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٣٨٥/٣ ، ٣٨٦) : « أحكام اللعان : ينسخ به (أي بلعان الرجل (النكاح) كالرضاع (وتتأبد) به (الحرمة ظاهراً أو باطناً سواء صدقت أم صدق) فيحرم عليه نكاحها ووطؤها بملك اليمين لو كانت أمة فملكها خبير : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » . لكن ظاهره يقتضي توقف ذلك على تلاحنهما معاً وليس مراداً كالفرقة بغير اللعان فإنها تحصل بوجود سبب من أحد الجانبين ، والتأبد هنا صفة تابعة ولا مدخل للطلاق في ذلك وما روي : أن عويمرا طلق امرأته بعد اللعان فلأنه ظن أن اللعان لا يحرمها فقال له النبي ﷺ : « لا سبيل لك عليهما » أي لا ملك فلا يقع طلاقك قال ابن المنذر وعلى الحاكم أن يعلمهما بالفرقة إن كانا جاهلين كما أعلمهما النبي ﷺ بقوله : « لا سبيل لك عليهما » (ويسقط به) عنه (حد قذفها) الآية ﴿ وَالَّذِينَ يُرَوِّنَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ إذ ظاهرها لأن لعانته كشهادة الشهود في سقوط الحد به (و) يسقط به حد قذفه للزاني إن سماه في لعانته (كما مر (ويتنفي) به (النسب) عنه (إن نفاه) في لعانته لما في الصحيحين : أنه ﷺ فرق بينهما وألحق الولد بالمرأة (وثبت) به (حد الزنا عليها) للآية (وتسقط) به (حصانتها في حق الزوج إن لم تلاحن) هي أو لاعنت ، ثم قذفها بذلك الزنا أو أطلق كما مر (ويتشطر) به (الصداق قبل الدخول) كالطلاق قبله (ويستبيح) به (نكاح أختها وأربع سواها) وإن لم تنقض عدتها كما في الطلاق البائن (ولا يتوقف ذلك على قضاء القاضي ولا على لعانها) بل يحصل بمجرد لعان الزوج (وإنما هو) أي لعانها (لدرء الحد عنها) للآية (فإن أثبت) أي أقام بينة (بزناها) أو بإقرارها به (لم تلاحن) لدرء الحد ؛ لأن اللعان حجة ضعيفة لا تقاوم البينة (وسقط) بذلك (الحد) للقذف (عنه (ووجب) به حد الزنا (عليها) عملاً بالبينة » .

قول المالكية : جاء في شرح ميارة (٢١٥/١) : « فرقة المتلاعنين فسح بغير طلاق (التوضيح) فرع : والفرقة في اللعان فسح بغير طلاق ، قال في البيان : هذا مذهب مالك وجميع أصحابه ، وقال جماعة من أصحابنا : إنه طلقة بائنة » .

١٨١٥ - ومتى حصل اللعان بين الزوجين بأن قال الرجل أمام القاضي أربع مرات : أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنى . وقال في الخامسة : لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين . وقالت المرأة بعد ذلك أربع مرات أيضًا : أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى . وقالت في الخامسة : غضب الله علي إن كان من الصادقين ؛ حكم القاضي بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد عن أبيه .

١٨١٦ - فإذا لم يفرق الحاكم (القاضي) بينهما فالزوجية قائمة .

وينبغي على ذلك : أنه إذا مات أحدهما قبل التفريق ؛ ورثه الآخر ، لكن لا يجوز لهما الوقاع والاستمتاع لقوله عليه الصلاة والسلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا »^(١) .

١٨١٧ - فإن فرق القاضي بينهما : انقطعت الزوجية وبانت منه المرأة بينونة صغرى ؛ لأن التفريق باللعان طلاق بائن لأن الزوج أقدم على القذف الموجب للعان الذي نشأ عنه التفريق ، فكأن الزوج هو الذي طلق وإنما ناب عنه القاضي في التفريق .

ولكن هذا الطلاق يخالف الطلاق الواقع في غير هذه الحالة ، إذ الزوج في اللعان لا يجوز له أن يعقد على المرأة مرة ثانية ما دام كل منهما أهلاً للعان .

١٨١٨ - فإن خرجا عن الأهلية أو خرج أحدهما بأن صار فاسقًا أو أحرس أو أصم ؛ جاز لهما عقد النكاح سواء كان ذلك في العدة أو بعدها ، ولا يرد الحديث المتقدم ؛ لأن الحكم فيه بالتحريم منوط بصفة وقد زالت الصفة فيزول الحكم لقولهم : إن تعليق الحكم بمشقة يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق .

= قول الحنابلة : جاء في المغني (٥٣/٨ ، ٥٤) : « فرقة اللعان فسخ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هي طلاق ؛ لأنها فرقة من جهة الزوج ، تختص النكاح ، فكانت طلاقاً ، كالفرة بقوله : أنت طالق . ولنا : أنها فرقة توجب تحريمًا مؤبدًا ، فكانت فسحًا ، كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ، ولا نوى به الطلاق ، فلم يكن طلاقاً ، كسائر ما يفسخ به النكاح ، ولأنه لو كان طلاقاً ، لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة » .
(١) السنن الكبرى للبيهقي : (٤٠٩/٧) ، وسنن الدارقطني : (٢٧٦/٣) (١١٦) .

الفصل الثاني

في ثبوت نسب الولد المولود

من نكاح فاسد أو وطاء بشبهة

(مادة ٢٤٠)

إِذَا وُلِدَتْ الْمُنْكَوْحَةُ بِكَاحَا فَايَسِدًا قَبْلَ الْمُنَّارَكَةِ وَالتَّفْرِيقِ ، وَكَانَتْ لِوَالِدَتِهَا لِتَمَامِ بَيْتَةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ وَلَوْ لَمْ يَشْرَبِ سَبِينِ مِنْ حِينِ وَقَاعِهَا لَا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا ، ثَبِتَ نَسَبُ الْوَالِدِ مِنْ أَبِيهِ بِلَا دَعْوَى ، وَلَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ .

فَإِنْ وُلِدَتْ بَعْدَ فَسْخِ النِّكَاحِ بِالْمُنَّارَكَةِ أَوْ التَّفْرِيقِ ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الْفُرْقَةِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢٤١/٣) : « قال أصحابنا : إن من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية ، إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة .

وقال الشافعي : يلاعنها إذا كان القذف بنفي الولد ؛ لأن القذف إذا كان بنفي الولد تقع الحاجة إلى قطع النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان لقطع النسب والجواب أن قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان إلا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه وهو الزوجية .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٢٤/٤ ، ١٢٥) : « وإن فسد نكاحه أو فسقاً أو رقاً لا كفرًا يعني أن اللعان يكون في النكاح الفاسد الذي لا يقر الزوجان عليه بحال كالصحيح لثبوت النسب فيه ويكون أيضاً بين الزوجين الفاسقين أو الرقيقين وأما الزوجان الكافران فإنه لا يصح منهما اللعان نعم إن جاءوا إلينا ورضوا بأحكامنا حكمنا بينهم بحكم المسلمين ومفهوم كفر أن المسلم يلاعن اليهودية والنصرانية قال في الجلاب لكن لعانه لنفي الحمل أو الولد لا للرمي ولما كان للعان أسباب أو شروط ثلاثة أشار إلى أولها بقوله . إن قذفها بزنا صريح لا تعريض هي طائفة فيه في قبل أو دير ورفعت ؛ لأنه من حقها وإلا فلا لعان ولعل المؤلف لم يقيد بالصريح والطوع لذكره حكمهما بعد بقوله وتلاعنا إن رماها بقصب إلخ وبقوله وجدتها مع رجل في لحاف (وقوله في نكاحه) متعلق بقذف أي يجب أن يكون قذفه لها في نكاحه ويريد توابع النكاح من العدة كالنكاح كما يأتي وسواء كان حصول الزنا منها في نكاحه أو قبله كما لو قال لها : رأيتك تزني قبل أن أتزوجك أو قذفها قبل نكاحه فلم يحد حتى تزوجها فقذفها يحترز عما لو خرجت من العدة فقذفها أو قذفها ثم تزوجها ولم يقذفها بعد أن تزوجها فقوله (وإلا حد) أي بأن قذفها قبل نكاحه أو بعد خروجها من العدة حد .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٤٥/٨ ، ٤٦) : « وإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد نفيه ، فله أن يلاعن لنفيه ، ولا حد عليه . وإن لم يكن بينهما ولد ، حد ولا لعان بينهما . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد ، وليس له نفيه ، ولا اللعان ؛ لأنها أجنبية ، فأشبهت سائر =

١٨١٩ - قد عرفت في شرح مادة (٣٣٢) أن العقد إذا كان صحيحاً وأنت الزوجة بولد لتتمام ستة أشهر من وقت العقد ثبت نسبه من الزوج على ما فيه من الخلاف بين الأئمة .

أما لو كان عقد الزواج فاسداً فلا يثبت نسب الولد من الزوج ، إلا إذا جاءت به لتتمام ستة أشهر من وقت الدخول بها ووقاعها في محل الحرث .

ويبني على ذلك : أن الفراش إنما يثبت من حين الدخول بها ووقاعها في محل الحرث ، فالمتزوجة زواجاً فاسداً إذا أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين وقاعها ؛ لا يثبت نسبه من أبيه وإن مضى ستة أشهر من حين العقد .

نعم إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى يثبت نسبه منه ويحمل على أن المرأة حملت منه بعقد سابق أو وطء بشبهة .

أما إن جاءت به لتتمام ستة أشهر من حين الوقاع ؛ يثبت نسبه ، وجميع الأولاد التي تولد من المرأة بعد هذه المدة تنسب للزوج ما دام معاشراً لها معاشر الأزوج .

فإذا فرق بينهما القاضي أو تفارقا من أنفسهما ثم جاءت بولد ؛ يثبت نسبه إذا جاءت به لأقل من سنتين من حين التفريق ، وإن جاءت به لأكثر منهما ؛ فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل بعد التفريق فلا يمكن ثبوت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه غير قائل إنه من الزنى .

وإذا أراد الزوج نفي الولد الذي نسب إليه ؛ فلا يتأتى له نفيه على رأي أبي حنيفة وأصحابه ، لأنه لا يتأتى له نفيه إلا باللعان وهو غير ممكن لأن العقد فاسد ، ومن شروط

= الأجنبية ، أو إذا لم يكن بينهما ولد . ولنا : أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح ، فكان له نفيه ، كما لو كان النكاح صحيحاً ، ويفارق إذا لم يكن ولد ، فإنه لا حاجة إلى القذف ؛ لكونها أجنبية ، ويفارق سائر الأجنبية ؛ لأنه لا يلحقه ولد من ، فلا حاجة به إلى قذفهن ، ويفارق الزوجة . فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد ، لكونها خاتمه وغاياته وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منها ولد ، فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لاعن سقط الحد ؛ لأنه لعان مشروع لنفي الحد ، فأسقط الحد ، كاللعان في النكاح الصحيح . وهل يثبت التحريم المؤبد ، فيه وجهان : أحدهما : يثبت ؛ لأنه لعان صحيح ، أشبه لعان الزوجة . والثاني : لا يثبت ؛ لأن الفرقة لم تحصل به ، فإنه لا نكاح بينهما يحصل قطعه به ، بخلاف لعان الزوجة ، فإن الفرقة حصلت به . ولولا لعانها من غير ولد ، لم يسقط الحد ، ولم يثبت التحريم المؤبد ؛ لأنه لعان فاسد ، فلم تثبت أحكامه . وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك ؛ لأن النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح ، فأشبهه مالولاعن أجنبية يظهر زوجته .

اللعان : أن يكون العقد صحيحاً^(١) .

(مادة ٢٤١)

المُزْطَوَّةُ بِشَبْهَةِ فِي المَحَلِّ أَوْ فِي العَقْدِ إِذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ الوَاطِئِ إِنْ ادَّعَاهُ .
وَكَذَلِكَ المُزْطَوَّةُ بِشَبْهَةِ الفِعْلِ الَّتِي رُفَّتْ إِلَى الوَاطِئِ ، وَقِيلَ لَهُ : هِيَ زَوْجَتُكَ . وَلَمْ
تَكُنْ كَذَلِكَ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٢) : ١ - المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لثمة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج .

٢ - إذا كانت ولادته بعد متاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المتاركة أو التفريق .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٦) أ - يثبت نسب الولد بالفراش إذا مضى على الزواج أقل مدة الحمل وكان التلاقي بين الزوجين ممكناً .

ب - يثبت نسب الولد من عقد فاسد أو وطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطاء .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١٥٥/٢) : « ومن زفت إليه غير امرأته ، وقالت النساء : إنها زوجتك فوطئها فلا حد عليه وعليه المهر) يعني مهر المثل وعليها العدة ولا يحد قاذفه لأن وطأه في غير ملكه ويثبت نسب ولدها » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٦٦/٨ ، ٦٧) : « وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة ، فأنت بولد ، لحقه نسبه . وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة . وقال القاضي : وجدت بخط أبي بكر ، أنه لا يلحق به ؛ لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح ، أو فاسد ، أو ملك ، أو شبهة ملك ، ولم يوجد شيء من ذلك ، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد ، فلم يلحق الولد فيه بالوطء ، كالزنا . والصحيح في المذهب الأول .

قال أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد . ولأنه وطء اعتقد الواطئ حله ، فلحق به النسب ، كالوطء في النكاح الفاسد . وفارق وطء الزنا ، فإنه لا يعتقد الحل فيه . ولو تزوج رجلان أختين ، فغفلت بهما عند الدخول ، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى ، فوطئها ، وحملت منه ، لحق الولد بالواطئ ؛ لأنه وطء يعتد حله ، فلحق به النسب ، كالوطء في نكاح فاسد . وقال أبو بكر : لا يكون الولد للواطئ ، وإنما يكون للزوج . وهذا الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة ، لأن الولد للفراش . ولنا : أن الواطئ انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب ، فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج ، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً ، والخير مخصوص بهذا ، فقيس عليه ما كان في معناه . وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه ، فاعتزلها حتى أتت بولد لسنة أشهر من حين الوطاء ، لحق الواطئ ، وانتفى عن الزوج من غير لعان ، وعلى قول أبي بكر ، وأبي حنيفة يلحق بالزوج ؛ لأن الولد للفراش . وإن أنكر الواطئ الوطاء ، فالقول قوله بخير يمين ، ويلحق نسب الولد بالزوج ؛ لأنه لا يمكن إلحاقه بالمتنكر ، ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب =

١٨٢٠ - وكل هذه الأحكام إن كان هناك عقد سواء كان صحيحاً أو فاسداً ، أما إذا لم يكن بأن حصل وطء بشبهة ففتح الأحكام الآتية وإليك بيانها :

اعلم أن الشبهة : هي ما يشبه الثابت وليس بثابت . وهي على ثلاثة أنواع : شبهة في المحل ، وشبهة في العقد ، وشبهة في الفعل .

١٨٢١ - فشيبة المحل : ويقال لها شبهة الملك بمعنى المملوك وتسمى أيضاً شبهة حكمية ؛ لأن سببها حكم الشارع لتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ، ولاتتوقف على ظن الجاني واعتقاده وذلك لأن الشبهة ناشئة من الدليل الشرعي .

فإذا تحققت هذه الشبهة يدرأ بها الحد ويثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة . فإذا لامس الأب جارية ابنه وجاءت منه بولد وادعاه ؛ ثبت نسبه منه ويسقط عنه الحد ، وإن ظن الحرمة لأن الشبهة ثابتة بقول النبي عليه الصلاة والسلام للغلام الذي اشتكاه أبوه : « أنت ومالك لأبيك » (١) .

١٨٢٢ - فهذا الحديث أوجب شبهة في نفس جارية الابن بالنسبة إلى الأب ولذا لا يحد لقوله عليه الصلاة والسلام : « ادعوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » (٢) . وإنما

= الولد . وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال ؛ لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ . وإن اشتركا في وطئها في طهر ، فأنت بولد يمكن أن يكون منهما ؛ لحق الزوج ؛ لأن الولد للفراش ، وقد أمكن كونه منه . وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ .

فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معها فيلحق بمن ألحقته منهما ، فإن ألحقته بالواطئ لحقه ، ولم يملك نفيه عن نفسه ، وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج لحقه ، ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين . والأخرى : له ذلك . وإن ألحقته بهما ، لحق بهما ، ولم يملك الواطئ نفيه عن نفسه . وهل يملك الزوج نفيه باللعان ، على روايتين . وإن لم توجد قافة ، أو أنكر الواطئ الوطء ، أو اشتبه على القافة ، لحق الزوج ؛ لأن المقتضي للحاق النسب به متحقق ، ولم يوجد ما يعارضه ، فوجب إثبات حكمه . ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال ؛ لأن دلالة قول القافة ضعيفة ، ودلالة الفراش قوية ، فلا يجوز ترك دلالاته لمعارضة دلالة ضعيفة .

(١) سنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : في الرجل يأكل من مال ولده / ٣٥٣٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : التجارات / باب : ما للرجل من مال ولده / ٢٢٩١) .

(٢) قال العجلوني في كشف الخفاء (٧٤ ، ٧٣/١) : « رواه البخاري في مسند أبي حنيفة عن ابن عباس مرفوعاً ، وأخرجه ابن السمعاني عن عمر بن عبد العزيز فذكر قصة طويلة فيها قصة شيخ وجدوه سكران فأقام عليه عمر الحد ثمانين ، فلما فرغ قال : يا عمر ، ظلمتني ؛ فإني عبد . فأغتم عمر ، ثم قال : إذا رأيت مثل هذا في ستمه وهينته وعلمه وفهمه وأدبه ، فأحملوه على الشبهة ، فإن رسول الله ﷺ قال : « ادعوا الحدود =

أفاد الحديث الشبهة ولم يفد الملك كما هو الظاهر من لفظه ، لأن الصحابة أجمعوا على أن ظاهره غير مراد وإنما المراد وجوب نفقة الابن على الأب وإلا فلا معنى لكون الولد يكون مملوكاً للأب مع أن القرابة موجبة لتحرير الرقيق كما قال النبي ﷺ : « من ملك ذا رحم محرّم منه ، عتق عليه » (١) .

١٨٢٣ - وكذلك لا معنى لكون الأب يكون مالكا مال ابنه ملكاً حقيقياً حتى يتصرف فيه كما يتصرف في مال نفسه ، فينتج من ذلك أن الحديث مصروف عن ظاهره وإنما أوجب شبهة حكمية في المحل كما تقدم .

١٨٢٤ - ومن ذلك ملامسة معتدة الكنايات فإنها ناشئة من قول سيدنا عمر : الكنايات رواجع . ومن ذلك أيضاً وطء الشريك الجارية المشتركة ووطء البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها .

١٨٢٥ - وشبهة العقد : هي التي نشأت بسبب وجود العقد صورة لا حقيقة، كما

= بالشبهات . قال شيخنا ، يعني : الحافظ ابن حجر - : وفي سنده من لا يعرف . وقال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديث مسند الفردوس : اشتهر على الألسنة ، والمعروف في كتب الحديث أنه من قول عمر بن الخطاب بغير لفظه .

وعزه في الدرر إلى الترمذي بلفظ : « ادعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » . وأخرجه ابن أبي شيبة عن عمر بلفظ : « لأن أخطئ في الحدود بالشبهات . وأخرجه ابن حزم في الإيصال بسند صحيح ، وأخرجه مسدد عن ابن مسعود أنه قال : ادعوا الحدود عن عباد الله ﷻ . ورواه البيهقي عن عاصم بلفظ : ادعوا بالشبهات ، وادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم . وقال : إنه أصح ما فيه . وأخرجه الترمذي والحاكم والبيهقي وأبو يعلى عن عائشة مرفوعاً بلفظ : « ادعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » .

ثم قال في المقاصد : ورواه عن علي مرفوعاً بلفظ : ادعوا الحدود ، ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود . وفيه المختار بن نافع منكر الحديث . وأخرجه ابن ماجه بسند فيه ضعيف عن أبي هريرة مرفوعاً : « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدافعاً » . وقال النجم : ورواه ابن عدي في جزء له من مصر والجزيرة عن عباس بن زيادة : « وأقبلوا الكرام عشراهم إلا في حد من حدود الله تعالى » . ثم قال : وقال عمر بن الخطاب : « لأن أخطئ في الحدود بالشبهات أحب إليّ أن أقيمها بالشبهات » . وينظر : سنن الترمذي (كتاب : الحدود عن رسول الله / باب : ما جاء في درة الحدود / ١٤٢٤) .

(١) سنن الترمذي (كتاب : الأحكام عن رسول الله / باب : ما جاء فيمن يملك ذا رحم محرّم / ١٣٦٥) ، وسنن أبي داود (كتاب : العتق / باب : فيمن ملك ذا رحم محرّم / ٣٩٤٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : من ملك ذا رحم محرّم فهو حر / ٢٥٢٤) ، كلهم بلفظ : « فهو حر » .

- إذا عقد رجل على معتدة الغير أو على محرم له رضاعاً أو مصاهرة أو نسباً .
- ١٨٢٦ - فإن كان يعتقد الحل بأن كان لا يعرف تحريمها عليه أو يجهل الحكم الشرعي ، سقط عنه الحد وعزر ، ويثبت نسب الولد الذي جاءت به المرأة من الوطاء الحاصل بعد ذلك العقد .
- ١٨٢٧ - وإن كان يعتقد الحرمة ، فلا يسقط عنه الحد ولا يثبت منه نسب الولد وإن ادعاه . هذا هو رأى أبي يوسف ومحمد .
- ١٨٢٨ - وقال الإمام : يسقط عنه الحد ويثبت نسب الولد إن ادعاه . والقول الأول هو الأرجح ، وقد تقدم لك شرح هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادتي (١٣١) ، (١٣٢) فارجع إليه إن شئت .
- ١٨٢٩ - وشبهة الفعل : هي التي تتحقق في نفس من اشتبه عليه الحل والحرمة ، بأن ظن ما ليس بدليل دليلاً مبيحاً لفعله وليس كذلك .
- ١٨٣٠ - وهذه الشبهة تسقط الحد إن قال : ظننت الحل . فإذا وطئ رجل مبانته بالثلاث وهي في العدة وقال : ظننت حلها لي . فلا حد عليه . وإن قال : علمت إنها عليّ حرام . وجب عليه الحد .
- ١٨٣١ - وعلى كل حال لا يثبت منه نسب الولد الذي جاءت به المرأة وإن ادعاه ؛ لأن ما حصل منه زنى وإنما سقط عنه الحد للشبهة التي قامت به للحديث .
- ١٨٣٢ - وكذا الحكم في وطء جارية الأب وجارية الزوجة المطلقة على مال إذا وطئها بدون عقد . ثم إن الشبهة متى ثبتت عند أحد الجانبين ثبتت في حق الآخر ؛ لأنها ثابتة بالنسبة إلى الفعل وهو لا يتجزأ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٣) : ١ - الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ .

٢ - متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع النكاح في الدرجات المنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث .

(مادة ٣٤٢)

إِذَا تَزَوَّجَ الزَّانِي مَرْثِيَّتَهُ الْحَامِلَ مِنْ زِنَاهُ ، فَوَلَدَتْ لِبُضِي سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوُّجِهَا ، يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَالِدِ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ نَفِيهُ .
وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوُّجِهَا ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا إِذَا ادَّعَاهُ غَيْرُ مُعْتَرِفٍ أَنَّهُ مِنَ الزَّانِي .

• • •

١٨٣٣ - وكل هذه الأحكام إن حصل الوطاء بشبهة عند الواطئ . فإن حصل بلا شبهة كان زنى محضاً فلا يعول عليه في حق ثبوت النسب ، ويترتب على ذلك أنه إذا زنى رجل بامرأة ثم عقد عليها عقداً صحيحاً وولدت لتمام ستة أشهر من حين العقد ، يثبت نسبه منه لأنه قد مضى على الحمل وهو في بطن أمه ستة أشهر بعد العقد وهي أقل مدة الحمل فيثبت نسبه ؛ لأن الولد للفراس .

١٨٣٤ - وإذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه لتحقق أن الحمل حاصل قبل العقد ، لكن إذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنى ، يثبت نسبه ويحمل على أنه حاصل بسبب عقد سابق أو ملامسة بشبهة .

الفصل الثالث

في ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

(مادة ٣٤٣)

إِذَا لَمْ تَقْرَ الْمُطَلَّقةَ الْكَبِيرَةَ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مُطَلَّقةً رَجْعِيًّا ، يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا مِنْ زَوْجِهَا ، سِوَاءَ وَوَلَدَتْهُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتِّينَ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ أَوْ لِتَمَامِهَا أَوْ لِأَكْثَرِ ، وَلَوْ نَفَاهُ لِأَعْن .

وَإِنْ كَانَتْ مُطَلَّقةً طَلَاقًا بَائِنًا بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثَةِ ، وَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سِتِّينَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَكَذَلِكَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا إِذَا لَمْ تَقْرَ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتِّينَ مِنْ جِهِنِ الوَفَاةِ . فَإِنْ وَوَلَدَتْهُ الْمُطَلَّقةُ بَائِنًا أَوْ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا وَوَلَدًا لِأَكْثَرِ مِنْ سِتِّينَ مِنْ جِهِنِ الْبَيْتِ أَوْ الْمَوْتِ ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ إِلَّا بِدَعْوَةِ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٣٩/٣ - ٤٣) : (ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وإن ولدته لأكثر من ستين ما لم تقر بمضي العدة فكان رجعة في الأكثر منهما لا في الأقل منهما) أي من الستين لأن ثبوت النسب يعتمد التصور ، وهو متصور في الصور كلها ما لم تقر بانقضاء عدتها على ما نبين ثم إن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا إشكال في ثبوت نسبه لأنه كان موجودًا وقت الطلاق فكان من علوق قبله ، وبانت بالوضع لانقضاء العدة ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر ، ولأقل من ستين فكذلك الحكم في ثبوت النسب والبيونة لأنه يحتمل أن يكون من حمل قبل الطلاق فحمل عليه ، فإن قيل ينبغي أن يحمل على أنه بوطء بعد الطلاق لأن الحوادث تحمل على أقرب أوقات الإمكان ، وفيه إثبات الرجعة أيضًا احتياطيًا فكان أولى قلنا الحوادث إنما تحمل على أقرب أوقاتها إذا لم يوجد المقتضي بخلاف ذلك ، وأما إذا وجد فلا ، وهنا وجد المقتضي لأن الطلاق الرجعي يقتضي البيونة عند انقضاء العدة ، والقول بثبوت الرجعة إبطال له فلا يجوز ، ولأن فيه حمل أمره على خلاف السنة ، وهو المراجعة بالفعل مع ما فيه من إثبات الرجعة بالشك ، وهو أيضًا لا يجوز فلا يصار إليه مع إمكان غيره ، وإن جاءت به لأكثر من ستين ثبت نسبه منه ، وكانت رجعة لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه فحمل عليه ، ولا يحمل على الزنا لإمكان الحمل ، ولانتفاء الزنا عن المسلم ظاهرًا ، ولا يقال انتفاء الزنا ممكن بغير هذه الجهة ، وهو أن تتزوج بزواج آخر بعد انقضاء عدتها فيكون الولد منه لأننا نقول الإبقاء أسهل من الابتداء فكان أولى ، هذا كله إذا لم تقر بانقضاء العدة ، وأما إذا أقرت به في مدة تحمّل ذلك فهو كما قالت ما لم يكذبها الظاهر . (والبيت لأقل منهما) أي يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت إذا جاءت به لأقل من ستين لأنه كان موجودًا عند الطلاق أو يحتمله فيحمل عليه احتياطيًا لإثبات النسب على ما تقدم ، ولا يعتبر توهم غيره على ما بينا .

= قال **كثيثة** : (وإلا لا) أي إن لم تأت به لأقل منهما بل أتت به لأكثر لم يثبت نسبه لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه حرمة ووطئها في العدة بخلاف الرجعي ، وتنقضي به العدة عند أبي يوسف . وعندهما : يحمل على أن عدتها انقضت قبل الولادة بستة أشهر ، وتزوجت بغيره ، وجاءت به منه فترد ما أخذت من النفقة منه تلك المدة حملًا لأمرها على الصلاح وإحياء للولد فلا يسمع إقرارها أنه من الزنا في حق الولد لأنه ضرر محض في حقه وأبو يوسف يقول : يحتمل أنه هو الذي ووطئها في العدة أو غيره بشبهة أو بنكاح صحيح ، وسبب النفقة كان ثابتًا يبين فلا يرد بالشك ، وفيه نظر فإن نسب الولد لم يثبت يبين فأقل أحواله أن يكون ووطئها أجنبي بشبهة فحبلت منه والمنكوحة إذا ووطئت بشبهة فحبلت منه لا تجب لها النفقة على الزوج حتى تضع حملها لكونها مشغولة بغيره فكيف تجب في المعتدة وهي آخذة حالًا ولو ولدت ولدين توأمين أحدهما لأقل من سنتين ، والآخر لأكثر منهما ثبت نسبهما منه عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالجارية إذا ولدت ولدين بعد بيعها ثم ادعى البائع الولد الأول ثبت نسبهما منه لأنهما خلقا من ماء واحد .

وقال محمد : لا يثبت نسبهما لأن الثاني من علوق حادث فمن ضرورته أن يكون الأول كذلك لأنهما من ماء واحد بخلاف مسألة الجارية لأنه يحتمل أن يكون الثاني علقت به في ملكه لعدم الاستحالة حتى لو ولدت أحدهما لأقل من سنتين ، والآخر لأكثر ينبغي أن يكون الحكم كذلك أو نقول يمكن أن يفرق بينهما بأن البائع التزمه قصدا بالدعوى ، والزوج لم يدع حتى لو ادعى الزوج الأول كان مثله قال **كثيثة** : (إلا أن يدعيه) لأنه التزمه ، وله وجد بأن ووطئها بشبهة وهي في العدة هكذا ذكره ، وفيه نظر لأن المبتوتة بالثلاث إذا ووطئها الزوج بشبهة كانت شبهة في الفعل ، وفيها لا يثبت النسب ، وإن ادعاه نص عليه في كتاب الحدود فكيف أثبت به النسب هنا ، وذكر في النهاية أن الزوج إذا ادعاه هل بشرطه فيه تصديق المرأة قال فيه روايتان ، وعزاه إلى شرح الطحاوي ثم المعتبر خروج الأكثر لأقل من سنتين ، وهو خروج الصدر إن خرج مستقيما ، وإن كان منكوسا فسرت ، وهو المعتبر في انقضاء العدة ، وفي حق الإرث إذا مات قبل أن يخرج كله .

(والمراهقة لأقل من تسعة أشهر ، وإلا لا) يعني يثبت نسب ولد المطلقة المراهقة إذا جاءت به لأقل من تسعة أشهر ، وإن جاءت به لأكثر لا يثبت ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، والرجعي والبائن فيه سواء ، وقال أبو يوسف : يثبت النسب منه إلى سنتين إن كان بائنا ، وإن كان رجعا يثبت منه إلى سبعة وعشرين شهرا ، وبعده لا يثبت لأن الحمل من المراهقة موهوم شرط انقضاء عدتها بمضي الأشهر أن لا تكون حاملا ، وهو لا يعلم إلا من جهتها فما لم تقر بانقضاء عدتها احتمل أن تكون حاملا بعلوق قبل الطلاق ، وفي الرجعي بعلوق في العدة ، وهذا القدر من التصور كاف لثبوت النسب فيحمل عليه ، ولهما أنا نيقنا بصغرهما فلا يزول بالشك ، وهو مناف للحمل ، ولا نقضاء عدتها جهة معينة ، وهو مضي الأشهر فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء فصار كما لو أقرت بذلك بل فوqe لأنه لا يحتمل الخلاف ، والإقرار يحتمله ، ولا يرد على هذا المتوفى عنها زوجها حيث يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين ، وإن كان لانقضاء عدتها جهة أخرى وهي مضي الأشهر لأننا نقول لانقضاء عدتها جهتان الأشهر ، ووضع الحمل ، والجهتان متساويتان فيها فلا تعين إحداهما عند الموت دون الأخرى بخلاف الصغيرة لأن الأشهر متعينة فيها إذ الأصل عدم الحمل منها ، ولا يقال الأصل في الكبير أيضا عدم الحمل لأننا نقول ذلك في غير المنكوحة .

١٨٣٥ - اعلم أن المرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين زوجها : إما أن تكون كبيرة ، وإما أن تكون صغيرة . فإن كانت كبيرة : فإما أن تكون الفرقة بالطلاق ، أو بالوفاة . وعلى كلٍّ : فإما أن تقر بانقضاء عدتها ، أو لا . فإن كانت الفرقة بالطلاق : فإما أن يكون رجعيًا ، أو بائنًا . وكلُّ له أحكام تخصه وإليك بيانها :

١٨٣٦ - فإن كان الطلاق رجعيًا ولم تقر بانقضاء عدتها : فإما أن تلد لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو لتمامها أو لأكثر . فإن ولدت بعد الطلاق لأقل من سنتين يثبت نسبه من الزوج ويحمل على وجوده في الرحم قبل الطلاق لأنه لم يمض عليه أكثر من أكثر مدة الحمل التي هي سنتان وبانت المرأة منه بالولادة لانقضاء عدتها بها واحتمال كون الحمل حادثًا بعد الطلاق لا يكون دليلًا على الرجعة ؛ لأنها لا تثبت بالشك .

= وأما في المنكوحة فلا لأنه لا يعقد إلا للإحبال هذا إذا لم تقر بالحبل ، ولا بانقضاء العدة ، وإن أقرت بالحبل فهو إقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها فصار كالكبيرة في حق ثبوت نسبه ، وإن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه لظهور كذبها بيقين ، وإلا لم يثبت لأن الجهة ، وهو الاعتداد بالأشهر قد تعينت بدون الإقرار فمع الإقرار أولى بخلاف الآيسة إذا أقرت بانقضاء عدتها مفسرا بالأشهر ثم جاءت بولد لأقل من سنتين حيث يثبت نسبه ، والفرق أن الآيسة بالولادة تبين أنها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الأقراء ، ولا كذلك الصغيرة ، ولهذا لم تستأنف العدة إذا حاضت بعد انقضائها ، والآيسة تستأنف . (والموت لأقل منهما) أي ويثبت نسب ولد معتدة الموت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الموت ، وقال زفر رحمته : إذا ولدت لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات لا يثبت النسب لما ذكرنا في الصغيرة من تعين عدتها بالأشهر ، ونحن قد ذكرنا الفرق هناك بينهما ، والصغير إذا توفي عنها زوجها فإن أقرت بالحبل فهي كالكبيرة يثبت نسبه إلى سنتين لأن القول قولها في ذلك ، وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر ثم ولدت لسته أشهر فصاعدًا لم يثبت النسب منه ، وإن لم تدع حبلًا ، ولم تقر بانقضاء العدة فعند أي حنيفة ومحمد إن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب منه ، وإلا لم يثبت ، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين ، والوجه ما بينا في المعتدة الصغيرة من الطلاق والآيسة إذا طلقها زوجها بائنًا أو رجعيًا ، ولم تقر بانقضاء عدتها حتى ولدت كان الجواب فيها ، وفي ذوات الأقراء سواء لأنها لما ولدت بطل إياسها ، وإن أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فكذلك الجواب حتى يثبت نسبه إلى سنتين إن كان الطلاق بائنًا ، وإلى ما لا نهاية له في الرجعي لأنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر لأنه لما ظهر أنها لم تكن آيسة فصار كأنها لم تقر بانقضاء العدة ، وإن أقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسر بالأشهر في مدة يتصور أن يكون فيها ثلاثة أقراء ثم ولدت لسته أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه ، ويحمل إقرارها على انقضاء العدة بالأقراء لأنه هو الأصل ، ويجعل كأنها تزوجت بزوج آخر فحبلت منه فلا يبطل إقرارها إلا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فيبطل لظهور كذبها بيقين ، وإن كانت معتدة عن وفاة فالآيسة فيها ، والتي من ذوات الأقراء سواء لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهما إذا لم تكن حاملًا .

١٨٣٧ - وإن ولدته لتمام سنتين أو لأكثر ثبت نسبه أيضًا من الزوج ، ويحمل على أنه لامسها في العدة لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل فهي زوجة له حكمًا ، والفراش قائم ما دامت العدة باقية وهي باقية ما لم تقر بمضيها لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهتها ، فيجوز أن تكون ممتدة الطهر بسبب انقطاع الدم عنها زمنًا طويلًا وواقعها في أثناء تلك المدة ، وحينئذ تكون الولادة دليل الرجعة .

١٨٣٨ - وعلى هذا فذكر السنتين في المادة ليس الغرض منه تعيين زمن وإنما المراد عدم التقييد بزمن مخصوص كما في المبانة على ما سيأتي . فإذا نفاه لاعتن الحكم الشارع ببقاء الزوجية .

١٨٣٩ - وإن كان الطلاق بائنًا وجاءت بولد لأقل من سنتين يثبت نسبه منه لأنه يحتمل أن يكون موجودًا في رحم أمه قبل الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل حصول الحمل ، فيكون في قطع نسبه هضم لحقوق الولد وضياع لشرف المرأة وعشيرتها ، وهو لا يقدم عليه بالظن فيثبت نسبه .

١٨٤٠ - وإن ولدته لتمام سنتين من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه منه ، لأنها جاءت به بعد زوال الفراش . وقال بعض العلماء : يثبت لأن الولد لم يمض عليه أكثر من سنتين من وقت زوال الفراش فيجوز أن يكون مخالطًا للمرأة وقت حصول الطلاق ، فمع وجود هذا الاحتمال لا يسوغ قطع نسب الولد وخذش شرف الأم .

١٨٤١ - وإن ولدته لأكثر من سنتين من وقت الإبانة ، فلا يثبت نسبه للتيقن بوجوده بعد زوال الفراش ، اللهم إلا إذا ادعاه ولم يقل : إنه من الزنى . ولا يشترط في ذلك تصديق المرأة له ولا بيان السبب الذي ادعى به نسبه .

١٨٤٢ - وحكم المتوفى عنها زوجها ولم تقر بانقضاء عدتها كحكم المبانة، غير أن الذي يدعي الولد الذي جاء بعد سنتين هم الورثة ، فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت نسبه من الميت في حق الناس كافة فيطالبه مدين الميت بحقه ويخاصمه ويرجع على كفيله ونحو ذلك . وإن لم يكونوا من أهل الشهادة يثبت نسبه في حق المقرين لا غير فيزاحمهم في الميراث (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٠) : إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة .

(مادة ٣٤٤)

إِذَا أَقْرَبَتِ الْمُطَلَّقَةُ رَجْعِيًّا أَوْ بَائِنًا أَوْ الْمُتَرَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي مُدَّةٍ تَحْتَمِلُهُ ،
ثُمَّ وُلِدَتْ ، فَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَقْلٍ مِنْ نِصْفِ حَوْلٍ مِنْ وَقْتِ الْإِقْرَارِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتِّينَ مِنْ
وَقْتِ الْفُرْقَةِ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ أَبِيهِ . وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ نِصْفِ حَوْلٍ مِنْ حِينِ الْإِقْرَارِ
وَلَا تُكْتَرُ مِنْ سِتِّينَ مِنْ وَقْتِ الثَّبَتِ أَوْ الْمَوْتِ ، فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ ^(١) .

* * *

١٨٤٣ - وإن أقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة بين الطلاق أو الوفاة والإقرار بانقضائها تحتمل صدقها ، بأن كانت ستين يوماً على رأي الإمام الأعظم وتسعة وثلاثين يوماً على رأي أبي يوسف : فإما أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من ستين من وقت الطلاق أو الوفاة أو لا . وعلى كل : فإما أن يكون الطلاق رجعيًّا أو بائناً .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٤٣/٣) : (والمقرة بمضيها لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار) أي يثبت نسب ولد المقررة بانقضاء العدة إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لظهور كذبها بيقين هذا إذا جاءت به لأقل من ستين من وقت الفراق ، وإن جاءت به لأكثر منهما لا يثبت ، وإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما إذا أقرت بعد ما مضى من عدتها ستان إلا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه منه لأن شرط ثبوته أن يكون لأقل من ستين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق ، وبعده لا يثبت ، وإن لم تقر بالانقضاء فمع الإقرار أولى إلا إذا كان الطلاق رجعيًّا فحينئذ يثبت ، ويكون مراجعًا على ما بينا من قبل بقي فيه إشكال ، وهو ما إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من ستين من وقت الفراق ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك بأن أقرت بعد ما مضى ستة مثلاً ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لأنه يحتمل أن عدتها انقضت في شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ، ولا يلزم من إقرارها انقضاء العدة أن تنقضي في ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتي الساعة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت قال رحمته : (وإلا لا) أي إن لم تجيء به لستة أشهر من وقت الإقرار بل جاءت به لأكثر لا يثبت نسبه منه ، وقال الشافعي : يثبت لأن حمل أمرها على الصلاح ممكن فوجب الحمل عليه ، وفي ضده حمله على الزنا ، وهو منتف عن المسلم ، ولأن فيه ضرراً على الولد بإبطال حقه في النسب فيرد إقرارها . ولنا : أنها آمنة في الإخبار عما في رحمها ، وقد أخبرت بمضي عدتها ، وهو ممكن فوجب قبول خبرها حملاً لكلامها على الصحة ، ولا يلزم من قطعه عنه أن يكون من الزنا لأنه يحتمل أنها تزوجت غيره فحبلت منه فحمل عليه عند الإمكان مع أننا نقول يجوز إبطال حق الغير بقول الأيمن إذا لم يكن مكذباً شرعاً ألا ترى أنها تصدق في انقضاء عدتها بالأقراء ، وإن تضمن ذلك إبطال حق الزوج في الرجعة .

١٨٤٤ - فإن كان رجعيًا وولده لأقل من ستة أشهر من حين الإخبار بانقضاء عدتها ولأقل من سنتين من حين الطلاق ، ثبت نسبه للتيقن بوجود الحمل في الزمن الذي أخبرت عنه بأنه آخر عدتها ، فيظهر كذبها ويبطل إقرارها . وكذلك إن ولده لأكثر من سنتين من حين الطلاق ولأقل من ستة أشهر من حين الوقت الذي أخبرت فيه بانقضاء عدتها ، يثبت نسبه أيضًا للتيقن بكذبها ويحمل على أنه واقعها في أثناء العدة ، لأن الزوجية باقية حكمًا ويحكم بأنه راجعها .

١٨٤٥ - وإن ولده لتمام ستة أشهر أو أكثر من حين الوقت الذي أخبرت فيه بمضيها ، سواء ولده لتمام سنتين أو لأكثر أو لأقل من حين الطلاق فلا يثبت نسبه لعدم التيقن بكذبها فيما أخبرت به ، فيحمل على أنها حملت من ملامسة حصلت بعد انقضاء عدتها .

١٨٤٦ - وإن كان الطلاق بائنًا أو كانت الفرقة بالوفاة فإن ولده لأقل من سنتين من حين إبانها أو وفاة زوجها ولأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، يثبت نسبه لظهور كذبها كما تقدم .

١٨٤٧ - وإن ولده لتمام ستة أشهر أو لأكثر من حين انقضاء عدتها حسبما أخبرت ، فلا يثبت نسبه لعدم وجود ما يدل على كذبها ، ولا فرق في ذلك بين كونها ولده لأقل من سنتين من حين إبانها أو من حين وفاة زوجها أو لتمامها أو لأكثر ، لعدم وجود ما يدل على كذبها .

١٨٤٨ - وإن ولده لأكثر من سنتين من حين الإبانة أو الوفاة ولأقل من ستة أشهر من حين الوقت الذي أخبرت عنه بمضي عدتها فيه ، فلا يثبت نسبه لمضي مدة أكثر من أكثر مدة الحمل بعد الإبانة أو الوفاة فيكون الحمل حادثًا بعد الإبانة أو الوفاة ، فإذا ادعاه الزوج في صورة الطلاق ، ولم يصرح بأنه من الزنى ، يثبت نسبه ويحمل على أنه وجد بعد حصول عقد أو بعد وطئها بشبهة .

١٨٤٩ - وكذا إن ادعاه الورثة في صورة الوفاة وكانوا أهلًا للشهادة يثبت نسبه من أبيه في حق الناس كافة ، وإن لم يكونوا من أهلها يقبل قولهم في حقهم ويزاحمهم في الميراث^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣١) : المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقرنان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من ١٨٠ يومًا من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت .

(مادة ٣٤٥)

إِذَا كَانَتْ الْمَطْلُوقَةُ مُرَاهِقَةً مَدْخُولًا بِهَا ، وَلَمْ تَدَّعِ حَبْلًا وَقَتِ الطَّلَاقِ ، وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، وَوَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا ، يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ .
فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِإِتِمَامِ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ . وَإِذَا أَقْرَتْ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِفْرَاقِ لِأَقْلٍ مِنْ تِسْعَةِ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ ، ثَبَّتْ نَسَبَهُ وَإِلَّا فَلَا .

وَإِنْ أَدَّعَتْ حَبْلًا وَقَتِ الطَّلَاقِ ، يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّتَيْنِ لَوْ الطَّلَاقُ بَانِنًا ، وَلِأَقْلٍ مِنْ سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ شَهْرًا لَوْ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ^(١) .

• • •

(مادة ٣٤٦)

الْمُرَاهِقَةُ الَّتِي تُوفِّيَ عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَلَمْ تَدَّعِ حَبْلًا وَقَتِ وَفَاتِهِ ، وَلَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا إِذَا وُلِدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعِشْرَةِ أَيَّامٍ ، ثَبَّتْ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُ .
وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِإِتِمَامِ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعِشْرَةِ أَيَّامٍ أَوْ لَأَكْثَرَ ، فَلَا يَثْبُتُ النَسَبُ مِنْهُ .
وَإِنْ أَدَّعَتْ حَبْلًا وَقَتِ الْوَفَاةِ ، فَحُكْمُهَا كَالْكَبِيرَةِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّتَيْنِ إِنْ لَمْ تُقِرَّ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . فَإِنْ أَقْرَتْ بِانْقِضَائِهَا ، لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ ، إِلَّا إِذَا وُلِدَتْهُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِفْرَاقِ ^(٢) .

• • •

١٨٥٠ - وإن كانت صغيرة - أي : مراهقة - وهي التي قاربت البلوغ من راقب الشيء بمعنى قاربه : فإما أن تكون الفرقة بالطلاق وإما أن تكون بالوفاة فإن كانت بالطلاق فإما أن يكون قبل الدخول أو بعده .

١٨٥١ - فإن كان قبله وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ولأكثر من حين العقد ، ثبت نسبه للحزم بوجوده قبل الطلاق لأنه لم يمض عليه بعد الطلاق وهو في بطن أمه أقل مدة الحمل .

١٨٥٢ - فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق ، فلا يثبت نسبه لأنه قد مضى عليه أقل مدة الحمل بعد الطلاق فلا يمكن الجزم بوجوده في بطن أمه قبله .

١٨٥٣ - وإن كان الطلاق بعد الدخول : فإما أن تقر بانقضاء عدتها أو لا فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من تسعة أشهر من حين الطلاق ، ثبت نسبه وبطل إقرارها لظهور كذبها .

١٨٥٤ - وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر من حين الإقرار فلا يثبت نسب الولد لعدم الجزم بكذبها .

١٨٥٥ - وإن لم تقر ولم تدع حبلاً فعند أبي حنيفة ومحمد : إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وظهر أنها كبيرة ، وإن جاءت به لتمام تسعة أشهر أو لأكثر فلا يثبت نسب الولد منه لأن انقضاء عدة الصغيرة له جهة واحدة في الشرع وهو ثلاثة أشهر فبمضيها يحكم الشرع بانقضاء العدة ، والصغر المعين لعدتها قائم مقام إقرارها بل هو أقوى منه ؛ لأن إخبارها يحتمل الكذب بخلاف الانقضاء فإنه قد تحقق شرعاً .

١٨٥٦ - وقال أبو يوسف : إذا كانت المراهقة مطلقة طلاقاً بائناً يثبت نسب الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لتمامهما ، وإن كان طلاقها رجعيًا يثبت نسبه إلى سبعة وعشرين شهرًا لأنه يحتمل أن يكون زوجها لامسها في آخر الثلاثة الأشهر التي هي عدتها فحملت منه وبقي الولد في بطنها سنتين .

١٨٥٧ - ودليل قول أبي يوسف : أنه لما كانت المراهقة في سن يحتمل بلوغها مع أنها لم تقر بانقضاء عدتها أشبهت الكبيرة في احتمال حدوث الحمل ساعة فساعة ، فيثبت نسب ما تأتي به إلى سنتين من حين حدوثه .

١٨٥٨ - وإن ادعت حبلاً وكان طلاقها بائناً يثبت نسب ولدها إلى سنتين ويكون حكمها حكم الكبيرة .

١٨٥٩ - وإن كان طلاقها رجعيًا وجاءت بولد يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهرًا ولم تعامل معاملة الكبيرة المطلقة طلاقاً رجعيًا لأن عدتها متعينة بالأشهر ، فغاية ما يمكن أن يكون الرجل واقعها في آخر عدتها ومضى بعد ذلك سنتان ، بخلاف الكبيرة المطلقة رجعيًا فإنه يجوز امتداد طهرها فيجوز أن يواقعها في العدة ولو بعد سنين .

١٨٦٠ - وإن كانت الفرقة بالوفاة ولم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلاً ثم جاءت بولد بعد الفرقة ، فإن ولدته لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة يثبت نسب ولدها منه للعلم بوجود الحمل في بطنها في العدة حيث لم يمض عليه بعد انقضائها أقل مدة الحمل فيظهر أنها كبيرة وتكون عدتها بوضع حملها ، وإن ولدته لأكثر من عشرة أشهر وعشرة أيام فلا يثبت نسبه لأنه بمرور أربعة أشهر وعشرة أيام يحكم بانقضاء عدتها ، ولم يوجد دليل على أن عدتها بالحمل لأنه قد مضى بعد العدة ستة أشهر وهي كافية لتكوين الجنين لأنها أقل مدة الحمل .

١٨٦١ - وقال أبو يوسف : يثبت نسبه إلى سنتين لأنها في زمن يحتمل البلوغ فهي كالكبيرة كما تقدم في الفرقة بالطلاق . نعم إذا أقرت بانقضاء عدتها ومضى على آخر الانقضاء ستة أشهر فلا يثبت نسب ولدها اتفاقاً . وتأمل في هذا فإن العدة في هذه الحالة معينة بالإقرار وعدمه سواء .

١٨٦٢ - وإن لم تمض عليه ستة أشهر بأن ولدته لأقل من هذه المدة ؛ يثبت نسبه لظهور كذبها . وإن ادعت حبلاً فحكمها حكم الكبيرة من أنها إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لتمامهما على الراجح يثبت نسبه لادعائها البلوغ بدعوى الحبل ، وظاهر الحال يشهد لها ؛ لأن الفرض أنها مراعاة فتصدق في دعواها .

١٨٦٣ - ولا يخفى أن بعض مسائل ثبوت النسب مبنية على اعتبارات يدركها اللبيب المطلع على الأحكام المتقدمة وإن كان العقل يستبعدها ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٠٤) تثبت الولادة وتعيين المولود بشهادة الواحد العدل المسلم ذكراً أو أنثى .

الفصل الرابع

في دعوى الولادة والإقرار بالأبوة والبنوة والأخوة وغيرها وإثبات ذلك .

(مادة ٣٤٧)

إِذَا ادَّعَى الرَّؤُوسَةُ الْمُنْكَوْحَةُ الْوِلَادَةَ ، وَجَحَدَهَا الرَّؤُوسُ ، ثَبِتَتْ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ مُسَلِّمَةٍ
حُرَّةٍ عَدْلَةٍ ، كَمَا لَوْ أَنْكَرَ تَعْيِينَ الْوَالِدِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ تَعْيِينُهُ بِشَهَادَةِ الْقَابِلَةِ الْمُتَّصِفَةِ بِمَا ذُكِرَ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٤/ ١٧٥ ، ١٧٦) : قوله : والمعتدة إن جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو حبل ظاهر أو إقرار به أو تصديق الورثة) أي : وبثبت نسب ولد المعتدة إن جحدت ولادتها بأحد أمور أربعة فلا يثبت بشهادة امرأة واحدة عند أبي حنيفة خلافاً لهما ؛ لأن الفراهق قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيه فيعتين بشهادتها وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة وإنما اكتفي بظهور الحبل أو الاعتراف به ؛ لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها وإنما اكتفي بتصديق الورثة إذا كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد أحد عليها في قولهم جميعاً ؛ لأن الإرث خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم . وأما في النسب فظاهر المختصر أنه يثبت في حق غيرهم أيضاً ؛ لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولذا كان الأصح أنه لا يشترط في تصديقهم لفظ الشهادة في مجلس الحكم ولذا عبر في المختصر بلفظ التصديق دون الشهادة ؛ لأن ما ثبت تبعاً لا تراعى فيه الشرائط وقيل يشترط ليتعدى إلى غير المصدق وقيد بأن يكون المصدق جمماً من الورثة ؛ لأن المصدق لو كان رجلاً أو امرأة لم يشارك جميع الورثة ولو صدقها رجل وامرأتان منهم شارك المصدقين والمكذبين فكان ذلك كشهادة غيرهم إلا أنهم لم يعتبروا لفظ الشهادة والخصومة بين يدي القاضي ؛ لأنه يشبه الإقرار ؛ لأنه يشاركهم بإقرارهم فمن حيث إنه يشبه الشهادة اعتبر العدد ومن حيث إنه يشبه الإقرار ما اعتبرنا الخصومة وإثبات لفظ الشهادة توفيراً على الشبهين حظهما . كذا في شرح الجامع الصغير لابن بندار .

وحاصله أنه يشترط أحد شرطي الشهادة في تصديقهم وهو العدد نظراً إلى أنه شهادة ولم يشترط لفظ الشهادة وينبغي أن لا تشترط العدالة أيضاً وعلى هذا لو قال المصنف وتصديق ورثة بالتكثير لكان أولى ؛ لأن الألف واللام أبطلت معنى الجمعية كما في قوله لا أشتري العبيد ولا أتزوج النساء لكن ذكر في البدائع أن العدد إنما اشترطه من جعلها شهادة كما اشترط لفظها ومن جعل التصديق إقراراً فلم يشترط لفظها ولم يشترط العدد أيضاً وعبارة فتاوى قاضي خان امرأة ولدت بعد موت زوجها ما بينها وبين ستين إن صدقها الورثة في الولادة يثبت نسب الولد من الميت في حق من صدقها وهل يثبت النسب في حق غيرهم إن كان يتم نصاب الشهادة بهم يثبت واختلفوا في اشتراط لفظ الشهادة . ١ . ه .

١٨٦٤ - اعلم أن المرأة إن ادعت الولادة وصدقها الزوج في أنها ولدت هذا الولد الذي تدعي ولادته ، ثبت نسبه منه إن لم ينفه . فإن نفاه بأن قال : هذا الولد ليس مني . اتبعت الأحكام المتقدمة .

١٨٦٥ - فإن لم يصدقها الزوج فيما ادعت فهناك حالتان :

١٨٦٦ - الحالة الأولى : أن يكون الفراش قائما بأن لم يحصل سبب من أسباب الفرقة .

= وظاهره أن العدد لا بد منه ليتعدى في حق الكل عند الكل وأطلق في الممتدة فشملة الممتدة عن طلاق رجعي أو بائن والممتدة عن وفاة كما صرح به في غاية البيان مغزياً إلى فخر الإسلام وقبدها الإمام السرخسي بالطلاق البائن ، والحق التفصيل في الممتدة عن طلاق رجعي إن أتت به لأقل من سنتين فكالممتدة عن طلاق بائن لانقضاء فراشها بالولادة وإن أتت به لأكثر من سنتين يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شيء اتفاقاً كما في المنكوحه ؛ لأن الفراش ليس بمتنقض في حقها ؛ لأنها تكون رجعة كما قدمناه وصرح في البدائع بأنه لا فرق بين الرجعي والبائن إلا أنه علل بما يخص الأول بقوله ؛ لأنها بعد انقضاء العدة أجنبية في الفصلين جميعاً . وقيد المصنف بقوله : إن جحدت ولادتها ؛ لأنه لو اعترف بولادتها وأنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة إجماعاً ولا يثبت نسب الولد إلا بشهادتها إجماعاً لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وظاهر كلام المصنف أنه لا يحتاج إلى شهادة القابلة مع ظهور الحمل أو اعتراف الزوج بالحمل وقد صرح به في البدائع ، فقال : وإن كان الزوج قد أقر بالحمل أو كان الحمل ظاهراً ، فالقول قولها في الولادة وإن لم تشهد لها قابلة في قول أبي حنيفة وعندهما لا تثبت الولادة بدون شهادة القابلة .

وهكذا صرح في الغاية وأنكر على صاحب ملثقى البحار في اشتراطه شهادة القابلة لتعيين الولد عند أبي حنيفة ورده في التبيين بأنه سهو فإن شهادة القابلة لا بد منها لتعيين الولد إجماعاً في جميع هذه الصور وإنما الخلاف في ثبوت نفس الولادة ، وأما نسب الولد فلا يثبت بالإجماع إلا بشهادة القابلة لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وثمرة الاختلاف لا تظهر إلا في حق حكم آخر كالطلاق والتناق بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند أبي حنيفة بقولها ولدت ؛ لأنها أمانة لاعترافه بالحمل أو لظهوره فيقبل قولها وعندهما لا يقع حتى تشهد قابلة . ١ . هـ . وذكر ابن بندار أنه بعد الثبوت بعبت مؤتمنة فكان القول قولها إلا أن القابلة جعلت شرطاً للعادة ؛ لأنها لا تلد إلا بالقابلة وإني أقول : إن القابلة شرط زوال التهمة كاليمين في رد الودعة واليمين في دعوى انقضاء العدة ، فإذا لم تشهد قابلة بعبت متهمه فلا يقبل قولها فيه . ١ . هـ . كلامه وهو يصلح توفيقاً لكلامهم فمن نفى اشتراط شهادة القابلة أناد أنها ليست شرطاً حقيقة لثبوت النسب ومن أثبت أنه شرط لزوال التهمة عن نفسها وهو كلام حسن يجب قبوله وأفاد بقوله شهادة رجلين قبول شهادة الرجال على الولادة من الأجنبية وأنهم لا بغسقون بالنظر إلى عورتها إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو لضرورة كما في شهود الزنا ولا يخفى أنها إذا ولدت وجحد الزوج ولادتها وادعت أن حملها كان ظاهراً وأنكر ظهوره فلا بد من إقامة البينة عليه ، إما رجلين أو رجل وامرأتين فظهور الحمل عند الإنكار إنما يكون بإقامة البينة ؛ لأن الحمل وقت المنازعة لم يكن موجوداً حتى يكفي ظهوره ؛ لأنها بعد الولادة ولم أر من صرح به .

١٨٦٧ - الحالة الثانية : أن يكون قد حصل سبب وعلى كل فيما أن ينكر نفس الولادة أو يعترف بها ولكنه يقول : إن الولد الذي ولدته هو غير الذي تدعى ولادته .

١٨٦٨ - فإذا كان الفراش بين الزوجين موجوداً بأن كان عقد الزواج باقياً وادعت الزوجة أنها ولدت ووجد الزوج نفس الولادة بأن قال : لم يحصل منك ولادة . فلها أن تثبت دعواها بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة لأن النسب ثابت بوجود الفراش والولادة يصح أن تثبت بامرأة مستوفية لشروط الشهادة ؛ لأن شهادة النساء تصح فيما لا يطلع عليه الرجال ؛ فقد أجاز رسول الله ﷺ شهادة القابلة منعاً للضرر ، وقال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ^(١) .

١٨٦٩ - ولو شهد بذلك رجل عدل وقال : لم أتمد النظر . قبلت شهادته.

١٨٧٠ - ولو أنكر الزوج التعيين بأن قال : ولدت ولكن المولود غير هذا . ثبت نسبة بشهادة القابلة أو غيرها أيضاً ، بشرط الانتصاف بأهلية الشهادة .

(مادة ٢٤٨)

إِذَا ادَّعَتْ مُغْتَدَّةُ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيُّ أَوْ البَائِنِ ، أَوْ مُغْتَدَّةُ الوَفَاةِ الوُلَاةَ لِأَقَلِّ مِنْ سَنْتَيْنِ مِنْ وَقْتِ الفُرْقَةِ ، وَجَحَدَهَا الزَّوْجُ أَوْ الوَرَثَةُ ؛ فَلَا تُثْبِتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ ، مَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ أَوْ الوَرَثَةُ قَدْ أَقْرَبُوا بِالحَبْلِ ، أَوْ كَانَا الحَبْلَ ظَاهِرًا غَيْرَ خَافٍ .
فَإِنْ جَحَدُوا تَعْيِينَ الوَلَدِ ، يُثْبِتُ بِشَهَادَةِ القَابِلَةِ كَمَا مَرَّ ^(٢) .

١٨٧١ - وأما إذا كان الفراش بين الزوجين غير موجوداً بأن حصلت الفرقة بينهما ؛ فإما أن تكون الفرقة بالطلاق أو بالوفاة . فإن كانت بالطلاق ؛ فإما أن يكون رجعيًا أو بائنًا . فإن كان رجعيًا ولم تقر بانقضاء عدتها ، ثم ادعت أنها ولدت بعد أكثر من سنتين من وقت الطلاق إلى وقت الولادة وأنكر الزوج الولادة ؛ فلها أن تثبت ولادتها بشهادة المرأة المتصفّة بما ذكر في المادة السابقة ؛ لأن الفراش موجود لحدوث الحمل في العدة فيكون مراجعاً لها ، فيثبت النسب لقيام الفراش ، وتثبت الولادة بشهادة المرأة . وإن ادعت أنها ولدت بعد الطلاق لأقل من سنتين ولم يوافقها الزوج ؛ فلا يثبت النسب إلا

(٢) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

إذا اعترف بالحمل ، أو كان ظاهرًا بحيث إن كل من رآها يغلب على ظنه أنها حامل .
فحينئذ يكفي في ثبوت نسب الولد شهادة المرأة المتصفة بما ذكر وإلا فلا بد من بينة
كاملة على أنها ولدت .

١٨٧٢ - وإنما لزمّت شهادة كاملة فيما إذا ولدت لأقل من سنتين ؛ ولم تلزم فيما إذا
ولدت لأكثر ، لأن الفراش قد انقضى بالولادة في حالة الأقل ، ولم ينقض في حالة ما إذا
ولدت لأكثر ، وهذا قول الإمام الأعظم .

وقال أبو يوسف ومحمد : يثبت النسب بشهادة المرأة لأن الولادة من الأمور التي
لا يطلع عليها إلا النساء عادة ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « شهادة النساء جائزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه » (١) .

وقد روي عن الزهري أنه قال : قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه
غيرهن ؛ من ولادة النساء ، وعيوبهن .

١٨٧٣ - وإن كان الطلاق بائنًا ، أو كانت الفرقة بالوفاة وادعت الولادة لأقل من
سنتين أو لتماهما على الراجح ؛ فقال أبو حنيفة : لا بد لثبوت النسب من شهادة رجلين
أو رجل وامرأتين إن لم يصدق الزوج أو الورثة ، أو لم يكن الحبل ظاهرًا ، أو يقر الزوج
به ؛ لأن الفراش غير موجود فإن كان الحبل ظاهرًا ، أو أقر الزوج ، أو الورثة بالحبل ،
تكفي شهادة المرأة التي هي أهل للشهادة .

١٨٧٤ - وقال أبو يوسف : تكفي القابلة لأن هذا من الأمور التي لا يطلع عليها إلا
النساء كما تقدم (٢) .

(١) النساء : ٥٨ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٤) : ١ - الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت
لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة .

٢ - إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقة أو بالبينة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الإقرار بالبنوة لمجهول النسب : المادة (١٤٩) : الإقرار بالبنوة ولو
في مرض الموت للمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع
تصديق المقر له إن كان بالغًا وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان
فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٨) أ - يثبت النسب بالإقرار ولو في مرض الموت
بالشروط التالية :

(مادة ٣٤٩)

إِذَا أَقَرَّ رَجُلٌ بِبَنُوَّةِ غُلَامٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَكَانَ فِي السَّنِ بِحَيْثُ يُوَلَّدُ مِثْلَهُ لِيُثْبِتَ ، وَصَدَقَهُ الْغُلَامُ إِنْ كَانَ مُيْمَرًا يَمْتَرُ عَنْ نَفْسِهِ أَوْ لَمْ يُصَدِّقْهُ ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَلَوْ أَقَرَّ بِبَنُوَّتِهِ فِي مَرَضِهِ . وَتَلَزَمَتْ تَفَقُّهُ وَتَرْبِيَّتُهُ ، وَيُشَارِكُ غَيْرَهُ مِنْ وَرَثَةِ الْمَقْرِّ ، وَلَوْ جَحَدُوا نَسَبَهُ . وَيَرِثُ أَيْضًا مِنْ أَبِي الْمَقْرِّ وَإِنْ جَحَدَهُ .

وَإِنْ كَانَ لِلْغُلَامِ أُمٌّ ، وَادَّعَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمَقْرِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ وَأَنَّ الْغُلَامَ ابْنُهَا مِنْهُ ، وَكَانَتْ مَعْرُوفَةً بِأَنَّهَا أُمُّهُ ، وَبِالْإِسْلَامِ وَخُرُوجِهِ الْأَصْلَ أَوْ بِالْحُرِّيَّةِ الْعَارِضَةِ لَهَا قَبْلَ وِلَادَتِهِ بِسِتِّينَ ، فَإِنَّهَا تَرِثُ أَيْضًا مِنَ الْمَقْرِّ . فَإِنْ نَارَغَهَا الْوَرَثَةُ ، وَقَالُوا : إِنَّهَا لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً لَأَبِيهِمْ ، أَوْ إِنَّهَا كَانَتْ غَيْرَ مُسْلِمَةٍ وَقَتَ مَوْتِهِ ، وَلَمْ يَغْلَمْ إِسْلَامُهَا وَقَتَيْدِ ، وَأَنَّهَا كَانَتْ زَوْجَةً لَهُ وَهِيَ أُمَّةٌ فَلَا تَرِثُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا جَهِلَتْ حُرِّيَّتُهَا أَوْ أُمُومَتُهَا لِلْغُلَامِ أَوْ إِسْلَامُهَا ، وَلَوْ لَمْ يَتَّزَعَهَا أَحَدٌ مِنَ الْوَرَثَةِ (١) .

١ - أن يكون المقر له مجهول النسب .

٢ - أن يكون المقر بالغًا عاقلًا .

٣ - أن لا يكذب المقر عقل أو عادة .

٤ - أن يصدق المقر له متى كان بالغًا عاقلًا المقر .

ب - الاستلحاق : إقرار بالبنوة صادر عن رجل بالشروط المذكورة في الفقرة السابقة .

(١) قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (١٤٩/١٢ ، ١٥٠) : « وإذا أقر الرجل بنسب صغير ، أو مجنون مجهول النسب أنه ابنه : ثبت نسبه منه ، وإن كان ميتًا ورثه » . يعني : الميت الصغير والمجنون . وهذا المذهب . جزم به في المحرر ، والحاوي ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع . وصححه الناظم . وقيل : لا يرثه إن كان ميتًا للتمهة . بل يثبت نسبه من غير إرث . وهو احتمال في المغني ، والشرح . قلت : وهو الصواب . فالدة : لو كبير الصغير ، وعقل المجنون ، وأنكر : لم يسمع إنكاره . على الصحيح من المذهب . وقيل : يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه . قوله (وإن كان كبيرًا عاقلًا ؛ لم يثبت نسبه حتى يصدق . وإن كان ميتًا ؛ فعلى وجهين) . وأطلقها ابن منجا في شرحه ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والحاوي أحدهما : يثبت نسبه . وهو المذهب صححه في التصحيح . وهو ظاهر ما صححه الناظم . وجزم به في الوجيز . وقدمه في الفروع . والوجه الثاني : لا يثبت نسبه . فالدتان . إحداهما : لو أقر بأب ؛ فهو كإقراره بولد . وقال في الوسيلة : إن قال عن بالغ « هو ابني أو أبي » فسكت المدعى عليه ؛ ثبت نسبه في ظاهر قوله . الثانية : لا يعتبر في تصديق أحدهما بالآخر تكرار التصديق . على الصحيح من المذهب . ونص عليه . وعليه أكثر الأصحاب ؛ فيشهد الشاهد بنسبهما بمجرد التصديق . وقيل : يعتبر التكرار فلا يشهد إلا بعد تكراره .

١٨٧٥ - وجميع ما تقدم إنما هو بالنسبة إلى المنازعات التي تحصل بين المرأة وزوجها أو ورثته في كون الولد منها أو لا ، وفي أنها ولدت هذا الولد أم لا . أما إذا قال رجل لولد مجهول النسب : هذا ولدي . وكان يولد مثله له ، بأن يظن أن مثل هذا الرجل يصح أن يكون أبًا لمثل هذا الولد ، وكان الظاهر لم يكذبه ، ولم يكن مشهورًا بالعتة ؛ فثبت نسب الولد منه سواء كان هذا الولد مميزًا أو غير مميز ، وسواء صدقه في حالة ما إذا كان مميزًا أو لم يصدقه .

١٨٧٦ - وقال الشافعي : لا يثبت النسب إلا بتصديق الولد إذا كان مميزًا . ويشارك الولد بقية الورثة .

١٨٧٧ - ولو كان الاعتراف بالنسب في حالة مرض المعترف ولو أنكر الورثة نسبة لا يلتفت إليهم ، بل إنه يرث من أبي المقر سواء اعترف بنسبه أو لم يعترف ، وذلك لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وهو أدرى من غيره بالنسبة لما نسب إليه ، فيرجح قوله على قول غيره .

١٨٧٨ - فإذا ادعت امرأة أن الولد ابنها ، وأنه من المقر ، وأنها زوجة له وكانت مشهورة بأنها أمه وبالإسلام وحرية الأصل أو الحرية العارضة لها قبل ولادة بسنتين ؛ ورثت أيضًا من المقر إذا وافق الورثة على ذلك .

فإن نازعها الورثة وقالوا : إنها لم تكن زوجة للمقر ، أو اعترفوا بالزوجية ولكن أنكروا كونها مسلمة وقت موت المقر ، أو كانت زوجة له وهي رقيقة ولم يكن ذلك معلومًا ؛ فلا ترث منه .

فإن أثبتت أمام القاضي زوجيتها له وإسلامها وقت موته وحريتها الأصلية أو العارضة قبل ولادة الولد بسنتين ؛ صحت دعواها وورثت .

١٨٧٩ - وإن لم ينازعها الورثة ولكن كانت زوجيتها مجهولة أو حريتها أو إسلامها كذلك ، فلا ترث أيضًا إلا إذا أثبتت دعواها بالبينة ولو كانت حريتها عارضة لأقل من سنتين قبل ولادتها ، فلا ترث لاحتمال كونها أمة له واستولدها ، أو أمة لغيره وتزوجها منه ثم ولدت هذا الغلام وأقر به ؛ فهي ليست من أهل الإرث^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٩) إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا إذا صدقها أو أقامت البينة على ذلك .

(مادة ٢٥٠)

إِذَا لَمْ تَكُن الْمَرْأَةُ مُتَزَوِّجَةً وَلَا مُعْتَدَّةً لِرُزْجٍ ، وَأَقْرَبَتْ بِالْأُمُومَةِ لِصَبِيٍّ يُوَلَّدُ مِثْلَهُ لِبَيْتِهَا ، وَصَدَّقَهَا إِنْ تَمَيَّزًا أَوْ لَمْ يُصَدَّقْهَا ، صَحَّ إِفْرَازُهَا عَلَيْهَا ، وَبَرَّتْ مِنْهَا الصَّبِيُّ وَتَرَبَّتْ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَتْ مُتَزَوِّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً لِرُزْجٍ ، فَلَا يَقْبَلُ إِفْرَازُهَا بِالْوَلَدِ ، إِلَّا أَنْ يُصَدَّقَهَا الرُّزْجُ ، أَوْ تَقَامَ الْبَيْتَةُ عَلَى وَلَاذَتِهَا لَوْ مُعْتَدَّتَهُ ، أَوْ تَشْهَدُ امْرَأَةٌ مُسَلِّمَةٌ حُرَّةٌ عَدْلَةٌ لَوْ مُنْكَوْحَةٌ وَتَدْعِي أَنَّهُ مِنْ غَيْرِهِ (١) .

• • •

١٨٨٠ - وهذا إذا كان الرجل هو المقر . أما إذا أقرت امرأة بأنها أم لولد يولد مثله لثلثها وكان مجهول النسب : فإما أن تكون غير متزوجة ولا في عدة الأزواج ، وإما أن تكون متزوجة أو معتدة لزوج .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٦/٤) : « إقرار الرجل يصح بخمسة : بالوالدين والولد والزوجة والمولى ؛ لأنه أقر بما يلزمه ولا يصح إقراره بمن سواهم ، ويصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء ، لأن فيه تحميل النسب على الغير إلا إذا صدقها الزوج في إقرارها بالولد ، أو يشهد بولادة الولد ، هكذا في غاية البيان . هذا كله إذا لم يدع المدعي بدعوى هذه الأشياء مآلاً ، أما إذا ادعى مآلاً بدعوى هذه الأشياء كالمرأة تدعي على رجل أنه تزوجها على كذا وطلقها قبل الدخول بها وادعت نصف المهر ، أو لم تدع الطلاق وادعت النفقة ؛ فيحلفه القاضي بلا خلاف ، كذا في الفتاوى الصغرى . إذا قال المدعي : أنا أخو المدعي عليه لأبيه وإن أباهما مات وترك مآلاً في يد هذا المدعي عليه ، أو ادعى حجراً بأن قال : هذا الصغير الذي انتقله أخي ولي ولاية الحجر عليه وأنكر ذو اليد ، أو قال المدعي وهو زمن : أنا أخو المدعي عليه فأفرض لي عليه النفقة وأنكر المدعي عليه أن يكون هذا المدعي أخاه ، أو أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له : أنا أخوك ؛ يستحلف المدعي عليه على ما يدعي من النسب بالإجماع ، ولكن إن نكل ثبت ما ادعى من المال أو الحق لا النسب هكذا في الكافي » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٢٠/٥) : « وإن أقرت المرأة بولد ، ولم تكن ذات زوج ولا نسب ، قبل إقرارها . وإن كانت ذات زوج ، فهل يقبل إقرارها ، على روايتين ؛ إحداهما : لا يقبل ؛ لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ، ولم يقر به ، أو إلحاقاً للعار به بولادة امرأته من غيره . والثانية : يقبل ؛ لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه ، فقبل كالرجل . وقال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في امرأة ادعت ولداً : فإن كان لها إخوة أو نسب معروف ، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها ، فإن لم يكن لها دافع ؛ فمن يحول بينها وبينه ، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل ، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها ، فمضى ادعت ولداً لا يعرفونه ، فالظاهر كذبها ، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً ؛ لأن النسب يحتاط له ، فأشبهت الرجل » .

فإن كانت خالية عن الزوج وليست في عدة زوج وأقرت بالأئمة للولد المتصف بما ذكر ؛ فحكمها حكم الرجل الذي أقر بمجهول النسب الذي يولد مثله مثله من أنها تصدق بمجرد إقرارها ، ويثبت نسبه منها بلا توقف على تصديقه إن كان مميزًا خلافاً للشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة فإنهم صرحوا بأنه لا بد من تصديقه إن كان مميزًا .

١٨٨١ - و فرق بعض المحققين من الحنفية بين الرجل والمرأة ؛ بأن الولد محتاج إلى نسب أبيه حتى لا يكون زنيماً ، فدرءاً للعار عنه ومحافظة على شرفه يكتفى بمجرد إقرار الرجل بدون مبالاة بما يترتب على الولد من الحقوق التي تثبت عليه للمقر بمجرد الإقرار ، لأن مراعاة ثبوت النسب أولى للولد من مراعاة الحقوق التي تثبت عليه ، ولأنه إذا اجتمع ضرران ، ارتكب الأخف ، وهذا غير موجود في إثبات النسب له من جهة الأم ؛ لأن العار لا يلحقه بجهل نسبه لأمه ، فليس محتاجاً إلى نسبه من أمه احتياجه إلى نسبه من أبيه .

١٨٨٢ - وبناء على ذلك : لا يكتفى بإقرار المرأة ، بل لا بد أن تثبت نسبه منها بحجة تامة ، أي رجلين أو رجل وامرأتين وذلك مراعاة لمصلحة الولد ؛ لأنه يترتب على نسبه لها حقوق الأم على ولدها .

وبهذا اندفع ما يظهر من التنافي بين هذا الحكم والحكم المأخوذ من مادة (٣٦٣) فإن كلياً منهما جارٍ على رأي .

١٨٨٣ - وإن كانت المرأة متزوجة : فإما أن تقر بأن الولد ابنها منه أو من غيره . فإن كان الأول وصدقها ؛ ثبت نسبه منها ، وإن لم يصدقها ؛ فلها إثبات أمومتها بالقابلة المعروفة بالصدق والأمانة أو بامرأة متصفة بما ذكر ، أو بشهادة رجل عدل لقيام الفراش . ومتى ثبتت أمومتها بما ذكر ثبتت أبوة زوجها له .

وإن كان الثاني : فالحكم لا يختلف ، غير أنه لا يحتاج إلى تصديق الزوج .

١٨٨٤ - وإن كانت معتدة : فإما أن تكون معتدة لطلاق رجعي أو بائن . فإن كانت معتدة لطلاق رجعي : فحكمها حكم المتزوجة ، لأن الفراش موجود حكماً ؛ فيثبت قولها بشهادة القابلة الحرة المسلمة العادلة كما تقدم .

وإن كانت مطلقة طلاقاً بائناً : ففي ذلك خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد ، قال أبو حنيفة : لا يثبت قولها إلا بحجة تامة ، أي : بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن الفراش غير موجود حيث إنها مبانة .

١٨٨٥ - وقال أبو يوسف ومحمد : يكتفى بشهادة امرأة تكون أهلاً لأداء الشهادة^(١). وقد تقدم نظير ذلك في مادة (٣٤٩) .

(مادة ٣٥١)

إِذَا أَقْرَ وَوَلَدٌ مَجْهُولُ النَّسْبِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أَنْثَى بِالأَبْوَةِ لِرَجُلٍ، أَوْ بِالأُمُومَةِ لِامْرَأَةٍ، وَكَانَ يُوَلِّدُ مِثْلَهُ بِإِثْبَاتِ المَقْرِّ لَهُ، وَصَدَقَهُ، فَقَدْ ثَبَّتَ أُبُوئَهُمَا لَهُ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مَا لِلأَبَوَيْنِ مِنَ الحَقُوقِ، وَلَهُ عَلَيْهِمَا مَا لِلأَبْنَاءِ مِنَ الثَّقَفَةِ وَالحِضَانَةِ وَالتَّزْوِجَةِ .

• • •

١٨٨٦ - وكل هذا فيما إذا كان الإقرار بالبنوة . أما إذا حصل إقرار بالأبوة أو بالأمومة ، بأن أقر ولد مميز مجهول النسب ذكراً كان أو أنثى لرجل بأنه أبوه ، أو أقر لامرأة بأنها أمه ، وكان لا يكذبه الظاهر بأن كان يولد مثله لمثل الرجل المقر له أو المرأة المقر لها ؛ فإما أن يصدق الرجل المقر له أو المرأة المقر لها ، أو لا .

فإن صدقه المقر له : صح إقراره وثبت نسبه . وإن لم يصدق : فله إثبات ما أقر به بالبنوة أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . وإن عجز المقر عن الإثبات بالبنوة : يحلف المقر له ، فإن حلف ؛ بطل قول المقر ، وإن امتنع عن الحلف ؛ ثبتت الدعوى وثبت نسبه من المقر له .

١٨٨٧ - ومتى ثبت نسبه من الرجل أو المرأة ؛ وجبت بينهما الحقوق الواجبة بين الآباء والأبناء ، فثبتت بينهما أحكام النفقة والحضانة والولاية في النفس وفي المال ونحو ذلك .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٥) : إقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الإقرار بالبنوة لمجهول النسب : المادة (١٤٩) : الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت المجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له إن كان بالغا وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٠٠) يثبت النسب بالأبوة أو الأمومة بإقرار مجهول النسب إذا صادقه المقر عليه أو قامت البينة على ذلك متى كان فارق السن يحتمل ذلك .

(مادة ٣٥٢)

مَنْ مَاتَ أَبُوهُ ، فَأَقْرَبُ بَأَخٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ؛ لَا يَقْبَلُ إِقْرَارُهُ إِلَّا فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، فَلَا يَسْرِي عَلَى بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ الَّذِينَ لَمْ يَصُدِّقُوهُ ، وَيُشَارِكُهُ الْمَقْرَرُ لَهُ فِي نَصِيْبِهِ وَيَأْخُذُ نِصْفَهُ ^(١) .

(١) قول الخلفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٥٨/١ ، ٢٥٩) : « ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه ويشاركه في الميراث) لأن إقراره تضمن شيئين ؛ حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه . والاشترار في المال وله فيه ولاية ؛ فثبت كالمشترى إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق .

وقال النخعي : يثبت نسبه ويشاركه في الميراث . ومن فوائد قوله : « ويشاركه » إذا أقر الابن المعروف بأخ له أخذ نصف ما في يده ، وإن أقر بأخت أخذت ثلث ما في يده ، وإن أقر بجدة وهو ابن الميت أخذت سدس ما في يده ، وإن أقر بزوجة لأبيه أخذت ثمن ما في يده ، فهذا معنى قوله : « ويشاركه في الميراث » قال الخجندى : رجل مات وترك ابنين ، فالمال بينهما نصفان ، فإن قال أحدهما لامرأة : هذه امرأة أبي ، إن صدقه الآخر جاز ويكون لها الثمن ، والباقي بينهما وهو منكسر عليهما ، فاضرب الثين في ثمانية يكون ستة عشر للمرأة سهمان ولهما أربعة عشر ، وإن كذبه الابن الآخر ؛ احتجت إلى قسمتين قسمة ظاهرة ، وهو أن يقسم المال بينهما نصفين فما حصل للمقر جعل على تسعة للمرأة الثان ولابن سبعة ؛ لأن في زعم المقر أن المال بينهما وبين المرأة على ستة عشر لأن أن المنكر ظالم حيث أخذ النصف تاماً ؛ فيكون الباقي بين المقر ، والمرأة على مقادير سهامهما ؛ يعني أن للمرأة سهمين وله سبعة ، فلما صار هذا النصف على تسعة صار الكل ثمانية عشر ؛ تسعة للمنكر ، وسهمان للمرأة وسبعة للمقر ؛ لأن إقراره على نفسه فيكون في نصيبه .

قول الشافعية : جاء في مفتي المحتاج (٣١٠/٣ ، ٣١١) : « (و) الأصح (أنه لو أقر ابن حائز) مشهور النسب لا ولاء عليه (بأخوة مجهول ، فأنكر المجهول نسب المقر) بأن قال : أنا ابن الميت ، ولست أنت ابنه (لم يؤثر فيه) إنكاره لشهرته ؛ ولأنه لو أثر فيه لبطل نسب المجهول ، فإنه الثابت بقول المقر ، فإنه لم يثبت بقول المقر إلا لكونه حائزاً ، وإذا لم يؤثر فيه ثبت نسب المجهول كما قال (ويثبت أيضاً نسب المجهول) ؛ لأن الوارث الحائز قد استلحقه .

والثاني : يؤثر الإنكار ، فيحتاج المقر إلى البينة على نسبه . الثالث : لا يثبت نسب المجهول لرزعه أن المقر ليس بوارث ، وعلى الأول لو أقر الحائز والمجهول بنسب ثالث ، فأنكر الثالث نسب الثاني ، سقط نسبه ؛ لأنه ثبت نسب الثالث ، فاعتبر موافقته في ثبوت نسب الثاني ، وهذا من باب قولهم : أدخلني أخرجك ، ولو أقر بأخوين مجهولين مفا فكذب كل منهما الآخر أو صدقه ؛ ثبت نسبهما لوجود الإقرار من الحائز ، وإن صدق أحدهما الآخر فكذبه الآخر ؛ سقط نسب المكذب ، يفتح الذال دون نسب المصدق إن لم يكونا توأمين ، وإلا فلا أثر لتكذيب الآخر ؛ ولأن المقر بأحد التوأمين مقر بالآخر ، ولو كان المنكر الثين والمقر واحداً ؛ فللمقر تخليفهما ، فإن نكل أحدهما ؛ لم ترد اليمين على المقر ؛ لأنه لا يثبت بها نسباً يستحق بها إرثاً . ولو أقر الورثة بزوجية امرأة للمورث ؛ ثبت لها الميراث كما لو أقرها بنسب شخص ، وكذا لو أقرها بزوج للمرأة ، وإن أقر =

= البعض وأنكر البعض ؛ لم يثبت لها ميراث في الظاهر كمنظيره من النسب .

أما في الباطن فكما تقدم في النسب ، وخرج بمن لا ولاء عليه من عليه ولاء ، فإنه إذا أقر بأخ أو أب ، فإنه لا يقبل لما فيه من الإضرار بالسيد ، بخلاف ما لو أقر بنسب ابن فإنه يقبل ؛ لأن به حاجة إلى استلحاق الابن ؛ لأنه لا يتصور ثبوت نسبه من جهة غيره إلا ببينة ، بخلاف الأب والأخ فإنه يتصور ثبوته من جهة أبيهما ، ولأنه قادر على إنشاء الاستيلاد فصح إقراره به (و) الأصح (أنه إذا كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق) بفتح الحاء (كأخ أقر بابن للميت ثبت النسب) للابن ؛ لأن الوارث الحائز في الظاهر قد استلحقه (ولا يرث له للدور الحكمي ، وهو أن يلزم من إثبات الشيء نفيه ، وهنا يلزم من إرث الابن عدم إرثه ؛ لأنه لو ورث لحجب الأخ ، فيخرج عن كونه وارثاً فلم يصح إقراره ، ولو أقر به الأخ والزوجة لم يرث معها لذلك ، وكما لو اشترى شخص أباه في مرض موته ، فإنه يعتق عليه ولا يرث ، ولو خلف بنتاً أعتقته ، فأقرت بأخ لها فهل يرث أو لا ، وجهان : أوجهما نعم ؛ لأنه لا يحجبه بل يمنعها عصوبة الولاء ، ولو مات عن بنت وأخت فأقرت بابن له ؛ سلم للأخت نصيبتها ؛ لأنه لو ورث لحجبتها ، ولو ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت فأنكر الأخ عن اليمين ، فحلف المدعي اليمين المردودة ؛ ثبت نسبه ولم يرث لما مر في إقرار الأخ .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٤٨٥/٦) : « وقال سحنون وأصيب : إن أقر بأخ أو ابن عم ونحوه وليس له وارث معروف ولا موالى غير هذا المقر به ؛ فإنه يجوز إقراره به ، ويستوجب بذلك ميراثه ولا يثبت به نسبه ، أبو عمرو قاله الإمام مالك (رضي الله تعالى عنه) وجمهور أصحابه . ابن رشد وابن القاسم في المدونة وغيرها . أبو بكر استحبه في زماننا هذا إذا لم يكن له وارث معروف أن المقر له أولى من بيت المال ؛ إذ ليس ثم بيت مال يصرف في مواضعه . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣٧/٦ ، ٢٣٨) : « إذا خلف ابناً واحداً ، فأقر بأخ من أبيه ، دفع إليه نصف ما في يده . في قول الجميع . فإن أقر بعد بآخر ، فاتفقا عليه ، دفعا إليه ثلث ما في أيديهما . في قول الجميع . فإن أنكر المقر به ثانياً المقر به الأول ، لم يثبت نسبه . قال القاضي : هذا مثل للامة ، تقول : أدخلني أخرجك . وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما ؛ لأنه لم يقر له بأكثر منه . وقال الشافعي : يلزم المقر أن يقرم له نصف التركة ؛ لأنه أتلفه عليه بإقراره الأول ، ويحتمل أن لا يطل نسب الأول ؛ لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار . فإن لم يصدق الأول بالثاني ؛ لم يثبت نسبه ، ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده ؛ لأنه الفضل الذي في يده . ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال ؛ لأنه فوته عليه بدفع النصف إلى الأول ، وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث . وسواء دفعه إليه بحكم الحاكم ، أو بغير حكمه ؛ لأن إقراره علة حكم الحاكم . وسواء علم بالحال عند إقراره الأول ، أو لم يعلم ؛ لأن العمد والحظاً واحد في ضمان ما يتلف . وحكي نحو هذا عن شريك ، ويحتمل أنه إن علم بالثاني حين أقر بالأول ، وعلم أنه إذا أقر به بعد الأول لا يقبل ، ضمن ؛ لتفويته حق غيره بتفريطه ، وإن لم يعلم ، لم يضمن ؛ لأنه يجب عليه الإقرار بالأول إذا علمه ، ولا يحوجه إلى حاكم ، ومن فعل الواجب فقد أحسن ، وليس بخائن ، فلا يضمن . وقيل : هذا قياس قول الشافعي .

= وقال أبو حنيفة : إن كان الدفع بحكم حاكم ، دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده ؛ لأن حكم الحاكم =

١٨٨٨ - فقد علمت مما ذكر حكم الإقرار بالبنوة والأبوة ، فلو كان بالأخوة ؛ صح الإقرار أيضًا ، ولكن يكون قاصرًا على المقر . فإذا توفي رجل فأقر أحد أولاده وكان عاقلًا بالغًا لشخص مجهول النسب بأنه أخوه ؛ صح إقراره في حق نفسه لا غير ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر ، فلا يسري إقراره على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على إقراره ، ويشارك المقر له المقر في نصيبه .

١٨٨٩ - وقد اختلف الفقهاء في مقدار ما يأخذه منه ، فقال بعضهم : يأخذ نصف نصيب المقر إذا كان المقر له مذكرًا ، وذلك إذا كان مؤنثًا ، وذلك لأنه لما لم يصح إقراره في حق باقي الورثة يعتبر ما في أيديهم بمنزلة الهالك ، وكأن الميت لم يترك سوى ما في يد المقر .

١٨٩٠ - وبما أنه مدعى بأن المقر له يساويه في الاستحقاق إن كان مذكرًا ، فيستحق نصف نصيبه ، وإن كان مؤنثًا فهو يعترف بأنها تستحق نصف ما يستحق لما هو معلوم من أن المذكور له في الميراث ضعف نصيب الأنثى .

١٨٩١ - وقال بعض المحققين : إن المقر له لا يأخذ من المقر إلا المقدار الذي دخل في حصته من نصيب المقر له ، وما دخل من نصيبه في حصص باقي الورثة يعتبر هالكًا ، لأن المقر يعترف بأن المقر له يستحق في مجموع التركة ، وقد بطل إقراره بالنسبة لما دخل في حصص باقي الورثة وصح بالنسبة لما دخل في حصته ، فيستحق المقر له الجزء الذي دخل في نصيب المقر لا غير .

فإذا مات خالد وترك عليًا وإسماعيل وكانت التركة تساوي اثني عشر ألف قرش ، فأقر علي بأن محمدًا أخوه ولم يوافقه على ذلك إسماعيل ، فعلى الرأي الأول يستحق محمد نصف نصيب علي وهو ثلاثة آلاف قرش ، وعلى الرأي الثاني يستحق ألفين لا غير ؛ وذلك لأن أصل التركة اثنا عشر ألف قرش .

فلو كانت الورثة ثلاثة ؛ يستحق كل واحد أربعة آلاف قرش فيكون الذي دخل في

= كالأخذ منه كرمًا ، وإن دفعه بغير حاكم ؛ دفع إلى الثاني ثلث جميع المال ؛ لأنه دفع إلى الأول ما ليس له تبرعًا . ولنا على الأول : أنه أقر بما يجب عليه الإقرار به ، فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الإمام يد السارق ، فسرى إلى نفسه . وإن أقر بعدهما بثالث ، فصدقه ؛ ثبت نسبه ، وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم ، إذا كان مع كل واحد ثلث المال ، وإن كذبا ؛ لم يثبت نسبه ، وأخذ ربع ما في يد المقر به ، وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها . وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى ، وأهل المدينة ، وبعض أهل البصرة .

حصه غير المقر ألفين ، وقد لغى الإقرار بالنسبة لهما فيعتبر ذلك المقدار هالكاً ، والذي دخل في نصيب المقر من استحقاق المقر له ألفان ، وقد صح إقراره بالنسبة لهما .

(مادة ٢٥٢)

الدَّعْيُ لَيْسَ ابْنًا حَقِيقِيًّا ، فَمَنْ تَبَيَّنَ وَوَلَدًا مَغْرُوفَ النَّسَبِ ، فَلَا تَلْزُمُهُ نَفَقَتُهُ ، وَلَا أَجْرَةُ حَضَانَتِهِ ، وَلَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ مُطَلَقَتُهُ ، وَيَتَصَاهَرَانِ ، وَلَا يَتَوَارَثَانِ .

١٨٩٢ - فقد علمت مما ذكر أنه يشترط في ثبوت نسب الولد المقر أو المقر له كونه مجهول النسب ، فلو كان معروف النسب ، فلا يثبت نسبه بل يقال له : دعي . فالدعي : هو شخص معروف النسب قد تنبأه غير أبيه .

وهذا أمر كان موجوداً في الجاهلية ، فإن الرجل منهم كان إذا راقه غلام لنشاطه مثلاً ضمه إلى نفسه وجعل له مثل نصيب المذكر من أولاده في ميراثه ، وكان ينسب إليه فيقال : فلان ابن فلان . واستمر ذلك في صدر الإسلام حتى أن النبي ﷺ تبني سيدنا زيد بن حارثة إلى أن نزل قوله تعالى : ﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ (١) . فقال عليه الصلاة والسلام لسيدنا زيد : « أنت زيد بن حارثة » .

وبناء على ذلك : يكون المتبني ليس ابناً أصلاً ، فلا يعطى الحقوق التي هي واجبة على الآباء للأبناء ، فلا يرث من متبنيه ، ولا يستحق النفقة ؛ ولا أجرة الرضاع والحضانة .

١٨٩٣ - وكذا المتبني لا يعطى حقوق الآباء على الأبناء فلا يستحق عليه النفقة لو كان فقيراً والدعي موسراً ، ولا يرثه ، وليس له عليه ولاية في النفس ولا في المال بهذا التبني ؛ لأنه أجنبي منه ، فتصح شهادة كلاً منهما للآخر ، وليس بينهما ما يوجب حرمة المصاهرة . فإذا كانت أنثى ، جاز للمتبني الزواج بها ما لم يمنع مانع آخر من ذلك وإذا كان أحدهما له امرأة قد طلقها وانقضت عدتها جاز للآخر أن يتزوجها إلا إذا حرمت عليه بسبب آخر من أسباب موانع الزواج المتقدمة في مبحث المحرمات .

(مادة ٢٥٤)

تَثْبُتُ الْأَبُوءُ وَالْبَنُونَ وَالْأُخُوَّةُ وَغَيْرُهَا مِنْ أَنْوَاعِ الْقَرَابَةِ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَدُولٍ .

وَيُمْكِنُ إِثْبَاتُ دَعْوَى الْأَبُوءِ وَالْبَنُونَ مَفْضُودَةً بِدُونِ دَعْوَى حَقِّ آخَرَ مَعَهَا ، إِذَا كَانَ الْأَبُ أَوْ الْإِبْنُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ حَيًّا حَاضِرًا أَوْ نَائِبُهُ . فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ؛ فَلَا يَصِحُّ إِثْبَاتُ النَّسَبِ مِنْهُ مَفْضُودًا ، بَلْ ضَمَنَ دَعْوَى حَقِّ يَقِيمُهَا الْإِبْنُ أَوْ الْأَبُ عَلَى خَصْمِ .

وَالْحَضْمُ فِي ذَلِكَ : الْوَارِثُ ، أَوْ الْوَصِيُّ ، أَوْ الْمَوْصَى لَهُ ، أَوْ الدَّائِنُ ، أَوْ الْمُدَّيُونُ وَكَذَلِكَ دَعْوَى الْأُخُوَّةِ وَالْعُمُومَةِ وَغَيْرِهِمَا لَا تَثْبُتُ إِلَّا ضَمَنَ دَعْوَى حَقِّ .

• • •

١٨٩٤ - فالذي علم : أنه متى حصل إقراره بالبنوة أو الأبوة أو الأخوة وكان مستوفياً للشروط المتقدمة التي منها تصديق المقر له المقر ؛ يثبت النسب ، وإن كان هناك فرق بين الإقرار بالبنوة والأبوة وغيرهما ، فإن لم يحصل تصديق من المقر له ؛ فللمقر أن يثبت ما ادعى به ، وإن كانت طريقة الإثبات تختلف بين دعوى البنوة والأبوة وغيرهما .
وبيانه : أن الدعوى إما أن تكون بالأبوة أو البنوة أو غيرها ؛ فإن كان الأول وكان المدعى عليه حياً ؛ صحت إقامة الدعوى عليه أو على من قام مقامه . ولو لم تكن ضمن دعوى حق آخر ، فإن كان مَيِّتًا فلا بد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر .

وإن كان الثاني وهو دعوى غير البنوة والأبوة كالأخوة والعمومة ؛ فلا بد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر سواء كان المدعي عليه حياً أو مَيِّتًا ؛ لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الشخص الذي ينتهي إليه النسب .

١٨٩٥ - وعندما يراد إثبات النسب ضمن دعوى حق ، يكون الخصم في ذلك هو أحد الورثة إذا كانت التركة تحت يده ، ويشترط أن يبين المدعي جميع التركة بياناً كافياً ، ويبين جميع الورثة ، ومقدار نصيبه الذي يستحقه فيها ، وجهة الإرث التي يستحق بها ، ليكون القاضي على بصيرة من الدعوى ، وكذا يصح أن يكون الخصم الوصي ، أو الموصى له ، أو الدائن ، أو المدين .

فإن كان الأول وهو الوصي : فيمكن إقامة الدعوى عليه بأن يقول : إن مورثي جعله وصياً على التركة ، وقد وضع يده عليها ، فاطلب منه أن يسلم لي حقي ، وهو كذا ،

لأنني أرت مورثي بجهة كذا ، وعدد الورثة هو كذا . فيقر المدعى عليه بالايضاء وينكر استحقاقه في التركة فيثبت دعواه .

وإن كان الثاني وهو الموصى له : فصورة إقامة الدعوى عليه أن يقول : إن مورثي فلاناً الفلاني قد أوصى لفلان المدعى عليه بالتركة وهو قد وضع يده عليها فاطلب منه أن يسلم لي حقي في التركة وهو ثلثاها ؛ لأنني وارث لمورثي بجهة كذا ، ولا وارث له غيري ، ولا أجاز الوصية ، فلا يستحق غير ثلثها ، فينكر المدعى عليه قرابته للمورث ؛ فيثبت دعواه .

وإن كان الثالث وهو الدائن : كأن يكون لشخص حق اختصاص على التركة أو جزء منها ، بأن تكون التركة أو بعضها تحت يده بطريق الرهن مثلاً ، فيريد دفع الدين له وفك العين المرهونة فيأبى وينكر نسبه إلى المدين ، فيخاصمه حتى يثبت في وجهه نسبه ، ويلزمه بأخذ دينه وتسليمه ما هو مرهون عنده .

وإن كان الرابع وهو المدين : بأن يكون على شخص دين للمتوفى فيطلب مدعي النسب أمام القاضي أنه يستحق نصف الدين الذي عليه مثلاً ، أو ربه بصفته وارث فلان ، ويطلب من القاضي أن يأمره بالتسليم ، فيقر المدعى عليه بالدين وينكر نسبه للمتوفى ؛ فيثبت دعواه في وجهه ؛ لأن كلاً من هؤلاء يصلح أن يكون خصماً له . فيكون إثبات النسب تابعا لإثبات الحق .

١٨٩٦ - وعلى كل حال فلا بد أن يذكر المدعي جميع شروط الدعوى التي منها جهة الإرث والشخص الذي ينتهي إليه الخصمان بأن يذكر في دعواه الأب إذا كان المدعى عليه هو الأخ ويذكر اسم الجد إذا كان المدعى عليه هو العم وهكذا ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٠٤) تثبت الولادة وتعيين المولود بشهادة الواحد العدل المسلم ذكراً أو أنثى .

الفصل الخامس في أحكام اللقيط

(مادة ٢٥٥)

اللَّقِيطُ وَهُوَ الْمَوْلُودُ الَّذِي يَنْبُذُهُ أَهْلُهُ خَوْفًا مِنَ الْغَيْلَةِ ، أَوْ فِرَازًا مِنْ تَهْمَةِ الرِّيبَةِ ، يَسْتَحِقُّ الشُّفَقَةَ عَلَيْهِ مِنْ أَبْنَاءِ جَنَسِهِ ، وَيَأْتِمُّ مَضِيغُهُ ، وَيَنْتَمُّ مُحَرَّرُهُ إِخْيَاءً لِتَقْسِيمِهِ .
فَمَنْ وَجَدَ طِفْلًا مَتَبَرِّدًا فِي أَيِّ مَكَانٍ ، فَعَلَيْهِ إِسْعَافُهُ وَالْبِقَاطَةُ . وَهُوَ فَرَضٌ إِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ هَلَاكُهُ لَوْ لَمْ يَلْتَقِطْهُ ، وَإِلَّا فَمَتَدَوِّبٌ . وَيَحْرُمُ طَرْحُهُ وَالْقَاوُذُ بَعْدَ الْبِقَاطَةِ (١) .

١٨٩٧ - اللقيط لغة : اسم لما يرفع من الأرض . وشرعاً : اسم لمولود حي نبذه أهله خوفاً من الفقر ، أو فرازا من تهمة الزنى . وهذا هو الغالب الآن .

١٨٩٨ - ثم إن اللقيط : إما أن يوجد في محل يغلب عليه الهلاك ويكون بحيث لو

(١) قول الخنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٩٧/٦ ، ١٩٨) : « اللقيط في اللغة : فيل من اللقط وهو اللقواء بمعنى المفعول ، وهو الملقوط وهو الملقى ، أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما أنه يؤخذ فيرفع . وأما في العرف : فنقول : هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة ؛ لأنه يلقط عادة أي : يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة قال الله تعالى جل شأنه : ﴿ إِنِّي أَرْبِئُ أَقْصِرَ حَمَرًا ﴾ وقال الله تعالى جل شأنه : ﴿ إِنَّكَ مَيْتٌ وَإِيَّاهُمْ مَتِينُونَ ﴾ سمي العنب حمراً ، والحلي الذي يحتمل الموت ميتاً باسم العاقبة كذا هذا .

وجاء في البحر الرائق (١٥٥/٥) : « ما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس اللقيط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين . وفي المغرب : اللقيط ما يلقط أي يرفع عن الأرض ، وقد غلب على الصبي المتبرود لأنه على عرض أن يلقط وهو في الشريعة اسم لحلي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فرازا من تهمة الريبة مضيغه آثم ومحزره غام . (نذب التقاطه) لما فيه من إحيائه وهو من أفضل الأعمال (ووجب إن خيف الضياع) أي فرض على الكفاية إن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه بأن وجده في مفازة ونحوها من المهالك صيانة له ودقفاً للهلاك عنه كمن رأى أعمى يقع في البئر افترض عليه حفظه من الوقوع وإنما افترض على الكفاية لحصول المقصود بالعض وهو صيانته ، ويتعين إن لم يعلم به غيره . وفي القاموس : ضاع يضيع ضيغاً ويكسر وضيعاً وضياغاً هلك . ا . ه . فالضاد مفتوحة وليس المراد من الوجوب ما اصططلحنا عليه بل الافتراض فلا خلاف بيننا وبين باقي الأئمة كما قد توهم وبنبغي أن يحرم طرحه بعد التقاطه ؛ لأنه وجب عليه بالتقاطه حفظه فلا يملك رده إلى ما كان عليه . »

لم يلتقطه لهلك ، وفي هذه الحالة يكون التقاطه فرض عين ، بمعنى أنه يتعين على من وجده أن يأخذه . وإما أن يكون في محل يغلب عليه الهلاك ولكن لو لم يأخذه من وجده يلتقطه غيره وفي هذه الحالة يكون التقاطه فرض كفاية . وفرض الكفاية : هو الذي إذا قام به البعض سقط عن الباقيين مثل : تجهيز الميت والصلاة عليه .

١٨٩٩ - وإن وجد في مكان لا يغلب عليه الهلاك يكون التقاطه سنة ومندوباً .
والسنة : هي ما ثبت عن النبي ﷺ قولاً أو فعلاً .

١٩٠٠ - وعلى كل حال ، فنبأه آثم يستحق التعزير في الدنيا من أولي الأمر والعقاب في الآخرة من الله جل وعلا ؛ لأنه أهان نفساً مكرمة قال تعالى : ﴿ وَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي مَادِمَ ﴾ (١) . وربما قتلها بهذا الإلقاء ، ولأن إلقاءه ينافي الشفقة التي حث عليها النبي ﷺ بقوله : « من لم يرحم صغيرنا ، ولم يوقر كبيرنا ، فليس منا » (٢) .

١٩٠١ - ومن وجده والتقطه يتعين عليه حفظه ، لأنه قد التزم ذلك بالتقاط فيحرم عليه نبذه ثانياً ، ومن نبذه بعد التقاطه يكون آثماً إنم من طرحه أولاً .

(مادة ٣٥٦)

اللقيطُ حرٌّ في جميع أحكامه ، ومُسْلِمٌ ولو كان مُلْتَقِطُهُ ذُمِّيًّا ، ما لَمْ يُوجَدْ فِي مَقَرِّ أَهْلِ الذَّمِّ وَكَانَ مُلْتَقِطُهُ غَيْرَ مُسْلِمٍ (٣) .

• • •

(١) الإسراء : ٧٠ .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : البر والصلة عن رسول الله / باب : ما جاء في رحمة الصبيان / ١٩١٩) ، وسنن أبي داود (كتاب : الأدب / باب : في الرحمة / ٤٩٤٣) .

(٣) قول الحنفية : جاء في الجوهرية الثيرة (٣٥٣/١ ، ٣٥٤) : « اللقيط حر » أي في جميع أحكامه حتى إن قاذفه يحد ؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية والدار دار الإسلام وهي دار الإحراز ، وإن ادعى الملتقط أو غيره أنه عبده لا يصح إلا بالبينة وتجاوز شهادته بعد البلوغ إذا كان عدلاً ، ولا يصح منه العتق والتدبير والكتابة والحناية عليه ومنه كالجناية على الأحرار ويحكم له بالإسلام ؛ لأنه وجد بين المسلمين فكان مثل أولادهم . وروي : أن رجلاً التقط لقيطاً فجاء به إلى علي كرم الله وجهه ، فقال : هو حر .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٦٠٤/٣ ، ٦٠٥) : « الحكم بإسلام اللقيط أو كفره بتبعية الدار وغيرها (إذا وجد لقيط بدار الإسلام) بأن سكنها المسلمون (و إن كان فيها أهل ذمة) أو معاهدون ؛ كما قاله الماوردي وغيره (أو) وجد لقيطاً (بدار فتحوها) ؛ أي المسلمون (وأقروها) قبل ملكها (بيد كفار صلحاء) أي على جهته ، (أو) أقرها المسلمون بيد كفار (بعد ملكها) عنوة (بجزية) أو كانوا يسكنونها ثم =

= جلاهم الكفار عنها (وفيها مسلم) في الصور الأربع يمكن أن يولد للمسلم ذلك اللقيط ، ولو كان المسلم أسيرًا منتشرًا أو تاجرًا أو محتارًا أو نفاه (حكم بإسلام اللقيط) في المسائل الأربع تغليبا للإسلام ، وفي مسند الإمام أحمد والدارقطني « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » . تنبيه : قوله : وفيها أهل ذمة ليس بقيد كما يعلم مما قدرته تبعا للروضة ، وقضية كلامه أنه يحكم بإسلام اللقيط في دار الإسلام مطلقًا وإن لم يكن فيها مسلم ، وليس مرادًا كما يعلم مما قدرته أيضًا ، فقد قال الدارمي : إنما يحكم بإسلامه إذا كان في القرية مسلم . أما لو كان جميع من فيها كفارًا فهو كافر ، وقضية كلامه أيضًا أن المعطوف على دار الإسلام ليس دار إسلام وليس مرادًا ، فقد صرح في أصل الروضة أن الجميع دار إسلام ، وإذا وجد اللقيط بدار الإسلام ولا مشرك فيها كالحرم ، فهو مسلم ظاهرًا وباطنًا كما قاله الماوردي ، وإلا ففي الظاهر (وإن وجد) اللقيط (بدار كفار) وهي دار الحرب (فكافر) ذلك اللقيط (إن لم يسكنها مسلم) إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به . ثم إن كان أهل البقعة ملأًا جعل من أقربهم إلى الإسلام . تنبيه : ظاهر كلامه أن المجتاز لا أثر له . لكن قال الفوراني : إذا اجتاز بها مسلم فهو مسلم . ويؤخذ مما مر : أنه إن أمكن كونه منه فهو مسلم ، وإلا فلا (وإن سكنها مسلم كأسير وتاجر) ، يمكن أن يكون ولده (فمسلم في الأصح) تغليبا للإسلام ، فإن أنكره ذلك المسلم قبل في نفي نسبة دون إسلامه كما مر الإشارة إليه . والثاني كافر تغليبا للدار .

تنبيه : قال الإمام : الخلاف في أسير ينتشر إلا أنه ممنوع من الخروج من البلد . أما المحبوس في مطمورة فيتجه أنه لا أثر له كما لا أثر للمجتاز هـ . وهو ظاهر كما قاله بعض المتأخرين إذا لم يكن في المحبوسين امرأة ، وحاصله : حيث أمكن كونه منه حكم بإسلامه فلا بد أن يكون المسلم بها وقت العلو . أما لو طرفها مسلم ثم بعد شهر مثلاً وجد بها منبؤ لا يحكم بإسلامه لاستحالة كونه منه ، ولو وجد اللقيط بيرة فمسلم حكاها شارح التعميز عن جده ، وهو ظاهر إذا كانت بيرة دارنا أو بيرة لا يد لأحد عليها . أما بيرة دار الحرب لا يطرفها مسلم فلا ، وولد الذمية من الزنا بمسلم . قال ابن حزم الظاهري : مسلم ، والظاهر كما قال شيخني خلافه ؛ لأن هذا مقطوع النسب عنه ، وسيأتي التنبيه على ذلك .

وجاء فيه أيضًا (٦٠٩/٣ ، ٦١٠) : « (إذا لم يقر اللقيط برق فهو حر) ؛ لأن الغالب في الناس الحرية ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع ، لكن قال الشافعي : لو قذفه قاذف لم أحده حتى أسأله ، فإن قال : أنا حر حددت قاذفه . وقال البلقيني : لو وجد في دار الحرب ولا مسلم فيه ولا ذمي ، فهو رقيق كسائر صبيانهم ونسائهم ، ويحمل كلامهم على دار الإسلام . قال : ولم أر من تعرض له .. انتهى ، وهو ظاهر المعنى ، وعلى هذا فتستثنى هاتان صورتان من كلام المصنف مضافتين إلى قوله (إلا أن يعيم أحد بينة برقه) وتعرض لسبب الملك كما سيأتي فيعمل بها .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٣٢/٧) : « وهو حر وولاه للمسلمين يعني أن اللقيط حر بحكم الشرع ؛ لأنه الأصل في الناس فيمن لم يقرر عليه ملك ولو التقطه عبد وولاه للمسلمين لا للتقطه ، والمراد بالولاء الميراث أي فيرثونه ويعقلون عنه ، وأما الولاء العرفي الذي هو لحمة كلحمة النسب فإنه إما يكون عن عتق .

وحكم بإسلامه في قرى المسلمين كأن لم يكن فيها الإثنان إن التقطه مسلم وفي قرى الشرك مشرك يعني أن المنتقط إذا وجد في بلاد المسلمين فإنه يحكم بإسلامه ؛ لأنه الأصل والغالب وسواء التقطه مسلم أو كافر إذا =

١٩٠٢ - واللقيط حر ؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية والرق عارض عليها، والأصل إبقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره ، فلا يحكم برقه إلا ببينة تشهد على ذلك ، فيعامل معاملة الأحرار ؛ من صحة شهادته ، وثبوت الولاية له ، وغير ذلك من أحكام

= وجد في قرية ليس فيها من المسلمين سوى ييتين أو ثلاثة فإنه يحكم بإسلامه أيضا تغليبا للإسلام بشرط أن يكون الذي التقطه مسلماً فإن التقطه ذمياً فإنه يحكم بكفره على المشهور ، والبيت كالييتين على ظاهر المدونة ، وإذا وجد في قرى الشرك فإنه يكون مشركاً سواء التقطه مسلم أو كافر تغليبا للدار والحكم للغالب وهو قول ابن القاسم ، ثم لو عبر في الموضوعين بقرية بدل قرى لكان مناسبا ؛ لأن اللقيط إنما ينسب لمحلّه الموجود فيه ولا يوجد إلا في قرية واحدة وقد عبر في الجواهر بقرية وأيضاً لقوله : كان لم يكن فيها أي في القرية لا في القرى وبعضهم قد أجاب بجواب لا يخلو عن خلل فانظره مع زيادات وإعراب في الشرح الكبير .

قول الخاتبة : جاء في المعنى (٣٥/٦) : (واللقيط حر) وجملة ذلك : أن اللقيط حر ، في قول عامة أهل العلم ، إلا النخعي . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر . روينا هذا القول عن عمر وعلي رضي الله عنهما . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والشعبي ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، ومن تبعهم . وقال النخعي : إن التقطه للحسية ؛ فهو حر ، وإن كان أراد أن يستتره ، فذلك له . وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ، ولا يصح في النظر ؛ فإن الأصل في آدميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحرارا ، وإنما الرق لعارض ، فإذا لم يعلم ذلك العارض ؛ فله حكم الأصل . ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الإسلام ، أو في دار الكفر ، فأما دار الإسلام : ففرضان : أحدهما : دار احتفظها المسلمون ، كبغداد والبصرة والكوفة ، فلقيط هذه محكوم بإسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمة تغليبا للإسلام وظاهر الدار ، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه .

الثاني : دار فتحها المسلمون ، كمدائن الشام ، فهذه إن كان فيها مسلم واحد حكم بإسلام لقيطها ؛ لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم ، تغليبا للإسلام . وإن لم يكن فيها مسلم ، بل كل أهلها ذمة حكم بكفره ؛ لأن تغليب حكم الإسلام إنما يكون مع الاحتمال . وأما بلد الكفار ففرضان أيضا : أحدهما : بلد كان للمسلمين ، فقلب الكفار عليه ، كالساحل ، فهذا كالقسم الذي قبله ، إن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه ، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر .

وقال القاضي : يحكم بإسلامه أيضا ؛ لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه ، بخلاف الذي قبله ، فإنه لا حاجة به إلى كتم إيمانه في دار الإسلام وإن كان في بلد كان للمسلمين ، ثم غلب عليه المشركون ، ثم ظهر عليه المسلمون ، وأقروا فيه أهله بالجزية ، فهذا كالقسم الثاني من دار الإسلام . الثاني : دار لم تكن للمسلمين أصلاً . كبلاد الهند والروم ، فإن لم يكن فيها مسلم ؛ فلقيطها كافر ؛ لأن الدار لهم وأهلها منهم ، وإن كان فيها مسلمون كالتجار وغيرهم ، احتمل أن يحكم بإسلامه ، تغليبا للإسلام ، واحتمل أن يحكم بكفره ، تغليبا للدار والأكثر ، وهذا التفصيل كله مذهب الشافعي . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم ، على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ، ميتا في أي مكان وجد ، أن غسله ودفنه في مقابر المسلمين يجب ، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين . قال : وإذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك ، فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر ، هذا قول الشافعي وأصحاب الرأي .

الحرية . ولا فرق في ذلك بين كون ملتقطه حرًا أو رقيقًا .

هذا بالنظر إلى حرته . أما بالنظر إلى إسلامه : فلا يخلو حاله من أحد أمور أربعة ، لأن واجده : إما أن يكون مسلمًا والمحل الذي وجد فيه مقر المسلمين ، وحكمه في هذه الحالة أن يكون مسلمًا اتفاقًا .

وإما أن يكون ملتقطه غير مسلم ذميًا كان أو مستأمنًا والمحل الذي وجد فيه مقر غير المسلمين ، وفي هذه الحالة يكون غير مسلم بلا خلاف .

وإما أن يكون واجده مسلمًا والمقر الذي وجد فيه مقر الذميين ، وحكمه : أن يكون مسلمًا تبعًا للواجد على الصحيح ؛ لأن الإسلام في فائده . وقال بعضهم : هو غير مسلم تبعًا للمكان . ولكنه مرجوح .

وإما أن يكون ملتقطه ذميًا في مكان المسلمين ، وحكمه أن يكون مسلمًا تبعًا للمكان الذي وجد فيه على الراجح . وقال بعضهم : يكون غير مسلم تبعًا للواجد . والمعول عليه هو الأول .

(مادة ٢٥٧)

الْمَلْتَقِطُ أَحَقُّ بِإِسْمَائِكَ اللَّيِّطِ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَخْذُهُ مِنْهُ قَهْرًا وَلَوْ كَانَ حَاكِمًا ، إِلَّا بِسَبَبٍ يُوجِبُ ذَلِكَ ، كَأَن كَانَ غَيْرَ أَهْلِ حِفْظِهِ .
وَإِنْ وَجَدَهُ اثْنَانِ مُسْلِمٌ وَغَيْرُ مُسْلِمٍ ، وَتَنَازَعَا ، يُرْجَحُ الْمُسْلِمُ وَيُقْضَى لَهُ بِهِ ؛ فَإِنْ اسْتَوَيَا فِي الدِّينِ وَفِي التَّرْجِيحِ ؛ فَالرَّأْيُ مُفَوَّضٌ إِلَى الْقَاضِي ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في فتح القدير (١١٧/٦) : « ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما ؛ قضى به للمسلم ؛ لأنه محكوم له بالإسلام ، فكان المسلم أولى بحفظه ؛ ولأنه يعلم أحكام الإسلام ، بخلاف الكافر » .

قول الشافعية : جاء في مفتي المحتاج (٥٩٩/٣) : « (ولو التقط صبي) أو مجنون (أو فاسق أو محجور عليه) بسفه (أو كافر مسلما انتزع منه) لعدم أهلية الصبي والمجنون وتهمة الفاسق والمحجور عليه بسفه وعدم ولاية الكافر على المسلم ، والمنتزع منهم هو الحاكم كما قاله شارح التعجيز ، وخرج بمسلم المحكوم بكفره فإنه يقر بيده كما مر ، وكذا بيد المسلم . (ولو ازدحم اثنان) كل منهما أهل لالتقاطه (على أخذه) متعلق بازدهم ، وذلك بأن يقول كل منهما أنا أخذه (جعله الحاكم عند من يراه منهما أو) عند من يراه (من غيرهما) ؛ لأنه لا حق لهما قبل أخذه فيفعل الأخطل (وإن سبق واحد) منهما (فالتقطه منع الآخر من =

= مزاحمته (لقوله ﷺ من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به) رواه أبو داود . وخرج بقوله فالتقطه ما لو سبق إلى الوقوف عنده ولم يأخذه فإنه لا حق له (وإن التقطاه معاً) أي في زمن واحد وإن لم يجب ذلك في معنى مع ؛ لأنها تأتي بمعنى جميع (وهما أهل) للتقاطه (فالأصح أنه يقدم غني على فقير) ؛ لأنه قد يواسيه بماله ولو تفاوتتا في الغنى لم يقدم أغناهما . نعم لو كان أحدهما بخيلاً والآخر جواداً ، فقياس تقدم الغني أن يقدم الجواد ؛ لأن حفظ اللقيط عنده أكثر ، وظاهر أنه يقدم الغني على الفقير وإن كان الغني بخيلاً ، والثاني يستوي الغني والفقير ؛ لأن نفقة اللقيط لا تجب على ملتقطه (و) يقدم (عدل) باطنًا بكونه مركب عند حاكم (على مستور) أي عدل ظاهرًا بأن لم يعلم فسقه ولم يعلم تركيته عند حاكم . أما العدل عند الله فلا يعلمه إلا الله ، ويقدم الحر على المكاتب لكمالهما ، والبلدي على البدوي ، ويستوي المسلم والكافر في التقاط المحكوم بكفره ، وقيل : يقدم المسلم ، وقيل : الكافر ، ولا تقدم المرأة على الرجل وإن قدمت في الحضانة .

تنبيه : لو ازدحم على أخذ لقيط بيلد أو قرية ظاعن إلى بادية أو قرية وآخر مقيم فالقيم أولى ؛ لأنه أرفق به وأحوط لنسبه لا على ظاعن يظن به إلى بلد أخرى ؛ بل يستويان بناء على أنه يجوز للمنفرد نقله إلى بلده كما سيأتي ، واختار المصنف تقديم فروري مقيم بالقرية على بلدي ظاعن ، ونقله عن ابن كنج ، لكن منقول الأصحاب أنهما مستويان كما نقله هو تبعًا للرافعي ، ويقدم حضري على بدوي إذا وجداه بمهلكة ، ويستويان فيه إذا وجداه بمحلة أو قبيلة أو نحو ذلك . قال الأذريعي : ويقدم البصير على الأعمى ، والسليم على المجذوم والأبرص إن قيل بأهليتهم للتقاط (فإن استويا) في الصفات المعبرة وتشاحا (أفرع) بينهما على النص لعدم الأولوية ، ولو كان اللقيط ميمزًا واختار أحدهما بخلاف تخيير الصبي المميز بين أبويه لتعويلهم ثم على الميل الناشئ عن الولادة وهو معدوم هنا ولا يهايا بينهما للإضرار باللقيط ولا يترك في يدهما لتعذر أو تمسر الاجتماع على الحضانة ، وقد كانت القرعة في الكفالة في شرع من قبلنا في قصة مريم ، قال تعالى : ﴿ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ أي اقرعت الأحبار على كفالتها بإلقاء أقلامهم ، ولم يرد في شرعنا ما يخالفه ، وتقدم الكلام على ذلك هل يكون شرعًا أم لا ؟ وليس للقارع ترك حقه للآخر وإن خالف في ذلك الماوردي ، كما أنه ليس للمنفرد نقله إلى غيره ، ولو ترك حقه قبل القرعة انفرد به الآخر .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (١٢٦/٤) : (و) لو تسابق جماعة ، أو اثنان على لقيط ، أو لقطه وكل أمين وأهل لكفائته (قدم الأسبق) وهو من وضع يده عليه ابتداء ولو زاحمه عنه الآخر وأخذه (ثم) إن استويا في وضع اليد قدم (الأولى) أي الأصلح لحفظه والقيام به (وإلا) يكن أولى بأن استويا (فالقرعة) .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٤١/٦ ، ٤٢) : « وإن التقطه اثنان ، وتناولا تناوؤًا واحدًا ، لم يخل من لثالة أقسام : أحدها : أن يكون ممن يقر في يده ، كالمسلم العدل الحر ، والآخر ممن لا يقر في يده ، كالكافر إذا كان اللقيط مسلمًا ، والفاسق ، والعبد إذا لم يأذن له سيده ، والمكاتب ، فإنه يسلم إلى من يقر في يده ، وتكون مشاركة هؤلاء له كعدهما ؛ لأنه لو التقطه وحده لم يقر في يده ، فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى . الثاني : أن يكونا جميعًا ممن لا يقر في يدي واحد منهما ، فإنه ينزع منهما ، ويسلم إلى غيرهما . الثالث : أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد ، إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسرًا والآخر معسرًا ، فالموسر أحق ؛ لأن ذلك أحظ للطفل ، وإن التقط مسلم وكافر طفلًا =

١٩٠٣ - والمتلقت أحق بإمساك اللقيط من غيره ، لما له من نعمة الالتقاط ، فليس لأحد أخذه منه قهراً ولو كان حاكماً ، فقد روي : أن رجلاً التقط لقيطاً فأثنى به إلى الإمام علي - كرم الله وجهه - فقال : هو حر . ولم يأخذه منه بالولاية العامة . نعم إذا كان واجده غير أهل لحفظه بأن كان بحالة يضيع الولد عنده معها ، وجب نزعها منه وتسليمه إلى من يحفظه . وإذا سلمه لغيره برضاه واستلمه ذلك الغير راضياً ، فليس للأول أخذه من الثاني ، لأنه أسقط حقه ، والساقط لا يعود .

١٩٠٤ - وإذا أراد المتلقت أن يسلمه للحاكم ؛ فله ألا يقبله منه إلا ببينة تشهد على أنه لقيط ، لجواز أن يكون ابنه وأنه أراد تسليمه للحاكم فராؤا من تربيته .

= محكوماً بكفره ، فالمسلم أحق .

وقال أصحابنا ، وأصحاب الشافعي : هما سواء ؛ لأن للكافر ولاية على الكافر ، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه ، فساوى المسلم في ذلك ولنا أن دفعه إلى المسلم أحظ له ؛ لأنه يصير مسلماً ، فيسعد في الدنيا والآخرة ، وينجو من النار ، ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلاً ، فلا تحصل التوسعة . فإن تعارض الترجيحان ، فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً ، فالمسلم أولى ؛ لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره . وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ، ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل ؛ لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه ، وتعلم من جوده .

الرابع : أن يتساوى في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين ، فهما سواء فيه ، فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه ، وتسليمه إلى صاحبه جاز ؛ لأن الحق له ، فلا يمنع من الإيثار به . وإن تشاحا ، أقرع بينهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَفْلَسْتُمْ أَفْلَسْتُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ . ولأنه لا يمكن كونه عندهما ؛ لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة . وإن تهاياه ، فجعل عند كل واحد يوماً أو أكثر من ذلك ، أضر بالطفل ؛ لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والإلف . ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة ؛ لأن حقهما متساو ، فتعين أحدهما بالتحكم لا بجوز ، فتعين الإقراع بينهما ، كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة ، وبين النساء في البداية بالقسمة ، وبين العبيد في الإعتاق . والرجل والمرأة سواء ، ولا ترجح المرأة ها هنا ، كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه ؛ لأنها رجحت ثم لشفتقتها على ولدها ، وتوليها لحضانته بنفسها ، والأب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ له وأرفق به ، أما ها هنا ، فإنها أجنبية من اللقيط ، والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا .

ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرناه ، فإن كان أحدهما مستور الحال ، والآخر ظاهر العدالة ؛ احتمل أن يرجح العدل ؛ لأن المانع من الالتقاط منتفٍ في حقه بغير شك ، والأمر مشكوك فيه ؛ فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أتم . ويحتمل أن يتساوى ؛ لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع ، فلا يؤثر الترجيح .

١٩٠٥ - هذا إذا كان الملتقط واحدًا . فإن وجده اثنان وتنازعا فيه ، فإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًا ، فالمسلم أحق به لأنه أنفع له فإن استويا في الدين بأن كانا مسلمين أو ذميين سلمه الحاكم لأنفعهما له . وإن اتحدا في جميع الأوصاف ، فالرأي للقاضي يسلمه إلى من شاء .

(مادة ٣٥٨)

إِذَا وَجِدَ مَعَ اللَّيْطِ مَالٌ ، فَهُوَ لَهُ ، وَيَنْفِقُ الْمَلْتَقَطُ عَلَيْهِ مِنْهُ بَعْدَ اسْتِثْنَائِي الْقَاضِي .
فَإِنْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ عَلَى اللَّيْطِ ؛ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ ، وَلَا يَكُونُ مَا أَنْفَقَهُ ذَيْتًا عَلَى اللَّيْطِ ،
إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْقَاضِي بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٥/٢ ، ٢٨٦) : « وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه ، فهو له ، وكذا إذا كان مشدودًا على دابة ، وهو عليها ، وأما إذا كان موضوعًا بقره لم يحكم له به ، ويكون لقطه ، وإن وجد اللقيط على دابة ، فهي له كذا في الجوهرة النيرة ونفتته في ذلك المال بأمر القاضي للملتقط أن ينفق عليه منه ، وقيل ينفق بغير أمره أيضًا ، وهو مصدق في نفقة مثله كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (٦٠٢/٣ ، ٦٠٣) : « (ونفتته) أي اللقيط ومؤنة حضائنه ليست على الملتقط بل (في ماله) كغيره (العام كوقف على اللقطاء) والوصية لهم . فإن قيل : كيف يصح الوقف عليهم ووجودهم لا يتحقق بخلاف الوقف على الفقراء ؟ أجيب : بأن الجهة لا يشترط فيها الوجود وإلا لم يصرف إلى من حدث . فإن قيل : قد يتوقف في هذا الجواب ، ويقال لابد من وجود من يمكن الصرف إليه . أجيب : بأن الموقوف عليه الجهة ويكفي إمكانها .

تنبيه : إضافة المال إلى اللقيط فيه تجوز فإنه في الحقيقة ليس هو ماله بل مال الجهة العامة ، ولكن المراد أنه يصرف إليه منه وإن لم يكن ملكه لعموم كونه لقيطًا أو موسى له ، وقد يكون المال له بخصوصه كالوقف عليه نفسه أو الهبة أو الوصية له ، ويقبله القاضي من ذلك ما يحتاج إلى القبول (أو) نفقة اللقيط في ماله (الخاص ، وهو ما اختص به كتياب ملفوفة عليه) وملبوسة له كما صرح به في المحرر وأسقطه من الروضة لفهمه مما ذكر بطريق الأولى (ومفروشة تحته) ومغطى بها ودابة مشدودة في وسطه أو عنانها يده أو راكبتا عليها (وما في جيبه من دراهم وغيرها) كذهب وحلي (ومهده) وهو سريره الذي هو فيه (ودنانير منثورة فوقه و) منثورة (تحته) ؛ لأن له بدأ واختصاصًا كالبالغ والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها .

تنبيه : قضية كلام المصنف وغيره التخيير في الإنفاق عليه من العام والخاص وهو كذلك وإن قال في التوشيح : لم أجد فيه نقلًا ، وقال بعض المتأخرين الأئمة تقدم الخاص فلا ينفق من العام إلا عند فقد الخاص . (وإن وجد في دار) ونحوها كحانوت ولا يعرف لها مستحق ليس فيها غيره (فهي) أي الدار ونحوها (له) للبد ولا مزاحم وإن وجد فيها غيره كلقيطين أو لقيط وغيره فهي لهما كما لو كانا على دابة فلو ركبا أحدهما =

ومسك الآخر زمامها ؛ فهي للراكب فقط لتمام الاستيلاء ، وما في الروضة عن ابن كج من أنها بينهما . قال الأذريعي : وجه ، والمذهب الصحيح : أن اليد للراكب ولو كان على الأرض وزمامها بيده أو مربوطة به فهي له وكل ما على الدابة التي حكم بأنها له له ، ولا يحكم له بيستان وجد فيه في أحد وجهين يظهر ترجيحه كما رجحه بعض المتأخرين بخلاف الدار ؛ لأن سكانها تصرف ، والحصول في البيستان ليس تصرفاً ولا سكنى ، وقضية هذا التعليل أنه إذا كان يسكن عادة يكون كالدار ، ولا يحكم له بضبعة وجد فيها ، كما قال في الروضة : ينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها . تنبيه : المراد بكون ما ذكر له صلاحية التصرف فيه ودفع المنازع له لا أنه طريق للحكم بصحة ملكه ابتداء ؛ فلا يسوغ للحاكم بمجرد ذلك أن يقول ثبت عندي أنه ملكه نبه على ذلك الزركشي (وليس له) أي اللقيط (مال مدفون) ولو كان (تحته) وفيه رقعة مكتوب فيها أن الدفين له ؛ لأن الكبير العاقل لو كان جالساً على أرض تحته فدين لم يحكم له به ، وحكم هذا المال إن كان من دفين الجاهلية فركاز وإلا فللقطة . نعم إن حكم بأن المكان له فهو له مع المكان صرح به الدارمي وغيره . قال الأذريعي : ولو وجد خيط متصل بالدفين مربوط ببعض بدنه أو ثيابه وجب الجزم بأنه يقضى له به ، ولا شك فيه إذا انضمت الرقعة إليه (وكذا ثياب وأمتعة) ودابة (موضوعة بقربه) ليست له (في الأصح) ؛ لأن يده لا تثبت إلا على ما اتصل به ، بخلاف الموجود بقرب المكلف فإنه يحكم بملكه له ؛ لأن له رعاية . والثاني : أنها عملاً بالظاهر ، وعلى الأول لو حكم بأن المكان له كان ذلك له مع المكان كما يؤخذ مما مر ، وصرح به المصنف في نكته وخرج بقربه البعيدة عنه فلا تكون له جزءاً .

تنبيه : لم يتعرضوا لضبط القرب . قال السبكي والحال عليه فيه العرف (فإن لم يعرف له) أي اللقيط (مال) عام ولا خاص (فالأظهر أنه ينفق عليه من بيت المال) من سهم المصالح بلا رجوع كما صرح به في الروضة ؛ لأن عمر - رضي الله تعالى عنه - استشار الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - في ذلك ، فأجمعوا على أنها في بيت المال ، وقياساً على البالغ المعسر بل أولى .

والثاني : المتع بل يفترض عليه من بيت المال أو غيره لجواز أن يظهر له مال (فإن لم يكن) في بيت المال شيء أو كان وثم ما هو أهم من ذلك كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك أو حالت الظلمة دونه اقتضت له الإمام من المسلمين في ذمة اللقيط كالمضطر إلى الطعام فإن تعذر الاقتراض (قام المسلمون بكفايته قرصاً) بالثاق بخطه حتى يثبت لهم الرجوع بما أنفقوا على اللقيط ويقسطها الإمام على الأغنياء منهم ويجعل نفسه منهم ، فإن تعذر استيعابهم لكثرتهم ؛ قسطها على من رآه منهم باجتهاده ، فإن استوتوا في اجتهاده ؛ تخير ، فإن ظهر له سيد رجعوا عليه أو ظهر له إذا كان حراً مال أو اكتسبه ؛ فالرجوع عليه أو قريب رجوع عليه . فإن قيل : نفقة القريب تسقط بمضي الزمان فكيف يطالب بها قريه ، . أجب بأن النفقة وقعت قرصاً بإذن الحاكم والحاكم إذا اقتضت النفقة على من تلزمه ثبت الرجوع بها ، ولا تسقط بمضي الزمان كما صرح به المصنف وغيره في بابها ، فإن لم يظهر له مال ولا قريب ولا كسب ولا للريق سيد ، فالرجوع على بيت المال من سهم الفقراء أو الغارمين بحسب ما يراه الإمام ، وإن حصل في بيت المال شيء قبل بلوغه ويساره قضي منه ، وإن حصل له مال مع بيت المال مقاً فمن ماله وسواء فيما ذكر اللقيط المحكوم بإسلامه أم بكفره على الأصح ، وإن صحح في الكفاية خلافه تبعاً للماوردي (وفي قول) يقوم المسلمون بكفايته (نفقة) ؛ لأنه محتاج عاجز ، وإن قام =

= بها بعضهم اندفع الحرج عن الباقيين .

تنبيه : قوله : « قرضاً ونفقة » منصوبان بنزع الخافض أي بالقرض والنفقة أو على التمييز أي من جهة القرض والنفقة . (وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله) أي اللقيط (في الأصح) ؛ لأنه مستقل بحفظ المالك فماله أولى ، ومحلّه كما قال الأذريعي : في العدل الذي يجوز إبداع مال اليتيم عنده ، والثاني يحتاج إلى إذن القاضي ، وعلى الأول ليس له مخاصمة من نازعه فيه إلا بولاية من الحاكم (ولا ينفق عليه منه) أي من مال اللقيط (إلا بإذن القاضي) ؛ لأن ولاية المال لا تثبت لقریب غير الأب والجد فالأجنبي أولى ، فإن أنفق بغير إذنه ضمن وقوله (قطعاً) تبع فيه الإمام ، وليس في الروضة وأصلها بل فيهما وجه حكاه ابن كنج أنه إن أنفق بغير إذنه لم يضمن ، ومقتضاه أن إذن القاضي ليس شرطاً ، وقد حكى الرافعي الخلاف في الدعاوى وحكاه الماوردي هنا . تنبيه : محل وجوب مراجعة الحاكم إذا وجده ، فإن لم يجده أنفق وأشهد وجوباً ، وقول ابن الرزمة « كل مرة فيه » حرج ، والظاهر أنه لا يكلف ذلك ، فإن لم يشهد مع الإمكان ضمن .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (١٧٨/٤ ، ١٧٩) : « (ووجب لقط طفل) : أي صغير لا قدرة له على القيام بمصالح نفسه من نفقة وغيرها . والمراد بلقطه : أخذه للحفظ (كفاية) : أي وجوب كفاية إذا وجده جماعة بمضبعة ، أو كان المكان مطروقاً للناس . وإلا تعين على من وجده لقطه . ويسمى الطفل الملقوط ؛ لقيطاً ، وعرف ابن عرفة اللقيط بقوله : صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا رقه ، فخرج ولد الزانية الملعونة . ومن علم رقه لقطه لا لقيط (انتهى) . ونفقته (وحضائه واجبة (على ملتقطه) حتى يبلغ قادراً على الكسب ولا رجوع له عليه (إن لم يعط) ما يكفيه (من الفء) : أي بيت المال ، فإن أعطى منه لم تجب النفقة على الملتقط (إلا أن يكون له) أي اللقيط (مال من كربة) أدخلت الكاف : الصدقة والحبس ، فإن كان له مال فنفقته من ماله ويجوز له ملتقطه ، فعلم تقدم ماله ثم الفء ثم الحاضن (أو يوجد معه) مال مربوط بثوبه (أو) يوجد مال (مدفوناً) بالنصب على الحال والرفع على النعت (تحته) فينفق عليه منه (إن كان معه رقعة) : أي ورقة مكتوب فيها أن المال المدفون تحته للطفل فينفق عليه منه ، وإلا كان لقطه يعرف على ما تقدم .

قول الخبالة : جاء في المتن (٣٩ ، ٣٨/٦) : « فأما إن وجد مع اللقيط شيء ، فهو له ، وينفق عليه منه . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن الطفل يملك ، وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويرث ، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة ، كالبالغ . إذا ثبت هذا ، فكل ما كان متصلاً به ، أو متعلقاً بمنفعته ؛ فهو تحت يده ، ويثبت بذلك ملكاً له في الظاهر ، فمن ذلك ما كان لايشأ له ، أو مشدوداً في ملبوسه ، أو في يديه ، أو مجعولاً فيه ، كالسرير والسفط ، وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي عليه وإن كان مشدوداً على دابة ، أو كانت مشدودة في ثيابه ، أو كان في خيمة ، أو في دار ، فهي له . وأما المنفصل عنه ، فإن كان بعيداً منه ، فليس في يده ، وإن كان قريباً منه ، كتوب موضوع إلى جانبه ، ففيه وجهان : أحدهما : ليس هو له ؛ لأنه منفصل عنه ، فهو كالبعيد . والثاني : هو له . وهو أصح ؛ لأن الظاهر أنه ترك له ، فهو له ، بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ، ويحكم بأنه في يده ، والحمال إذا جلس للاستراحة ، ترك =

١٩٠٦ - وقد يتفق أن من يطرح المولود يضع معه مالا يستعين به الواجد على تربيته ، فحكم هذا المال أن يعتبر ملكاً للقيط ؛ لأنه في يده وهو من أهل الملك لكونه حرّاً فيكون ما في يده له ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المال مشدوداً به أو بدالية في ثيابه أو فوقه أو تحته أو على دابة هو عليها .

١٩٠٧ - وبما أن الملتقط ليس له عليه إلا ولاية الحفظ ؛ فليس له أن ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي بما له من الولاية العامة ، وإذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه فليس له أن يرجع على اللقيط ، بل يعتبر متبرعاً إلا إذا أنفق عليه بإذن القاضي بأن قال له : أنفق لترجع ؛ فحينئذ يثبت له حق الرجوع عليه .

= حمله قريباً منه . فأما المدفون تحته : فقال ابن عقيل : إن كان الحفر طرئاً ، فهو له ، وإلا فلا ؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طرئاً فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طرئاً ، كان مدفوناً قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرئاً ، فلم يكن له إذا كان الحفر طرئاً ، كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له ، لشدّه واضعه في ثيابه ، ليعلم به ، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكمتنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أنفق عليه منه ، فإن كان فيه كتابته ، لم تجب نفقته على أحد ؛ لأنه ذو مال ، فأشبهه غيره من الناس إذا ثبت هذا ، فإن الملتقطه الإنفاق عليه منه بغير إذن الحاكم . ذكره أبو عبد الله بن حامد ؛ لأنه ولي له ، فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم ، كوصي اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف ، فاستوى فيه الإمام وغيره ، كتبديد الخمر . وروى أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل أودع رجلاً مالا ، وغاب ، وطالت غيبته ، وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ، فقال : تقوم امرأته إلى الحاكم ، حتى يأمره بالإنفاق عليهم فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم . فقال بعض أصحابنا : هذا مثله . والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين ؛ أحدهما : أن الملتقط له ولاية على اللقيط ، وعلى ماله ؛ فإن له ولاية أخذه وحفظه . والثاني : أنه ينفق على اللقيط من ماله ، وهذا بخلافه ، ولأن الإنفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجاً إلى ذلك ، لعدم ماله ، وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المودع ، فاحتجج إلى إثبات ذلك عند الحاكم . ولا كذلك في مسألتنا ، فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط . ومتى لم يجد حاكماً ؛ فله الإنفاق بكل حال ؛ لأنه حال ضرورة . وقال الشافعي : ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكماً ، وإن أنفق ضمن ، بمنزلة ما لو كان لأبي الصغير ودائع عند إنسان ، فأنفق عليه منه ؛ وذلك لأنه لا ولاية له على ماله ، وإنما له حق الحضانة . وإن لم يجد حاكماً ، ففي جواز الإنفاق وجهان ؛ ولنا : ما ذكرناه ابتداءً ، ولا نسلم أنه لا ولاية له على مال . فإننا قد بينا أن له أخذه وحفظه ، وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه . فإذا ثبت هذا ، فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكماً ؛ لأنه أبعد من التهمة ، وأقطع للطنّة ، وفيه خروج به من الخلاف ، وحفظ ماله من أن يرجع عليه بما أنفق . فإذا ثبت هذا ، فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم ، فإذا بلغ اللقيط ، واختلفا في قدر ما أنفق ، وفي التفريط في الإنفاق ، فالقول قول المنفق ؛ لأنه أمين ، فكان القول قوله في ذلك ، كولي اليتيم .

نعم إذا تعذر إذن القاضي لبعد المسافة أو لكونه متعنتا لا يأذن ، كفى في جواز الإنفاق عليه والرجوع بما أنفقه الإسهاد على ذلك .

(مادة ٢٥٩)

يُسَلِّمُ الْمَلْتَقِطُ اللَّقِيطَ لِتَعَلُّمِ الْعِلْمِ أَوَّلًا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِيهِ قَابِلِيَّةً ، سَلَّمَهُ لِجُرُوفَةٍ يَتَّخِذُهَا وَسِيلَةً لِتَكْسِبِهِ . وَلَهُ نَقْلُهُ حَيْثُ شَاءَ ، وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ مِنْ طَعَامٍ وَكِسْوَةٍ وَقَبْضُ مَا يُوهَبُ لَهُ أَوْ يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِ .

وَأَيْسَ لَهُ حَشْنُهُ ، وَلَا تَزْوِيجُهُ ، وَلَا إِجَارَتُهُ لِتَكُونَ الْأَجْرَةُ لِلْمَلْتَقِطِ ، وَلَا التَّصْرُفُ فِي مَالِهِ بِغَيْرِ شِرَاءٍ مَا ذُكِرَ مِنْ حَوَائِجِهِ الصَّرُورِيَّةِ (١) .

• • •

١٩٠٨ - وبما أن اللقيط تحت رعاية الملتقط فعليه أن يسعى له في كل ما يعود عليه بالمنفعة حتى يكون له مستقبل حسن ، فيثقف عقله بالعلم إذا كان مستعداً له . فإن كان غير مستعد لذلك اختار له حرفة تساعد على المعيشة في هذه الحياة الدنيا .

١٩٠٩ - وإذا أراد الملتقط أن ينقله من جهة إلى أخرى ؛ جاز له ذلك إذا لم يكن المحل المنقول إليه مضرًا به بأن كان غير آمن أو كان بحالة تقسد فيها أخلاق اللقيط .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٣/٣٠١) : (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة) لأن ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة أو ملك أو سلطنة ولم يوجد شيء منها ، والتصرف في المال لا يجوز إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة ، وذلك يوجد في الأب والجد لا غير ، ولهذا لا تملك الأم مع أنها تملك الإنكاح فذا أولى ، وهذا لأن في كل منهما لم يوجد إلا شطر العلة وهي كمال الشفقة فيها وكمال الرأي فيه فصار كالعالم والإجارة لا يملكها من لا يملك إتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعالم بخلاف الأم فإنها تملكه على ما عرف في موضعه ، وذكر القدوري أن له أن يؤجره لأنه يرجع إلى تنقيفه والأول أصح وهو رواية الجامع الصغير . (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة) لأن ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة أو ملك أو سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف في المال لا يجوز إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الأب والجد لا غير ، ولهذا لا تملك الأم مع أنها تملك الإنكاح فذا أولى ؛ وهذا لأن في كل منهما لم يوجد إلا شطر العلة وهي كمال الشفقة فيها وكمال الرأي فيه فصار كالعالم ، والإجارة لا يملكها من لا يملك إتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعالم بخلاف الأم فإنها تملكه على ما عرف في موضعه ، وذكر القدوري أن له أن يؤجره لأنه يرجع إلى تنقيفه ، والأول أصح وهو رواية الجامع الصغير . (ويسلمه في حرفة) لأنه نفع محض يهذب نفسه ويطلع صاحب الحرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والآخرة .

١٩١٠ - وكذا يسوغ له أن يتصرف في أموره الضرورية التي هي نافعة له نفعاً محضاً؛ فيجوز أن يشتري له الطعام والكسوة ويؤجر له مسكناً يسكن فيه ونحو ذلك مما لا بد منه ، ويجوز له أن يقبل الهبة التي وهبت له ويقبضها له وكذا العارية والصدقة .

١٩١١ - وأما الأشياء التي ليست ضرورية ولم تتمحض لنفعه كالتزويج والختان والتجارة في أمواله وإجارته لتكون الأجرة للملتقط فليس له ذلك ؛ لأن الولاية على الغير تكون بقرابة أو ملك أو سلطة عامة ولم يوجد شيء من ذلك عند الملتقط والتصرف في المال يكون بكمال الرأي ووفور الشفقة ، وذلك يوجد في الأب والجد لا غير ، نعم إذا جعله القاضي ولياً عليه أو أذن له في ذلك صح .

(مادة ٣٦٠)

إِذَا ادَّعَى اللَّقِيطَ وَاحِدًا وَلَوْ غَيْرَ الْمَلْتَقَطِ ، ثَبَّتْ نَسَبُهُ مِنْهُ بِمَجْرَدِ دَعْوَاهُ ، وَلَوْ ذِمِّيًّا . وَيَكُونُ اللَّقِيطُ مُسْلِمًا تَبَعًا لِلزَّوْجِدِ أَوْ الْمَكَانِ إِنْ كَانَ اللَّقِيطُ حَيًّا ؛ فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ؛ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ ، وَلَوْ لَمْ يَثْرِكْ مَالًا .

وَإِنْ ادَّعَاهُ نَفْسُ الْمَلْتَقَطِ ، وَنَارَعَهُ خَارِجٌ ، فَالْمَلْتَقِطُ أَوْلَى بِهِ ، وَلَوْ وَصَفَ الْخَارِجُ فِي حَسْبِهِ غَلَامَةً وَوَأَقَّتْ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٠٣/١ ، ٧٠٤) : (وإن ادعاه واحد) أنه ابنه قيل قوله (وثبت نسبه) أي اللقيط استحساناً (منه) أي ممن يدعي إذا لم يدعه الملتقط واللقيط حي فإذا مات لم يصدق الغير إلا بحجة فإن ادعاه فدعوته أولى وإن كان ذمياً والآخر مسلماً لأنه صاحب يد . (ولو) كان المدعي عبداً) لأن ثبوت النسب منه أولى من الانتفاء بالكلية (وهو) أي اللقيط مع كون أبيه عبداً (حر) لأن ولد العبد قد يكون حراً بكون أمه حرة فلا تبطل الحرية الثابتة تبعاً للدار بالشك . (أو) كان المدعي (ذمياً وهو) أي اللقيط مع كون أبيه ذمياً (مسلم إن لم يكن) أي إن لم يوجد (في مفرهم) أي مقر الذميين ؛ لأن دعوته تضمنت النسب وهو أنفع له وإبطال الإسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابناً له أن يكون كافراً كما لو أسلمت أمه وهو الاستحسان (وذمي إن كان) أي وجد (فيه) أي في مقر الذميين وهذا تصريح بأن المعترف هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه ، فحاصله : أن هذه المسألة على أربعة أوجه : أحدها : أن يجده مسلم في مكان المسلمين فيكون مسلماً . والثاني : أن يجده كافر في مكان أهل الكفر فيكون كافراً . والثالث : أن يجده كافر في مكان المسلمين . والرابع : أن يجده مسلم في مكان الكفار ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه . وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد لقوة اليد . وفي رواية : أيهما كان موجباً لإسلامه فهو المعترف ؛ لأن =

= الإسلام يعلو ولا يعلى عليه وهو أنفع له كما في أكثر المتبررات ، فعلى هذا ينبغي للمصنف تقييد الواجد بكونه ذمياً ؛ لأن الواجد إذا كان مسلماً يلزم أن يكون اللقيط مسلماً على الروايتين الأخيرتين ، تأمل . وعند الأئمة الثلاثة هو مسلم مطلقاً . (وإن ادعاه اثنان مفا) كل منهما أنه ابنه (ثبت) نسبة (منهما) لعدم الأولوية وفيه إشارة إلى أنه لو ادعته امرأة ذات زوج فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو أقامت البيعة ؛ صحت ، وإلا لا تصح الدعوى . وإن لم يكن لها زوج ؛ فلا بد من نصاب الشهادة وأقامت البيعة ثبتت منهما عند الإمام ، وعندهما : لا يثبت ، وهو رواية عن الإمام . وإلى أنه لو ادعى أكثر من رجلين لم يثبت منه عند أبي يوسف ، وأما عند محمد فيثبت من الثلاث لا الأكثر وعن الإمام يثبت من الأكثر .

(وإن وصف أحدهما علامة فيه) أي في جسده ووافق لأن الظاهر شاهد له (أو سبق) أحدهما في الدعوة على الآخر (فهو أولى) إلا إذا أقام الآخر البيعة لأنه أقوى ، وإنما قيدنا بالموافقة ؛ لأنه لو وصف وأخطأ ولو في بعض فلا ترجيح وهو ابنهما . وفي البحر : أن العلامة مرجحة عند عدم مرجح أقوى منها فيقدم ذو البرهان على ذي العلامة ، والمسلم على الذمي ذي العلامة وظاهر ما في الفتح تقديم ذي اليد على الخارج ذي العلامة وينبغي تقديم الحر على العبد ذي العلامة . (والحر والمسلم) في دعوته (أولى من العبد والذمي) لف ونشر مرتب لأن حرية الأب أنفع له وكذا إسلامه إذا كان حرًا وإن كان عبدًا فالذمي أولى لأن الترجيح بإسلام يكون عند الاستواء ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرية والآخر من الأمة فالذي يدعيه من الحرية أولى .

قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (٦١٥/٣ ، ٦١٦) : « ولو استلحق اللقيط (المحكوم بإسلامه (حر) ذكر (مسلم لحقه) بالشروط السابقة في الإقرار ؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره ، فأشبه ما لو أقر له بجال ، وسواء فيه الملتقط وغيره الرشيد والسفيه ، ويسن للقاضي أن يقول للملتقط : من أين هو ولدك ؛ من أمتك أو زوجتك أو شبيهة ، فإنه قد يتوهم أن الالتقاط يغيث النسب بل ينبغي كما قال الزركشي وجوبه إذا كان المستلحق ممن جهل ذلك احتياطاً للنسب . تنبيه : قوله مسلم لا مفهوم له ، فإن الكلام في لقيط محكوم بإسلامه ، وقد مر أنه يصح للكافر حيثن استلحقه لكن لا يتبعه في الكفر .

قال ابن الرفعة : ولو كان للمستلحق امرأة فأنكرت أنه ابنها لم يلحقها (ر) إذا لحقه (صار أولى) أي أحق (بترتيبه) من غيره بمعنى أنه مستحق لها دون غيره ، كقولهم فلان أحق بجاله : يعني أنه لا حق لغيره فيه ، وقوله : حر لا مفهوم له أيضاً كما يشير إليه قوله (وإن استلحقه) أي اللقيط (عبد لحقه) لأنه في النسب كالحر لإمكان حصوله منه بنكاح أو وطء شبيهة ، وإنما فصله المصنف عن الحر لأجل قوله (وفي قول بشرط) في لحوقه به (تصديق سيده) فيه لما فيه من قطع الإرث المتيوهم على تقدير عتقه . وأجاب الأول بأنه لا عبرة بهذا ؛ لأن من استلحق ابناً وكان له أخ يقبل استلحاقه ، وإذا لحقه بتصديق أو بغيره لا يسلم إليه لعجزه عن نفعته ، إذ لا مال له ، وعن حضائه ؛ لأنه لا يتفرغ لها فيتر في يد الملتقط وينفق عليه من بيت المال ، ولو أقر عبد بأخ أو عم لم يلحقه كما صرحوا به في الإقرار خلافاً لما جرى عليه ابن المقرري تبعاً لظاهر كلام أصله ؛ لأنه يلحق النسب بغيره ، وشرطه أن يصدر من وارث حائز .

قال البلقيني : ولعله يتصور فيما إذا كان حال موت الحر حرًا ثم استرق لكفره وحرابته ، فإذا أقر به لحق الميت .

١. هـ . وهذا بعيد لا ينظر إليه إلا إن ثبت . ولو استلحق حر عبد غيره وهو بالغ عاقل فصدقه ؛ لحقه ، =

= ولا عبرة بما فيه من قطع الإرث المتوهم بالولاء ، وإن استلحقه وهو صغير أو مجنون لم يلحقه إلا بيئته كما مر في الإقرار (وإن استلحقته امرأة) حرة (لم يلحقها في الأصح) إلا بيئته ، وإن كانت خلية لإمكانها إقامة البيئته بالولادة من طريق المشاهدة بخلاف الرجل ، وحكى ابن المنذر في الإجماع . والثاني : يلحقها ؛ لأنها أحد الأبوين فصارت كالرجل . والثالث : يلحق الخلية دون المزوجة لبعدها الإلحاق بها دونه ، فإن أقامت بيئته على دعواها لحقها وكذا زوجها إن شهدت البيئته بوضعه على فراشه وأمكن العلوق منه وإلا فلا يلحقه ، ولو تنازعت امرأتان لقيطاً أو مجهولاً وأقامتا بيئتين تعارضتا وعرض معهما على القائف ، فلو ألحقه بإحدهما لحقها ولحق زوجها بالشرط المتقدم ، فإن لم يكن بيئته لم يعرض على القائف لما مر أن استلحاق المرأة إنما يصح مع البيئته . واستلحاق الأمة يصح بالبيئته كالحرية ، لكن لا يحكم بوقوع الولد لمولاهما باستلحاقها لاحتمال انقضائه حرّاً بوطنه شبهة ، ويصح استلحاق الخنثى على الأصح عند القاضي أبي الفرج الزاز ، وبثبت النسب بقوله ؛ لأن النسب يحتاط له ولا يحتاط عليه ، فإن اتضحت ذكوره بعد استمر الحكم أو أنوثته فخلاص المرأة . (أو) استلحق اللقيط (اثنتان) أهلاً للثقات بأن ادعى كل منهما نسبه منه (لم يقدم) منهما (مسلم وحر على ذمي) وأولى منه على كافر (وعبد) بل يستويان في ذلك ؛ لأن كلاً منهما لو انفرد كان أهلاً لذلك ، فلا بد من مرجح مما سيأتي (فإن لم يكن) لواحد منهما (بيئته) أو كان لكل منهما بيئته وتعارضتا كما سيأتي (عرض) اللقيط مع المدعين (على القائف فيلحق من ألحقه به) لأن في إلحاقه أثراً في الانتساب عند الاشتباه كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى آخر الدعوى ، فإن كان لأحدهما بيئته قضى بها فإنها تقدم على إلحاق القائف (فإن لم يكن قائف) بأن لم يوجد على دون مسافة القصر كما ذكره الماوردي ، وحكاها الرافعي في العدد عن الروياني (أو) كان ولكن (تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما) انتظر بلوغه (و أمر بالانتساب بعد بلوغه إلى من يميل طبعه) الجبلي (إليه منهما) فلا يكفي فيه مجرد التشبه ، فمن انتسب إليه منهما لحق به ؛ لما روى البيهقي بسند صحيح « أن رجلين ادعيا رجلاً لا يدري أيهما أبوه ، فقال عمر رضي الله تعالى عنه : اتبع أيهما شئت » ولأن طبع الولد يميل إلى والده ويجد به ما لا يجد بغيره ، فلا يكفي انتسابه وهو وصي ولو يميزاً بخلافه في الحضانه فإنه يخير بين أبويه ؛ لأن اختياره فيها لا يلزم ، بل له الرجوع عن الأول ؛ لأنه ليس من أهل الأقوال المترمة بخلاف ما هنا فلا يقبل رجوعه عن انتسابه إلى أحدهما وينفقان عليه مدة الانتظار والقرار على من لحقه النسب ، لكن إنما يرجع الآخر إذا أنفق بإذن الحاكم كما قيده الرافعي في الباب الثاني من العدد .

تبيه : قول المصنف أمر يقتضي جبره عليه ، وبه صرح الصيمري وزاد غيره فإن امتنع حبس ، هذا فيمن امتنع عناداً . أما من لم يميل طبعه إلى واحد منهما فيوقف الأمر ، فإن انتسب إلى غيرهما وصدقته ثبت نسبه منه ، وإذا انتسب إلى أحدهما وألحقه القائف بالآخر قدم القائف ؛ لأنه حجة أو حكم أو ألحقه القائف بأحدهما وأقام الآخر بيئته قدمت ؛ لأنها حجة في كل خصومة ، ولو كانا ولدين فانتسب كل واحد منهما لواحد دام الإشكال ، فإن رفع أحدهما إلى الآخر قبل قوله بعد بلوغه ، وقوله ؛ أو ألحقه بهما ؛ من زيادته من غير تمييز (ولو أقاما) على نسبه (بيئتين متعارضتين سقطتا في الأظهر) وعرض على القائف كما مر إذ لا يمكن العمل بالبيئتين ؛ لاستحالة كون الولد منهما ، ولا ترجع بيئته بيد ؛ لأن اليد إنما تدل على الملك لا على النسب . =

= والثاني : لا يسقطان وترجح إحداهما بقول القائف . قال الرافعي : ولا يختلف المقصود على الوجهين ، وهما مفرعان على قول التساقط في التعارض في الأموال .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (١٨٢ ، ١٨١/٤) : « (ولا يلحق) اللقيط (بمأقط أو غيره إلا بيئته) تشهد بأنه ابنه ، ولا يكفي قولها إنه ضاع له ولد . (أو وجه) يصدق المدعي : أي يفيد بصدقه كمن عرف أنه لا يعيش له ولد فزعم أنه ولده ، وإنما طرحه لما سمع قول الناس إن الجنين إذا طرح يعيش ، أو طرحه لغلاء أو خوف عليه من شيء بينه مما يدل على صدقه ، فيلحق بصاحب الوجه المدعي أنه ولده . »

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٣٩٥ ، ٣٩٤/٢) : « (وإن ادعى أجنبي) أي : غير واجده (رقه) أي : اللقيط (وهو يده) أي : المدعي رقه (صدق) المدعي لدلالة اليد على الملك (يمينه) لإمكان عدم الملك حيث كان اللقيط دون التمييز ، أو مجنوناً ثم بلغ . قال : أنا حر لم يقبل . قاله الحارثي . »

وأما إن كان بالغاً حين الدعوى أو مميّزاً . وقال : أنا حر ؛ فإنه يخلو سبيله إلا أن تقوم بيته برقه (ويثبت نسبه) أي اللقيط إذا ادعاه (مع) بقاء (رقه) لسيده ولو مع بيته بنسبه قال في الترغيب وغيره : إلا أن يكون مدعيه امرأة حرة فتثبت حرته فإن ادعى ملقطه رقه أو ادعاه أجنبي ، وليس يده لم يصدق لأنها تخالف الظاهر بخلاف دعوى النسب ؛ لأن دعواه يثبت بها حق اللقيط ، ودعوى الرق يثبت بها حق عليه ، فلم تقبل بمجرد كرق غير اللقيط (وإلا) يكن اللقيط يد الأجنبي المدعي لرقه (فشهدت له بيته يد) بأن قال : تشهد أنه كان بيده حكم له باليد (وحلف أنه) أي : اللقيط (ملكه) حكم له به ، ؛ لأن اليد دليل الملك فقبل قوله فيه (أو) شهدت له (بيته بملك) بأن شهدا أنه ملكه أو جاز في ملكه . أو أنه عبده أو رقيقه أو قن حكم له به .

وإن لم يذكر سبب الملك كما لو شهدا بملك دار أو ثوب (أو) شهدت له بيته (أن أمته) أي المدعي (ولدته) أي : اللقيط (في ملكه) أي : المدعي (حكم له به) ؛ لأن الغالب أنها لا تلد في ملكه إلا ما ملكه . فإن شهدت البيته أنه ابن أمته أو أن أمته ولدته ولم تغل في ملكه لم يثبت الملك بذلك لجواز أن تلده قبل ملكه لها ، فلا يكون له مع كونه ابن أمته وكونها ولدته . ويكفي في البيته الشاهدة أن أمته ولدته في ملكه امرأة واحدة أو رجل واحد ؛ لأنه مما لا يطلع عليه الرجال غالباً . وبه جزم في المنهي ، أو لا بد فيها من رجلين أو رجل وامرأتين كما ذكره القاضي ، فيه وجهان . قال الحارثي عن قول القاضي : إنه أشبه بالمذهب (وإن ادعاه) أي : رق اللقيط (ملقطه لم يقبل) منه (إلا بيئته) تشهد بملكه له ، أو أن أمته ولدته في ملكه فيحكم له به كما لو لم يكن ملقطه (وإن أقر به) أي : الرق (لقيط بالغ) بأن قال : أنا ملك زيد (لم يقبل) إقراره ولو صدقه زيد ، أو لم يعترف بالحرية قبل ذلك ؛ لأنه يطل به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، وكما لو أقر قبل ذلك بالحرية ؛ ولأن الطفل المنبوذ لا يعرف رق نفسه ولا حريتها ، ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه ، وإن قال برق لقيط مكلف بيته عادلة ؛ سمعت وحكم بها ، فإن كان اللقيط قبل ذلك قد تصرف ببيع أو شراء أو غيرها ؛ نقضت تصرفاته لتبين أنه تصرف بغير إذن سيده . (و) إن أقر لقيط بالغ (بكفر وقد نطق بإسلام وهو يعقله) أي : الإسلام (أو) أقر به لقيط بالغ (مسلم حكماً) تبعاً للدار (ف) هو (مرتد) يستتاب ثلاثاً فإن تاب وإلا قتل ، كما لو قال ذلك ابن مسلم (وإن أقر به) أي : بأن اللقيط =

= ولده (من يمكن كونه) أي : اللقيط (منه) أي : المقر به ، (ولو) كان المقر الممكن كونه منه كافراً أو رقيقاً أو (أنثى ذات زوج أو) ذات (نسب معروف) أو إخوة (ألحق) اللقيط (ولو) كان اللقيط (ميتاً به) أي : بالمقر . لأن الإقرار بالنسب مصلحة محضة للقيط . لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه . فقبل كما لو أقر له بمال ، ولأن الأنثى أحد الأبوين ثبت النسب بدعواها كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها كما يمكن كونه من الرجل بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ومن وطء شبهة . ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل . و (لا) يلحق (بزواج) امرأة (مقرة) ؛ لأنه لم يولد على فراشه ولم يقر به . وكما لو ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه ، ويمكن أن تلده من وطء شبهة أو غيره (ولا يتبع) رقيقاً ادعى نسبه (في رق) ؛ لأنه لا يلزم من تبعية النسب الرق (ولا) يتبع (كافراً) ادعى نسبه (في دينه إلا أن يقيم) مدعيه الكافر (بينة أنه ولد على فراشه) فيلحقه في دينه لثبوت أنه ولد ذمين . وكما لو لم يكن لقيطاً ما دام حيّاً كافراً إذ لو مات أحد أبويه أو أسلم قبل بلوغه حكم بإسلامه . (وإن ادعاه) أي : اللقيط (اثنان) رجلان كل منهما يقول : إنه ولده (فأكثر ممّا) فإن ادعاه أحدهما بعد الآخر ؛ لحق بالأول إلا أن تلحقه القافة بالثاني فيلحق به وينقطع نسبه من الأول (قدم) به (من له بينة) لأنها علامة واضحة على إظهار الحق ، (فإن تساوا) أي : المدعون (فيها) أي : البينة بأن أقام كل منهم بينة أنه ولده ولم يكن أحدهما خارجاً وإلا قدمت بينته على بينة الداخل (أو) تساوا (في عدماها) بأن لم يكن لواحد منهم بينة بدعواه ، (عرض) اللقيط (مع) كل (مدع) موجود (أو) مع (أقاربه) أي : المدعي كآبيه وجده وأخيه وابنه وابن ابنة (إن) كان (مات : على القافة) وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرفت منه معرفة ذلك ، وتكررت منه الإصابة فهو قائف ، (فإن ألحقته) القافة (بواحد) لحق به لتضاض عمر ﷺ ولم ينكر . فكان إجماعاً . ويدل عليه حديث عائشة ؓ لما دخل عليها رسول الله ﷺ مسروراً ؓ وحديث الملاعبة (أو) ألحقته القافة (بالثنين) من المدعين له (حق) نسبه بهما . لما روي عن سعيد عن عمر ؓ في امرأة وطفها رجلان في طهر ، فقال القائف : قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما ؓ وبإسناده عن الشعبي قال : ؓ وعلي يقول : هو ابنتهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه ؓ رواه الزبير بن بكار عن عمر (فيرث) اللقيط (كلياً منهما) أي الاثنتين الملحق بهما (إرث ولد) فإن لم يخلفا غيره ورث جميع مالهما (ويرثانه) جميعاً (إرث أب) واحد (وإن وصى له قَيْلاً) الوصية له ، لأنهما بمنزلة أب واحد ، وكذا لو وهب له أو اشترى له ونحوه أو زوجته (وإن خلف) ملحق بالثنين (أحدهما فله) أي : الخلف منهما (إرث أب كامل ونسبه) مع ذلك (ثابت من الميت) لا يزيله شيء ، كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما تأخذه الجدات . والزوجة وحدها تأخذ ما تأخذه الزوجات (ولأبي أبويه) إذا مات وخلفهما (مع أم أم) وعاصب (نصف سدس) لأنهما بمنزلة جدة لأب (ولها) أي : أم أمه (نصفه) أي : السدس كما لو كانت مع أم أب واحد (وكذا لو ألحقته) القافة (بأكثر) من اثنين فيلحق بهم ، وإن كثروا ، ؛ لأن المعنى الذي لأجله ألحق بالاثنتين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه . وإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يخلق من أكثر (وإن لم يوجد قافة) وقد ادعاه الاثنان فأكثر ضاع نسبه . فإن وجدت ولو بعيدة ذهبوا إليها (أو نفتت) القافة عمن ادعيها أو ادعوه (أو أشكل أمره) على القافة فلم يظهر لهم فيه شيء (اختلف) فيه (قائفان) فألحقه أحدهما بواحد والآخر بآخر (أو) اختلف قائفان (اثنان =

١٩١٢ - ولا يخفى أن اللقيط غير معلوم النسب فهو محتاج إليه أي احتياج، لأنه يسر بثبوت نسبه ويتضرر بعدمه إذ يعير بذلك فإذا ادعاه واحد، يثبت نسبه بمجرد الدعوى لأنها في فائدته .

وإن ادعاه اثنان : فإما أن يكون الملتقط واحداً منهما ، أو لا .

فإن كان الأول : قدمت دعوى من أقام البينة سواء كان الملتقط أو غيره ؛ لأن البينة أقوى براهين الإثبات . فإن لم توجد بينة قدمت دعوى الملتقط لأن الظاهر يشهد له لكونه في يده حتى لو أن غير الملتقط وصف علامة في بدنه ووافقت لا يقدم ؛ لأن وضع اليد أقوى من العلامة وكان مقتضى القياس ألا تقبل دعوى الملتقط لأنه باعتراه بأنه لقيط يكون معترفاً بأنه ليس ابناً له فيكون متناقضاً ، إلا أنه تسومح في ذلك التناقض ؛ لأنه قد يخفى على الإنسان ولده الصغير ثم يعرفه ، والتناقض فيما يخفى سببه مغتفر .

١٩١٣ - وإذا كان المدعي غير مسلم : يكون اللقيط مسلماً تبعاً للمكان أو الواجد إذا ثبت النسب بمجرد الدعوى .

فإن أثبت بنوته بالبينة صار تابعاً له في دينه أيضاً ، وكذا يكون تابعاً له في دينه إذا التقطه ذمي من مكان أهل الذمة كالبيعة أو الكنيسة أو الحارة الخاصة بهم .

وثلاثة) من القافة ، بأن قال اثنان منهم : هو ابن زيد ، وثلاثة : هو ابن عمرو (ضاع نسبه) ؛ لتعارض الدليل ، ولأمر مرجح لبعض من يدعيه . أشبه من لم يدع نسبه . ولا يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده . وإن ادعى نسب اللقيط رجل وامرأة ألحق بهما جميعاً لعدم التنافي . ؛ لأنه يمكن كونه منهما بتكاح بينهما أو وطء شبهة (ويؤخذ بـ) قول قائلين (اثنين خالفهما) قائف (ثالث) نصاً (كبيطارين) خالفهما يطار في عيب ، (و) ك (طبيبين) خالفهما طبيب (في عيب) قال في المنتخب : ويثبت النسب (ولو رجع عن دعواه) النسب (من ألحقته به القافة لم يقبل) منه الرجوع ؛ لأنه حق عليه (ومع عدم إلحاقها) أي : القافة (بواحد من اثنين) مدعين لنسبه (فرجع أحدهما) عن دعواه (يلحق بالآخر) لزوال المعارضة ولا يضيع نسبه (ويكفي قائف واحد) في إلحاق النسب (وهو كحاكم فيكفي مجرد غيره) ؛ لأنه ينفذ ما يقول ، بخلاف الشاهد . فإن ألحقه بواحد ثم ألحقه بآخر كان لاحقاً بالأول فقط ؛ لأن إلحاقه جرى مجرى حكم الحاكم فلا ينقض بمخالفة غيره له ، وكذا لو ألحقه بواحد ثم عاد فألحقه بآخر . وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به وسقط قول القائف ؛ لأنه بدل فيسقط بوجود الأصل كالتييم مع الماء (وشرط كونه) أي : القائف (ذكراً) ؛ لأن القافة حكم مستندها النظر والاستدلال . فاعتبرت فيه الذكورة كالقضاء (عدلاً) ؛ لأن الفاسق لا يقبل بخيره وعلم منه اشتراط إسلامه بالأولى (حرّاً) ؛ لأنه كحاكم (مجرماً في الإصابة) ؛ لأنه أمر علمي فلا بد من العلم بعلمه له وطريقة التجربة فيه . ويكفي أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة .

١٩١٤ - ثم إن كون النسب يثبت بمجرد دعوى الملتقط إذا كان اللقيط حيًّا . فإن كان ميتًا ؛ فلا يثبت النسب إلا بالبينة ، سواء ترك مالا أو لم يترك ؛ لأن الولد حينئذ غير محتاج إلى النسب ؛ فتكون دعوى إرث ، فلا بد فيها من البينة له وهذا ظاهر بالنسبة لما إذا كان له مال .
 فإذا لم يكن له مال ؛ تكون دعوى إرث أيضًا لاحتمال أنه يظهر له مال في المستقبل .

(مادة ٣٦١)

إِذَا ادَّعَى اللَّقِيطُ اثْنَانِ خَارِجَيْنِ ، وَسَبَقَتْ دَعْوَى أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ؛ فَهُوَ ابْنُ السَّابِقِ عِنْدَ عَدَمِ الْبُرْهَانِ .
 وَإِنْ ادَّعَاهُ مَعًا ؛ وَوَصَفَ أَحَدَهُمَا عَلَامَةً فِيهِ ، وَوَافَقَتِ الصُّحَّةُ ، يُقْضَى لَهُ بِهِ ، مَا لَمْ يُبْزِهِمِ الْآخَرُ . وَإِنْ ادَّعَاهُ مُسْلِمًا وَذِمِّيًّا مَعًا ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى بِهِ .
 وَإِنْ اسْتَوَى الْمُدَّعِيَانِ مَعًا ، وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا مَرْجَحٌ عَلَى الْآخَرِ ؛ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَيَلْزَمُهُمَا فِي حَقِّهِ مَا يَلْزَمُ الْأَبَاءَ لِلْأَبْنَاءِ مِنَ أُخْرَةِ الْحَضَانَةِ وَالنَّفَقَةِ بِأَنْوَاعِهَا ، وَيَرِثُ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا إِنْ كَانَ أَهْلًا لِلْمِيرَاثِ (١) .

• • •

١٩١٥ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المدعيان خارجين : فإما أن يسبق أحدهما الآخر ، أو لا .

فإن سبق أحدهما حكم له ؛ أقام بينة أو لا وفي حالة الحكم له بدون بينة إذا أقام المتأخر بينة فدعواه أولى لتقويتها بالبينة .

وإن ادعياه معًا ؛ قدمت دعوى من أقام البينة . وإن عجز كل منهما عنها ، ولكن وصف أحدهما علامة في بدنه ووافقت ، صحت دعواه وبطلت دعوى الآخر ؛ لأن وصف العلامة يدل على أنه كان في يده وذو اليد مقدم على غيره كما تقدم .

وإن كان أحدهما مسلمًا والآخر ذميًّا ولم ترجح دعوى أحدهما بينة أو علامة ؛ فدعوى المسلم أولى لترجيحه بالإسلام لأنه أنفع للولد .

وإن استوى المدعيان معًا ولم يوجد مرجح لأحدهما على الآخر ؛ يثبت نسبه من

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

كل منهما ؛ لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر وقد اعترف كلاً منهما بما فيه المنفعة للولد ، وبناء على ذلك يلزمهما ما يلزم الآباء للأبناء ، فيجب عليهما معاً ما يحتاج إليه من أجرة الرضاعة والحضانة وغير ذلك ، ويرث كلاً منهما إرث ابن كامل إذا ماتا قبله وكان أهلاً للميراث .

وقال الشافعي : يرجع إلى القافة ؛ فيثبت نسبه من أقربهما شبهاً .

(مادة ٣٦٢)

إِذَا ادَّعَى اللَّفِيطُ امْرَأَةً ذَاتَ بَغْلٍ ، فَإِنَّ صَدَقَهَا ، أَوْ أَقَامَتْ بَيْتَهُ عَلَى وِلادَتِهَا ، أَوْ شَهِدَتْ لَهَا الْقَابِلَةَ ؛ صَحَّتْ دَعْوَتُهَا ، وَبُتَّ نَسَبُهُ مِنْهَا وَمِنْ بَغْلِهَا ، وَإِلَّا فَلَا .
وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ بَغْلٍ ؛ فَلَا بُدَّ مِنْ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ^(١) .

١٩١٦ - هذا إذا كانت الدعوى من الرجال . وأما إذا كانت من النساء : فلا يخلو الحال من أن تدعي امرأة واحدة أو أكثر . فإن ادعته امرأة : فإما أن يكون لها زوج حقيقة ، أو حكماً بأن تكون في عدة الرجعي ، أو لا .

١٩١٧ - فإن كان الأول : فإما أن يصدقها الزوج ، أو يكذبها . فإن صدقها ؛ قبلت دعواها وثبت نسبه منها ، وإن كذبها ؛ فلها أن تثبت دعواها بشهادة القابلة الحرة البالغة العاقلة العدلة ، أو امرأة متصفة بما ذكر ، أو بشهادة رجل حر كذلك ؛ لأن الفراش قائم فلم يبق إلا إثبات الولادة ، وهي تثبت بما ذكر كما تقدم في ثبوت النسب في شرح مادة (٣٤٨) .

١٩١٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت الزوجية غير قائمة لا حقيقة ولا حكماً

(١) قول الخنفية : جاء في المبسوط (٢١٧/١٠) : « وإن ادعت امرأة اللفيط أنه ابنها ، لم تصدق إلا بشهود بخلاف ما إذا ادعاه رجل ؛ لأن النسب يثبت باعتبار الفراش فإنما يثبت من صاحب الفراش أولاً ، وهو الرجل فالمرأة بالدعوة تحمل النسب على غيرها ، وهو صاحب الفراش حتى إذا ثبت منه يثبت منها ، وقولها ليس بحجة على الغير ، والرجل يدعي النسب لنفسه ابتداء ، ويقر به على نفسه يوضح الفرق أن سبب ثبوت النسب من الرجل خفي لا يقف عليه غيره ، وهو الوطاء ، فيقبل فيه مجرد قوله ، وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ، وذلك يقف عليه غيرها ، وهو القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة فإن أقامت رجلاً وامرأتين على الولادة يثبت النسب منها ؛ لأن النسب مما يثبت مع الشبهات فيثبت بشهادة الرجال مع النساء » .

وكانت معدة لطلاق بائن : فلا تثبت دعواها إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول هذا عند الإمام . وقال أبو يوسف ومحمد : يكفي شهادة القابلة التي هي أهل لأداء الشهادة لبقاء أثر النكاح وهو العدة . والأول أصح هذا كله إذا لم تصرح بأنه ابنها من غير زوجها فإن صرحت بأنه ابنها من غيره ؛ صدقت بمجرد دعواها ؛ لما فيه من منفعة الولد ؛ لأنه يلزمها حضانتها وإرضاعه والنفقة عليه لو كان معسرًا وهي موسرة ، ومثل هذا ما إذا لم يكن لها زوج أصلاً .

١٩١٩ - وقال بعض المحققين : لا تثبت دعواها إلا ببينة تامة ، أي : رجلين أو رجل وامرأتين أهل لأداء الشهادة .

١٩٢٠ - والفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل : هو أن في قبول دعوى الرجل وثبوت نسب اللقيط منه بمجرد دعواه دفع العار عنه بإثبات نسبه الذي لولاه لكان زنيماً مقطوع النسب ، بخلاف نسبه إلى أمه ، فإنه لا يلحقه عار بعدم معرفة أمه وفي ثبوت نسبه من أمه إيجاب حقوق كثيرة عليه ، فلا بد في إثباتها عليه من البينة ، وهذا هو الأصح .

١٩٢١ - وإن ادعاه امرأتان أو أكثر ؛ فأيتهن أقامت البينة فهي أولى . وإن أقمن جميعاً البينة ؛ ثبت نسبه منهن لعدم المرجح ، هذا هو رأى الإمام .

وقال أبو يوسف : لا يثبت نسبه لتعارض البنات ، فإن كل بينة تكذب الأخرى ، وفي الواقع لا يمكن أن تصدق إلا بينة واحدة ؛ وباقي البنات كاذبة لاستحالة ولادة الولد إلا من امرأة واحدة ، وبما أن الصادقة غير معلومة للقاضي فلا يمكن الحكم لها ولا للكل .

١٩٢٢ - أما عدم إمكان حكمه للصادقة فظاهر ، لما أنه لا يعرفها . وأما حكمه للكل فلأنه يترتب عليه ثبوت نسب الولد ممن هي كاذبة ، فيكون حكماً بلا بينة ، وقد تقدم أن الولد لا يلحقه عار بعدم معرفة نسبه من أمه فلا تثبت دعوى الأمومة إلا ببينة ، وهذا هو الظاهر ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٩٤) تكون نفقة اللقيط مجهول الأبوين من ماله إن وجد له مال فإذا لم يوجد له مال ولا متبرع بالإنتفاق كانت نفقته على بيت المال .

(مادة ٣٦٢)

إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْقَيْطِ مَالٌ وَلَا ادْعَى أَحَدٌ نَسَبُهُ ، وَأَبَى الْمُتَلَقِّطُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ، وَبَزَهْنَ عَلَى كَوْنِهِ لَقَيْطًا ، يُرْتَبُ لَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ مَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ مِنْ نَفَقَةٍ وَكِسْفَةٍ وَسُكْنَى وَدَوَاءٍ إِذَا مَرَضَ وَمَهْرٍ إِذَا زَوَّجَهُ الْقَاضِي ، وَيَكُونُ إِرْثُهُ وَلَوْ دِينَةً لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَعَلَيْهِ أَزْشُ جَنَابَتِهِ ^(١) .

١٩٢٣ - ونفقة اللقيط واجبة في ماله إن كان له مال ، أو على أبيه إن ادعى أحد نسبه ، أو على قريبه إن علم له قريب ، فإن لم يكن شيء من ذلك فنفقته على بيت المال ؛ لأن تركته ولو دية له إذ الغرم بالغنم .

١٩٢٤ - وكذلك يجب على بيت المال بدل جنابته إذا جنى اللقيط على أحد وإذا كان محتاجاً لزوجة تخدمه لضرورة دعت إلى ذلك لزم بيت المال تزويجه .

أما إذا كان غير محتاج إليها للخدمة ؛ فلا يجب عليه ذلك ؛ لأنه يلزم على ذلك صرف أموال المسلمين بدون ضرورة وهو لا يجوز .

(١) قول الخفية : جاء في تبیین الحقائق (٣/٢٩٧ ، ٢٩٨) : « ونفقته في بيت المال) روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، ولأنه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصراف إلى مثله ؛ فصار كالمقعد الذي لا مال له ولا قريب . ولأن ميراثه لبيت المال ؛ فتجب نفقته منه ؛ لأن الخراج بالضمان ، ولهذا كانت جنابته فيه ، وقد بينا النوع الذي يستحق فيه النفقة من بيت المال في أواخر باب الجزية من كتاب السير ولو أنفق عليه المتلقط من ماله يكون متبرعاً ؛ لأنه ليس له ولاية الإلزام إلا أن يأمره القاضي بالإنفاق عليه ليرجع على اللقيط بها ؛ لأن للقاضي ولاية عليه فيكون ديناً عليه ، ثم مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما إذا قضى ديناً على شخص بأمره فإنه يرجع عليه ، وفي الأصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الأمر إلا إذا صرح له بأنه ينفق عليه ليرجع عليه ؛ لأن مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال . قال رحمته الله : (كإرثه وجنابته) أي نفقته في بيت المال كما يكون إرثه له وجنابته فيه . »

الباب الثاني فيما يجب للولد على الوالدين

(مادة ٣٦٤)

يُطَلَّبُ مِنَ الْوَالِدِ أَنْ يَغْتَبِيَ بِتَأْدِيبٍ وَوَلَدِهِ ، وَتَرْبِيَتِهِ ، وَتَعْلِيمِهِ مَا هُوَ مُنِشَرٌّ لَهُ مِنْ عِلْمٍ أَوْ حِرْفَةٍ ، وَحِفْظِ مَالِهِ ، وَالْقِيَامِ بِتَفْقِيهِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ حَتَّى يَصِلَ الذَّكْرُ إِلَى حَدِّ الْاِسْتِحَابِ وَتَتَزَوَّجَ الْأُنثَى .
وَيُطَلَّبُ مِنَ الْوَالِدَةِ الْاِغْتِيَاءَ بِشَأْنِ وَلَدِهَا ، وَإِزْضَاعَهُ فِي الْأَحْوَالِ الَّتِي يَتَعَيَّنُ عَلَيْهَا ذَلِكَ .

١٩٢٥ - كما أن للوالد على ولده حقوقاً ، كذلك للولد على أبويه حقوق ينبغي القيام بها ، فيلزمهما تربيته تربية حسنة كل بما يناسبه ؛ فالأم تحضنه وترضعه ، والأب يقوم بمصالحه ولوازمه ؛ فينفق عليه ويؤدبه عند استعداده لذلك بأن يعوده على الأخلاق الحسنة ، ويجنبه الأخلاق السيئة ، وإذا تعددت الأولاد يطلب من الأبوين المساواة بينهم حتى يكونوا متحابين فإن إثارة بعضهم على بعض يفرس بينهم أشجار البغضاء والخلاف .
ولذلك قال عليه الصلاة والسلام : « ساووا بين أولادكم في العطية » ^(١) . وقال ﷺ :
« من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه » .

فإذا بلغ ست سنين : نظمته في سلك تعليم ما هو مستعد له ليتحلى بأعظم حلية ويكون عضواً عاملاً في الهيئة الاجتماعية ؛ فيكون لأبويه أثرًا حميدًا وذكرًا حسنًا .
١٩٢٦ - وكذا ينبغي للأب أن يعتني بحفظ مال أولاده بقدر ما يمكنه ويحرم عليه ضياعه في غير مصالح أولاده الشرعية ، وعلى الأبوين أن يكونا مثال الاستقامة والأدب أمام أولادهم ، وبذلك تنشأ الأولاد مطبوعة على الأخلاق الحسنة المكتسبة بطريق العمل في مبدأ فطرتهم حتى تكون طبيعة لهم فيعملون بها ما عاشوا ويعلمون أولادهم وغيرهم بحيث يكون الأبوان قد سئاً سنةً حسنةً ، ومن سن سنة حسنة فله ثوابها وثواب من عمل بها إلى يوم القيامة .

(١) سنن سعيد بن منصور : (١١٩/١) (٢٩٣) .

الفصل الأول

في الرضاعة

(مادة ٣٦٥)

تَصَرُّفُ الْأُمِّ لِإِرْضَاعِ وَلَدِهَا وَتَجْبِيزُ عَلَيْهِ فِي ثَلَاثِ خَالَاتٍ :

الأولى : إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَلَدِ وَلَا لِأَبِيهِ مَالٌ يَسْتَأْجِرُ بِهِ مُرْضِعَةً ، وَلَمْ تُوَجَدْ مُتَبَرِّعَةً .

الثانية : إِذَا لَمْ يَجِدِ الْأَبُ مِنْ تَرْضِعُهُ غَيْرَهَا .

الثالثة : إِذَا كَانَ الْوَلَدُ لَا يَقْبَلُ تَدْيَ غَيْرِهَا ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٠/١ ، ٥٦١) : « نفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد ، كذا في الجوهرة النيرة : الولد الصغير إذا كان رضيعاً ، فإن كانت الأم في نكاح الأب والصغير يأخذ لبن غيرها ؛ لا تجبر الأم على الإرضاع ، وإن لم يأخذ الولد لبن غيرها ؛ قال شمس الأئمة الحلواني ثلاثة : في ظاهر الرواية لا تجبر أيضاً ، وقال شمس الأئمة السرخسي : تجبر ، ولم يذكر فيه خلافاً ، وعليه الفتوى ، وإن لم يكن للأب ولا للولد مال ؛ تجبر الأم على الإرضاع عند الكل ، كذا في فتاوى قاضي خان ، والصحيح ؛ فأرضاع الصغير إذا كان يوجد من ترضعه إنما يجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال ، وأما إذا كان له مال فتكون مؤنة الرضاع في مال الصغير ، كذا في المحيط ، ويستأجر الأب من ترضعه عند الأم ، وهذا إذا ما وجدت من ترضعه . أما إذا لم توجد من ترضعه فتجبر الأم على الإرضاع . وقيل : لا تجبر الأم في ظاهر الرواية ، وإلى الأول مال القدوري وشمس الأئمة السرخسي ، كذا في الكافي . وليس على الظفر أن تمكث عند الولد في بيت أمه إذا لم يشترط عليها ذلك ويستغني الولد عنها في تلك الساعة ، وإذا أبت الظفر أن ترضعه عند الأم ، ولم يشترط في عقد الإجارة الإرضاع عند الأم كان لها أن تحمل الولد ترضعه ، أو تقول : أخرجه فأرضعه في فناء دار الأم ، ثم يدخل الولد عند الأم ، وإن شرطوا في عقد الإجارة أن تكون الظفر عند الأم يلزمها الوفاء بما شرطته كذا في شرح الجامع الصغير القاضي خان . »

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٨٧/٥ ، ١٨٨) : « ثم بعده) أي بعد إرضاع اللب (إن لم يوجد إلا هي) أي الأم (أو أجنبية وجب) على الموجود منهما (إرضاعه) إبقاء للولد ، ولهما طلب الأجرة من ماله إن كان ، وإلا فممن تلزمه نفقته (وإن وجدتا) أي الأم والأجنبية (لم تجبر الأم) وإن كانت في نكاح أبيه على إرضاعه لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَكَرَّرْتُمْ تَكَرُّبًا لَهُ تَرْبِيًّا ﴾ ، وإذا امتنعت حصل التعاسر (فإن رغبت) في إرضاعه (وهي منكوحه أبيه) أي الرضيع (فله منعها) مع الكراهة من إرضاعه (في الأصح) لأنه يستحق الاستمتاع بها في الأوقات الصرورة إلى الرضاع ، وهذا أقوى الوجهين في الشرحين (والأصح أن ليس له منعها) مع وجود غيرها (وصححه الأكثرون ، والله أعلم) لأن فيه إضراراً بالولد ؛ لأنها عليه أشفق ولينها له أصلح ، ولا تزداد نفقتها للإرضاع ، وإن احتاجت فيه إلى زيادة الغذاء ؛ لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها .

١٩٢٧ - الأم لا تجبر على إرضاع ولدها ؛ لأن امتناعها دليل عدم قدرتها على ذلك نظراً لوفور شفقتها ، ولذا قال تعالى : ﴿ وَإِنْ تَمَسَّرْتُمْ فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ (١) . غير أن هناك أحوالاً ضرورية تستدعي إجبار الأم على إرضاع ولدها وهي ثلاثة :

أولاً : إذا كان الأب فقيراً لا يجد ما يستأجر به من ترضعه ولا مال للولد ؛ فتجبر على الإرضاع لأجل حفظ حياة الولد .

ثانياً : إذا وجد مال عند الأب أو الولد ولم يوجد من ترضعه فيلزمها إرضاعه إحياء لنفسه . وقال بعضهم : لا يلزمها ذلك ، لأنه يمكن استغناء الولد عن اللبن بأشياء أخرى كدهن اللوز . والأول هو الصحيح ، لأن قصر الرضيع الذي لم يتعود الطعام على الدهن والشراب قد يؤدي إلى ضعفه وموته .

ثالثاً : إذا كان الولد لا يقبل ثدياً غير ثدي أمه ، فإن الأم يلزمها إرضاعه محافظة على حياته ، وهذا إذا لم يمكن استغناؤه ببعض الأطعمة كدهن الفستق أو اللوز أو لبن الماعز بدون أن يلحقه ضرر بسبب غذائه بتلك الأشياء .

تبييه : أفهم قوله « منكوحة » أنها لو كانت بائناً أن له المنع جزئاً ، وليس مراداً ، بل إن تبرعت لم ينزع الولد منها ، وإن طلبت أجرة ، فهي كالثاني في نكاحه إذا توافقا وطلبت الأجرة ، وقوله : « أياه » ، أنها إذا كانت منكوحة غير أياه أن له منعه وهو كذلك إلا أن تكون مستأجرة للإرضاع قبل نكاحه فليس له منعه كما قال ابن الرفعة ، ولا تنفقه لها ، وهذا كله كما قال الأذري في الزوجة والولد الحرين ، أما لو كان رقيقاً والأم حرة ، فله منعه كما لو كان الولد من غيره ، ولو كانت رقيقة والولد حر أو رقيق ، قال : فقد يقال من وافقه السيد منهما فهو المحجوب ، ويحتمل غيره . ١ . هـ . والأول أوجه .

قول المالكية : جاء في المدونة (٣٠٥/٢) : « قلت : أرأيت المرأة تأتي على زوجها رضاع ولدها منه ، قال : قال مالك : عليها رضاع ولدها على ما أحببت أو كرهت إلا أن تكون امرأة ذات شرف وغنى مثلها لا تكلف مؤنة الصبيان ولا رضاع ولدها ولا القيام على الصبيان في غناها وقدرها ، فلا أرى أن تكلف ذلك وأرى رضاعه على أياه . فقلنا للمالك : على أياه أن يفرم أجر الرضاع ، قال : نعم إذا كانت كما وصفت لك ، وإن مرضت أو انقطع درها فلم تقو على الرضاع وهي ممن ترضع كذلك أيضاً على أياه يفرم أجر رضاعه . قال مالك : وإن كانت ممن يرضع مثلها فأصابها العلة وضع ذلك عنها وكان رضاعه على أياه .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٨٧/٥ ، ٤٨٨) : « (وإن امتنعت الأم) الحرة (من إرضاع ولدها لم تجبر) ولو كانت في حبال الزوج ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَمَسَّرْتُمْ فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ وإذا اختلفا فقد تعاسرا وقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾ محمول على حال الإنفاق وعدم التعاسر (إلا أن يضطر) الصغير (إليها أو يخشى عليه) بأن لا يوجد مرضعة سواها أو لا يقبل الصغير الإرضاع من غيرها فيجب عليها إرضاعه لأنه حال ضرورة وحفظ النفس كما لو لم يكن له أحد غيرها (ولكن يجب عليها أن تسقيه اللبن) لتضرره بعدمه بل يقال : لا يعيش إلا به .

فإن أمكن ولم يحصل للولد ضرر فلا يلزمها الإرضاع ، ومع ذلك فلها الأجرة عليه إن كانت تستحقها وتأخذها في الحال إن كان موسراً ، وإلا فهي دين عليه ترجع بها عند يساره (١) .

(مادة ٣٦٦)

إِذَا أَبَتِ الْأُمُّ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهَا فِي الْأَحْوَالِ الَّتِي لَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهَا إِرْضَاعُهُ ، فَعَلَى الْأَبِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مُرْضِعَةً تُرْضِعُهُ عِنْدَهَا (٢) .

• • •

١٩٢٨ - فإن قامت الأم بإرضاع ولدها فيها ، وإن امتنعت عنه وكان غير واجب عليها فلا تجبر ، بل على الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها لتتمهده وتقوم بمصالحه (٣) .

(مادة ٣٦٧)

إِذَا أَرْضَعَتِ الْأُمُّ وَلَدَهَا مِنْ زَوْجِهَا حَالَ قِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ عِدَّةِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ ، فَلَا تَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ عَلَيَّ إِرْضَاعِهِ .
فَإِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِإِرْضَاعِ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، فَلَهَا الْأَجْرَةُ (٤) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الخامس عشر : الرضاع : إلزام الام بإرضاع ولدها : المادة (١٥٠) : تعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهره النيرة (٨٩/٢) : « (وإن كان الولد رضيقاً فليس على أمه أن ترضعه) ؛ لأن إرضاعه بحري مجرى نفقته ونفقته على الأب ، وقد قيل في قوله تعالى : ﴿ لَا تَسْكَرُ وَتَلِدَةً يُؤْتِيهَا ﴾ أي بإلزامها إرضاعه مع كراهتها ، وهذا إذا كان يوجد في الموضع من ترضعه غيرها ، أما إذا كان لا يوجد سواها ، فإنها تجبر على إرضاعه صيانة له عن الهلاك فعلى هذا لا أجرة لها (ويستأجر الأب من يرضعه عندها) يعني إذا أرادت ذلك ثم إذا أرضعته الظفر عندها وأرادت أن تعود الظفر إلى منزلها فلها ذلك ولا يجب عليها أن تمتكث في بيت الأم إذا لم بشرط ذلك عليها عند العقد فإن اشترط عليها أن يكون الإرضاع في بيت الأم لزمها الوفاء بالشرط ، قال في الحسامية : إذا لم يشترط على الظفر الإرضاع عند الأم كان لها أن تحمل الصبي إلى منزلها أو تقول أخرجه فترضعه عند فناء دار الأم ثم يدخل الولد إلى أمه » .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : استئجار الأب لمرضعة : المادة (١٥١) : إذا أبَتِ الْأُمُّ إِرْضَاعَ ابْنِهَا فِي الْأَحْوَالِ الَّتِي لَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهَا إِرْضَاعُهُ فَعَلَى الْأَبِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مُرْضِعَةً تُرْضِعُهُ عِنْدَهَا .

(٤) قول الحنفية : جاء في الجوهره النيرة (٨٩/٢) : « (فإن استأجرها ، وهي زوجة أو معتدة لترضع ولدها =

١٩٢٩ - والأم لا تستحق الأجرة على الإرضاع في كل الأحوال بل في بعضها ،
وبيانه : أن الزوجية إما إن تكون قائمة أو غير قائمة .

منه لم يجز) ؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة وإن لم يجب في الحكم قال الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُضِعْنَ
أَوْلَادَهُمْ ﴾ إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ؛ فإذا قدمت عليه بالأجرة ظهرت قدرتها فكان الفعل واجباً عليها
فلا يجوز أخذ الأجرة عليه (قوله : أو معتدة) يعني من الطلاق الرجعي رواية واحدة ؛ لأن النكاح قائم وأما
المعتدة من البائن ففيه روايتان ، والصحيحة منهما أنه يجوز ؛ لأن النكاح قد زال فهي كالأجنبية فإن أستاذجها
وهي منكوتة أو معتدة من الرجعي لإرضاع ابنه من غيرها جاز سواء أوجد غيرها أم لا ؛ لأنه غير مستحق
عليها (قوله : وإن انقضت عدتها فاستأجرها على إرضاعه جاز) ؛ لأن النكاح زال بالكلية وصارت أجنبية
وقد قالوا إن الأب إذا التمس من يرضعه فأرادت الأم أن ترضعه فهي أولى ؛ لأنها أقوم به وأشفق عليه فإن
أرادت أن تأخذ أجرة مع بقاء النكاح لم يجز (قوله : وإن قال الأب لا أستاذجها وجاء بغيرها فريضت الأم
بمثل أجرة الأجنبية) كانت أحق وإن التمس زيادة لم يجبر الزوج عليها دفقا للضرر عنه واليه الإشارة بقوله
تعالى : ﴿ لَا تَضَعَنَّ وَايَةً يُؤَدُّهَا لِأَنَّ مَوْلَاهُ كَمَا مَوْلَاؤُهُ لَمْ يُولَدُوا ﴾ أي بإلزامها لها أكثر من أجرة الأجنبية .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٨٨/٥) : ﴿ فَإِنْ اتَّفَقَا ﴾ على أن الأم ترضعه (وطلبت أجرة مثل)
له (أجيبت) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكَ فَاتَّوَهُنَّ الْجُرُومُ ﴾ وكانت أحق به لما مر ، فاستئجار الزوج لها
لذلك جائز . وقال العراقيون : لا يجوز لأنه يستحق الاستمتاع بها في تلك الحالة فلا يجوز أن يعقد عليها
عقداً آخر يمنع استيفاء الحق . وأجاب الأول بأن الاستئجار منه رضا بترك الاستمتاع وإذا أرضعت بالأجرة ،
فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه ؛ فلها مع الأجرة النفقة ، وإلا فلا . تبييه : ذكر المصنف
حكم المنكوتة وسكت عن المفارقة ، وصرح في المحرر بالتسوية فقال : فإن وافقا عليه أو لم تكن في نكاحه
وطلبت الأجرة إلى آخره ، فحذف المصنف له لا وجه له كما قاله ابن شعبة (أو) طلبت الأم (فوقها) أي
أجرة المثل (فلا) تلزمه الإجابة لتضرره .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠٦/٤) : « وعلى الأم المتزوجة والرجعية إرضاع ولدها بلا أجر يعني
أن الأم المتزوجة بأي الطفل يلزمها إرضاع ولدها منه من غير طلب أجر وكذلك المطلقة طلاقاً رجعيّاً لأنها
كالزوجة إلا لعل قدر يعني أن الزوجة إذا كانت عالية القدر بأن كانت من أشرف الناس فإنه لا يلزمها أن
ترضع ولدها إلا أن لا يقبل الولد غيرها كما يأتي فإن أرضعته باختيار منها فلها أن تطلب أباه بالأجرة ومثل
عالية القدر من حصل لها قلة لين أو سقم فلا يلزمها أن ترضع ولدها وإن كانت غير عالية المقدار وبعبارة وعلو
القدر والعلم والصلاح كالبائن إلا أن لا يقبل غيرها أو بعدم الأب أو يموت ولا مال للصبى يعني أن المطلقة
طلاقاً بائناً لا يلزمها أن ترضع ولدها وأجرة رضاعه لازمة لأبيه إلا أن لا يقبل غيرها فيلزم كلاً من الشريفة
والبائن الإرضاع مع إمكانه منها بوجود اللبن في ثديها وتجب لكل الأجرة كما في المدونة من مال الأب فإن
أعدم فمن مال الصبي ، وكذلك يلزم كلاً من الشريفة أو البائن أو غيرهما أن ترضع ولدها لكن مجاناً إذا قبل
غيرها فيما إذا كان الأب عديماً أو ميتاً ولا مال للصبى ، أما إذا كان للولد مال فإنه يستأجر له منه من يرضعه
كمال الأب ويقدم مال الأب فقوله إلا أن لا يقبل غيرها أي الشريفة القدر والبائن مستثنى من المشبه والمشبه به .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٨/٨ ، ١٩٩) : « فإن أرادت إرضاع ولدها منه ، فكلام الخرقي بحتمل
وجيهين : أحدهما : أن له منعها من رضاعه ؛ لعموم لفظه ، وهو قول الشافعي ؛ لأنه يدخل باستمتاعه منها ،
فأشبهه ما لو كان الولد من غيره . والثاني : ليس له منعها ؛ فإنه قال : وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها ، =

فإن كانت قائمة ولو حكماً بأن كانت مطلقة طلاقاً رجعيّاً فإنها لا تستحق أجره على إرضاع ولدها الذي جاءت به منه ، فإذا أرضعته ؛ فليس لها المطالبة بالأجرة ؛ لأن الواجب عليه رزقها وهو واجب عليه لقيام الزوجية فلو أخذت أجره على الإرضاع لكان لها رزقان مع أن الحق ﴿﴾ إنما أوجب عليه رزقاً واحداً قال تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١) .

نعم إذا أرضعت ولد زوجها من غيرها فلها الأجرة على ذلك ، لأنه أجنبي بالنسبة إليها ، فهو كأخذ الأجرة على إرضاع ولد لغير زوجها ، وهو جائز وإن كان زوجها ينفق عليها (٢) .

(مادة ٣٦٨)

إِذَا أَرْضَعَتِ الْأُمُّ وَلَدَهَا مِنْ زَوْجِهَا بَعْدَ عِدَّةِ الطَّلَاقِ الْبَائِنِ أَوْ فِيهَا ، وَطَلَبَتْ أَجْرَهُ عَلَى إِرْضَاعِهِ ، فَلَهَا الْأَجْرَةُ (٣) .

١٩٣٠ - فإن كانت الزوجية غير قائمة بأن حصل الطلاق البائن ، فإما أن تكون قد خرجت من العدة أو لا ، فإن كان الأول : استحققت الأجرة اتفاقاً لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ (٤) .

= فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَاتُ يُرِيضِينَ أَوْلَادَهُنَّ حَتَّىٰ كَامِلِينَ ﴾ وهذا خبر يراد به أمر ، وهو عام في كل الدة ، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات ؛ لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن ، وهم لا يجوزون جعل ذلك أجر رضاع ولا غيره ، وقولنا ، في الوجه الأول : إنه يخل باستماتعه قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه ، وليس ذلك ممنعا ، كما أن قضاء دينه يدفع ماله فيه واجب ، لا سيما إذا تعلق به حق الولد ، في كونه مع أمه ، وحق الأم في الجمع بينها وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى ، وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى ٤ .

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٢) : ١ - أجره رضاع الولد سواء أكان الرضاع طبيعياً أم اصطناعياً على المكلف وبنقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه .

٢ - لا تستحق الأم أجره الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي
جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : استحقاق الأم لأجرة الرضاع : المادة (١٥٢) : لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجره على إرضاع ولدها وتستحقها في عدة الطلاق البائن بعدها .
(٣) ينظر تعليقنا على المسألة السابقة .
(٤) الطلاق : ٦ .

وإن كان الثاني : ففيه خلاف ، قال بعضهم : إنها تستحق الأجرة ؛ لأن النكاح قد زال فألحقت بالأجانب . وهذا هو الذي عليه العمل .

وروى الحسن عن الإمام : أنه ليس لها أجرة ، لأن العدة من أحكام النكاح ، ولذا لا تجوز شهادة أحدهما للآخر ولا دفع زكاة أحدهما إلى صاحبه والنفقة ثابتة لها ، وعلّة سقوط أجرها حال قيام الزوجية إنما هو وجوب النفقة عليه بسبب الزوجية .

وبما أن هذه العلة موجودة حال عدة البائن ، فيوجد معلولها ، وهو عدم استحقاق الأجرة لأن المعلول يدور مع العلة وجودًا وعدمًا ^(١) .

(مادة ٣٦٩)

الْأُمُّ أَحَقُّ بِإِرْضَاعِ وَلَدِهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ وَمُقَدَّمَةٌ عَلَى الْأَجْنَبِيَّةِ ، مَا لَمْ تَطْلُبْ أَجْرَةً أَكْثَرَ مِنْهَا ، فَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يُضَارُّ الْأَبُ .

وَأَنَّ رِضْيَتِ الْأَجْنَبِيَّةِ بِإِرْضَاعِهِ مَجَانًا أَوْ بِدُونِ أَجْرَةٍ الْبَيْتِلِ ، وَالْأُمُّ تَطْلُبُ أَجْرَةَ الْبَيْتِلِ ، فَلِلْأَجْنَبِيَّةِ أَحَقُّ مِنْهَا بِالْإِرْضَاعِ ، وَتَرْضِعُهُ عِنْدَهَا .

وَلِلْأُمِّ أَحَقُّ أَجْرَةَ الْبَيْتِلِ عَلَى الْحِصَانَةِ ، مَا لَمْ تَكُنِ الْمُتَبَرِّعَةَ مَحْرَمًا لِلصَّغِيرِ وَتَتَبَرَّعَ بِحِصَانَتِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تُنْتَعِ الْأُمُّ عَنْهُ وَالْأَبُ مُفَسِّرٌ ، فَتَحْيِزُ الْأُمُّ بَيْنَ إِمْسَاكِهِ مَجَانًا وَدَفْعِهِ لِلْمُتَبَرِّعَةِ كَمَا هُوَ مُوَضَّحٌ فِي مَادَّةِ (٣٨٩) ^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٥٣) : الأم أحق بإرضاع ولدها ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المناسبة مع حال المكلف بنفقتها ما لم تطلب أجرة أكثر ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة وتفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يغطم قبل ذلك .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٨) أ - يشترط لإرث أحد الزوجين الآخر :

- ١ - أن يكون الزواج صحيحًا .
- ٢ - قيام الزوجية بينهما حقيقة أو حكمًا .
- ب - تراث المطلقة في مرض الموت ولو بائنا .

(٢) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٢٢١/٤ ، ٢٢٢) : (قوله وهي أحق بعدها ما لم تطلب زيادة) أي الأم أحق بإرضاع ولدها من الأجنبية بعد انقضاء العدة ما لم تطلب أجرة زائدة على أجرة الأجنبية للإرضاع ، فحيث لا تكون أحق . وإنما جاز لها أخذ الأجرة بعد انقضاء عدتها ؛ لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية فإن قلت : إن وجوب الإرضاع عليها هو المانع من أخذ الأجرة وهو بمنه موجود بعد انقضائها ، فليست كالأجنبية قلت : إن الوجوب عليها مقيد بإيجاب رزقها على الأب بقوله تعالى : ﴿ وَرَزَقَ الْوَالِدَ لَمْ يَرْزُقْهُنَّ وَكَسَوْنَهُنَّ ﴾ . ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم =

١٩٣١ - ولما كانت الأم أكثر الناس حنانًا وشفقة على ولدها ؛ كانت أولى به في الإرضاع وغيره .

= الأجرة مقامه ، كما في فتح القدير وإنما كانت أحق ؛ لأنها أشفق فكان نظرًا للصبي في الدفع إليها وإن التمسست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعًا للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى : ﴿ لَا تَضْرَكُوا يَدَيْهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهَا يُولَدُ ﴾ . أي بالزمام لها أكثر من أجرة الأجنبية وفي الذخيرة : لو صالحت المرأة زوجها عن أجر الرضاع على شيء إن كان الصلح حال قيام النكاح أو في العدة عن طلاق رجعي ؛ لا يجوز ، وإن كان عن طلاق بائن واحدة أو ثلاثًا جاز على إحدى الروايتين ؛ لأن الصلح على أن يعطيها شيئًا لترضع ولدها استعجار لها ، وإذا جاز الصلح فهو كما لو استأجرها على عمل آخر من الأعمال على دراهم وصالحتها عن تلك الدراهم على شيء بعينه جاز ، وإن صالح عنها على شيء بغير عينه لا يجوز إلا أن يدفع ذلك في المجلس ؛ حتى لا يكون بيع دين بدين ، وفي كل موضع جاز الاستعجار ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج ؛ لأنها أجرة وليست بنفقة اهـ . وكذا ذكر في الولولجية : لا تسقط هذه الأجرة بموته ، بل تكون أسوة الغراء اهـ . ١ . هـ . فالخاص أنه أجرة فلذا لا تتوقف على القضاء وظاهر المتن أن الأم لو طلبت الأجرة أي أجرة المثل ، والأجنبية متبرعة بالإرضاع فالأم أولى ؛ لأنهم جعلوا الأم أحق في سائر الأحوال إلا في حالة طلب الزيادة على أجرة الأجنبية والمصرح به بخلافه كما في التبيين وغيره أن الأجنبية أولى لكن هي أولى في الإرضاع أما في الحضانة ، ففي الولولجية وغيرها : رجل طلق امرأته وبينهما صبي وللصبي عمه أرادت أن تربيته وتمسكه من غير أجر من غير أن تمنع الأم عنه ، والأم تأتي ذلك وتطالب الأب بالأجر ونفقة الولد ؛ فالأم أحق بالولد ، وإنما يبطل حق الأم إذا تحكمت الأم في أجرة الإرضاع بأكثر من أجرة مثلها ، والصحيح أنه يقال للولدة : إما أن تمسكي الولد بغير أجر وإما أن تدفعيه إلى العمه اهـ . ١ . هـ .

ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمه في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والأم تريد الأجرة على الحضانة . ولا تقاس على العمه ؛ لأنها حاضنة في الحمله ، وقد كثر السؤال عن هذه المسألة في زماننا (العاشر الهجري) وهو أن الأب يأتي بأجنبية متبرعة بالحضانة ، فهل يقال للأم كما يقال لو تبرعت العمه وظاهر المتن أن الأم تأخذ بأجرة المثل ولا تكون الأجنبية أولى بخلاف العمه على الصحيح إلا أن يوجد نقل صريح في أن الأجنبية كالعمه والظاهر أن العمه ليست قيدًا ، بل كل حاضنة كذلك ، بل الحالة كذلك بالأولى ؛ لأنها من قرابة الأم ، ثم اعلم أن ظاهر الولولجية أن أجرة الرضاع غير نفقة الولد وهو للمغايرة فإذا استأجر الأم للإرضاع لا يكفي عن نفقة الولد ؛ لأن الولد لا يكفي اللبن ، بل يحتاج معه إلى شيء آخر كما هو المشاهد ، خصوصًا الكسوة ، فيقرر القاضي له نفقة غير أجرة الإرضاع وغير أجرة الحضانة ، فعلى هذا يجب على الأب ثلاثة : أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانة ، ونفقة الولد . أما أجرة الرضاع : فقد صرحوا بها هنا ، وأما أجرة الحضانة : فصرح به قارئ الهداية في فتاواه ، وأما نفقة الولد : فقد صرحوا بها في الإجازات في إجارة الظئر . قال الزلمي فيها : والطعام والياب على الوالد ، وما ذكره محمد في الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة اهـ . ١ . هـ . فالخاص : أن الأم ليس عليها إلا الإرضاع ، وإصلاح طعامه ، وغسل ثيابه . لكن في الخانية : وبعد الفطام يفرض القاضي نفقة الصغير على طاقة الأب ، ويدفع إلى الأم حتى تنفق على الأولاد اهـ . إلا أن يقال : إن مراده النفقة الكاملة بخلافها في زمن الرضاع فإنها قليلة . وفي المجتبى : وإذا كان للصبي مال ، فمؤنة الرضاع ونفقت بعد الفطام في مال الصغير ، ومدة الرضاع ثلاثة أوقات : أدنى وهو حول ، ونصف ، وأوسط وهو حولان ونصف ، حتى لو نقص عن الحولين لا يكون شططًا ، ولو زاد لا يكون تعديًا فلو استغنى الولد دون الحولين ففطمته في حول ونصف =

١٩٣٢ - ولا فرق في ذلك بين كون الزوجية قائمة أو لا ، إلا أن هذه الأولوية مقيدة بما إذا لم تطلب زيادة على ما تطلبه الأجنبية أو لم توجد أجنبية متبرعة ؛ لأن في تقديم غيرها عليها في الحالة الأولى إضرارًا بها وهو لا يجوز .

١٩٣٣ - نعم إذا وجدت أجنبية ترضعه بأجر أقل مما تطلبه الأم . ولو كان الذي تطلبه الأم أجزأ المثل والذي تطلبه الأجنبية دون ذلك أو كانت الأجنبية متبرعة والأم تطلب أجزًا ، فهي - أي الأجنبية - أحق لأن المقصود غذاء الرضيع ، وقد أمكن الحصول عليه بدون مشقة على الأب ، فيكون في تقديم الأم على الأجنبية إضرارًا بالأب .

١٩٣٤ - وقد قال تعالى : ﴿ لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةً يَوْلَدَهَا وَلَا مَوْلُودًا لِمَوْلَايَهُ ﴾ ^(١) . ولكن لا تضار الوالدة بأخذ الولد منها بل ترضعه عندها ولا فرق في حكم الرضاع بين كون الأب موسرًا أو معسرًا ، أما بالنسبة للحضانة : ففي كليهما تفصيل يأتي في مادة (٣٩٠) .

١٩٣٥ - ثم إن محل كون الأب مطالبًا بالأجرة عند استحقال الأم لها إنما هو في حال عسرة الولد ، فإن كان له مال ؛ فالأجرة عليه دون أبيه ، وإن كان غنيًا ؛ لأن إيجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه ، إلا الزوجة ؛ فإن نفقتها في نظير انضمامها ومكثها عند الزوج ، فنفقتها عليه ، وإن كانت غنية ، بخلاف الولد فإن نفقتها للحاجة وببساطه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .

(مادة ٣٧٠)

فِي كُلِّ مَوْضِعٍ جَازَ اسْتِئْجَارَ الْأُمِّ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا ، يَكُونُ لَهَا الْأَجْرَةُ ، وَلَوْ بِلَا عَقْدٍ إِجَارَةٍ مَعَ أَبِيهِ أَوْ وَصِيِّهِ ، فَيَأْتُرُهُ الْحَاكِمُ بِدَفْعِ أَجْرَةِ الْبَيْتِ لَهَا مَدَّةَ إِرْضَاعِهِ .
وَمُدَّةُ الْإِرْضَاعِ فِي حَقِّ الْأَجْرَةِ حَوْلَانٍ لَا أَكْثَرَ .

= بالإجماع ولا تأثم ، ولو لم يستغن بحولين ، حل لها أن ترضعه بعدها عند عامة المشايخ إلا عند خلف بن أيوب . وأما الكلام في استحقال الأجرة : فمنهم من قال : إنه على الخلاف حتى أن المبانة تستحق إلى الحولين ونصف عنده ، وعندهما : إلى حولين فقط ، وأكثر المشايخ على أن مدة الرضاع في حق الأجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعًا وتستحق في الحولين إجماعًا ، وظاهر كلامهم : أن وجوب أجرة الرضاع لا تتوقف على عقد إجارة مع الأم ، بل تستحقه بالإرضاع مطلقًا في المدة المذكورة ، وقد قدمنا أنه ليس بفقهاء . وفي الظهيرية : وإذا أقرت المعتدة أنها قبضت نفقة أولادها الصغار لحمسة أشهر ، ثم قالت : إنها قبضت عشرين درهمًا ، ونفقة خمسة أشهر مائة درهم ، لم تصدق على ذلك ، وإن قالت : ضاعت النفقة ؛ فإنها ترجع على أبيهم بنفقتهم دون حصتها . (١) البقرة : ٢٣٣ .

١٩٣٦ - إن لم يحصل اتفاق على الأجرة : بأن أرضعت الأم ولدها ولم تعقد مع أبيه عقد إجارة وكانت تستحق أجرة إرضاعها من أبيه لعدم قيام الزوجية وانقضاء العدة فلها أن تطالبه بأجرتها ؛ لأن إيجاب رزقها عليه غير مقيد بوجود العقد بينهما كما هو ظاهر من قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُنَّ وَيَسْتَوِيْنَهُنَّ ﴾ (١) .

١٩٣٧ - وقال بعض العلماء : إذا لم يكن بينهما عقد إجارة فلا تستحق عليه شيئاً ؛ لأن أقدامها على إرضاع ولدها بدون طلب أجرة دليل على تبرعها فتكون مسقطه لحقها والساقط لا يعود .

وكلا الرأيين صحيح ؛ فيلزم القاضي النظر في أمر الأم فإن كان حالها يدل على احتياجها وأن مثلها لا يتبرع عمل بالرأى الأول ، وإن كان حالها يدل على أنها تتبرع وأنها تطلب الأجرة طمعاً أو تعنتاً عُمل بالثاني ، والمدة التي تستحق المرصعة فيها أجرة رضاعها هي حولان لا غير لقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِيْمَ الرِّضَاعَةَ ﴾ (٢) . ولا رضاع بعد التمام .

١٩٣٨ - وأجرة الرضاع لا تأخذ حكم نفقة الزوجة من السقوط ، بل تأخذ حكم سائر الديون ، لأنها في نظير عمل (٣) .

وبناء على ذلك : لا تسقط أجرة الرضاع بمضي شهر مثلاً ، ولا بموت الأم ، ولا بموت الأب ، فإن ماتت الأم ، فلورثتها مطالبته بالأجرة ، وإن مات الأب ، فأجرتها دين عليه تأخذها من تركته وتشارك أصحاب الديون فيها .

(مادة ٣٧١)

حُكْمُ الصُّلْحِ كَالِاسْتِئْجَارِ ، فَإِذَا صَالَحَتْ أُمُّ الْوَالِدِ أَبَاهُ عَنْ أَجْرَةِ الرُّضَاعِ عَلَى شَيْءٍ ، فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ حَالَ قِيَامِ الزُّوْجِيَّةِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا ، فَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ . وَإِنْ كَانَ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بِوَاحِدَةٍ أَوْ ثَلَاثٍ ، صَحَّ ، وَوَجِبَ مَا اضْطَلَعَا عَلَيْهِ (٤) .

• • •

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٣) جاء في الدر المختار (٣/٦٢٠ ، ٦٢١) : « وفي كل موضع جاز الاستئجار ووجب النفقة لا تسقط بموت الزوج بل تكون أسوة الغرماء ؛ لأنها أجرة لا نفقة » .

(٤) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٦١) : « وإن صالحت المرأة زوجها عن أجرة الرضاع على =

١٩٣٩ - وفي كل موضع ثبت للأم أخذ أجره الرضاع بعقد الإجارة إذا صالحت الزوج عن الأجرة صح الصلح ، وفي كل موضع لا يثبت لها أخذ الأجرة على الإرضاع لا يصح الصلح .

ويبنى على ذلك : أنه إذا صالحت أم الولد أباه عن أجره الرضاع على شيء معلوم ؛ فإن كان هذا الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً ؛ فهو غير صحيح ، لأنها لا تستحق أجره على الرضاع في هاتين الحالتين .

وإن كان الصلح في عدة الطلاق البائن سواء كان بواحدة أو ثلاث ؛ صح الصلح على القول المعمول به الآن .

وإن كان بعد انقضائها مطلقاً ، أي سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن ؛ صح الصلح اتفاقاً ؛ فيجب ما اصطلاحاً عليه لاستحقاق الأم الأجرة .

(مادة ٣٧٢)

الأَجْرَةُ الْمَقْدُودَةُ لِلْأُمِّ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا لَا تَسْقُطُ بِمَوْتِ أَبِيهِ ، بَلْ تَجِبُ لَهَا فِي تَرْكِهِ وَتُشَارِكُ عَرْمَاءَهُ .

• • •

(مادة ٣٧٣)

الطَّنْزُ - أي : الْمُرْضَعَةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ - إِذَا أَبَتْ أَنْ تُرْضِعَ الطُّفْلَ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، وَكَانَ لَا يَقْبَلُ لَدَيْهَا غَيْرَهَا ، تُجْبَرُ عَلَى إِبْقَاءِ الْإِجَارَةِ . وَلَا تُلْزَمُ بِالْمَكْتَبِ عِنْدَ أُمِّ الطُّفْلِ ، مَا لَمْ يُشْتَرَطْ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ (١) .

• • •

= شيء إن كان الصلح حال القيام بالكواح ، أو في العدة عن طلاق رجعي لا يجوز ، وإن كان الصلح في العدة عن طلاق أو طلاقات ثلاث جاز على إحدى الروايتين ، فإذا صالحها على شيء بغير عينه لا يجوز إلا أن يدفع ذلك في المجلس ، وفي كل موضع جاز الاستئجار ، ووجبت النفقة لا تسقط بموت الزوج ؛ لأنها أجره ، وليست بنفقة هكذا في الذخيرة .

(١) جاء في الفتاوى الهندية (٥٦١/١) : « عن محمد بن عيسى : استأجر ظفراً للصبى شهراً ، فلما انقضت المدة أبت إرضاعه ، وهو لا يأخذ لبن غيرها ؛ تجبر على إبقاء الإجارة بالإرضاع ؛ كذا في الوجيز للكردي . »

١٩٤٠ - فإن كانت مرضعة الطفل غير أمه ، سمت تلك المرضعة : ظفراً ، وهذه تلزم بالإرضاع مدة عقد الإجارة إلا إذا طرأ ما يستوجب نسخه .

فإن انتهت مدة الإجارة فلا تجبر على إرضاعه إلا إذا كان يترتب على ذلك ضرر لطفل بأن لم يقبل ثدي غيرها ، أو لم توجد مرضعة سواها ؛ لأن في عدم إرضاعها إياه ضرراً عظيماً ، وربما أدى ذلك إلى موته .

١٩٤١ - ومع كون الظئر ملزمة بالإرضاع على ما بين فلا تلزم بالمكث عند أم الرضيع ، بل لها أن ترضعه وتخرج أو ترضعه في فناء البيت .

١٩٤٢ - ومحل كون الظئر لا تلزم المكث في بيت الأم إذا لم يشترط عليها ذلك في عقد الإجارة ، فإن شرط عليها ذلك ، لزمها المقام في بيت الأم ؛ لأنها قد التزمت بذلك ، ومن التزم بشيء لزمه القيام به .

الفصل الثاني

في مقدار الرضاع الموجب للتحريم

(مادة ٣٧٤)

يُنْبِثُ تَحْرِيمُ التُّكَاكِحِ بِالرُّضَاعِ إِذَا حَصَلَ فِي مُدَّةِ الْحَوْلَيْنِ الْمُقَدَّرَةِ لَهُ ، وَلَوْ بَعْدَ اسْتِغْنَاءِ الطِّفْلِ بِالطَّعَامِ فِيهِمَا . وَيَكْفِي فِي التَّحْرِيمِ قَطْرَةٌ وَاحِدَةٌ مِنْ لَبَنِ الْمَرْأَةِ الْمُرْضِعَةِ وَلَوْ خَلِيَّتَا مِنْ تَدْيِهَا بَعْدَ مَوْتِهَا ، إِذَا تَحَقَّقَ وَصُولُ الْقَطْرَةِ إِلَى جَوْفِ الرُّضِيعِ مِنْ فَمِهِ مَصًّا أَوْ إِبْجَارًا ، أَوْ مِنْ أَنْفِهِ إِسْغَاطًا .

فَلَوْ اتَّخَمَ الْحَلْمَةَ ، وَلَمْ يَذُرْ أَدَخَلَ اللَّبَنُ فِي حَلْفِهِ أَمْ لَا ، فَلَا يَنْبِثُ التَّحْرِيمُ ، وَكَذَا لَا يَنْبِثُ بِالْحَقْنِ وَالْإِقْطَارِ فِي الْأُذُنِ وَالْجَائِفَةِ وَالْأَمَةِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٩/٤ ، ١٠) : « أما الإقطار في الأذن فلا يحرم ؛ لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الحرق في الأذن وكذلك الإقطار في الإحليل ؛ لأنه لا يصل إلى الجوف فضلاً عن الوصول إلى المعدة ، وكذلك الإقطار في العين والقبل لما قلنا ، وكذلك الإقطار في الجائفة وفي الأمه ؛ لأن الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة ، والأمه إن كان يصل إلى المعدة لكن ما يصل إليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء ، فلا تثبت به الحرمة ، والحقنة لا تحرم بأن حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة . وروي عن محمد أنها تحرم ، وجه هذه الرواية : أنها وصلت إلى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم ، وجه ظاهر الرواية : أن المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذية والحقنة لا تصل إلى موضع الغذاء ؛ لأن موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل إليها فلا يحصل بها نبات اللحم ونشوز العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة . ولو جعل اللبن مخيضاً أو رائباً أو شيرازاً أو جبناً أو أقطاً أو مصلاً فتناوله الصبي لا يثبت به الحرمة ؛ لأن اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا يثبت اللحم ولا ينشز العظم ولا يكتفي به الصبي في الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه . أما إن اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى ، فإن اختلط بالطعام : فإن مسته النار حتى نضج لم يحرم في قولهم جميعاً ؛ لأنه تغير عن طبعه بالطبخ . وإن لم تسمه النار ؛ فإن كان الغالب هو الطعام ؛ لم تثبت الحرمة ؛ لأن الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذي فلا يثبت به الحرمة .

وإن كان اللبن غالباً للطعام وهو طعام يستين لا يثبت به الحرمة في قول أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد يثبت ، وجه قولهما : أن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم أصل في الشرع ، فيجب اعتباره ما أمكن كما إذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولأبي حنيفة أن الطعام : وإن كان أقل من اللبن ، فإنه يسلب قوة اللبن ؛ لأنه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في حس البصر فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي فكان اللبن مغلوباً معنى وإن كان غالباً صورة وإن اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالبيذ ؛ يعتبر فيه الغالب فإن كان اللبن غالباً يحرم ؛ لأن =

= هذه الأشياء لا تحمل بصفة اللبن وصورته غذاء بل بقدر ذلك ؛ لأنها إنما تخلط باللبن ليوصل اللبن إلى ما كان لا يصل إليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الأشياء أولى ، وإن كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة ؛ لأن اللبن إذا صار مغلوباً صار مستهلكاً فلا يقع به التفذي ، فلا تثبت به الحرمة ، وكذا إذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضاً ، فإن كان اللبن غالباً ؛ يثبت به الحرمة ، وإن كان الماء غالباً ؛ لا يثبت به ، وهذا عندنا وعند الشافعي ؛ إذا قطر من الثدي مقدار خمس رضعات في جب ماء فسقي منه الصبي تثبت به الحرمة . وجه قوله : أن اللبن وصل إلى جوف الصبي بقدره في وقته ؛ فتثبت الحرمة كما إذا كان اللبن غالباً ، ولا شك في وقت الرضاع ، والدليل على أن القدر المحرم من اللبن وصل إلى جوف الصبي : أن اللبن وإن كان مغلوباً فهو موجود شائع في أجزاء الماء ، وإن كان لا يرى فيوجب الحرمة . ولنا : أن الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التفذي على ما نطقته به الأحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يفتدي الصبي لزوال قوته ألا ترى أنه لا يقع الاكتفاء به في تغذية الصبي فلم يكن محرماً وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف ، وذكر الجصاص أن جواب الكتاب ينفي أن يكون قولهما ، فأما على قول أبي حنيفة ؛ ينفي أن يحرم وإن كان اللبن غالباً ، وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث إن اختلاطه بالماء يسلب قوته . وإن كان الماء قليلاً كاختلاطه بالطعام القليل ، وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ، ولو اختلط بلبن البهائم كلين الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضاً لما ذكرنا ، ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى ؛ فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف .

وروي عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعاً ، وهو قول زفر . وجه قول محمد : أن اللبنيين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس ، فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكاً فلا يصير القليل مستهلكاً في الكثير فيفتدي الصبي كل واحد منهما بقدره بإنشاز اللحم وإنشاز العظم أو سد الجوع ؛ لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر ، والدليل على أن خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكاً له : أن من غصب من آخر زيتاً فخلطه بزيت آخر اشترك فيه في قولهم جميعاً ، ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه ؛ يعتبر الغالب فإن كان الغالب هو المصنوب كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيتته وإن كان الغالب غير المصنوب صار المصنوب مستهلكاً فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه ، ولكن الغاصب يرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب ، كذا ههنا ، ونحمد أن يفرق بين الفصلين فإن اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الإخلال بمعنى التفذي من كل واحد منهما بقدره ؛ لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر ، وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء ، واللبن مغلوب ؛ لأن الماء يسلب قوة اللبن أو يخل به فلا يحصل التفذي أو يختل .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٢٣/٥ - ١٢٧) ؛ (إنما يثبت) بالنسبة لأحكامه الآتية من تحريم النكاح وثبوت الحرمة المفيدة جواز النظر ، والحلوة ، وعدم نقض الوضوء بالمس لا بالنسبة لإرث ، ونفقة ، وعق بملك ، وسقوط قود ورد شهادة وغيرها من أحكام النسب المختصة به (بلبن امرأة) أدمية خلية أو مزوجة (حية) حياة مستقرة حال انفصاله منها (بلغت تسع سنين) قمرية تقريباً وإن لم يحكم ببلوغها بذلك ، فخرج باللبن غيره كأن امتص من الثدي دماً أو قيحاً ، وبامرأة ثلاثة أمور : أحدها : الرجل فلا يثبت بلبنه على =

= الصحيح ؛ لأنه ليس معدًا للتغذية فلم يتعلق به التحريم كغيره من المائعات ، لكن يكره ولفرعه نكاح من ارتضعت منه كما نص عليه في الأم والبويطي . ثانياً : الحنثي المشكل ، والمذهب توقعه إلى البيان ، فإن بانث أنوثته حرم وإلا فلا ، وإن مات قبله لم يثبت التحريم ، فللرضيع نكاح أم الحنثي ونحوها كما نقله الأذرعي عن المتولي وأقره . ثالثاً : البهيمية ، فلو ارتضعت صغيران من شاة مثلاً لم يثبت بينهما أخوة فتحل مناكحتهما ؛ لأن الأخوة فرع الأمومة ، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع ، وبأدمية ، ولو عبر بها بدل المرأة كما عبر به الشافعي لكان أولى ، واستغنى عما قدرته في كلامه الحنية إن تصور رضاعها بناء على عدم صحة تناكحهم ، وهو الراجح كما مر ؛ لأن الرضاع تلو النسب بدليل « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » والله قطع النسب بين الجن والإنس ، قاله الزركشي ، وبالحية لبن الميتة فإنه لا يحرم ؛ لأنه من لبن جثة منفكة عن الحل والحرمه كالبهيمية ، وقيل : يحرم ، وبه قال الأئمة الثلاثة ؛ لأن المعنى الذي يقع به التحريم هو اللبن ، ولا يقال : مات اللبن بموتها ؛ لأن اللبن لا يموت ، غير أنه في ظرف ميت ، فهو كلبن آدمية حية جعل في سقاء طاهر أو نجس على القول بنجاسته ، وبحياة مستقرة من انتهت إلى حركة مذبوب ؛ لأنها كالميتة ، وبلغت إلى آخره ما إذا لم تبلغ ذلك ، فإن لبنها لا يحرم ، لأنه فرع الحمل ، والحمل لا يتأتى فيما دون ذلك ، فكذا فرعه بخلاف من بلغت ذلك وإن لم يحكم ببلوغها كما مر ، فاحتمال البلوغ قائم ، والرضاع تلو النسب كما مر فاكفني فيه بالاحتمال .

تنبيه : أفهم اقتضاره على ما ذكر أنه لا يشترط الثبوت ، وهو الأصح المنصوص وقيل : يشترط ، لأن لبن البكر نادر فأشبهه لبن الرجل (ولو حلبت) لبنها قبل موتها وفيها حياة مستقرة (فأوجر) بضم أوله طفل (بعد موتها حرم في الأصح) لانفصاله منها وهو حلال محترم ، كذا عللوا به ، وهو يقتضي أنه بعد الموت ليس بحلال ، ولكن معناه : أنه لا حرمة له وإلا فهو حلال بعد موتها أيضاً كما مر في باب النجاسة وصورة المسألة أن ترضعه أربع رضعات في الحياة ثم تحلب شيئاً فيوجر بعد موتها ، أو تحلب في خمس آنية ثم يوجر بعد موتها في خمس دفعات فإنه يحرم كما سيأتي . والثاني : لا يحرم لبعث إثبات الأمومة بعد الموت .

تنبيه : قوله : « حرم » بجاء وراء مشددة مفتوحين هنا وفيما بعد ، وقوله في الأصح مخالف لتعبير الروضة بالصحيح المنصوص . ثم شرع في الركن الثاني وهو اللبن ، ولا يشترط بقاء اسمه لبناً فقال : (ولو جبن) أو جعل منه أقط (أو نزع منه زيد) أو عجن به دقيق وأطعم الطفل من ذلك (حرم) لحصول التغذي به . تنبيه : عبارته صادقة بإطعام الزبد نفسه وباللبن الذي نزع زبده ، وكل منهما محرم (ولو خلط) اللبن (بماجن) طاهر كماء أو نجس خمر (حرم إن غلب) بفتح الغين المعجمة على المائع بظهور أحد صفاته من طعم أو لون أو ريح ، إذ المغلوب كالمعدوم ، وسواء أشرب الكل أم البعض . (فإن غلب) بضم أوله بأن زالت أوصافه الثلاثة حساً وتقديراً (وشرب) الرضيع (الكل) حرم (قيل : أو) شرب (البعض حرم) أيضاً (في الأظهر) لوصول اللبن إلى الجوف ، وليس كالنجاسة المستهلكة في الماء الكثير حيث لا يؤثر ، فإنها تجتنب للاستقذار وهو مندرج بالكثر ، ولا كالحمر المستهلكة في غيرها حيث لا يتعلق بها حد ، فإن الحد منوط بالشدة الزيلة للعقل . والثاني : لا يحرم لأن المغلوب المستهلك كالمعدوم ، والأصح أن شرب البعض لا يحرم لانتفاء تحقق وصول اللبن منه إلى الجوف ، فإن تحقق كأن بقي من المخلوطين أقل من قدر اللبن حرم جزئاً . =

= تنبيه : يشترط كون اللبن قدرًا يمكن أن يسقى منه خمس دفعًا لو انفرد كما حكيه عن السرخسي وأقره ، ومحل الخلاف . ما إذا شرب من المختلط خمس دفعات أو كان حلب في خمس آنية كما مر أو شرب منه دفعة بعد أن سقى اللبن الصرف أربعمًا ، فإن زالت الأوصاف الثلاثة اعتبر قدر اللبن بماء له لون قوي يستولي على الحليب ، فإن كان ذلك القدر منه يظهر في الحليب ثبت التحريم وإلا فلا ، وقد يفهم تنبيهه بالمائع أن خلطه بالجاملد لا يحرم ، وليس مرادًا ، فقد مر أنه عجن به دقيق يحرم ، وسكت عن استواء الأمرين ، وحكمه يؤخذ من الثانية بطريق الأولى ، ولبن المرأتين المختلط يثبت أمومتها ، وفي المغلوب من اللبن التفصيل المذكور فثبت الأمومة الغالبة اللبن ، وكذا مغلوبه بشرطه السابق ، ولا يضر في التحريم غلبة الريق لقطرة اللبن الموضوع في الفم إلحاقًا له بالروطبات في المعدة (ويحرم) براء مشددة مكسورة (إيجار) وهو صب اللبن في الحلق لحصول التغذية به كالارتضاع .

تنبيه : قضية إطلاقه التحريم بمجاوزة اللبن الحلق وإن لم يصل المعدة كما يفطر بمثله الصائم ، وليس مرادًا فقد اعتبر في المحرر الوصول إلى المعدة ، وجربا عليه في الشرح والروضة ، فلو تقابها قبل وصوله إليها لم يحرم (وكذا إسعاط) وهو صب اللبن في الأنف ليصل الدماغ يحرم أيضًا (على المذهب) لحصول التغذية بذلك ، لأن الدماغ جوف له كالمعدة ، والطريق الثاني فيه قولان كالحقنة المذكورة في قوله (لا حقنة) وهي ما يدخل في الدبر أو القبل من دواء فلا يحرم (في الأظهر) لانفء التغذية ؛ لأنها لإسهال ما انعقد في المعدة ، والثاني : تحرم كما يحصل بها الفطر ، ودفع بأن الفطر يتعلق بالوصول إلى جوف وإن لم يكن معدة ولا دماغًا بخلافه هنا ، ولهذا لم يحرم التقطير في الأذن أو الجراحة إذا لم يصل إلى المعدة ، ولا بد أن يكون من منفذ مفتوح فلا يحرم وصوله إلى جوف أو معدة بصبه في العين بواسطة المسام .

قول المالكية : جاء في شرح الخروشي (١٧٥/٤ - ١٧٨) : « ولما كان الرضاع محرماً لما حرمه النسب ومندرجاً فيه حيث ذكر كقوله وحرم أصوله وفصوله وما ذكر بعد ؛ شرع في بيان شروطه وما يتعلق بها فقال (باب) مسائل الرضاع وبيان ما يحرم وما لا يحرم وهو بفتح الراء وكسرهما مع التاء وتركها وأنكر الأصمعي الكسر معها وهو من باب سمع وعند أهل نجد من باب ضرب والمرأة مرضع إذا كان لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاعه قيل مرضعة ، ويقال : لبن ولبان لبنات آدم وغيره ، وأنكر أهل اللغة لن في بنات آدم والأحاديث على خلافه ابن عرفة الرضاع عرفاً وصول لبن آدمي لخل مظنة غذاء آخر لتحريمهم بالسعوط والحقنة ولا دليل إلا مسمى الرضاع . وقوله « عرفاً » خصص هذا المحدود بذلك مع أنه يحد الحقائق الشرعية إشارة إلى أن الرضاع غلب في المعهود بين الناس وهو ضم الشفتين على محل خروج اللبن من ثدي لطلب خروجه لكن الفقهاء حيث حكموا بأن الحقنة والسعوط يقع التحريم بهما دل ذلك على أن الرضاع عرفاً شرعياً صادق عليهما ، وأورد الشيخ بأن رضاع الكبير لا يحرم ، وأجاب بأن المحدود ما صدق عليه أنه رضاع وكونه لا يحرم أو يحرم أمر آخر فالمحدود ماهية الرضاع بما هي لا أفرادها وانظر قول ابن عرفة لخل مظنة غذاء آخر مع قول المؤلف الآتي في الحقنة تكون غذاء فيما يأتي والأصل في تحريم الرضاع قوله تعالى : ﴿ وَأَنْهَيْتُمُ النَّبِيَّ أَنْ يَرْضَيْتَكُمْ وَأَنْهَيْتُمُ بَنِيكَ أَنْ يَرْضَيْتَكُمْ ﴾ وقوله ﴿ بَنِيكَ ﴾ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقوله : « إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » فقيه بيان للآية وزيادة . وأن التحريم ليس مقصوراً على المباشرة وإلى ذلك =

= أشار المؤلف بقوله حصول لبن امرأة يعني أن حصول لبن المرأة سواء كانت مسلمة أو كافرة صغيرة لا يوطأ مثلها أو كبيرة حية أو ميتة تحقق أن في ثديها لبنًا حال المص لا إن شك ، متزوجة أو غير متزوجة ولو خشي مشكلًا في جوف الصغير المرضع ينشر الحرمة كما ينشرها النسب وسواء وصل إلى جوف الرضيع بوجور أو سموط وبأني تفسيرهما وبأني محترزات القيود وبالغ بقوله (وإن ميتة) دب الطفل فرضعها وتحقق أن في ثديها لبنًا حال المص .

وكذا إن شك عند ابن ناجي خلافاً لابن راشد وابن عبد السلام أو حلب منها على المشهور لرد ما حكاها ابن شاس وغيره من القول الشاذ بعدم تحريمه لأن الحرمة لا تقع بغير المباح والجواب عن مفهوم قوله تعالى : ﴿ وَأَنْتُمْ كُنْتُمْ الْبَنَىٰ - أَرْزَمْتُمْ ﴾ أنه خرج مخرج الغالب والمراد بالمرأة الآدمية فلين الجنية لا ينشر الحرمة وصغيرة معطوف على ميتة وتفيد بمن لا تطبيق الوطء حتى تكون داخلية في حيز المبالغة لأنها محل الخلاف إذ لبن المطيعة للوطء ينشرها اتفاقاً .

بوجور أو سموط أو حقنة الباء بآلة أي أو كانت الآلة الموصلة لجوف الرضيع وجوزاً بفتح الواو ما يدخل في وسط الفم أو ما صب في الحلق وفعله وجر وأوجر أو سموطاً بفتح أوله ما صب من الأنف أو لدوداً ما صب من جانب الشدق ، ولدبدا الوادي : جانبها أو حقنة وهي دواء يصب في الدبر يصعد إلى الجوف فإذا وصل لبن المرأة إلى جوف الرضيع بأحد هذه الوجوه فإنه ينشر الحرمة ثم إن مسألة الوجور تفهم من مسألة السموط بالأولى فلو حذفها ما ضره . ثم إن قول المؤلف تكون غذاء بكسر الغين وبالذال المعجمة ما يتغذى به من الطعام يقال غذوت الصبي بالواو لا غذيته بالياء رجمه الشراح للثلاثة وغيرهم للحقنة فقط ، ومعنى كونها غذاء : أن تصل إلى محل الغذاء ، ولا يشترط الغذاء بالفعل ؛ لأن المصصة الواحدة تحرم وهي لا تكون غذاء ، وهذا هو قول ابن عرفة لظنة غذاء آخر كان في نفسه غذاء أولاً خلافاً لابن عبد السلام ، أو يقال على حمل الغذاء بالفعل لا ينافي كلام ابن عرفة لإمكان حمل كلام ابن عرفة على ما وصل للجوف بغير الحقنة ، وبدل لذلك قول بعض الشراح ولم يشترط المؤلف في اللبن الذي يصل إلى جوف الرضيع أن يكون غذاء كما اشترط ذلك في الحقنة لكونه أقرب إلى مخرج الطعام من الحقنة .

أو خلط لا غلب أي وكذلك يحرم ما وصل إلى الجوف من اللبن ولو خلط بغيره من ماء أو عقاقير كعنزروت أو مر أو طعام إن كان اللبن مساوياً أو غالباً لا إن غلب بغيره فلا يحرم على الأصح وهو قول ابن القاسم خلافاً للأخوين وبعبارة أو خلط بغير جنسه لا بلبن امرأة أخرى فإنه ينشر الحرمة مطلقاً أي كان مساوياً أو غالباً أو مغلوباً . وقوله (ولا كماء أصفر) أي ولا إن لم يكن الواصل إلى جوف الرضيع لبنًا بل كماء أصفر أو غيره مما ليس بلبن ولو خرج من الثدي معطوف على لبن فهو محترزه كما أن قوله (وبهيمه) محترز امرأة معطوف عليها والكاف مقدرة فيه وفيما بعده فلو رضع صبي وصبية عليها لم يحرم تناكحهما اتفاقاً وفي معناه ما أدخلته الكاف الرجل إذا در ثديه . وقوله (واكتحال به) معطوف على بوجور فهو محترزه وما في معناه مما أدخلته الكاف المقدرة معه مثله مما يدخل من الأذن ومسام الرأس ونحو ذلك فهي معاطيف يفرق متبوعاتها ذهن السامع وقوله (محرم) أي ناشر للحرمة خبير حصول .

قول الحنابلة : جاء في المنعي (١٣٩/٨ - ١٤٢) : مسألة ؛ قال الشافعي : (والسموط كالرضاع ، =

= وكذلك الوجور (معنى السعوط : أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره . والوجور : أن يصب في حلقة صفاً من غير الثدي . واختلفت الرواية في التحريم بهما ، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك ، كما يثبت بالرضاع . وهو قول الشعبي والثوري ، وأصحاب الرأي . وبه قال مالك في الوجور .

والثانية : لا يثبت بهما التحريم . وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط ؛ لأن هذا ليس برضاع ، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، ولأنه حصل من غير ارتضاع ، فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه . ولنا ، ما روى ابن مسعود ، عن النبي ﷺ : « لا رضاع ، إلا ما أنشز العظم ، وأثبت اللحم » رواه أبو داود . ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع ؛ فيجب أن يساويه في التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم . فكان سبيلاً للتحريم ، كالرضاع بالقم . وإنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع ، وهو خمس في الرواية المشهورة ، فإنه فرع على الرضاع ، فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور ، أو استعط أو أوجر ، وكمل الخمس برضاع ، ثبت التحريم ؛ لأننا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم ، فكذلك في إكمال العدد ، ولو حلبت في إناء دفعة واحدة ، ثم سفته غلاماً في خمسة أوقات ، فهو خمس رضعات ، فإنه لو أكل من طعام خمس أكالات متفرقات ، لكان قد أكل خمس أكالات . وإن حلبت في إناء حلبات في خمسة أوقات ، ثم سفته دفعة واحدة كان رضعة واحدة ، كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ، ثم أكله دفعة واحدة ، كان أكلة واحدة . وحكي عن الشافعي قول في الصورتين عكس ما قلنا اعتباراً لخروجه منها ؛ لأن الاعتبار بالرضاع ، والوجور فرعه . ولنا : أن الاعتبار بشرب الصبي له ؛ لأنه المحرم ، ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ، ثم مجه ، لم يثبت التحريم ، فكان الاعتبار به ، وما وجد منه إلا دفعة واحدة ، فكان رضعة واحدة ، وإن سفته في أوقات ، فقد وجد في خمسة أوقات ، فكان خمس رضعات ، فأما إن سفته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة ؛ فظاهر قول الخرفقي أنه رضعة واحدة ؛ لا يعتبره خمس رضعات متفرقات ؛ ولأن المرجح في الرضعة إلى العرف ، وهم لا يعدون هذا رضعات ، فأشبه ما لو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة ، فإنه لا يعد أكالات . ويحتمل أن يرجع على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع ، على ما قدمنا .

فصل : وإن عمل اللبن جيباً ثم أطعمه الصبي ، ثبت به التحريم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يحرم به ؛ لزوال الاسم . وكذلك على الرواية التي تقول : لا يثبت التحريم بالوجور . لا يثبت هاهنا بطريق الأولى . ولنا : أنه واصل من الحلق ، يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحصل به التحريم ، كما لو شربه . فأما الحفنة ، فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد ؛ أنها لا تحرم . وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبي موسى : تحرم ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر ، فتعلق به التحريم ، كالرضاع .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذي ، فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر في إحليله ؛ ولأنه ليس برضاع ، ولا في معناه ، فلم يجز إنبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أثبت اللحم وأنشز العظم ؛ ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير =

١٩٤٣ - الرضاع لغة : شرب اللبن من الثدي أو الضرع .

وشرعاً : مص الرضيع من الثدي الآدمية في مدة الرضاع .

١٩٤٤ - وسبب التحريم بالرضاع : هو الجزئية الناشئة من الغذاء باللبن كما أن علة

الحرمة بالقرابة هي الجزئية . وقد اختلف العلماء في المقدار الموجب للتحريم فقال أبو حنيفة ومن وافقه : قليل اللبن وكثيره سواء في ثبوت الحرمة بالرضاع .

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِمَّنْ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ (١) .

= الحلق ، أشبه ما لو وصل من جرح . مسألة : قال : (واللبن المشوب كالمحض (المشوب : المختلط بغيره . والمحض : الخالص الذي لا يخالطه سواه . وسوى الحرقى بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : قياس قول أحمد ، أنه لا يحرم ؛ لأنه وجور . وحكي عن ابن حامد أنه قال : إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا . وهو قول أبي ثور ، والمزني ؛ لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به . ونحو هذا قول أصحاب الرأي ، وزادوا ، فقالوا : إن كانت التارقد مست اللبن حتى أنضجت الطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع . ووجه الأول ، أن اللبن متى كان ظاهراً ، فقد حصل شرهه ، ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحرم ، كما لو كان غائباً ، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به ، لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذية ، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكي عن القاضي ، أن التحريم يثبت به . وهو قول الشافعي ؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه ، فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ، ولا في معناه ، فوجب أن لا يثبت حكمه فيه . فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقيه الصبي ، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ؛ لأنه لو شيب بماء أو عسل ، لم يخرج عن كونه رضاعاً محرماً ، فكذلك ، إذا شيب بلبن آخر . (ويحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ؛ لأن اللبن لا يموت) المنصوص عن أحمد ، في رواية إبراهيم الحربي ، أنه ينشر الحرمة . وهو اختيار أبي بكر . وهو قول أبي ثور ، والأوزاعي ، وابن القاسم ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال الخلال : لا ينشر الحرمة . وتوقف عنه أحمد ، في رواية مهنا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لبن ممن ليس بمحمل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم . كلين الرجل . ولنا : أنه وجد الارتضاع ، على وجه يثبت اللحم وينشز العظم من امرأة ، فأثبت التحريم ، كما لو كانت حية ؛ ولأنه لا فارق بين شرهه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة ، وهذا لا أثر له ؛ فإن اللبن لا يموت ، والنجاسة لا تمتع ، كما لو حلب في وعاء نجس ؛ ولأنه لو حلب منها في حياتها ، فشرهه بعد موتها ؛ لنشر الحرمة ، وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة ؛ لأن ثديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة ، وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة .

فصل : ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ، ثم ماتت ، فشرهه صبي ، نشر الحرمة . في قول كل من جعل الوجور محرماً . وبه قال أبو ثور ، والشافعي وأصحاب الرأي ، وغيرهم ؛ وذلك لأنه لبن امرأة في حياتها ، فأشبهه ما لو شرهه وهي في الحياة .

ويقوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (١) . من غير تقييد ، وبأنه مهما قل فقد نشأ منه جزء مناسب ، ولكن لما كان النمو بالرضاع أمراً غير ظاهر ، أسند الحكم بالتحريم إلى سببه وهو الرضاع .

وقال الإمام الشافعي : المحرم هو خمس رضعات مشبعات متفرقات . واستدل على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « خمس رضعات مشبعات يحرمن » . وهذا الحديث وإن كان يشهد له ، إلا أن الحنفية ومن وافقهم يقولون : إنه مضطرب وغير مشهور فلا يلاقي كتاب الله تعالى ، وحديث رسوله صلى الله عليه وسلم ، ولذا قال ابن مسعود رضي الله عنه : آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرم . وكان ابن الزبير يقول : لا بأس بالرضعة والرضعتين . فقال عبد الله بن مسعود : قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير ، قال تعالى : ﴿ وَأُمَّهُنَّ لَكُمْ أَلْحَىٰ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرِّضَاعَةِ ﴾ (٢) . وهذا مذهب علي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين .

١٩٤٥ - ومع كون الحنفية متفقين على أن قليل اللبن وكثيره سواء فقد اختلفوا في المدة التي يثبت فيها التحريم .

فقال أبو يوسف ومحمد ومعهما باقي الأئمة : الزمن الذي تثبت فيه الحرمة بالرضاع ستان لقله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ ﴾ (٣) . ولا زيادة بعد التمام ولقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُمْ وَفِصْلُهُمْ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (٤) . ومعلوم أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى : ﴿ وَفِصْلُهُمْ فِي عَامَيْنِ ﴾ (٥) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا رضاع بعد فصال ، ولا يتم بعد احتلام » (٦) .

وقال أبو حنيفة : الزمن الذي يكون فيه التحريم ستان ونصف . واستدل على ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُمْ وَفِصْلُهُمْ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (٧) ؛ لأن هذا أجل تعين لأمرين ، فيثبت لكل منهما كاملاً إلا أنه قام دليل التخصيص على زمن الحمل ، وهو ما روي عن عائشة أنها قالت : لا يمتك الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل . فيبقى الأجل على عمومته في حق الثاني وهو الفصال ، ونظيره ما لو قال : أجلت

(١) سبق تخريجه .
 (٢) النساء : ٢٣ .
 (٣) البقرة : ٢٣٣ .
 (٤) الأحقاف : ١٥ .
 (٥) لقمان : ١٤ .
 (٦) السنن الكبرى للبيهقي (٤/٤٦١) .
 (٧) الأحقاف : ١٥ .

الدين الذي لي على أحمد والذي لي على محمد سنة .
 فيفهم أن السنة بكاملها تثبت لكل منهما ، ولأنها بعد الستين لا بد من زمن يتعود فيه الرضيع على الغذاء فقدّر بأدنى مدة الحمل .

١٩٤٦ - وأما الأدلة الأخرى : فالمراد منها تعيين زمن استحقاقه الأجرة ، وبالتأمل يعلم أن دليل الصاحبين أقوى ؛ لأن تخصيص الأدلة بزمن الاستحقاق غير ظاهر لأنه تخصيص بلا مخصص بل المتبادر منها حكم الرضاع وحكم استحقااق الأجرة وحينئذ يكون قوله تعالى : ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ^(١) بياناً لأقل مدة الحمل ومدة الفصال بدليل : ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ ^(٢) .

١٩٤٧ - وهناك آراء أخرى أقل أهمية من هذين الرأيين فإن زفر قال : يثبت التحريم في مدة ثلاث سنين وتكون السنة الثالثة ليتعود الرضيع على الغذاء في الفصول الأربعة ؛ فإن كل فصل له غذاء خاص مثل السنة التي ضربت للعنين .

وقال بعضهم : يثبت التحريم مطلقاً سواء كان في الحولين أو بعدهما ؛ لإطلاق النص وهو قوله تعالى : ﴿ وَأَنْهَيْتُكُمْ أَلْتَبِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ^(٣) .
 ولكن الأول ممن هذه الأقوال هو المعول عليه .

وينبغي على ذلك : أنه إذا رضع الصبي من امرأة ولو بكراً أو ميتة في زمن الحولين عند الصاحبين ، أو الحولين ونصف عند الإمام ثبت التحريم بذلك الإرضاع ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الولد محتاجاً إلى اللبن أو مستغنياً عنه في زمن الحولين .
 ويروى عن الإمام أنه إذا اكتفى الولد بالطعام واستغنى به عن اللبن ، فلا يثبت به التحريم .

١٩٤٨ - ويكفي في ثبوت التحريم : وصول القليل من اللبن ولو كان قطرة واحدة ؛ إلا أنه يشترط في ثبوت الحرمة العلم بوصول اللبن إلى جوف الرضيع من القناة الهضمية ، سواء كان الوصول بواسطة فمه مصّاً أو إيجاراً - أي : إدخالاً - في فمه أو إسعاطاً من الأنف .

وعلى ذلك لو أن الصبي أخذ حلماً الثدي ولكن لم يعلم هل وصل اللبن في جوفه

(٢) لقمان : ١٤

(١) الأحقاف : ١٥

(٣) النساء : ٢٣

أو لا ، لم يثبت التحريم ؛ لأن الأحكام تبنى على اليقين لا على الشك ، وكذا لا يثبت التحريم بالحقن باللبن ؛ لأنه لا يغذي عادة . وقال محمد ومالك : يثبت به التحريم كما يثبت به الإفطار لأنه مغذٍ في الجملة .

١٩٤٩ - نعم لا يثبت التحريم بإدخال اللبن في الآمة وهي المرح الذي يكون في الرأس ولا بالإفطار في الأذن والعين ، وفي الجائفة وهي المرح الذي يكون في البطن اتفاقاً ؛ لأن اللبن بهذه الكيفية لا يكون مغذياً .

(مادة ٣٧٥)

كُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْ طِفْلاً ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى فِي مُدَّةِ الْحَوْلَيْنِ ، تَبَتَّ أُمُومَتُهَا لَهُ وَبَنُوهُ لِلرُّجُلِ الَّذِي نَزَلَ اللَّبَنُ بِوَطْئِهِ ، سِوَاءَ وَطْئِهَا بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ فَاسِدٍ أَوْ بِشَبْهَةٍ . وَتَبَتَّ أُخُوَّتُهُ : لِأَوْلَادِ الْمُرْضِعَةِ الَّذِينَ وَلَدَتْهُمْ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، أَوْ أَرْضَعَتْهُمْ قَبْلَ إِزْصَاعِهِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَالْأَوْلَادِ الرَّجُلِ الْمُؤَلَّودِينَ مِنْ صُلْبِهِ مِنْ غَيْرِ هَذِهِ الْمُرْضِعَةِ ، وَالْأَوْلَادِ مِنَ الْمُرْضَاعَةِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٤٣/١) : « يحرم على الرضيع أبواه من الرضاع وأصولهما وفروعهما من النسب والرضاع جميعاً حتى أن المرضعة لو ولدت من هذا الرجل أو غيره قبل هذا الإرضاع أو بعده أو أرضعت رضيعاً أو ولدًا لهذا الرجل من غير هذه المرأة قبل هذا الإرضاع أو بعده أو أرضعت امرأة من لبنه رضيعاً فالكل إخوة الرضيع وأخواته وأولادهم أولاد إخوته وأخواته وأخو الرجل عمه وأخته عمته وأخو المرضعة خاله وأختها خالته وكذا في الجمد والجملة » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤١٨/٣) : « وتجرمه يتعلق بالمرضعة والفحل ذي اللبن ثم تسري الحرمة منهم إلى غيرهم (فتحرم المرضعة على الطفل) الرضيع (لأنها أمه وأبؤها وأمهاتها من النسب والرضاع أجداده وجداته) فإن كان أنثى حرم على الأجداد نكاحها أو ذكراً حرم عليه نكاح الجدات (والفروع كفروع النسب) فأولادها من نسب أو رضاع إخوته ، وأخواته وإخوتها ، وأخواتها من نسب أو رضاع أخواله وخالاته ، فيحرم التناكح بينه وبينهم ، وكذا بينه وبين أولاد الأولاد بخلاف أولاد الإخوة والأخوات ؛ لأنهم أولاد أخواله وخالاته فالمراد بالفروع ما يشمل الحواشي (فإن نزل اللبن) من امرأة (على ولد منسوب) لشخص (ولو من) وطء (شبهة فأبوه أبو الرضيع) وجدته جدته وعمه عمه وابنه ابن أخيه ، ويشترط في حرمة الرضاع في حق من ينسب إليه الولد إقراره بالوطء ، قاله ابن القاص ، ومثله : استدخال المنى فإن لم يكن ذلك وحقق الولد بمجرد الإمكان لم تثبت الحرمة ، وظاهر كلام الجمهور بخالفه (وله) أي للرضيع (مع سائر أصوله وفروعه حكم ابن النسب) الأولى حكم ولد النسب مع سائر فروع وأصوله في =

= التحريم (إلا أنه يجوز لأبيه أن يتزوج بنات المرضعة) ، وإن كن أخوات ولده (وأمهاتها) ، وإن كن جدات ولده (ولأخيه أن يتنكح المرضعة) وبناتها وأمهاتها (بخلاف) نظير ذلك في (النسب) لا يجوز فيه ذلك (والعلة هناك المصاهرة) أي وجودها ، وهي منفية هنا . وبما تقرر علم أن حرمة الرضيع تنتشر منه إلى فروعه من الرضاع والنسب لا إلى أصوله وحواشيه ، وأن حرمتي المرضعة والفحل تنتشران إلى الجميع . (فرع : لا حرمة للبن الزاني) فلا يحرم عليه أن يتنكح الصغيرة المرتضعة من ذلك اللبن (و) لكن (يكره له نكاح بنته منه) أي من لبنه كما يكره له نكاح من خلقت من مائه خروجا من خلاف من حرمه .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٥٦ ، ٥٥/٢) : « (ومن أرضعت) من الأدميات (صبيًا) لم يستغن عن اللبن . (فبنات تلك المرأة) ولو من زوج غير فحلها اليوم (وبنات فحلها) اليوم الذي حصل فيه الرضاع بلبنه ولو من غير تلك المرأة المرضعة . (ما تقدم) على رضاعه (أو تأخر) عند الجميع (إخوة له) أي لهذا الصبي ، واعلم أن أصول التحريم بالرضاع ثلاثة : الرضيع ، والمرضعة ، وفحلها ، وإن كان الرضيع ذكرا حرمت عليه لأنها أمه من الرضاع وجميع أقاربها إلا بنات إخوتها وأخواتها ؛ لأنهن بنات خالات وبنات أخوات ، وكذلك يحرم عليه جميع أقارب الزوج صاحب اللبن إلا بنات إخوته وأخواته لأنهن بنات أعمام وعمات ، وإن كان الرضيع أنثى حرمت على أقارب المرضعة إلا بنات إخوتها وأخواتها ، وكذا تحرم على أقارب الزوج إلا على بنات إخوته وأخواته ، وتحرم الرضيعة على صاحب اللبن وما تناسل منها ؛ لأنها بنته ، وما يتناسل منها حفدة ، ومن الأصول الثلاثة تنتشر الحرمة إلى الأطراف ، ثم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، بيانه : إذا حرمت المرضعة على الرضيع حرمت عليه أمهاتها نسبتا ورضاعا لأنهن جدات ، وأخواتها نسبتا ورضاعا ، وأولادها من الجهتين إخوة ، وكذلك أولاد الإخوة ، وكذلك أولاد الرضيع أحفاد المرضعة ، ولا تحرم المرضعة على أبي الرضيع ولا على أخيه ، وكذلك زوج المرضعة أو المرتضع ، وأبوه جده ، وأخوه عم ، وولده أخ ، وعلى هذا القياس ، ولا يعتبر في لبن الفحل أن يكون من وطء حلال ولو من حرام لا يلحق الولد منه بصاحبه خلافاً لظاهر كلام خليل .

(تبيين) الأول : ظاهر المصنف أن الرضيع يصير أختاً لأولاد فحل المرضعة ، ولو كان رضع عليها قبل أن يتزوجها ذلك الفحل وليس كذلك ، بل لا يكون أختاً لبنات ذلك الفحل من الرضاع إلا إذا كان قد وطئ المرضعة وأنزل قبل الإرضاع حتى يصدق عليه أنه شرب من لبن ذلك الفحل ، وأما لو رضع عليه قبل نكاحه إياها ثم عقد عليها بعد انقطاع الرضاع فلا تكون بناته أخوات له لأنه لم يشرب من لبنه حتى يكون ابناً له ، كما هو معلوم من قولهم : يجوز للريب أن يتزوج بنت امرأة أبيه من رجل غيره حيث شرطوا عدم رضاعها من لبن أبيه بأن قطعت قبل نكاح أبيه لأمها .

الثاني : قول المصنف : ومن أرضع كان مقتضى الظاهر أن يقول : أرضعت بالباء ؛ لأن الفاعل ضمير المؤنث ، وقال في الخلاصة : وإنما تلزم فعل مضمر متصل أو مفهم ذات حر . والجواب : أنه ذكر الضمير نظراً إلى لفظ من فاته يجوز مراعاة لفظها كما في قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَفْتَنَنَّ يَنْفَتَنَّ ﴾ إذ لو راعى المعنى لقال : ومن فتنت لأن الباء مع المضارع كالتاء مع الماضي في اللزوم ، وقوله : « فبناتها وبنات فحلها إخوة » ، كان الواجب أن يقول : أخوات لأنه جمع أخت وإخوة جمع أخ المذكور ، وجوابه : أنه راعى لفظ ما من قوله ما تقدم فإنه =

= مفرد مذكر ، ولما كان يتوهم من كون بناتها أخوات للرضيع وعدم حلهن لإخوته قال : (و) يجوز (لأخيه) أي ذلك الصبي نسباً (نكاح بناتها) لأن الذي يقدر ولذا للرضعة خصوص الرضيع . قال خليل : وقدر الطفل خاصة ولذا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه ، فكأنه حاصل من بطنها ومن ظهره وفروعه كهو فحرم عليه المرضعة وأمها وبناها وعماتها وإخالاتها كما تحرم على فصوله ، ولا تحرم على أصوله ولا على إخوته ، ويستمر كل من رضع ولذا لصاحب اللبن لانقطاعه وإن بعد سنين واشترك مع القديم ، فالحاصل : أن أصول الرضيع مع النسب ، وكذلك إخوته أجناب في تلك المرضعة فتحل لهن . قال خليل : وقدر الطفل خاصة ولدا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه وإن بعد سنين فمحترز خاصة أصوله وإخوته ، وأما فصوله فلم يحترز بخاصة عنها بل هم مثله في الحرمة كما ذكرنا .

(تصمان) الأولى : لم يذكر المصنف ما يثبت به الرضاع ، وبينه خليل بقوله : ويثبت برجل وامرأة وامرأتين إن فشا قبل العقد ، سواء كانتا أجنبيتين أو أمهاتهما ، قاله أبو الحسن شارح المدونة ، لا بامرأة ولو فشا ولو كانت عدلة ، ولا فرق بين كون الرضاع حصل في زمن إسلام المرأة أو كفرها . قال خليل : ورضاع الكفر معتبر ، فلا يحل لمن رضع على كفرة أن يتزوج بأولادها ولو بعد إسلامهن . الثانية : الرضاع على الخنثى المشكل محرم ، كما أن الشك في وصول اللبن إلى جوف الرضيع محرم كما عند ابن ناجي وتبعه الخطاط والسنهوري .

قول الخطابة : جاء في المغني (١٤١/٨ ، ١٤٢) : (وإذا حلبت ممن يلحق نسب ولدها به ، فتاب لها لبن ، فأرضعت به طفلاً خمس رضعات متفرقات ، في حولين ، حرمت عليه ، وبناتها من أبي هذا الحمل ، ومن غيره ، وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها . وإن أرضعت صبياً ، فقد صارت ابنة لها ولزوجها ؛ لأن اللبن من الحمل الذي هو منه) وجملة ذلك أن المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً رضاعاً محرماً ، صار الطفل المرتضع ابناً للرضعة ، وبغير خلاف ، وصار أيضاً ابناً لمن ينسب الحمل إليه ، فصار في التحريم وإباحة الخلوة ابناً لهما ، وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما ، وإن نزلت درجاتهم ، وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره ، وجميع أولاد الرجل الذي انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها ، إخوة المرتضع ، وأخواته ، وأولاد أولادها أولاد إخوته وأخواته ، وإن نزلت درجاتهم ، وأم المرضعة جدته وأبؤها جده ، وإخوتها أخواله ، وأخواتها خالاته ، وأبو الرجل جده ، وأم جده ، وإخوته أعمامه ، وأخواته عمات ، وجميع أقاربها ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب ؛ لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة ، فنشر التحريم إليهما ، ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه ، وهو الذي يسمى لبن الفحل .

وفي التحريم به اختلاف ، ذكرناه في باب ما يحرم نكاحه ، والجمع بينه ، والحجة القاطعة فيه ، ما روت عائشة : أن أفلح أخوا أبي القعيس ، استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب ، فقلت : والله لا أذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فإن أخوا أبي القعيس ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس . فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله ﷺ إن الرجل ليس هو أرضعني ، ولكن أرضعتني امرأته . قال : « ائذني له ؛ فإنه عمك ، تربت بيمينك » . قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : حرماً من الرضاع ما يحرم من =

١٩٥٠ - فإذا علمنا أن الرضاع محرم ، ظهر لنا جليلاً أن المرأة إذا أرضعت صبيًا في المدة المحددة للتحريم سواء كانت سنتين على قول الصحابين ، أو سنتين ونصفًا على قول الإمام صارت أمه من الرضاع فيحرم عليهما التزوج ببعضهما .

١٩٥١ - ولو كان للمرأة زوج ونزل لها اللبن بواسطته ؛ صار ذلك الزوج أبًا للرضيع سواء كان عقد الزواج صحيحًا أو فاسدًا .

١٩٥٢ - وإن نزل اللبن بسبب وطء بشبهة ؛ فإما أن تكون الشبهة معتبرة ومسقطه للحد أو غير معتبرة .

فإن كانت معتبرة وأرضعت المرأة بنتًا من هذا اللبن ؛ صار ذلك الرجل أبًا لها فلا يجوز له تزوجها .

١٩٥٣ - وإن كانت الشبهة غير معتبرة بأن عقد على امرأة محرمة عليه تأييدًا وهو يعلم الحرمة ؛ يكون حكم هذا اللبن حكم لبن نزل بسبب الزنى .

وقد اختلف العلماء في حكمه ، فقال بعضهم : إنه كالحلال بالنسبة لأصول الزاني وفروعه ، فإذا أرضعت المرأة بنتًا ؛ حرمت على الزاني وآبائه ، ولا تحرم على غير هؤلاء . فلمع الزاني أن يتزوجها كما يجوز له أن يتزوج الزانية .

وقال بعضهم : إن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة ما لم يثبت النسب ، والظاهر أن الأول أوجه ؛ لأن ماء الرجل له دخل في وجود لبن المرأة مثل تلقيح النخيل ، فهو محصّب له فيضاف إليه أيضا .

١٩٥٤ - وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأمّه وأبيه يثبت بين الرضيع وأولاد المرضعة سواء كانوا أولادًا للرجل الذي نزل بسببه اللبن ؛ وحينئذ يكون الرضيع وهؤلاء الأولاد

= النسب . متفق عليه . وسئل ابن عباس ، عن رجل تزوج امرأتين ، فأرضعت إحداها جارية ، والأخرى غلامًا ، هل يتزوج الغلام الجارية ، فقال : لا ، اللقاح واحد . قال مالك : اختلف قديمًا في الرضاة من قبل الأب ، ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم ؛ منهم محمد بن المنكدر ، وابن أبي حبيبة ، فاستفتوا في ذلك ، فاختلف عليهم ، فارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع : فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ، ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ، ولا إلى أعلى منه ، كأبيه وأمّه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته ، فلا يحرم على المرضعة نكاح أبي الطفل المرتضع ، ولا أخيه ، ولا عمه ، ولا خاله ، ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ، ولا أخته ، ولا عمته ، ولا خالته ، ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة ، وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ، ليس بينهما رضاع ولا نسب ، وإنما الرضاع بين الجارية وأخته .

إخوة أشقاء من الرضاع ، أو كانوا من المرأة دون الرجل ؛ وحيثيذ يكونون إخوة لأم ، أو كانوا من الرجل الذي نزل بواسطته دون المرأة ؛ وحيثيذ يكونون إخوة لأب من الرضاع .

١٩٥٥ - ولا يشترط في ثبوت التحريم بالرضاع كونهم في زمن واحد بل كل من رضع من امرأة صار أخا لأولادها سواء ولدوا في الماضي أو في المستقبل وصاروا إخوة لأبناء الرجل الذي هو سبب في نزول اللبن ، أي : أن اختلاف الزمن لا ينفي التحريم بل المدار في ثبوت الحرمة على الاجتماع على ثدي واحد وإن تغيرت الأوقات كما أن المدار في ثبوت أبوة الرجل للأولاد الذين رضعوا كونه سببا في وجود اللبن الذي ارتضعوه ، وإن اختلف الزمن .

١٩٥٦ - فلو أن رجلاً تزوج امرأة ثم ولدت منه وأرضعت غلاماً ، ثم بعد عشر سنين حملت منه ثانياً ، ثم ولدت بنتاً وأرضعت أخرى ؛ فالبنتان أختان للغلام الذي رضع منها منذ عشر سنين ، وكذا لو كان لرجل امرأتان فولدت أحدهما وأرضعت بنتاً ، ثم بعد خمس عشرة سنة ولدت الأخرى ولداً وأرضعت معه ولداً آخر ؛ فالولدان أخوان للبنت التي رضعت من المرأة الأولى .

١٩٥٧ - وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأولاد الرجل والمرضعة من النسب يثبت أيضاً بينه وبين أولادهما من الرضاع .

١٩٥٨ - وفي ثبوت الحرمة بين الرضيع وبين الرجل عند الشافعي رأيان : أحدهما : أنه لا حرمة بين الرضيع والرجل الذي نزل اللبن بواسطته ؛ لأن اللبن الذي تغذى به الولد جزء للمرأة المرضعة لا جزء للرجل .

وثانيهما : أن الحرمة ثابتة وهو الأرجح عملاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ^(١) .

(مادة ٣٧٦)

« يَحْرُمُ بِالرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ ، وَالْمُصَاهَرَةِ .

فَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّهُ ، وَفُرُوعَهُ مِنَ الرِّضَاعِ ، وَأَخْتَهُ الشَّقِيقَةَ رِضَاعًا ، وَأَخْتَهُ مِنْ أَبِيهِ ، وَأَخْتَهُ مِنْ أُمِّهِ ، وَبِنْتِ أَخِيهِ ، وَعَمَّتُهُ ، وَخَالَتُهُ ، وَخَلِيلَةَ ابْنِهِ رِضَاعًا ، وَخَلِيلَةَ أَبِيهِ كَذَلِكَ وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا .

(١) سبق تخريجه .

وَيَجِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنَ الرُّضَاعِ : أُمُّ أُخِيهِ ، وَأُمُّ أُخِيَّتِهِ ، وَأَخْتُ ابْنِهِ ، وَأَخْتُ بَنِيهِ ، وَجَدَّةُ ابْنِهِ ، وَجَدَّةُ بَنِيهِ ، وَأُمُّ عَمِّهِ ، وَأُمُّ عَمَّتَيْهِ ، وَأُمُّ خَالَهِ ، وَأُمُّ خَالَتَيْهِ ، وَعَمَّةُ بَنِيهِ ، وَبِنْتُ عَمَّةِ ابْنِهِ ، وَبِنْتُ عَمَّةِ بَنِيهِ ، وَبِنْتُ أُخْتِ ابْنِهِ ، وَبِنْتُ أُخْتِ بَنِيهِ ، وَأُمُّ وَلَدِ ابْنِهِ ، وَأُمُّ وَلَدِ بَنِيهِ ، وَأَخْتُ أُخِيهِ ، وَأَخْتُ أُخِيَّتِهِ .

وَيَجِلُّ لِلْمَرْأَةِ مِنَ الرُّضَاعِ : أَبُو أُخِيَّتِهَا ، وَأَخُو ابْنَيْهَا ، وَجَدُّ ابْنَيْهَا ، وَأَبُو عَمَّتَيْهَا ، وَأَبُو خَالَهَا ، وَخَالَ وَلَدِهَا ، وَابْنُ خَالَتِهَا ، وَابْنُ أُخْتِهَا وَلَدِهَا ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٢/٤ - ٦) : « المحرمات نكاحا على التابيد أنواع ثلاثة : محرمات بالقرابة ، ومحرمات بالصهرية ، ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام في هذا الكتاب يقع في ثلاثة مواضع : أحدها في بيان المحرمات بالرضاع ، والثاني : في بيان صفة الرضاع المحرم ، والثالث : في بيان ما يثبت به الرضاع . (فصل) : أما الأول : فالأصل أن كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله ﷻ في كتابه الكريم نفساً أو دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح ؛ يحرم بسبب الرضاعة إلا أن الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها ، وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها . أما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو أن المرضعة تحرم على المرضع ؛ لأنها صارت أمّاً له بالرضاع فتحرم عليه لقوله ﷻ : ﴿ وَأَتَيْنَاكُمْ الْبَنَاتِ أَرْضَعْتَكُمْ ﴾ معطوفاً على قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ فسمى ﷻ المرضعة أم المرضع وحرمتها عليه .

وكذا بناتها يحرم من عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر ؛ لأنهن أخواته من الرضاعة وقد قال الله ﷻ : ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ بَرَكِ أَرْضَعْتَكُمْ ﴾ أثبت الله تعالى الأخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقاً من غير فصل بين أخت وأخت ، وكذا بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن ؛ لأنهن بنات أخ المرضع وأخته من الرضاعة ، وهن يحرم من النسب كذا من الرضاعة . ولو أرضعت امرأة صغيرين من أولاد الأجنبي صاروا أخوين ؛ لكونهما من أولاد المرضعة ، فلا يجوز المناكحة بينهما إذا كان أحدهما أنثى .

والأصل في ذلك : أن كل اثنين اجتماعاً على لثدي واحد صاروا أخوين أو أختين أو أمّاً وأختاً من الرضاعة ، فلا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالأخر ولا يولده كما في النسب ، وأمّهات المرضعة يحرم من على المرضع ؛ لأنهن جداته من قبل أمه من الرضاعة وآباء المرضعة أجداد المرضع من الرضاعة ؛ فيحرم عليهم كما في النسب . وأخوات المرضعة يحرم من على المرضع ؛ لأنهن خالاته من الرضاعة وإخواتها أخوال المرضع ، فيحرم عليهم كما في النسب . فأما بنات إخوة المرضعة وأخواتها فلا يحرم من على المرضع ؛ لأنهن بنات أخواله وخالاته من الرضاعة وأنهن لا يحرم من النسب ، فكذا من الرضاعة . وتحرم المرضعة على أبناء المرضع وأبناء أبنائها وإن سفلوا كما في النسب ؛ وهذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة . والأصل في هذه الجملة : قول النبي ﷺ :

« يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » فيجب العمل بعمومه إلا ما خص بدليل . وأما الحرمة في جانب =

= زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن : فثبت عند عامة العلماء وعامة الصحابة ؑ ، وروي عن رافع بن خديج ؑ أنه قال : لا تثبت ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وبشر المريسي ومالك وهي المسألة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل أنه هل يحرم أو لا ؟

وتفسير تحريم لبن الفحل : أن المرضعة تحرم على زوج المرضعة ؛ لأنها بنته من الرضاع وكذا على أبنائه الذين من غير المرضعة ؛ لأنهم إخوتها لأب من الرضاعة ، وكذا على أبنائه وأبنائه بناته من غير المرضعة ؛ لأنهم أبناء إخوة المرضعة وأخواتها لأب من الرضاعة . وعلى هذا إذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وأرضعت كل واحدة منهما صغيرًا أجنبيًا ؛ فقد صارا أخوين لأب من الرضاعة . فإن كان أحدهما أنثى فلا يجوز النكاح بينهما ؛ لأن الزوج أخوها لأبيها من الرضاعة ، وإن كانا أنثيين ؛ لا يجوز لرجل أن يجمع بينهما ؛ لأنهما أختان لأب من الرضاعة وتحرم على أباء زوج المرضعة ؛ لأنهم أجدادها من قبل الأب من الرضاعة وكذا على إخوته ؛ لأنهم أعمامها من الرضاعة وأخوات عمات المرضع فيحرمن عليه .

وأما أولاد إخوته وأخواته : فلا تحرم المناكحة بينهم ؛ لأنهم أولاد الأعمام والعمات . ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع . هذا تفسير لبن الفحل . احتج من قال : إنه لا يحرم بأن الله ﷻ بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى : ﴿ وَأَنْهَيْتُكُمْ أَنْتِي أَرْضَمْتَكُمْ ﴾ ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبها ؛ لبينها كما بين في النسب بقوله ﷻ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ ولأن المحرم هو الإرضاع وإنه وجد منها لا منه فصارت بنتًا لها لا له ، والدليل عليه أنه لو نزل للزوج لبن فارتضعت منه صغيرة ؛ لم تحرم عليه فإذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ؟ ولنا : الحديث المشهور وهو قول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » روي أن عائشة رضي الله عنها قالت : جاء عمي من الرضاعة فاستأذن علي فأبيت أن أذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال ﷺ : إنما هو عمك فأذني له ، فقلت : يا رسول الله ، إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فقال رسول الله ﷺ : « إنه عمك فليج عليك » قالت عائشة رضي الله عنها : وكان ذلك بعد أن ضرب علينا الحجاب . أي : بعد أمر الله ﷻ النساء بالحجاب عن الأجنبي . وقيل : كان الداخل عليك أفلح أبا القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها ، وعن عمرة أن عائشة رضي الله عنها أخبرتها أن رسول الله ﷺ كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة ، قالت عائشة : فقلت : يا رسول الله ، هذا رجل يستأذن في بيتك ، فقال : « أراه فلانًا » - لم حفصة من الرضاعة - فقلت : يا رسول الله ، لو كان فلانًا حيا - لممي من الرضاعة - أكان يدخل علي ، فقال : « نعم إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » وعن علي رضي الله عنه قال : لا تنكح من أرضعه امرأة أليك ، ولا امرأة أخيك ، ولا امرأة ابنتك . وعن ابن عباس رضي الله عنهما : أنه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فأرضعت هذه غلامًا وهذه جارية : هل يصلح للغلام أن يتزوج الجارية ، فقال ﷻ : لا ، اللقاح واحد بين الحكم وأشار إلى المعنى وهو اتحاد اللقاح ؛ ولأن المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعًا ؛ فيجب أن يكون الرضاع منهما جميعًا كما كان الولد لهما جميعًا . وأما قولهم : إن الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها ؛ فنقول : إن لم يبينها نصًا فقد بينها دلالة ؛ وهذا لأن البيان من الله تعالى بطريقين : بيان إحاطة وبيان كفاية ، فبين في النسب بيان إحاطة وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطًا للمجتهدين على الاجتهاد والاستدلال =

بالمختص عليه على غيره وهو أن الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعاً ؛ فكان الرضاع منهما جميعاً وهذا ؛ لأن اللبن إما يوجب الحرمة لأجل الجزئية والبعضية ؛ لأنه نبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ، ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما جميعاً ، وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم ؛ فقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمان احتياطاً والسبب يقيم مقام المسبب خصوصاً في باب الحرمان أيضاً .

ألا ترى أن المرأة تحرم على جدتها كما تحرم على أبيها ، وإن لم يكن تحريمها على جدتها منصوصاً عليه في الكتاب العزيز ، لكن لما كان مبيّناً بيان كفاية وهو أن البنت وإن حدثت من ماء الأب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الأب ، أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة احتياطاً ، كذا ههنا ، والدليل عليه ؛ أنه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصّاً ؛ لم يذكر بنات الإخوة والأخوات من الرضاعة نصّاً ، وإنما ذكر الأخوات ثم ذكر لبنات الإخوة والأخوات دلالة حتى حرمن بالإجماع كذا ههنا . على أنه إن لم يبين بوحى متلوّ فقد بين بوحى غير متلو على لسان رسول الله ﷺ بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقد خرج الجواب عن قولهم : إن الإرضاع وجد منها لما ذكرنا أنه وجد منهما ؛ لأن سبب حصول اللبن ماؤهما جميعاً فكان الإرضاع منهما جميعاً .

وأما الزوج إذا نزل له لبن فأرضعت به صغيرة ؛ فذاك لا يسمى رضاعاً عرفاً وعادة ، ومعنى الرضاع أيضاً لا يحصل به ؛ وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء ؛ لأنه لا يفتنه من جوع فصار كلين الشاة ، والله ﷻ أعلم . ثم إنما تثبت الحرمة من جانب الزوج إذا كان لها زوج ، فأما إذا لم يكن لها زوج بأن ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت به صبيّاً ؛ فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزاني ؛ لأن نسبه يثبت منها لا من الزاني . والأصل : أن كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع ، وكذا البكر إذا نزل لها لبن وهي لم تتزوج قط ؛ فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق . وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الأربع الذين وصفناهم في كتاب النكاح - يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وينتها من زوج آخر من الرضاع كما في النسب إلا أن الأم تحرم بنفس العقد على البنت إذا كان صحيحاً ، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم كما في النسب وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وإن علون أو بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن من الرضاع كما في النسب ، وكذا تحرم حليمة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وإن سفل على أب الرضاع وأب أبيه وإن علا كما في النسب ، وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وإن علا على ابن الرضاع وابن ابنه وإن سفل كما في النسب ، وكذا يحرم بالوطء أم الموطوءة وبناتها من الرضاع على الواطئ . وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وإن علوا ، وعلى أبناء أبنائه وإن سفلوا كما في النسب سواء كان الوطاء حلالاً بأن كان يملك اليمين أو الوطاء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح ، أو كان بزنا عندنا .

وعند الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع والمسألة قد مرت في كتاب النكاح . ثم قول النبي ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » مجرى على عمومها إلا في مسألتين : إحداهما أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج بأخت ابنه من النسب لأنه وهو أن يكون لابنه أخت لأمه من النسب من زوج =

١٩٥٩ - ومن هذا الحديث يظهر لنا أن كل من يحرم بسبب النسب يحرم بسبب الرضاع .

وينبغي على ذلك : أنه لا يجوز للرضيع أن يتزوج أصوله وفروعه من الرضاع فلا يحل لمن رضع من امرأة أن يتزوجها ولا يتزوج أمها ولا أم أبيها ولا كل امرأة هي أصل له رضاعاً ، كما يحرم عليه ذلك نسباً ، وكذا لا يحل لصاحب اللبن أن يتزوج الصبية التي رضعت من امرأته لأنها بنته .

١٩٦٠ - ولا يجوز له أيضاً أن يتزوج بنت ابنه رضاعاً ، أو بنت بنته كذلك ، وكذا لا يجوز لرجل أن يتزوج أخته من الرضاع سواء كانت شقيقة بأن رضعا من امرأة وكان سبب اللبن الذي رضعا منه واحداً أو كانت أختاً له لأب بأن رضع الصبي من امرأة ورضعت صبية من امرأة أخرى كان سبب نزول اللبن لهما رجلاً واحداً بأن كان زوجاً لهما أو كانت أختاً له من الأم بأن أرضعت امرأة غلاماً ثم طلقت من زوجها وتزوجت بآخر فولدت منه وأرضعت بنتاً من اللبن الذي تسبب في وجوده عندها الزوج الثاني .

١٩٦١ - وكذلك يحرم على الرجل أن يتزوج بنت أخته رضاعاً كما يحرم عليه ذلك نسباً وتحرم عليه عمته رضاعاً سواء كانت عمه شقيقة بأن كانت تلك العمه أخت أبيه رضاعاً لأب وأم أو كانت عمه لأب بأن كانت أخت أبيه رضاعاً لأب أو كانت عمه له لأم بأن كانت أختاً لأبيه رضاعاً لأم كما سبق ، ويحرم أيضاً على الرجل خالته رضاعاً أي أخت أمه رضاعاً شقيقة كانت أو لأب أو لأم وهو واضح .

= آخر كان لها ، ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع وهو أن يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته ؛ لأن المانع من الجواز في النسب كون أم الأخت موطوءة الزوج ؛ لأن أمها إذا كانت موطوءة ؛ كانت هي بنت الموطوءة ، وإنها حرام ، وهذا لم يوجد في الرضاع ، ولو وجد ؛ لا يجوز كما لا يجوز في النسب . والثانية : أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أم أخته من النسب لأبيه وهو أن يكون له أخت من أبيه من النسب لا من أمه ؛ لا يجوز له أن يتزوج أم هذه الأخت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع ، وهو أن يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب ؛ لأن المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه ، وهذا لم يوجد في الرضاع حتى لو وجد ؛ لا يجوز كما في النسب . ويجوز للرجل أن يتزوج أخت أخيه لأبيه من النسب وصورته منكوحة أبيه إذا ولدت ابناً ولها بنت من زوج آخر ؛ فهي أخت أخيه لأبيه فيجوز له أن يتزوجها ، وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ، ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب ؛ لأن المرضع ابنه ، ويجوز للإنسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة ؛ لأنها أم ابنه من الرضاع فهي كأم ابنه من النسب ، وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بأمه .

١٩٦٢ - وليست حرمة الرضاع قاصرة على ما يحرم من النسب ، بل يشمل ما يحرم بالمصاهرة أيضًا فكما يحرم على الإنسان أن يتزوج امرأة ابنه أو امرأة أبيه نسبتا كذلك لا يجوز له أن يتزوج امرأة ابنه أو امرأة أبيه رضاعًا وظاهر أن حكم التحريم غير مفهوم من حديث : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (١) .

بل حكمه مستفاد من قوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ (٢) . وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (٣) . فكما أن حرمة زوجة الابن ثابتة بقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ (٤) .

١٩٦٣ - كذلك حرمة زوجة الابن رضاعًا ثابتة بهذه الآية لأن ذكر الأصلاب ليس لإخراج غير زوجة الابن النسبي ، بل إنما ذكر لإخراج زوجة المتبنى لا غير فتبقى شاملة للابن رضاعًا أيضًا .

١٩٦٤ - وكما أن حكم حرمة زوجة الآباء مأخوذ من قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (٥) .

١٩٦٥ - فكذا حكم تحريم زوجة الأب رضاعًا ؛ لأن الأب رضاعًا يسمى أبا شرعًا ولأن الشارع جعل بينهما رابطة قوية بسبب الرضاع حتى سمي أحدهما أبا والآخر ابنا فلا ينبغي قطع تلك الرابطة بتزوج زوجة الآخر فإن زواجها يفرس بينهما شجر البغضاء فيصيران عدوين بعد أن كان أحدهما يعتبر نفسه أبا والآخر يعتبر نفسه ابنا له .

١٩٦٦ - ولا فرق في ثبوت التحريم بين كون الابن أو الأب دخل بالمرأة أو لم يدخل لعموم النص .

١٩٦٧ - ولما كان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (٦) . يشمل بعض أفراد وكان ذلك يومهم تحريم تلك الأفراد بالرضاع مع أنه بالتأمل يعلم أنه لا يشملها عمد إلى بيانها حتى ينكشف الغطاء وهذه الأفراد هي : أم الأخ وأم الأخت وأخت الابن والبنت وجدة الابن وجدة البنت وأم العم والعمة وأم الحال والحالة وعمة الابن والبنت وبنت عمه الابن وبنت عمه البنت وبنت أخت الابن وبنت أخت البنت وأم ولد الابن وأم ولد البنت وأبو أخي المرأة وأخو ابنها وأبو خالها

(١) سبق تخريجه . (٢) النساء : ٢٣ .

(٣) النساء : ٢٢ . (٤) النساء : ٢٣ .

(٥) النساء : ٢٢ . (٦) سبق تخريجه .

وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن أخت ولدها .

١٩٦٨ - فهؤلاء لا يحرمون بالرضاع كما يحرمون بالنسب لأن حرمة من ذكر بالنسب قد ثبتت لعلة الجزئية فإذا لم تتحقق تلك العلة انتفى التحريم كما في أخت الأخ نسبتاً فإنه في بعض الصور يسوغ له أن يتزوجها كما إذا كان له أخ لأب نسباً ولذلك الأخ أخت نسبياً من الأم فإنه يجوز لأخيه لأب أن يتزوجها لأنها أجنبية بالنسبة إليه ولا جزئية بينهما فلا تحريم وبما أنه لا جزئية بواسطة الرضاع في هذه الأفراد فلا تحريم أيضاً .

١٩٦٩ - وحينئذ لا تكون تلك الأفراد مستثناة من الحديث لأنه لا يشملها أصلاً لعدم الرابطة والرضاع إنما يحرم إذا أوجد رابطة كرابطة النسب كما هو جلي من قوله عليه الصلاة والسلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

١٩٧٠ - وهاك بيان كل فرد على حدته لتتضح لك الحقيقة فأقول :

١٩٧١ - يحل للرجل أن يتزوج أم أخيه رضاعاً وهذه الجملة تحتل ثلاث صور لأنه إما أن يكون له أخ من الرضاع وذلك الأخ له أم من الرضاع ولم يرضع منها ذلك الأخ ومعلوم أنها أجنبية بالنسبة إليه فتحل له .

١٩٧٢ - وإما أن يكون له أخ من الرضاع له أم من النسب ولم يرضع منها فله أن يتزوجها لعدم الرابطة بينهما وإما أن يكون له أخ من النسب وذلك الأخ له أم من الرضاع فله تزوجها كما تقدم .

١٩٧٣ - وما قيل في أم الأخ رضاعاً يقال في أم الأخت رضاعاً .

١٩٧٤ - وأما إذا كان له أخ من النسب ولذلك الأخ أم من النسب فلا يجوز له أن يتزوجها ؛ لأنها إما أن تكون أمه أن كانت أمها واحدة وإما أن تكون موطوءة أبيه وكلتاها محرمة عليه كما سبق .

١٩٧٥ - وكذا يحل للرجل أن يتزوج أخت ابنه رضاعاً وهذه أيضاً مجتمعة ولها صور ثلاث لأنه إما أن يكون للرجل ابن من الرضاع ولذلك الابن أخت من الرضاع بأن رضع الولد من امرأته ثم رضع مع البنت من امرأة أخرى ولم ترضع تلك البنت من امرأته أصلاً فتلك البنت غير محرمة على ذلك الرجل لأنها أجنبية منه . وإما إن يكون له ابن من الرضاع ولذلك الابن أخت من النسب لم ترضع من امرأته فهي حلال له لعدم الرابطة ، وإما أن يكون له ابن من النسب ولابنه أخت من الرضاع بأن رضع معها من امرأة غير زوجة الرجل فتحل له لما تقدم .

١٩٧٦ - وأما إذا كان له ابن من النسب ولائنه أخت من النسب فلا تحل له ؛ لأنها إما أن تكون بنته وإما أن تكون بنت زوجته ومعلوم أنها محرمة عليه في الحالتين وحكم أخت ابنته هو حكم أخت ابنه .

١٩٧٧ - ويحل للرجل أن يتزوج جدة ابنه رضاعًا وهذه العبارة تشمل ثلاث حالات أيضًا لأنه يحتمل أن يكون له ابن من الرضاع والابن له جدة من الرضاع أو يكون له ابن من الرضاع له جدة من النسب وله جدة من الرضاع وفي كل هذه الصور تحل له الجدة لأنها أجنبية منه وليس بينهما أدنى جزئية بواسطة الرضاع نعم لو كان له ابن من النسب وللابن جدة من النسب فلا تحل له تلك الجدة لأنها من أصول زوجته وهي محرمة عليه بمنطوق قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ (١) .

١٩٧٨ - وكذا الحكم في جدة بنته وأيضًا يحل للرجل أن يتزوج أم عمه من الرضاع والصور المتقدمة تأتي هنا لأنه إما أن يكون له عم من الرضاع أي أخ لأبيه رضاعًا شقيقًا كان أو لأب أو لأم وذلك العم له أم من الرضاع وإما أن يكون له عم من الرضاع والعم له أم من النسب وإما أن يكون له عم من النسب وللعم أم من الرضاع وعلى كل حال فله أن يتزوجها لعدم تحقق علة التحريم في النسب .

١٩٧٩ - وأما إذا كان له عم من النسب ولعمه أم من النسب فلا يجوز له تزوجها لأنها إما أن تكون جدته أو موطوءة جده وهما محرمتان عليه كما سبق . وما قيل في أم العم يقال في أم العمة وأم الخال وأم الخالة لأن الحكم واحد في الكل .

١٩٨٠ - ويحل للرجل أن يتزوج عمه ابنه رضاعًا وهذه العبارة لها صور ثلاث أيضًا لأنه إما أن يكون له ابن رضاعًا والابن له عمه رضاعًا أو يكون له ابن من الرضاع والابن له عمه من النسب أو يكون له ابن نسبي ولائنه عمه من الرضاع وهي أجنبية منه في جميع هذه الصور فيسوغ له أن يتزوجها شرعًا .

١٩٨١ - وأما إذا كان له ابن من النسب ولائنه عمه من النسب فليس له تزوجها لأنها أخته وما قيل في عمه الابن يقال في عمه البنت .

١٩٨٢ - ويعلم حل تزوج بنت عمه ابنه وبنته رضاعًا من باب أولى وإذا علمنا أن أخت الابن رضاعًا تحل نعلم أن بنتها تحل أيضًا بطريق الأولوية ويحل للرجل أيضًا أن يتزوج أم ولد ابنه مذكرا كان الولد أو مؤنثًا ومعنى العبارة أن يكون للرجل ابن وللابن

ابن أو بنت وذلك الابن أو البنت لها أم والمسألة لها أربعة أحوال لأن الابن إما أن يكون من الرضاع وللابن ابن أو بنت من الرضاع وله أو لها أم من الرضاع أو من النسب فتحل للأب لأنها أجنبية منه وإما أن يكون للرجل ابن من الرضاع وللابن ولد من النسب المذكراً كان أو مؤنثاً ولذلك الولد أم من الرضاع فتحل له بخلاف ما إذا كانت أمًا من النسب فإنها لا تحل لكونها زوجة ابنه رضاعاً وإما أن يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من الرضاع المذكراً كان أو مؤنثاً ولذلك الولد أم من الرضاع أو من النسب فتحل له لأنها أجنبية منه وإما أن يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من النسب المذكراً كان أو مؤنثاً ولذلك الولد أم من الرضاع فتحل للرجل لأنها أجنبية بالنسبة إليه .

١٩٨٣ - فإن كانت أما نسبية أيضاً فلا تحل لأنها حليلة ابنه نسبياً ومن هذا يعلم حكم أم ولد بنته .

١٩٨٤ - ومتى علمنا أن الرجل يحل له أن يتزوج أم أخيه رضاعاً علمنا أن المرأة يجوز لها التزوج بأخي ابنها رضاعاً لما في ذلك من التلازم وكذا يقال إذا جاز للرجل أن يتزوج أخت ابنه رضاعاً جاز للمرأة التزوج بأبي أخيها رضاعاً لما بينهما من التلازم وهكذا يقال في الصور التي بعدهما .

(مادة ٣٧٧)

إِذَا أَرْضَعَتْ زَوْجَةَ الرَّجُلِ الْكَبِيرَةَ صَرَتْهَا الصَّغِيرَةَ فِي مُدَّةِ الْحَوْلَيْنِ، حَرَمَتْ عَلَيْهِ حُرْمَةً مُؤَبَّدَةً إِنْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، وَإِلَّا جَازَ تَزْوُجُ الصَّغِيرَةِ ثَلَاثًا ، حَيْثُ كَانَ اللَّبْنُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ مَهْرِهَا ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ تَمَّ دَبْتُ الْفَسَادِ ، وَكَانَتْ عَاقِلَةً طَائِعَةً مُسْتَبْقِظَةً عَابِلَةً بِالنِّكَاحِ وَفَسَادِهِ بِالْإِرْضَاعِ ، وَلَمْ تَقْصِدْ دَفْعَ جُرُوعِ أَوْ هَلَاقٍ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهَا (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٨٦/٢ ، ١٨٧) : (ولو أرضعت صرتها حرمتا) ومعناه كانت تحت صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ؛ لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعاً فلا يجوز كالجمع بينهما نسباً قال تفتت : (ولا مهر للكبيرة إن لم يطأها) ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها فصار كردتها قبل الدخول بها حتى لو لم تجي الفرقة من قبلها بأن كانت الكبيرة مكروهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ رجل لين الكبيرة فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة لها نصف المهر لعدم إضافة الفرقة إليها قال تفتت : (وللصغيرة نصفه) أي للصغيرة نصف المهر ؛ لأن الفرقة قبل الدخول لا من =

قبلها ولا يقال : الارتضاع فعلها والفرقة باعتباره ؛ لأننا نقول : فعلها غير معتبر في إسقاط حقتها ؛ لأن المهر إنما يسقط جزءا على الفعل ، والصغيرة ليست من أهل المجازاة على الفعل فلا يسقط مهرها ألا ترى أنه لا تجب الكفارة عليها ولا تحرم عن الإرث بالقتل حتى لو وجد في الكبيرة أيضا ما يمنع اعتبار فعلها كالجنون وغيره على ما تقدم لا يسقط حقتها . قال **تفتا** : (ويرجع به على الكبيرة إن تعدت الفساد وإلا فلا) أي يرجع الزوج على الكبيرة بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة إن تعدت الفساد وإن لم تعدد فلا شيء عليها ، وعن محمد والشافعي يرجع عليها في الوجهين ؛ لأنها أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر ، والتأكيد جار مجرى الإنالاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعا . ولنا : أنها مسيبة لا مباشرة فإنها باشرت الإرضاع وهو ليس بموضوع لإفساد النكاح ، بل هو سبب موضوع للجزئية وإنما ثبت الفساد في هذه الصورة باتفاق الحال ، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعدداً ألا ترى أن من حفر بئرا في داره لا يضمن ما وقع فيها وإن حفر في الطريق يضمن ، ولو رمى سهما في داره يضمن ما أصابه ؛ لأن المباشرة علة وضعا فلا يبطل حكمه بالعدو ، والتسبيب ليس بعلة ، وإنما جعل في حكم العلة صيانة للدم عن الهدر وإنما يستقيم إذا صلح علة لضمان المدون ، والخفر ليس بعلة للتلف ، بل هو شرط في معنى العلة على معنى أنه لولا حفره لما وقع فيه إذ الوقوع لا يتصور إلا في مكان خال عن الأجسام الكثيفة فهو محصل محل الوقوع ، والتلف علة السقوط وهو علة التلف ، ثم أضيف الحكم مع هذا إلى محصل الشرط ، وهنا المرضعة ليست بصاحبة علة فساد النكاح ؛ لأن فسادها بالجزئية ، وسببها الارتضاع إلا أنه لولا الإرضاع لم يوجد محل الارتضاع فصارت محصلة محل علة الفساد فيضاف الفساد إليها بوصف التعدي ، والإرضاع نفسه ليس بتعد ؛ لأنه فرض إن خافت هلاك الصغيرة ، ومنذوب إن كانت جائمة ومباح إن تم قصد الفساد ، وتعدد الفساد إنما يتحقق إذا أرضعتها بلا حاجة عالة بقيام النكاح وبأن الإرضاع مفسد فإن فات شيء منه لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها ؛ لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه ولا يقال : الجهل بحكم الشرع لا يعتبر في دار الإسلام ؛ لأننا نقول لم نعتبر الجهل لدفع الحكم وإنما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذي يصير الفعل به تعدداً ، وهذا لأنه يجب عليها الضمان إلا إذا قصدت الفساد ، وقصدها الفساد لا يتصور مع الجهل بالفساد أو بالنكاح ، ولو كانت الكبيرة مجنونة لا يرجع عليها بمهر الصغيرة ولا يسقط مهرها لما ذكرنا في الصغيرة ، ولو كانت الكبيرة نائمة فأخذت الصغيرة ثديها لا يرجع على أحد ، ولكل واحدة منهما نصف المهر ، ولو أخذ رجل لبنها فأوجرها به فعلى الزوج نصف مهر كل واحدة منهما ويرجع به على الرجل إن تعدد الفساد ، وإن أرضعت امرأة الأب زوجة الابن تحرم عليه ؛ لأنها أخته لأب . وكذا لو كان تحتها صغيرتان فأرضعتها امرأة مفا أو متعاقبا حرمتا عليه ؛ لأنهما صارتا أختين فلا يجوز الجمع بينهما فيرجع على المرضعة إن تعددت الفساد ، ولو طلق امرأته ، ثم إن أخت المطلقة أرضعت امرأته الصغيرة والمطلقة في العدة بانت الصغيرة للجمع مع خالتها ، ولو كان تحتها رضيعتان فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل واحد فأرضعت كل واحدة منهما واحدة مفا وتعددتا الفساد لا ضمان عليهما ؛ لأن كل واحد منهما غير مفسدة بضمنها وإنما الفساد للأختية اتفاقاً .

قول الخطابلة : جاء في المغني (١٤٦/٨ ، ١٤٧) : (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ، فلم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين ، حرمت عليه الكبيرة ، وثبت نكاح الصغيرة . وإن كان قد دخل بالكبيرة ، =

= حرمتا عليه جميعا ، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة) نص أحمد على هذا كله . في هذه المسألة فصول أربعة :

الفصل الأول : أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ، فأرذعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة في الحال ، وحرمت على التأبيد . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : نكاح الكبيرة ثابت ، وتنزع منه الصغيرة . وليس بصحيح ؛ فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبداً ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ وَأَمْهَاتُ بَنَاتِكُمْ ﴾ . ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، نكاحها ثابت ؛ لأنها ربيبة ، ولم يدخل بأمرها ، فلا تحرم ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَعَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . والرواية الثانية ، يفسخ نكاحها . وهو قول الشافعي ، وأبي حنيفة ؛ لأنها صارتا أمًا وبناتًا ، واجتمعتا في نكاحه ، والجمع بينهما محرم ، فانفسخ نكاحهما ، كما لو صارتا أختين ، وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً . ولنا ، أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة ، وهي أولى به ؛ لأن نكاحها محرم على التأبيد ، فلم يبطل نكاحهما به ، كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنيبة ، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنات ، فاخص الفسخ بنكاح الأم ، كما لو أسلم وتحت امرأة وبناتها . وفارق الأختين ؛ لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما ؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء .

الفصل الثاني : أنه إن كان دخل بالكبيرة ، حرمتا جميعا على الأب ، وانفسخ نكاحهما ؛ لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة قد دخل بأمرها ، فتحرم تحريراً مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبنه ، صارت الصغيرة بنتا محرمة عليه لوجهين ؛ لكونها بنته ، وربيبته التي دخل بأمرها .

الفصل الثالث : أن عليه نصف مهر الصغيرة ؛ لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها ، والفسخ إذا جاء من أجنيبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ، ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها ؛ لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها ، فسقط صداقها ، كما لو ارتدت . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه خلافاً . وإن كان دخل بالكبيرة ، لم يسقط مهرها ؛ لأنه استقر بدخوله بها استقرازا لا يسقطه شيء ، ولذلك لا يسقط بردها ولا غيرها .

الفصل الرابع : أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة . وبهذا قال الشافعي . وحكي عن بعض أصحابه ، أنه يرجع بجميع صداقها ؛ لأنها أتلفت البضع ، فوجب ضمانه . وقال أصحاب الرأي : إن كانت المرضعة أرادت الفساد ، رجع عليها بنصف الصداق ، وإلا فلا يرجع بشيء . وقال مالك : لا يرجع بشيء . ولنا : أنه يرجع عليها بالنصف ، أنها قررت عليه ، وألزمته إياه ، وأتلفت عليه ما في مقابلته ، فوجب عليها الضمان ، كما لو أتلفت عليه المبيع . ولنا : على أبي حنيفة ، أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ ، كالمال ، ولأنها أفستد نكاحه ، وقررت عليه نصف الصداق ، فلزمها ضمانه ، كما لو قصدت الإنسان . ولنا : على أن الزوج إنما يرجع بالنصف ، أن الزوج لم يفرم إلا النصف ، فلم يجب له أكثر مما غرم ، ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر ، فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، وإنما ضمن المرضعة هاهنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضا للسقوط بسبب يوجد من الزوجة ، فلم يرجع هاهنا بأكثر مما ألزمت .

فصل : والواجب نصف المسمى ، لا نصف مهر المثل ؛ لأنه إنما يرجع بما غرم ، والذي غرم نصف ما فرض لها ، =

١٩٨٥ - وكما لا يجوز للرجل أن يتزوج أم امرأته مطلقًا ولا بنت امرأته إن دخل بأُمها نسبيًا كذلك لا يجوز إذا كانت الأم أو البنت من الرضاع .

١٩٨٦ - ويعلم من هذا أنه إذا كان لرجل زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة في المدة الموجبة للتحريم وهي حولان على قول أبي يوسف ومحمد . وحولان ونصف على قول الإمام كما تقدم حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعًا بين الأم والبنت رضاعًا ، وهو لا يجوز كالجمع بينهما نسبيًا ثم حرمة الكبيرة مؤبدة ، لأنها أم امرأته والعقد على البنات يحرم الأمهات .

١٩٨٧ - وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة موجودًا عندها بسبب هذا الزوج كانت حرمتها مؤبدة أيضًا لأن زوجها صار أبًا لها رضاعًا ، وفي هذه الحالة لا بد أن يكون قد دخل بها لأنه لا يعقل كونه سببًا في اللبن إلا بذلك وإن لم يكن اللبن موجودًا بسببه بأن تزوجها وهي ذات لبن من زوج آخر ، فلا يخلو الحال من أن تكون قد أرضعتها قبل الدخول أو بعده .

١٩٨٨ - فإن كانت أرضعتها بعد الدخول ، فالصغيرة محرمة عليه على التأييد أيضًا لأن الدخول بالأمهات يحرم بالبنات ، وإن أرضعتها قبل الدخول جاز له تزوج الصغيرة ثانياً لأن مجرد العقد على الأمهات لا يحرم البنات هذا هو حكم حرمتها عليه .

١٩٨٩ - وأما حكم مهرهما فيقال : الكبيرة إما أن يكون الزوج دخل بها أو لا فإن كان قد دخل بها لزمه مهرها لأنه قد تأكد بالدخول وإن لم يكن دخل بها فإما أن تكون قد أرضعتها برضاها واختيارها أو لا .

١٩٩٠ - فإن كان الإرضاع باختيارها فلا مهر لها ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها كردتها وفعلها مع ابن زوجها ما يوجب حرمة المصاهرة .

١٩٩١ - وإن أرضعتها مكرهة أو مجنونة أو كانت نائمة فأخذت الصغيرة ثديها ورضعته أو أخذ شخص لبنها وسقاه للصغيرة بدون إغرائها وجب لها نصف المهر ؛ لأن الفرقة لم تأت من قبلها .

= فرجع به . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يرجع بنصف مهر المثل ؛ لأنه ضمان متلف ، فكان الاعتبار بقيمته ، دون ما ملكه به ، كسائر الأعيان . ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتلت نفسها ، أو ارتدت ، أو أرضعت من ينسخ نكاحها بإرضاعه ، فإنها لا تغرم له شيئًا ، وإنما الرجوع هاهنا بما غرم ، فلا يرجع بغيره ؛ ولأنه لو رجع بقيمة المتلف ، لرجع بمهر المثل كله ، ولم يختص بنصفه ؛ لأن التلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى ، كذا هاهنا .

١٩٩٢ - وأما الصغيرة فمعلوم أنها غير مدخول بها بما أنه لا يعقل الدخول بالرضيعة وحينئذ يكون لها نصف المهر لأن الفرقة حصلت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلها ، إلا أنه لا يؤثر في إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام الشرعية ، ولذا لو قتلت مورثها لا تحرم من الميراث ولأنها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع .

١٩٩٣ - وهل يرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ،

١٩٩٤ - نعم يرجع بها عليها إن تعمدت إفساد النكاح بأن كانت عالمة به وبحكم الإرضاع وأرضعت الصبية طائفة مختارة ليست بمجنونة ولا نائمة ولم تقصد بذلك دفع هلاكها أو ألم الجوع عنها .

١٩٩٥ - فإن أرضعتها مكرهة أو نائمة أو غير عالمة بالزوجية وبحكم الإرضاع أو بأحدهما أو أرضعتها وهي مختارة وعالمة بالزوجية وبحكم الرضاع ولكن قصدت بذلك دفع الهلاك أو ألم الجوع عنها فلا يرجع عليها بشيء ، لأنها لم تقصد إبطال الزواج .

١٩٩٦ - وقال محمد : يرجع عليها مطلقا تعمدت الإفساد أو لا ، لأن الحكم عنده يضاف إلى السبب كمن فتح قفص الطير فطار أو الإصطبل فخرجت الحيوانات فضاعت .

١٩٩٧ - والأول هو الصحيح وظاهر الرواية وكذا الحكم فيما لو كان شخص تزوج صغيرتين وأرضعتها أجنبية مفا أو على التعاقب حرمتا عليه ؛ لأنه صار جامعا بين أختين رضاعا إلا أن الحرمة لا تكون مؤبدة بل هي مؤقتة بمفارقة أحدهما ، فحينئذ يجوز له أن يعقد على الأخرى .

(مادة ٣٧٨)

يُنْبِثُ الرُّضَاعُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَدُولٍ . فَإِنْ نَبِثَ ، يُفَرِّقُ الْحَاكِمُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَى الزَّوْجِ إِنْ وَقَعَ التَّفْرِيقُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَعَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنَ الْمَسْمُومِ وَمِنْ مَهْرِ الْبَيْلِ إِنْ وَقَعَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، وَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ وَلَا سَكْنَى (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٤/٤ ، ١٥) : وأما بيان ما نبث به الرضاع - أي : يظهر به - فالرضاع يظهر بأحد أمرين : أحدهما الإقرار والثاني البينة . أما الإقرار فهو أن يقول لامرأة تزوجها : هي أختي من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع وبثت على ذلك ويصبر عليه فيفرق بينهما ؛ لأنه أقر ببطلان ما يملك إبطاله لنحال فيصدق فيه على نفسه ، وإذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون =

في إبقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبت ؛ لأن الحرمة ثابتة في زعمه ، ثم إن كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر إن كذبت ؛ لأن الزوج مصدق على نفسه لا عليها بإبطال حقها في المهر وإن كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى ؛ لأنه غير مصدق بإبطال حقها فإن أقر بذلك ثم قال : أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت ؛ فهما على النكاح ، ولا يفرق بينهما عندنا ، وقال مالك والشافعي : يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره ، وجه قولهما أنه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بأن قال لأمراه : كنت طلقتك ثلاثاً ثم قال : أوهمت ، والدليل عليه أنه لو قال لأمته : هذه امرأتي أو أمي أو أختي أو ابنتي ثم قال : أوهمت ؛ أنه لا يصدق وتحق كذا ههنا ، ولنا أن الإقرار إخبار بقوله : هذه أختي إخبار منه أنها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأيد . فإذا قال : أوهمت ؛ صار كأنه قال : ما تزوجتها ثم قال : تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك ؛ يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق ؛ لأن قوله : كنت طلقتك ثلاثاً إقرار منه بإنشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق إنشاء الطلاق إلا بعد صحة النكاح فإذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لأمته : هذه أمي أو ابنتي ؛ لأن ذلك لا يقتضي نفي الملك في الأصل .

ألا ترى أنها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة ؛ جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته ، فتضمن هذا اللفظ منه إنشاء العتق عليها فإذا قال : أوهمت لا يصدق كما لو قال : هذه حرة ثم قال : أوهمت وكذلك إذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال : هذه أختي من الرضاع أو أمي أو ابنتي وأصر على ذلك وداوم عليه ؛ لا يجوز له أن يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ، ولو قال : أوهمت أو غلطت جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الإقرار فشهد شاهدان على إقراره فرق بينهما ، وكذلك إذا أقر بالنسب فقال : هذه أمي من النسب أو ابنتي أو أختي وليس لها نسب معروف وأنها تصلح بنتاً له أو أمّاً له فإنه يسأل مرة أخرى فإن أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب بإقراره مع إصراره عليه ، وإن قال : أوهمت أو أخطأت أو غلطت ؛ يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا ، وإن كان لها نسب معروف أو لا تصلح أمّاً أو بنتاً له ؛ لا يفرق بينهما وإن دام على ذلك ؛ لأنه كاذب في إقراره بيقين ، والله أعلم .

وأما البيّنة ؛ فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن . وهذا عندنا ، وقال الشافعي : يقبل فيه شهادة أربع نسوة ، وجه قوله أن الشهادة على الرضاع شهادة على عورة ؛ إذ لا يمكن تحمل الشهادة إلا بعد النظر إلى الثدي وإنه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة ، ولنا ما روى محمد بن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم يظهر التكثير من أحد ؛ فيكون إجماعاً ولأن هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما الثدي الأمة فلا تجوز للأجانب النظر إليه .

وأما الثدي الحرة فيجوز محارمها النظر إليه فثبت أن هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد ؛ لأن قبول شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به ، فإذا جاز الاطلاع عليه في الجملة ؛ لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فإنه لا يجوز لأحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة إلى القبول وإذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج أن يفارقها لما روي عن محمد بن عتبة بن الحارث قال : تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت : إني =

= أَرْضَعْتِكَمَا فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، قَالَ ﷺ : « فَارْقَاهَا » فَقُلْتُ إِنَّهَا امْرَأَةٌ سُودَاءُ وَإِنِّي كَيْتٌ وَكَيْتٌ فَقَالَ ﷺ كَيْفَ وَقَدْ قَبِلَ : وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ قَالَ عَقِيبَةُ : فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَعْرَضَ ثُمَّ ذَكَرْتُهُ فَأَعْرَضَ حَتَّى قَالَ فِي الثَّلَاثَةِ أَوْ الرَّابِعَةِ : « فَعِدْهَا إِذَا » وَقَوْلُهُ : فَارْقَاهَا أَوْ فَعِدْهَا إِذَا نَدَبَ إِلَى الْأَفْضَلِ وَالْأَوْلَى . أَلَا تَرَى أَنَّهُ ﷺ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا بَلْ أَعْرَضَ ، وَلَوْ كَانَ التَّفْرِيقُ وَاجِبًا لَمَا أَعْرَضَ فَدَلَّ قَوْلُهُ ﷺ فَارْقَاهَا عَلَى بَقَاءِ النِّكَاحِ . وَرَوَى أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَجَاءَتْ امْرَأَةً فَرَعَمَتْ أَنَّهَا أَرْضَعْتُهُمَا فَسَأَلَ الرَّجُلَ عَلَيْمَا ﷺ فَقَالَ : هِيَ امْرَأَتُكَ لَيْسَ أَحَدٌ يَحْرَمُهَا عَلَيْكَ فَإِنْ تَزَوَّجْتَ فَهُوَ أَفْضَلُ وَسَأَلَ ابْنَ عَبَّاسٍ ﷺ فَقَالَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ وَلَئِمَّ يَحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ صَادِقَةً فِي شَهَادَتِهَا فَكَانَ الْاِحْتِيَاظُ هُوَ الْمَفَارِقَةُ . فَإِذَا فَارَقَهَا فَأَلْفُضَلْ لَهُ أَنْ يَعْطِيَهَا نِصْفَ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا لِاحْتِمَالِ صِحَّةِ النِّكَاحِ لِاحْتِمَالِ كَذِبِهَا فِي الشَّهَادَةِ وَالْأَفْضَلُ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ شَيْئًا مِنْهُ لِاحْتِمَالِ فُسَادِ النِّكَاحِ لِاحْتِمَالِ صِدْقِهَا فِي الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَأَلْفُضَلُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَعْطِيَهَا كِمَالِ الْمَهْرِ وَالتَّفَقُّةِ وَالسُّكْنَى لِاحْتِمَالِ جَوَازِ النِّكَاحِ ، وَالْأَفْضَلُ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ الْأَقْلَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا وَمِنَ الْمُسْمَى وَلَا تَأْخُذُ التَّفَقُّةَ وَالسُّكْنَى لِاحْتِمَالِ الْفُسَادِ وَإِنْ لَمْ يَطْلُقْهَا فَهُوَ فِي سَعَةِ مِنَ الْمَقَامِ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ فِي الْحُكْمِ ، وَكَذَا إِذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ أَوْ رَجُلَانِ غَيْرِ عَدْلَيْنِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ غَيْرِ عَدُولٍ لَمَّا قُلْنَا ، وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ النِّكَاحَ كَانَ فَاسِدًا وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا يَجِبُ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسْمَى وَمِنَ الْمَهْرِ الْمِثْلُ وَلَا تَجِبُ لَهَا التَّفَقُّةُ وَالسُّكْنَى فِي سَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ .

وجاء في الفتاوى الهندية (١/٣٤٧، ٣٤٨) : « ولو تزوج امرأة فقالت امرأة : أرضعتهما ، فهو على أربعة أوجه : إن صدقها ففسد النكاح ولا مهر لها إن لم يدخل بها ، وإن كذبها فالنكاح بحاله لكن إذا كانت عدلاً فالنتزه أن يفارقها كذا في التهذيب . وإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول والأفضل لها أن لا تأخذ شيئاً منه ، وإن كان بعد الدخول بها فالأفضل للزوج أن يعطيها كمال المهر والتفقة والسكنى والأفضل لها أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ التفقة والسكنى ، وإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها كذا في البدائع . وكذلك إذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول كذا في السراج الوهاج . وإن صدقها الرجل وكذبته المرأة ففسد النكاح والمهر بحاله وإن صدقتها وكذبها الرجل فالنكاح بحاله ولكن لها أن تحلفه ويفرق إذا نكل لها كذا في التهذيب . ولو تزوج امرأة ثم قال بعد النكاح : هي أختي من الرضاعة أو ما أشبهه ثم قال : أوهمت ليس الأمر كما قلت لا يفرق بينهما استحساناً ولو ثبت على هذا المنطق وقال هو حق كما قلت فرق بينهما ولو جحد بعد ذلك لا ينفعه جحوده كذا في المحيط . وإن كانت المرأة صدقته فلا مهر لها وإن كذبته فلها نصف المهر وإن كان قد دخل بها فلها جميع المهر والتفقة والسكنى إن كذبته وإن صدقته فلها الأقل من المسمى ومن مهر مثلها ولا شيء لها من التفقة والسكنى كذا في المضمرات . ولو أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال : هذه أختي من الرضاعة أو أمي من الرضاعة ثم قال : أوهمت أو أخطأت جاز له أن يتزوجها ولو قال : هو حق كما قلت لم يجوز أن يتزوجها ولو تزوجها فرق بينهما ولو جحد الإقرار فشهد اثنان على الإقرار فرق بينهما كذا في السراج الوهاج .

وإذا أقرت المرأة أن هذا أبي من الرضاعة أو أختي من الرضاعة أو ابن أختي وأنكر الرجل ثم أكذبت المرأة نفسها وقالت : أخطأت فتزوجها فالنكاح جائز وكذلك لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها ولو قالت المرأة بعد النكاح =

قد كنت أقررت قبل النكاح أنك أخي وقد قلت : إن ما أقررت به حق حين أقررت بذلك وقد وقع النكاح فاسداً فإنه لا يفرق بينهما ولو كان هذا القول من الزوج يفرق بينهما ولو أقر بذلك حقيقاً ثم أكذبها أنفسهما وقالاً أخطأنا ثم تزوجها كان النكاح جائزاً كذا في الذخيرة . وإذا قالت : هذا ابني رضاعاً وأصرت عليه جاز له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها قالوا : وبه يعني في جميع الوجوه كذا في البحر الرائق . ولو أقر بالنسب فقال : هذه أختي من النسب أو أُمِّي أو ابنتي وليس لها نسب معروف وتصلح أن تكون أمّاً له أو بنتاً له فإنه يسأل مرة أخرى فإن قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت فهما على النكاح في الاستحسان وإن قال : هو كما قلت فإنه يفرق بينهما ، كذا في السراج الوهاج . وإذا كان مثلها لا يولد لثله لم يثبت النسب ولا يفرق بينهما كذا في الميسوط ولو قال لامرأته : هذه ابنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق بينهما وكذا لو قال هذه أُمِّي وله أم معروفة وثبت على ذلك لا يفرق بينهما كذا في المحط .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (١٤٨/٥) : « (ويحلف منكر رضاع) من رجل أو امرأة في يمين (على نفي علمه) لأنه ينفي فعل الغير ، ولا نظر إلى فعلها في الارتضاع لأنه كان صغيراً .
تثبيته : هذا في اليمين الأصلية ، أما إذا نكل أحدهما وردت اليمين على الآخر فإنه يحلف على البت ؛ لأنها مثبتة خلافاً للفعل في كونه يحلف على نفي العلم كما هو ظاهر المتن (و) يحلف (مدعيه) أي الإرضاع من رجل أو امرأة (على بت) لأنه حلف على إثبات فعل الغير ، وخالف في هذا القفال أيضاً وقال : يحلف على نفي العلم (ويثبت) الرضاع (بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لأن كل ما يقبل فيه النساء الخالص يقبل فيه الرجال والنوعان ، وهذا يثبت بالنساء الخالص كما قال (وأربع نسوة) لاختصاص النساء بالاطلاع عليه غالباً كالولادة ، ولا يثبت بدون أربع نسوة إذ كل امرأتين بمثابة رجل .

تثبيته : محل شهادة الرجال ما لم يعتمدوا النظر إلى الثدي لغير الشهادة فإن تعمدوا ذلك قال الرافعي : لم تقبل شهادتهم لفسقهم ، ورد في الروضة بأن مجرد النظر صغيرة لا ترد به الشهادة ما لم يصر فاعل ذلك ، وقضيته أنه إذا أصر لا تصح شهادته ، ومحل ما لم تغلب طاعته معاصيه ومحل قبول شهادة النساء إذا كان النزاع في الارتضاع من الثدي ، أما إذا كان في الشرب أو الإيجار من ظرف فلا تقبل فيه شهادة النساء المتحصصات ؛ لأنهن لا اختصاص لهن بالاطلاع عليه ، ولكن يقبلن في أن لبن الإناء لبن فلانة ؛ لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالباً (والإقرار به) أي الرضاع (شرطه رجلان) ولا يثبت بغيرهما لاطلاع الرجال عليه غالباً .

تثبيته : إما ذكر المصنف هذه المسألة مع أنه ذكرها في الشهادات التي هي محلها تيمناً لما يثبت به الرضاع .
وجاء في أسنى المطالب (٤٢٤/٣) : « (فإن أقر أحد الزوجين قبل النكاح برضاع) بينهما محرم (يمكن حرم تناكحهما) مؤاخذه له بقوله ، فلو رجع عن إقراره لم يقبل رجوعه بخلاف ما لو أنكرت الرجعة واقتضى الحال تصديقها ثم رجعت حيث تقبل ؛ لأن حرمة الرضاع مؤبدة بخلاف فرقة البيونة وخرج بالممكن غيره كأن قال : فلانة بنتي ، وهي أسن منه فإنه لغو وفي تعبيره بالزوجين تجوز سهله قوله (وإن اتفقا عليه) أي على الرضاع المحرم (بعده) أي بعد النكاح (حكم بفساده وفرق بينهما) عملاً بقولهما وسقط المسمى ووجب مهر المثل إن كانت جاهلة ودخل بها ، وإلا فلا يجب شيء (وإن ادعاه) أي الرضاع (الزوج ، وأنكرت حكم بطلانه وفرق بينهما) مؤاخذه له بقوله (ولزمه المسمى) أو مهر المثل إن دخل بها (أو نصفه) إن لم يدخل بها (وله تحليفها إن لم يطأ) ها (أو) وطئها (وكان مهر المثل أقل) من المسمى (فإن نكلت حلف ولا شيء لها إن لم

ببطأ ، وإلا فلها مهر المثل (فإن ادعته) أي الرضاع (فأنكر صدق يمينها إن سبق منها إذن) في تزويجها به (أو تمكين) له من وطئها ؛ لأن ذلك يتضمن حلها فلا يقبل منها نقيضه كما لو باع عبثاً ثم ادعى وقفها (وإلا) بأن زوجت بغير إذن لصخر أو نحوه أو بإذن من غير معين ولم تمكته من وطئها (صدقت يمينها) ؛ لأن ما تدعيه محتمل ولم يسبق منها ما يناقضه فاشبه ما لو ذكرته قبل النكاح (ولا شيء لها إن لم يبطأ) عملاً بقولها ، وإلا فلها مهر المثل (وإن كانت قد قبضت المسمى) أو بعضه (فله حكم ما لو أقرت له به ، وكذبها) فلا يسترده منها بل يبقى في يدها لزعمه أنه لها (والورع) له (أن يطلقها) طلقه لتحل لغيره إن كانت كاذبة .
قول المالكية : جاء في شرح الخرشني (١٨٢/٤) : « ويثبت برجل وامرأة وبامرأتين إن فشا قبل العقد يعني أن الرضاع يثبت بين الزوجين بشهادة رجلين عدلين ولا خلاف في ذلك ويثبت أيضاً بشهادة رجل وامرأة يريد إذا كان ذلك فاشياً قبل العقد من قولهما ويثبت أيضاً بشهادة امرأتين يريد إن كان فاشياً قبل العقد وسواء كانتا أمهاتهما أو أجنبيتين قاله أبو الحسن ؛ لأن هذا من الأمر الذي لا يطلع عليه غالباً إلا النساء فإن لم يكن ذلك فاشياً قبل العقد فإنه لا يثبت فشرط الفشو قيد في المسألتين وأما الرجل مع المرأتين فلا يشترط الفشو في ذلك وبعبارة : وبرجل وامرأة أي وليس الرجل أباً ولا المرأة أمّاً لأحدهما ، وقوله : وامرأتين أي وليست إحدهما أمّاً لأحدهما وقوله : برجلين أي أجنبيين وقوله لا بامرأة أي : وليست أمّاً لأحدهما لأنها تقدمت فلا تكرر وهل تشترط العدالة مع الفشو تردد أي وإذا قلنا بأن ذلك يثبت في الصورتين إذا كانا فاشياً فهل يشترط مع ذلك الفشو أمر آخر ، وهو ثبوت عدالة الرجل والمرأة أو عدالة المرأتين إلا مع عدم الفشو تردد . وبرجلين لا بامرأة ولو فشا يعني أن الرضاع يثبت بين الزوجين بشهادة رجلين عدلين اتفاقاً فشا أم لا ولا يثبت بشهادة امرأة ولو فشا قبل العقد ولو كانت عدلة . »

وجاء فيه أيضاً (١٨١/٤) : « كقيام بينة على إقرار أحدهما قبل العقد تشبيه في الفسخ يعني لو قامت بينة تشهد على إقرار أحد الزوجين قبل العقد أنها أخوان من الرضاع فإن نكاحهما يفسخ قبل الدخول وبعده فقوله قبل العقد متعلق بإقراره وسواء فيه إقراره وإقرارها ومفهومه لو قامت بينة على إقرار أحدهما بعد العقد فإن كان الزوج فكذلك وإن كانت المرأة لم يفسخ لانتهامها على فراق زوجها ففي المفهوم تفصيل . ولها المسمى بالدخول إلا أن تعلم فقط فكالتجارة أي أنه إذا فسخ بعد الدخول فلها المسمى إن كان هناك مسمى حلال وإلا فصداق المثل وهذا إذا علمت أو علم وحده وأما إن علمت هي وحدها وأنكر العلم فلها ربع دينار فقط كالتي غرت من نفسها وتزوجت في العدة عالمة بالحكم .

وإن ادعاه فأنكرت أخذ بإقراره ولها النصف يعني أن الزوج إذا أقر أنه أخ لزوجته من الرضاع وكذبته زوجته فإنه يؤاخذ بإقراره من فراق وغرامة فإن كان إقراره بذلك قبل الدخول فإنه يفرق بينهما ولها نصف الصداق لأنه يتهم على فسخ النكاح قبل الدخول والفسخ قبله لا شيء فيه وإن كان إقراره بعد الدخول فإنها تستحق جميع الصداق وتقع الفرقة بينهما ، وقوله : ولها النصف يعلم منه أنه قبل الدخول وكلام المؤلف حيث كان إقراره بعد العقد وأما إن كان قبل العقد فلا شيء لها في فسحه بعد العقد كما يفيد كلام اللخمي ؛ لأن نكاحه وقع فاسداً على دعواه . وإن ادعته وأنكر لم يندفع يعني أن المرأة إذا كانت هي المدعية لأخوة الرضاع وحدها والزوج يكذبها في ذلك فإن قولها لا يقبل والنكاح ثابت بينهما لأن الفراق ليس بيدها ولا تقدر على طلب المهر قبله الضمير في قبله يرجع إلى الدخول أي لا تقدر المرأة على طلب المهر من زوجها قبل الدخول لأنها لا تستحق شيئاً إلا بالدخول أو الطلاق وهي مقررة بفساد العقد فلا يجب لها شيء ظاهره ولو بالموت ولا مخلص لها من الزوج =

= إلا بالفداء منه أو يطلق باختياره وإنما لم يقل وليس لها طلب المهر قبله لأن نفي القدرة أبلغ من نفي الطلب . قول الحنابلة : جاء في المنعي (١٥٢/٨ ، ١٥٣) : (وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع ، حرم النكاح إذا كانت مرضية . وقد روي عن أبي عبد الله ، رحمه الله ، رواية أخرى : إن كانت مرضية استحلفت ، فإن كانت كاذبة ، لم يحل الحول حتى يبيض ثديها ، وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما) وجملة ذلك : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع ، إذا كانت مرضية . وبهذا قال طاوس ، والزهرى ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين . وهو قول الحكم ؛ لأن الرجال أكمل من النساء ؛ ولا يقبل إلا شهادة رجلين ، فالنساء أولى . وعن أحمد ، رواية ثالثة ، أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتستحلف مع شهادتها . وهو قول ابن عباس ، وإسحاق ؛ لأن ابن عباس قال ، في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله ، فقال : إن كانت مرضية ، استحلفت ، وفارق امرأته . وقال : إن كانت كاذبة ، لم يحل الحول حتى يبيض ثديها . يعني يصيبها فيها برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدي إليه رأي ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيماً . وقال عطاء ، وقنادة ، والشافعي : لا يقبل من النساء أقل من أربع ؛ لأن كل امرأتين كرجل . وقال أصحاب الرأي : لا يقبل فيه إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان . وروي ذلك عن عمر ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ يَرْتَأَىٰ كَذِبًا إِنْ لَمْ يَكُونَا يَتَّبِعِينَ فَحُجَّتْ أَمُّ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ . ولنا ، ما روى عقبة بن الحارث ، قال : (تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما . فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف ، وقد زعمت ذلك) . متفق عليه ، وفي لفظ رواه النسائي ، قال : (فأتيت من قبل وجهه ، فقلت : إنها كاذبة . قال : كيف ، وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، خل سيلها) . وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة . وقال الزهرى : فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان رضي الله عنه بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الأوزاعي : فرق عثمان بين أربعة وبين نساءهم ، بشهادة المرأة في الرضاع . وقال الشامي : كان القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة ، بشهادة امرأة واحدة في الرضاع . ولأن هذا شهادة على عورة ، فيقبل فيه شهادة النساء المنفردات ، كالولادة . وعلل الشافعي ، بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات ، فيقبل فيه شهادة المرأة المنفردة ، كالخبر . وجاء فيه أيضاً (١٥٤/٨) : (وإذا تزوج امرأة ، ثم قال قبل الدخول : هي أختي من الرضاعة . انفسخ النكاح ، فإن صدقته المرأة ، فلا مهر لها ، وإن أكذبت ، فلها نصف المهر) وجملته : أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة ، انفسخ نكاحه ، ويفرق بينهما . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا قال : وهمت ، أو أخطأت . قبل قوله ؛ لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ، ولو جحد النكاح ، ثم أقر به ، قبل ، كذلك هاتنا . ولنا : أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه ، فلم يقبل رجوعه عنه ، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع ، أو أقر أن أمته أخته من النسب ، وما قاسوا عليه غير مسلم ، وهذا الكلام في الحكم ، فأما فيما بينه وبين ربه ، فينبني ذلك على علمه بصدقه ، فإن علم أن الأمر كما قال ، فهي محرمة عليه ، ولا نكاح بينهما ، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله ، وقوله كذب لا يحرمها عليه ؛ لأن المحرم حقيقة الرضاع ، لا القول . وإن شك في ذلك ، لم تزل عن اليقين بالشك . وقيل في حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان ؛ والصحيح ما قلناه ؛ لأن قوله ذلك إذا كان كذباً ، لم يثبت التحريم ، كما لو قال لها وهي أكبر منه : هي ابنتي من الرضاعة . إذا ثبت هذا ، فإنه =

١٩٩٨ - والرضاع المحرم يثبت بالشهادة التي تثبت الحقوق المالية وهي شهادة رجلين من أهل الشهادة أو رجل وامرأتين كذلك ؛ لأن الحكم بثبوت الرضاع يقتضي زوال ملك النكاح إن كان موجودًا فالشهادة به شهادة بالفرقة اقتضاءً والشهادة به .

١٩٩٩ - وإن كانت أمراً دينياً وهو التحريم إلا أنها تضمنت الشهادة بزوال ملك الغير وزوال الملك لا يحكم به إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما تقدم ، وليس هذا مثل الإخبار بنجاسة الماء أو الدهن فإن الإخبار بذلك لا يقتضي نزع ملك صاحب الدهن عنه فإنه يمكن مع كونه نجسًا أن يبيعه لمن يريد الاستصباح به أو يستعمله هو كذلك .

٢٠٠٠ - وقال مالك : يكفي في ثبوته امرأة معروفة بالعدالة .

٢٠٠١ - وقال الشافعي : يثبت بشهادة امرأتين بناءً على أن الرضاع مما لا يطلع عليه إلا النساء . ويروى ذلك عن مالك وأحمد أيضًا . ويرد على ذلك أيضًا بأن الثدي يجوز رؤيته للمحارم .

٢٠٠٢ - نعم لا يشترط لصحة الشهادة تقدم دعوى المرأة الرضاعة لتضمنها حق الله تعالى كما في الشهادة بالطلاق ولكن لا تحصل الفرقة إلا بتفريق القاضي أو المشاركة كما هو الشأن في النكاح الفاسد وإذا حصل التفريق قبل الدخول لا يلزم الزوج نصف المهر لظهور فساد النكاح وهو لا يلزم فيه مهر بالفرقة قبل الدخول .

٢٠٠٣ - وكذا لا نفقة ولا سكنى للمرأة إذا حصلت الفرقة بعد الدخول وإنما لها الأقل من مهر المثل ومن المسمى ، لتأكد المهر بالدخول . وإنما كان لها الأقل من المسمى ومهر المثل لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضيت به وإن كان مهر المثل هو الأقل فلأنه هو الواجب لفساد النكاح .

= إن كان قبل الدخول ، وصدقته المرأة ، فلا شيء لها ؛ لأنهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله ، لا يستحق فيه مهر ، فأشبهه ما لو ثبت ذلك بينة ، وإن أكذبه ، فالقول قولها ؛ لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها ، فلزمه إقراره فيما هو حق له ، وهو تحريمها عليه ، وفسخ نكاحه ، ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر . فصل : وإن قال : هي عمتي ، أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أُمِّي من الرضاع . وأمك صدقه ، فالحكم فيه كما لو قال : هي أختي . وإن لم يمكن صدقه ، مثل أن يقول لأصغر منه أو مثله : هذه أُمِّي . أو لأكبر منه أو مثله : هذه ابنتي . لم تحرم عليه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو يوسف ومحمد : تحرم عليه ؛ لأنه أقر بما يحرمها عليه ، فوجب أن يقبل ، كما لو أمكن . ولنا : أنه أقر بما تحقق كذبه فيه ، فأشبهه ما لو قال : أرضعتني وإياها حواء . أو كما لو قال : هذه حواء . وما ذكروه منتقض بهذه الصور ، ويفارق ما إذا أمكن ، فإنه لا يتحقق كذبه ، والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه ، كالحكم في الإقرار بالرضاع ؛ لأنه في معناه .

الفصل الثالث

في الحضانة

(مادة ٣٧٩)

الْأُمُّ النَّسَبِيَّةُ أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ وَتَرْبِيَّتِهِ حَالِ قِيَامِ الزَّوْجِيَّةِ وَتَبَدُّ الْفُرْقَةِ إِذَا اجْتَمَعَتْ فِيهَا شُرَاطِطُ أَهْلِيَّةِ الْحَضَانَةِ (١) .

• • •

٢٠٠٤ - الحضانة بالفتح والكسر معناها لغة : تربية الولد .

٢٠٠٥ - وشرعاً : تربية الولد ممن له حقها .

٢٠٠٦ - والأحق بتربية الولد أمه لأنها أكثر الناس حناناً عليه وأشفقهم به فتصير على خدمته صبراً لا يتأتى من غيرها ولذا تراها تسهر لسهره وتجزع لمرضه وتسمر بصحته وذلك بمقتضى الفطرة التي فطر الله الناس عليها .

٢٠٠٧ - ولذلك قضى رسول الله ﷺ بالحضانة للأم حينما جاءت امرأة إليه وقالت له : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وتدي له سقاء ،

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٤٦/٣ ، ٤٧) : « أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها) ، وفي الكافي إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة ، وإنما كانت أحق لأن الأمة أجمعت على أن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج - يعني بزواج آخر - وقد روى أبو داود بإسناده أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وتدي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينتزعه مني ، فقال عليه الصلاة والسلام : « أنت أحق به ما لم تنكحي » ، ولأن الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتها إلى غيرهم فجعل ولاية التصرف في النفس والمال إلى الآباء لأنهم أقوى رأياً مع الشفقة الكاملة ، وأوجب النفقة عليهم لكونهم أقدر عليها ، وجعل الحضانة إلى الأمهات لأنهن أشفق وأرفق وأقدر وأصبر على تحمل المشاق بسبب الولد على طول الأعصار ، وأفرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة إليهن وغيرها من المصالح إلى الآباء زيادة منفعة على الصغير فكان حسناً ، وأنظر للصغير فيكون مشروعاً ، ولهذا قال أبو بكر لعمر حين فارق امرأته : ربحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك ، ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً ، ثم لا تجبر الأم على الحضانة في الصحيح لاحتمال عجزها ، وهذا لأن شفتها حاملة على الحضانة ، ولا تصير عنه غالباً إلا عن عجز ، فلا معنى للإيجاب لوجود الحمل بدونه فلا تجبر عليه ، وقال في النهاية : إلا أن يكون للولد ذو رحم محرم غير الأم فيحتمل تجبر على حضانتها كي لا يضيع بخلاف الأب حيث يجبر على أخذه إذا امتنع بعد الاستفتاء عن الأم ؛ لأن نفقته واجبة عليه .

وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني . فقال لها رسول الله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تتزوجي » ^(١) .

٢٠٠٨ - وهذا بالنسبة للأم النسبية لا الرضاعية ، لأنها هي التي تتوفر فيها هذه الشفقة ولا فرق بين أن تكون زوجية الأم قائمة أو غير قائمة ، بل المدار على كونها أهلاً للحضانة بأن تكون مستوفية لشرائطها التي ستأتي قريباً ^(٢) .

(مادة ٢٨٠)

الْحَاضِنَةُ الدُّمِيَّةُ أُمَّا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَالِدِ كَالْمُتَلِمَةِ ، حَتَّى يَتَّقَلَ دِينًا أَوْ يُخْشَى عَلَيْهِ أَنْ يَأْلَفَ غَيْرَ دِينِ الْإِسْلَامِ .

•••

٢٠٠٩ - واختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة فإذا كان المحضون مسلماً والحاضنة غير مسلمة أمماً كانت أو غيرها من بقية الحاضنات ، فلها أن تحضن الولد وتربيته متى كانت أهلاً للحضانة ومستوفية شرائطها على ما يأتي ، إلا إذا خيف على الولد أن يألف ديناً غير دين الإسلام بسبب معاشرته لتلك الحاضنة ، ولا فرق بين أن تكون معتققة ديناً سماوياً بأن تكون يهودية أو نصرانية أو غير سماوي بأن تكون وثنية أو مجوسية .

٢٠١٠ - وإنما لم يراع اتحاد الدين في الحضانة ، لأن مبنائها الشفقة الطبيعية وهي لا تختلف باختلاف الدين ^(٣) .

(١) سنن الدارقطني (٣٠٥/٣) (٢٢٠) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل السادس عشر : الحضانة : صاحب الحق في الحضانة من النساء : المادة (١٥٤) : الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الام من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة . وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٣) الحضانة هي حفظ الولد وتربيته وتقويمه ورعايته بما يحقق مصلحته ولا يتعارض مع حق الولي .

المادة (١٨٤) أ - الأم أولى الناس بحضانة الصغير ، ما لم يطرأ عليها مانع شرعي .

ب - الحضانة حق مشترك بين الحاضن والصغير ، وحق الصغير أقوى .

ج - الحضانة حق متجدد ، فإن سقطت مانع أو بإسقاط وزال المانع أو السبب ، عاد حق الحضانة من جديد .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : « إذا كانت الحاضنة على غير دين والد المحضون ، ولم تكن أمماً ، لم يكن لها حق الحضانة إلا في السنين الخمس الأولى من عمر المحضون وإن كانت الحاضنة أمماً فيشترط =

(مادة ٢٨١)

يُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ الْحَاضِنَةُ : حُرَّةً ، بِالْقَهْ ، عَاقِلَةً ، أَمِينَةً ، لَا يَضِيغُ الْوَالِدُ عِنْدَهَا بِأَشْيَافِهَا عَنْهُ ، قَادِرَةً عَلَى تَرْبِيَتِهِ وَصِيَانَتِهِ ، وَأَلَّا تَكُونَ مُرْتَدَّةً ، وَلَا مُتَزَوِّجَةً بِغَيْرِ مَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ ، وَأَلَّا تُنْسِكُهُ فِي بَيْتِ الْمُبِغِضِينَ لَهُ ، وَلَا فَرَقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْأُمِّ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَاضِنَاتِ .

• • •

٢٠١١ - والحاضنة يشترط فيها ثمانية شروط :

٢٠١٢ - أولاً : أن تكون حرة لأن الرقيقة مشغولة بخدمة سيدها فلا يمكنها القيام بتربية الولد .

٢٠١٣ - ثانياً : أن تكون بالغة لأن القاصرة محتاجة إلى من يكفلها ، فكيف تكفل غيرها ؟

٢٠١٤ - ثالثاً : أن تكون عاقلة لأن المجنونة لا تحفظ الولد بل يخشى عليه منها الهلاك .

٢٠١٥ - رابعاً : أن تكون أمينة على المحضون وتربيته بحيث لا يضيع الولد عندها بسبب اشتغالها عنه بالخروج إلى ملاهي الفسوق بأن تكون مغنية أو نائحة أو متهتكة تهتكاً يترتب عليه ضياع الولد .

٢٠١٦ - خامساً : أن تكون قادرة على خدمته فلو كان بها مرض يعجزها عن القيام بمصالحه لم تكن أهلاً للحضانة .

٢٠١٧ - سادساً : ألا تكون مرتدة أي خارجة عن دين الإسلام بعد أن اعتنقته لأن أجزاءها الحبيس حتى تسلم ، ومن كانت حالتها هكذا فلا تقدر على خدمة الولد .

٢٠١٨ - سابعاً : ألا تكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون لأن الأجنبي ينظر إليه شذراً ويطن له الكراهة ويضمر السوء لأمه لأنه يظن أنها تطعمه من ماله وربما اشتد بين أمه وزوجها الخلاف ويترتب على ذلك ما لا تحمد عقباه .

= لصحة حضانتها ألا تستغل الحضانة لتنشئة المحضون على غير دين أبيه.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٩٣) تستحق الأم غير المسلمة ما لم تكن مرتدة - الحضانة حتى يعقل الصغير الأديان ، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام ، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره .

٢٠١٩ - ثامناً : ألا تمسكه الحاضنة في بيت من يبغضه ويكرهه لأن إمساكها إياه عنده يترتب عليه ضرر الولد وضياعه ، والمقصود من الحضانة حفظ الولد والقيام بخدمته .
 ٢٠٢٠ - ولا فرق بين الأم وغيرها من الحاضنات في هذه الشروط إلا أن شرط البلوغ إنما هو بالنسبة لغير الأم إذ الأم لا يعقل أن تكون غير بالغة (١) .

(مادة ٢٨٢)

إِذَا تَزَوَّجَتِ الْحَاضِنَةُ أَمَا كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا يَزُوجُهَا بِزَوْجٍ غَيْرٍ مَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ ، سَقَطَ حَقُّهَا فِي الْحِضَانَةِ ، سِوَاءَ دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ أَمْ لَا .
 وَمَتَى سَقَطَ حَقُّهَا ، انْتَقَلَ إِلَى مَنْ يَلِيهَا فِي الْاِسْتِحْقَاقِ مِنَ الْحَاضِنَاتِ . فَإِنْ لَمْ تُوجَدْ مُسْتَحِقَّةً أَهْلًا لِلْحِضَانَةِ ، فَلِوَالِدِي الصَّغِيرِ أَخْذُهُ .
 وَمَتَى زَالَ الْمَانِعُ ، يَفُودُ حَقُّ الْحِضَانَةِ لِلْحَاضِنَةِ الَّتِي سَقَطَ حَقُّهَا بِتَزَوُّجِهَا بِغَيْرِ مَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ (٢) .

• • •

- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٧) : يشترط لأهلية الحضانة البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً .
 جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (٣٥٥) : يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة آمنة لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه قادرة على تربيته وصيانه وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه .
 جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : أسباب سقوط الحضانة : تسقط الحضانة : إذا اختل شرط من شروطها (العقل ، البلوغ ، الاستقامة ، القدرة على تربية المحضون وصيانه ، السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب) .
 إذا كان لغير الحاضن الأولوية في الترتيب على غيره طبقاً للفصل (٩٩) من مدونة الأحوال الشخصية .
 وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٥) يشترط في الحاضن ما يلي :
 أ - البلوغ . ب - العقل . ج - الأمانة .
 د - القدرة على تربية المحضون ، والحفاظة عليه ، ورعايته بما يحقق مصلحته .
 هـ - السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة .
 و - أن يكون ذا رحم محرم للمحضون في حالة اختلاف الجنس .
 (٢) جاء في البدائع : يشترط في الحاضنة أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فإن كانت فلا حق لها في الحضانة ، وأصله ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله =

٢٠٢١ - ويعلم من الشرط السابع ، وهو ألا تكون متزوجة بغير رحم محرم للصغير أنها إذا تزوجت بأجنبي منه سقط حقها في الحضانة وانتقل إلى من يليها فإن لم توجد امرأة أهل للحضانة بأن لم توجد حاضنة أصلاً أو وجدت ولكنها لم تكن مستوفية لشروط الحضانة فعلى ولي الولد أخذه وتربيته لأنه أقرب الناس إليه .

٢٠٢٢ - نعم إذا زال المانع من أهلية الحضانة بأن كانت الأم متزوجة ثم طلقت وانقضت عدتها أو كانت مجنونة ثم أفاقت عاد حق الحضانة ثانياً ؛ لأن المانع قد زال فيعود الممنوع وهو حق الحضانة ، وبعبارة أخرى لأن علة السقوط قد زالت فيزول هو أيضاً لأن المعلول يدور مع علته وجوداً وعدمًا .

(مادة ٢٨٢)

حَقُّ الْحَضَانَةِ يُسْتَقَادُ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ ، فَيُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبِ مِنْ جِهَتِهَا ، وَيُقَدَّمُ الْمَذَلِّي بِالْأُمِّ عَلَى الْمَذَلِّي بِالْأَبِّ عِنْدَ اتِّحَادِ الْمَرْتَبَةِ قَرْبًا .
فَإِذَا مَاتَ الْأُمُّ أَوْ تَزَوَّجَتْ بِأَجْنَبِيٍّ أَوْ لَمْ تَكُنْ أَهْلًا لِلْحَضَانَةِ ، يَنْتَقِلُ حَقُّهَا إِلَى أُمِّهَا .

= إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وتدي له سقاء ويزعم أبوه أن يزرعه مني فقال رسول الله ﷺ : « أنت أحق به منه ما لم تنكحني » . وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال : طلق عمر ﷺ أم ابنه عاصم ﷺ فلقبها ومعهما الصبي فنازعها وارتفعا إلى أبي بكر الصديق ﷺ ففضى أبو بكر ﷺ بعاصم بن عمر ﷺ لأمه ما لم يشب أو تزوج وقال : إن ربحها وافرأشها خير له حتى يشب أو تزوج ، وذلك بحضور من الصحابة ﷺ ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الأب ؛ لأنه يبغضه لغيرته وينظر إليه نظر الغشي عليه من الموت ويقترب عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذوي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجدة الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة ، ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة ؛ لأن المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى من أي أبعدها كما كانت ، ومنها : عدم ردها حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة ؛ لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي ، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع ، وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج ، قال : يضعه القاضي حيث شاء ؛ لأنه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للامة وأم الولد في حضانة الولد الحر ؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فأما إذا اعتقتا فهما في الحضانة كالحره ؛ لأنهما استفادتا الولاية بالعتق ، وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام ؛ لأن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وإنه لا يختلف بالإسلام والكفر ، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كناية والولد مسلم ؛ كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الأصل لما قلنا وكان أبو بكر أحمد بن علي الرازي يقول : إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا سقط حقها ؛ لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما .

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَوْ كَانَتْ لَيْسَتْ أَهْلًا لِلْحَضَانَةِ ، تَنْتَقِلُ إِلَى أُمِّ الْأَبِّ وَإِنْ عَلَتْ عِنْدَ عَدَمِ أَهْلِيَّةِ الْقُرْبَى ، ثُمَّ لِأَخَوَاتِ الصَّغِيرِ وَتَقْدُمُ الْأُخْتُ الشَّقِيقَةَ ، ثُمَّ الْأُخْتُ لِأُمِّ ، ثُمَّ الْأُخْتُ لِأَبِّ ، ثُمَّ لِبَنَاتِ الْأَخَوَاتِ بِتَقْدِيمِ بِنْتِ الْأُخْتِ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِأُمِّ ، ثُمَّ لِجَلَالَاتِ الصَّغِيرِ وَتَقْدُمُ الْحَالَةَ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الْحَالَةَ لِأُمِّ ، ثُمَّ لِأَبِّ ، ثُمَّ لِبِنْتِ الْأُخْتِ لِأَبِّ ، ثُمَّ لِبَنَاتِ الْأَخِ كَذَلِكَ ، ثُمَّ لِعَمَّاتِ الصَّغِيرِ بِتَقْدِيمِ الْعَمَّةِ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِأُمِّ ، ثُمَّ لِأَبِّ ، ثُمَّ خَالَةَ الْأُمِّ كَذَلِكَ ، ثُمَّ خَالَةَ الْأَبِّ كَذَلِكَ ، ثُمَّ عَمَّاتِ الْأُمَّهَاتِ وَالْآبَاءِ بِهَذَا التَّرْتِيبِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٤١/٤ ، ٤٢) : « وأما بيان من له الحضانة ، فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت ، والأصل فيها للنساء ؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال ؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر ولكل واحد منهما شرط ، فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتها ، أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنت العم وبنات الخال وبنات العمه وبنات الخالة ؛ لأن مبنى الحضانة على الشفقة ، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب ، فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم ؛ لأنه لا أقرب منها ثم أم الأم ثم أم الأب ؛ لأن الجدتين وإن استويتا في القرب لكن إحداهما من قبل الأم أولى . وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكل من بدلي بقرابة الأم كان أولى ؛ لأنها تكون أشفق ثم الأخوات فأم الأب أولى من الأخت ؛ لأن لها ولادا فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق ، وأولى الأخوات الأخت لأب وأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ؛ لأن الأخت لأب وأم تدلي بقرابتيان فترجع على الأخت لأم بقرابة الأب وترجع الأخت لأم ؛ لأنها تدلي بقرابة الأم فكانت أولى من الأخت لأب .

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة أيهما أولى ، روي عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى ، وهو قول محمد وزفر . وروي عنه في كتاب الطلاق أن الأخت لأب أولى ، وجه الرواية الأولى ما روي أن بنت حمزة لما رأت علياً رضي الله عنه تمسكت به وقالت : ابن عمي فأخذها فاحتصم فيها علي وجعفر وزيد ابن حارثة رضي الله عنه ، فقال رضي الله عنه : بنت عمي وقال جعفر : بنت عمي وخالتي عندي ، وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه : بنت أخي أخيت بيني وبين حمزة يا رسول الله ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها وقال صلى الله عليه وسلم : « الخالة والدة » فقد سمي الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الأخرى أن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت أولى وبنات الأخت لأب وأم أولى من الخالة ؛ لأنها من ولد الأبوين وكذا بنت الأخت لأم ؛ لأنها من ولد الأم والخالة ولد الجد ، وكذا بنت الأخت لأب أولى من الخالة على الرواية الأخيرة ؛ لأنها من ولد الأب ، والخالة ولد الجد فكانت أولى .

وأما على الرواية الأولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها ؛ لأنها تتقدم على أمها وهي الأخت لأب فلأن تتقدم على بنتها - وهي أهد من أمها - أولى ، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن الأخ لاحق له في الحضانة ، والأخت لها حق فيها فكان ولد الأخت أولى والحالات أولى من بنات الأخ ؛ لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الأم ؛ فكانت الخالة أولى ، وبنات الأخ أولى من العمات ، وإن كانت كل واحدة =

= منهما أعني : بنت الأخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الأخ أقرب ؛ لأنها ولد الأب والعمة ولد الجد فكانت بنت الأخ أقرب فكانت أولى ثم الحالات أولى من العمات وإن تساوين في القرب ؛ لأن الحالات يدلن بقرابة الأم فكن أشفق ، وأولى الحالات الحالة لأب وأم ؛ لأنها تدلي بقرابتي ثم الحالة لأم لإدلائها بقرابة الأم ثم الحالة لأب ثم العمات ، وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق أن أم الأب أولى من الحالة في قول أبي يوسف وقال زفر : الحالة أولى ، وجه قول زفر قول النبي ﷺ : « الحالة والدة » وجه قول أبي يوسف أن أم الأب لها أولاد والولاية في الأصل مستفادة بالولاد ، وأولى العمات العمة لأب وأم ؛ لأنها تدلي بقرابتي ثم العمة لأم لاتصالها بجهة الأم ثم العمة لأب . وأما بنات العم والحال والعمة والحالة فلا حق لهن في الحضانة لعدم الرحم المحرم ، والله أعلم .

ومنها : عدم ردها حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة ؛ لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي ، ولو ثابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع ، وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج ، قال : يضعه القاضي حيث شاء ؛ لأنه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة الولد الحر ؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية ، وهما ليستا من أهل الولاية فأما إذا أعتقتا فهما في الحضانة كالحرة ؛ لأنهما استفادتا الولاية بالعتق ، وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام ؛ لأن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير وإنه لا يختلف بالإسلام والكفر ، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبت هذا الحق حتى لو كانت الحضانة كتابية والولد مسلم ؛ كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الأصل لما قلنا وكان أبو بكر أحمد بن علي الرازي يقول : إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا ؛ سقط حقها ؛ لأنها تعدوهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى على المنهاج (٩٠/٤ ، ٩١) : « الحضانة حفظ من لا يستقل بأمره (وترتيبه) بما يصلحه (والإناث أليق بها) لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها (وأولاهن أم) لو فور شفتها (ثم أمهات) لها (يدلن بنات) لأنهن يشاركنها في الإرث والولادة (يقدم أقربهن) فأقربهن (والجديد يقدم بعدهن أم أب ثم أمهاتها المدليات بنات ثم أم أبي أب كذلك) . أي ثم أمهاتها المدليات بنات (ثم أم أبي جد كذلك) أي ثم أمهاتها المدليات بنات يقدم من كل من الأمهات المذكورة القربى فالقربى وقدمت أمهات الأم على أمهات الأب لقوتهن في الإرث ؛ لأنهن لا يسقطن بالأب بخلاف أمهاته (والقديم) تقدم (الأخوات والحالات عليهن) ، أي على أمهات الأب والجدة المذكورات ، وجه الجديد أنهن أقوى قرابة لأنهن يحتقن على الولد ، ووجه القديم أن الأخوات والحالات ، يدلن بالأب وهي مقدمة على الأب فكذا يقدم من يدلي بها على من يدلي به (وتقدم) جزماً (أخت على خالة) لأنها أقرب منها (وخالة على بنت أخ و) بنت (أخت) لأنها تدلي بالأب بخلافها (وبنت أخ و) بنت (أخت على عمة) كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم (وأخت من أبوين على أخت من أحدهما) بقوة قرابته . (والأصح تقدم أخت من أب على أخت من أم) لقوة إرثها والثاني عكسه للإدلاء بالأب . (وخالة وعمة لأب عليهما أم) لقوة جهة الأبوة والثاني عكسه رعاية لجهة الأمومة (وسقوط كل جدة لا تراث) وهي التي تدلي بذكر بين أثنين كأب أمي الأم لإدلائها بمن لا حق له في الحضانة على الأصح ، والثاني لا تسقط لولادتها =

= وشمول أحكام الأصول لها في العتق ولزوم النفقة وغيرهما . لكن تتأخر عن جميع المذكورات لضعفها ، وفي معنى الجدة الساقطة كل محرم تدلي بذكر لا يرث كبنات ابن البنت وبنات العم للأُم ، (دون أنثى غير محرم كبنات خالة) وبنات عمه وبناتي الحال والعم ، أي الأصحاب لا تسقط بكونها غير محرم لشفتقتها بالقرابة وهدايتها إلى الترية بالأنوثة ، والثاني تسقط لأن الحضانة تخرج إلى معرفة بواطن الأمور ، ويقع فيها الاختلاط انتام ، فالاحتياط تخصيصها بالمحارم . (وتثبت) الحضانة (لكل ذكر محرم وارث) كالأب والجد والأخ وابن الأخ والعم لقوة قرابتهن بالمحرمة والارث والولاية ، (على ترتيب الإرث) حالة الاجتماع ، وقد تقدم كيفيته في بابه (وكذا غير محرم) وهو وارث (كابن عم) فإن له الحضانة (على الصحيح) لوفور شفقتة بالولاية . (ولا تسلم إليه مشتبهة بل) تسلم (إلى ثقة يمينها) هو كبنته وغيرها ، والثاني لا حضانة له لانفشاء المحرمة (فإن فقد) في الذكر (الإرث والمحرمة) كابن الحال وابن العم (أو الإرث) دون المحرمة كالحال والعم للأُم وأي الأم (فلا) حضانة له . (في الأصحاب) لضعف قرابته ، والثاني له الحضانة لشفتته بالقرابة . (وإن اجتمع ذكور وإناث فالأم) تقدم (ثم أمهاتها) لما تقدم (ثم الأب وقيل تقدم عليه الحالة والأخت من الأم) لإدلائهما بالأُم بخلاف الأخت للأب لإدلائها به وهو مقدم على أمهاته وبعدهن الجد أبوه ، وهو مقدم على أمهاته وبعدهن أبو الجد وهو مقدم على أمهاته ، (ويقدم الأصل) من ذكر أو أنثى على ما تقدم (على الحاشية) كالأخ وإن تقدم خلاف بتقدم الأخت . (فإن فقد) الأصل من الذكر والأنثى وهناك حواش (فالأصح الأقرب) ، فالأقرب منهم ، فتقدم الإخوة والأخوات على غيرهم كالحالة والعممة ، (وإلا) أي وإن لم يكن فيهم أقرب بأن استووا في القرب (فالأنثى) فتقدم الأخت على الأخ وبنات الأخ على ابن الأخ ، (وإلا) أي وإن لم يكن فيهم أنثى كأخوين وابني أخ . (فيفرع) فيقدم من خرجت قرعته على غيره ، ومقابل الأصحاب وجهان : أحدهما تقدم الإناث مطلقاً فتقدم العممة والحالة على الأخ والعم ، والثاني تقدم العصابات على غيرهم ، لقيامهم بالتأديب والتعليم فيقدم الأخ والعم على الأخت والحالة .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٥٢٨ ، ٥٢٧/٢) : « (وللأب) وغيره من الأولياء (تعهده عند أمه ، وأدبه وبعثه للمكتب) ولو قال : لمعلم كان أخصراً وأشتمل (ثم) بعد الأم (أمها ثم) بعد أم الأم (جدة الأم) أي الجدة من قبل الأم الصادق بها من قبل أمها وأبيها ، وجهة الإناث مقدمة (إن انفردت) الأم أو الجدة (بالسكنى عن أم سقطت حضانتها) بتزويج أو غيره ، وكذا كل أنثى ثبتت حضانتها لا بد أن تنفرد بالسكنى عمن سقطت حضانتها (ثم الحالة) الشقيقة أو لأُم (ثم خالتها) أي خالة الأم ، ويليها عممة الأم ، وقد أسقطها المصنف (ثم جدة الأب) أي الجدة من قبل الأب فيشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه ، والقرى تقدم على البعدي ، والتي من جهة أم الأب تقدم على التي من جهة أم أبيه (ثم) بعد الجدة من جهة الأب (الأب ثم الأخت) للمحضون (ثم العممة) له ثم عممة أبيه ثم خالة أبيه (ثم) بعد خالة الأب (هل بنت الأخ) شقيقاً أو لأُم أو لأب (أو) بنت (الأخت) كذلك (أو الأكفأ منهن) أي الأشد كفاية بالقيام بحال المحضون (وهو الأظهر) عند ابن رشد واختار ما قبله الرجاعي ، ومفاد نقل المواق أن الراجح الأول (أقوال) حقه تردد (ثم) الشخص (الوصي) الشامل للذكر والأنثى (ثم الأخ) للمحضون (ثم ابنة) أي ابن الأخ لكن يقدم عليه الجد من جهة الأب ، وهو يشمل ما قرب منها ، وما بعد فقد أسقطه المصنف أيضاً (ثم العم =

= ثم ابته (قرب كل أو بعد ، ومعلوم أن الأقرب يقدم على الأبعد (لا جد لأم) فلا حضانة له عند ابن رشد (واختار) للخمى (خلافه) أي أن له الحضانة ؛ لأن له حناناً وشفقة وقد قدموا الأخ للأم على الأخ للأب والعم انتهى ، وعليه فمرتبته تلي مرتبة الجد للأب كما فهمه التائي (ثم المولى الأعلى) وهو المعتق بكسر التاء وعصبته نسبتاً ثم موالبه (ثم الأسفل) وهو المعتق بفتح التاء بأن كان عتيق والد المحضون أو جده ، أو عتيق المولى الأعلى بأن كان المولى الأعلى استحق الحضانة فمات فعتيقه يقوم مقامه (وقدم) الشخص (الشقيق) ذكراً أو أنثى على الذي للأم (ثم) الذي (للأم ثم) الذي (للأب في الجمع) أي جميع المراتب التي يمكن فيها ذلك (و) قدم (في المتساويين) من رجال كعمين ونساء كخاليتين (بالصيانة والشفقة) فإن تساوبا فهما قدم الأسن فإن تساوبا فبالقرعة .

قول الحضائبة : جاء في المغني (١٩٥/٨ ، ١٩٦) : « فإن لم تكن أم ، أو تزوجت الأم ، فأم الأب أحق من الحالة) في هذه المسألة : فصلان (٦٥٤٦) الفصل الأول : أن الأم إذا تزوجت ، سقطت حضانتها قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وحكي عن الحسن ، أنها لا تسقط بالتزويج ونقل مهنا عن أحمد : إذا تزوجت الأم ، وابنتها صغير ، أخذ منها قيل له : فالجارية مثل الصبي ، قال : لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالها عن الغلام ووجه ذلك ما روي ، أن علياً وجعفرًا وزيد ابن حارثة ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ، فقال علي : ابنة عمي ، وأنا أخذتها ، وقال زيد : بنت أخي ؛ لأن رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة وقال جعفر : بنت عمي ، وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ : « الحالة أم » وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود بنحو هذا المعنى ، فجعل لها الحضانة وهي مزوجة والرواية الأولى هي الصحيحة قال ابن أبي موسى : وعليها العمل ؛ لقول رسول الله ﷺ للمرأة : « أنت أحق به ما لم تنكحي » ولأنها إذا تزوجت ، اشتغلت حقوق الزوج عن الحضانة ، فكان الأب أحق له ، ولأن منافعتها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة فأما بنت حمزة ، فإنما قضى بها لخالتها ؛ لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي ، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى ، وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة ، كالجدة تكون متزوجة للجد ، لم تسقط حضانتها ؛ لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة ، وأحدهما متزوج للأم ، أو الحالة ، فهو أحق ، لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساوبا ، وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة ، قدم بها لذلك وظاهر قول الحرقى ، أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي ، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك ؛ لأن به تستغفل عن الحضانة ووجه الأول ، قول النبي ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي » وقد وجد النكاح قبل الدخول ، ولأن بالعقد يملك منافعتها ، ويستحق زوجها منعهما من حضانتها فزال حقها ، كما لو دخل بها .

الفصل الثاني : أن الأم إذا عدت ، أو تزوجت ، أو لم تكن من أهل الحضانة ، واجتمعت أم أب وخاله ، فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك ، وأبي ثور وروى عن أحمد أن الأخت والحالة أحق من الأب فعلى هذا ، يحتمل أن تكون الحالة أحق من أم الأب وهو قول الشافعي القديم ؛ =

= لأنها تدلي بأُم ، وأم الأب تدلي به ، فقدم من يدلي بالأُم ، كتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبي ﷺ قضى بينت حمزة لخالتها ، وقال : « الحالة أم » .

ولنا : أن أم الأب جدة وارثة ، تقدمت على الحالة ، كأُم الأم ، ولأن لها ولادة وورثة ، فأشبهت أم الأم فأما الحديث ، فيدل على أن للخالة حقًا في الجملة ، وليس النزاع فيه ، إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع وقولهم : تدلي بأُم قلنا : لكن لا ولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، كتقديم أم الأم على الحالة فعلى هذا ، متى وجدت جدة وارثة ، فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وإن علت درجتها ؛ لفضيلة الولادة والورثة ، فأما أم أبي الأم فلا حضانة لها ؛ لأنها تدلي بأبي الأم ، ولا حضانة له ، ولا من أدلى به .

فصل : فإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأُم الأم أحق ، وإن علت درجتها ؛ لأن لها ولادة ، وهي تدلي بالأُم التي تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليها ، كتقديم الأم على الأب وعن أحمد أن أم الأب أحق وهو قياس قول الحرقي ؛ لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه ، وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب ، دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلي بعصبة ، مع مساواتها للأخرى في الولادة فوجب تقديمها ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وإنما قدمت الأم على الأب ؛ لأنها أتت تلي الحضانة بنفسها ، فكذلك أمه ، فإنها أتت تلي بنفسها ، فقدمت لما ذكرناه . (والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم ، وأحق من الحالة) وجملة أنه إذا عدم من يستحق الحضانة ، من الآباء والأمهات وإن علوا ، انتقلت إلى الأخوات ، وقدمن على سائر القربات ، كالحالات والعمات وغيرهن ؛ لأنهن شاركن في النسب ، وقدمن في الميراث ، ولأن العمات والحالات إنما يلدن بإخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذي فرض ولا عصبية ، فالمدلي إلى نفس المكفول وورثه أقرب وأشقق ، فكان أولى ، وأولى الأخوات من كان لأبوين ، لقوة قربتها ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ، نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ، وهو قول المزني ، وابن سريج لأنها أدلت بالأُم ، فقدمت على المدلية بالأب ، كأُم الأم مع أم الأب وقال ابن سريج : تقدم الحالة على الأخت من الأب ؛ لذلك ولأبي حنيفة فيه روايتان .

ولنا : أن الأخت من الأب أقوى في الميراث ، فقدمت ، كالأخت من الأبوين ، ولا تخفى قوتها ، فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبية مع البنات وتقاسم الجد ، وما ذكروه من الإدلاء لا يلزم ؛ لأن الأخت تدلي بنفسها ؛ لكنهما خلقا من ماء واحد ، ولهما تعصيب ، فكانت أولى والله أعلم .

(وخالة الأب أحق من خالة الأم) وجملة أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الحالات ، ويقدمن على العمات ، نص عليه أحمد ويحتمل كلام الحرقي تقديم العمات ؛ لأنه قدم خالة الأب ، وهي أخت أمه ، على خالة الأم ، وهي أخت أمها ، فيدل ذلك على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم ، ولأنهن يلدن بعصبة ، فقدمن ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وقال القاضي : مراد الحرقي بقوله : خالة الأب أي الحالة من الأب تقدم على الحالة من الأم ، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ؛ لأن الحالات أخوات الأم ، فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهما مجرى الأخوات المتفرقات ، وكذلك الحكم في العمات المتفرقات ، فإن قلنا بتقديم الحالات ، فإذا انقرضت فالعمات بعدهن ، وإن قلنا بتقديم العمات ، فالحالات بعدهن ، فإذا عدمن ، انتقلت إلى حالات الأب ، على قول الحرقي ، وعلى القول الآخر ، =

٢٠٢٣ - وبما أن الحق في الحضانة مبني على الشفقة ، والأم أوفر الناس شفقة على الولد يكون حق الحضانة مستفادًا من جهتها .

٢٠٢٤ - وينبغي على ذلك : تقديم الأقرب فالأقرب بالنسبة إليها ، وإن من كان مدليًا للصغير من جهة الأم أحق ممن كان منتسبًا إليه من جهة الأب فإذا كانت الأم موجودة وهي أهل للحضانة قدمت على غيرها فإن لم تكن موجودة أو كانت ولكنها فقدت شرطًا من شرائط الحضانة كأن اشتغلت بأمر يترتب عليه ضياع الولد أو تزوجت بغير رحم محرم له انتقل حق الحضانة إلى أمها ثم أم أمها وإن علت على الترتيب ، وقد أجمع على ذلك الصحابة لما روي أن عمر رضي الله عنه طلق زوجته جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ سيدنا عمر ابنه عاصمًا فأدركته أم جميلة وأخذته فترافعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فقال لعمر : خل بينه وبينها وإن ريقها خير له من غسل وشهد عندك يا عمر . فسلمه لها وكان ذلك بحضور الصحابة فإن لم توجد جدة لأم أو وجدت غير أهل ، فالجدة لأب وإن علت أولى من غيرها ما دامت مستوفية شرائط الحضانة .

٢٠٢٥ - فإن لم توجد جدة أو وجدت غير أهل انتقل حق الحضانة إلى الأخوات وهن أولى من الخالات والعمات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الجد أو الجدات .

٢٠٢٦ - وتقدم الأخت الشقيقة على الأخت لأم لأنهما قد اشتركا في الأخوة لأم وترجحت الشقيقة بقرابتها من جهة الأب فإن لم توجد شقيقة أهل للحضانة انتقل حق الحضانة للأخت لأم فإن لم توجد أخت لأم أو وجدت ولكن لم تكن أهلًا للحضانة ينتقل الحق إلى الأخت لأب .

٢٠٢٧ - وقال بعضهم : الحالة أولى منها لأنها تدلي بالأم وتلك بالأب ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الحالة والدة » ^(١) .

٢٠٢٨ - وهذا لا يدل لأن تقديم المدلي بالأم على المنتسب بالأب إنما يكون عند اتحاد الدرجة ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « الحالة والدة » . إنما يفيد أصل ثبوت الحضانة لا أنها أولى من غيرها فإن لم توجد إحدى المذكورات ينتقل حق الحضانة إلى بنت الأخت الشقيقة ثم إلى بنت الأخت لأم ثم إلى الحالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب وبعد

= إلى حالات الأم وهل يقدم خالات الأب على عماته ، على وجهين : بناء على ما ذكرنا في الحالات والعمات ، فأما عمات الأم ، فلا حضانة لهن ؛ لأنهن يدلن بأبي الأم ، وهو رجل من ذوي الأرحام ، لا حضانة له ، ولا لمن أدلى به . (١) مسند أحمد (٩٨/١) .

ذلك يكون الحق لبنت الأخت لأب .

٢٠٢٩ - وقال بعضهم : تقدم بنت الأخت لأب على الخالات .

٢٠٣٠ - والصحيح الأول لأن قرابة الخالات من جهة الأم ثم بنت الأخ الشقيق ثم أم ثم لأب .

٢٠٣١ - وإنما قدمت بنات الأخوات على بنات الإخوة لأن الأخت مقدمة في الحضانة على الأخ فكان المدلي بها أولى وبعد بنات الإخوة يكون الحق لعمات الصغير وتقدم الشقيقة ثم أم ثم لأب ثم خالة الأم لأبوين ثم أم ثم لأب ثم خالة الأب كذلك ثم عمات الأمهات والآباء على هذا الترتيب .

٢٠٣٢ - وإذا اجتمع عدد ممن له حق الحضانة في درجة ، فالأحق أورعهم ثم أكبرهم فإن استوين في الأحقية من كل جهة فالرأي للقاضي ^(١) .

(مادة ٢٨٤)

إِذَا فُقِدَتِ الْخَارِجَةُ مِنَ النِّسَاءِ أَوْ وُجِدَتْ وَلَمْ تَكُنْ أَهْلًا لِلْحَضَانَةِ ، تَنْتَقِلُ لِلْعَصَبَاتِ بِتَرْتِيبِ الْإِزْتِ .

فَيَقْدُمُ : الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ الْأَخُّ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الْأَخُّ لِأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو الْأَخِّ الشَّقِيقِ ، ثُمَّ

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٨) : زواج الحضانة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها .

المادة (١٤١) : يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : سقوط الحضانة : المادة (١٥٦) : عقد زواج الحضانة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها .

المادة (١٥٨) : عودة الحضانة : يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : إذا تزوجت الحضانة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه ما لم تكن وصيًا أو مرضعًا لم يقبل غيرها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٦) مع مراعاة الشروط الواردة في المادة (١٨٥) يشترط في المرأة الحضانة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون .

جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٧) مع مراعاة الشروط الواردة في المادة (١٨٥) يشترط في الرجل الحضائن ما يلي :

أ - أن يكون متحلًا مع المحضون في الدين .

ب - أن يكون مع الحضائن قريبة تصلح للقيام بواجب الحضانة .

بِئْرِ الْأَخِ لِأَبٍ ، ثُمَّ الْعَمِّ الشَّقِيقُ ، ثُمَّ الْعَمِّ لِأَبٍ .

فَإِذَا تَسَاوَى الْمُشْتَقُّونَ لِلْحَضَانَةِ فِي دَرَجَةِ وَاحِدَةٍ ، يُقَدَّمُ أَصْلَحُهُمْ ، ثُمَّ أَوْزَعُهُمْ ، ثُمَّ أَكْبَرُهُمْ سِنًا .

وَيُسْتَرْطَفُ فِي الْعَصَبَةِ اتِّحَادُ الدِّينِ ، فَإِذَا كَانَ لِلصَّبِيِّ الدَّمِيُّ أَخَوَانِ أَحَدُهُمَا مُسْلِمٌ وَالْآخَرُ ذِمِّيٌّ ، يُسَلَّمُ لِلدَّمِيِّ لَا لِلْمُسْلِمِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٤٣/٤) : « وأما شرطها فمن شرائطها العصبية فلا تثبت إلا للعصبة من الرجال ويتقدم الأقرب فالأقرب الأب ثم الجد أبوه ، وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب ، إن كان الصبي غلامًا وإن كانت جارية فلا تسلم إليه ؛ لأنه ليس بمحرم منها ؛ لأنه يجوز له نكاحها فلا يؤمن عليها . وأما الغلام فإنه عصبية وأحق به ممن هو أبعد منه ثم عم الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد لأب ، ولو كان لها ثلاثة إخوة كلهم على درجة واحدة بأن كانوا كلهم لأب وأم أو لأب ، أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة ؛ فأفضلهم صلاحًا وورعًا أولى فإن كانوا في ذلك سواء ؛ فأكبرهم سنًا أولى بالحضانة فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل المواضع ؛ لأن الولاية في هذه الحالة إليه فبراعي الأصلح فإن رآه أصلح ؛ ضمنها إليه ولا يفضعها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء ، فلا حق له في الولد مثل الأخ لأب والخال وأبي الأم لانعدام العصبية ، وقال محمد : إن كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لأبأس به في دينه ؛ جعلها القاضي عند الخال ؛ لأنه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والأخ من الأب أحق من الخال ؛ لأنه عصبية وهو أيضًا أقرب ؛ لأنه من أولاد الأب والخال من أولاد الجد ، وذكر الحسن بن زياد أن الصبي إذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبي الأم ؛ لأنه عصبته والأخ لأب أولى من العم وكذلك ابن الأخ ؛ لأنه أقرب فإن لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء فإن الأم أولى من الخال والأخ لأب ؛ لأن لها وولادًا وهي أشفق ممن لا وولاد له من ذوي الأرحام . ومنها : إذا كان الصغير جارية أن تكون عصبته ممن يؤتمن عليها فإن كان لا يؤتمن لفسقه ولحياته ؛ لم يكن له فيها حق ؛ لأن في كفالته لها ضررًا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها ؛ لا تسلم إليهم وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وإن كانت بكرًا . ومنها : اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي إلا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد وقال : هذا قول أبي حنيفة وقياسه ؛ لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب ، وقد قالوا في الأخوين إذا كان أحدهما مسلمًا والآخر يهوديًا والصبي يهودي ؛ إن اليهودي أولى به ؛ لأنه عصبية لا المسلم .

قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (١٩٣/٥ ، ١٩٤) : « شرع في القسم الثاني ، وهو محض الذكور ، وهم أربعة أصناف : محرم وارث ، ووارث غير محرم ، ومحرم غير وارث ، وليس بمحرم ولا وارث مبتدئًا بأولها ، فقال : (وتثبت) الحضانة (لكل ذي محرم وارث) كالأب والجد وإن علا ، والأخ لأبوين أو لأب ، =

= والعم كذلك لقوة قرابتهم بالمحرمية والإرث والولاية (على ترتيب الإرث) عند الاجتماع ، فيقدم أب ، ثم جد وإن علا ، ثم أخ شقيق ، ثم لأب ، وهكذا ، فالجد هنا مقدم على الأخ ، فلو قال المصنف على ترتيب ولاية النكاح لكان أولى (وكذا) ذكر وارث (غير محرم كابن عم) فإن له الحضانة (على الصحيح) لوفور شفقتة بالولاية ، والثاني لا لفقد المحرمية ، وهذا هو الصنف الثاني . فإن قيل : كلامه يشمل المعتق فإنه وارث غير محرم مع أنه لا حضانة له . أجيب : بأن تمثيله بابن العم فيه إشارة إلى اعتبار القرابة في الحاضن (ولا تسلم إليه مشتهة) حذراً من الخلوة المحرمة (بل) تسلم (إلى ثقة بعينها) بضم المثناة التحتية الأولى وتشديد التحتية الثانية من التعيين لا بتخفيفها من المعونة ولو بأجرة من ماله ؛ لأن الحق له في ذلك ، وإنما كان التعيين إليه لأن الحضانة له ، ويفارق ثبوت الحضانة له عليها عدم ثبوتها لبنت العم على الذكر بأن الرجل لا يستغني عن الاستتابة بخلاف المرأة ، ولاختصاص ابن العم بالمعصوبة والولاية والإرث ، فإن كان له بنت مثلاً يستحي منها على ما مر في العدد جعلت عنده مع بنته . نعم إن كان مسافراً وبنته معه لا في رحله سلمت إليها لا له كما لو كان في الحضر ولم تكن بنته في بيته ، وبهذا يجمع بين كلامي الكتاب وأصله والروضة وأصلها حيث قالوا في موضع : تسلم إليه ، وفي آخر تسلم إليها . قال الأسنوي : ويعتبر كونها ثقة ، وتبعه الزركشي . قال : وما يتوهم من أن غيرتها على قرابتها وأبيها تنفي عن ذكر مردود ، ولتفاوت الناس في ذلك ، فاعتبرت الشفقة حسماً للباب . تنبيه : افهم كلامه أنه يتسلم الذكر مطلقاً المشتبه وغيره ، وهو قضية كلام الروضة ، وصرح به ابن الصباغ ، وصوب الزركشي عدم تسليم المشتبه إليه .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشني (٢١٠/٤) : ثم الوصي أي ثم مرتبة الوصي مقدمة على مرتبة العصبية في الإناث الصغار وفي الذكور مطلقاً ، وله حضانة الإناث الكبار ذوات المحارم فإن لم يكن له ذوات محارم فهل له الحق في حضانتهم . ابن عرفة ؛ وينبغي أن يكون خلافاً في حال فإن ظهرت أمانة الشفقة فهو أحق وإلا فلا ، ومراد المؤلف بالوصي ما يشمل مقدم القاضي والظاهر أن وصي الوصي كهو وربما يفيد ما مر في الكلام على أولياء النكاح . ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم أمه واختار خلافه أي فإن لم يكن وصي ولا أحد ممن ذكر قبله أو كان وسقط حقه من الحضانة فإن الأخ مقدم ويستحق الحضانة ويقدم الشقيق على غيره كما يأتي ثم بعد الأخ الجد أبو الأب ثم بعده ابن الأخ ثم بعده عم المحضون فإن لم يكن فابن عم المحضون وأما الجد من جهة الأم فإنه لا يستحق الحضانة نص عليه ابن رشد واختار اللخمي خلاف هذا وأن له حقاً في الحضانة لأن له حائناً وشفقة وتغلف الدية عليه ، وقد قدموا الأخ للأخ وللأب والعم مع عصبيتها . على المولى الأعلى ثم الأسفل أي ثم يلي مرتبة العم وابنه وهما آخر عصبية النسب المولى الأعلى وهو المعتق بكسر التاء وعصبته من موالي النسب ثم المولى الأسفل على المشهور ومذهب المدونة وهو المعتق بفتح التاء وصورته إنسان انتقل إليه حضانة وهو مولى أعلى فوجد قد مات وله عتيق فإن الحضانة تنتقل لعتيقه ، وانظر هل لعصبية الأسفل نسبتاً حضانة أم لا .

وقدم الشقيق ثم للأب ثم للأب في الجميع يعني أن جميع ما مر من مراتب الحضانة الشقيق ذكرًا أو أنثى يقدم فيها على الذي للأب ويقدم على الذي للأب فإن تعذر الأقرب فإن الحضانة يستحقها بعده من هو أدنى منه مرتبة ولا ينتقل الحق للسلطان ، وقوله في الجميع أي في جميع المراتب التي يدخلها الشفقة وعدمها احترازًا =

- ٢٠٣٣ - وما تقدم يعلم أن حق الحضانة يثبت أولاً للنساء اللاتي هن أقارب للصغير . فإن لم توجد حاضنات أو وجدن ولكن لسن أهلاً لها ، يكون الحق في الحضانة للعصبات على ترتيب الإرث فيقدم الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب وإن سفل ثم العم لأبوين ثم العم لأب .
- ٢٠٣٤ - فإن تعدد المستحقون للحضانة وطلب كل منهم ضم الصغير إليه قدم أصلحهم ، فإن تساوا في الأصلحية قدم أورعهم وهو من يترك الشبهات خوفاً من الوقوع في المحرمات فإن استوا في الأورعية فأكبرهم سنًا أحق بالحضانة .
- ٢٠٣٥ - وينبغي أن يلاحظ أنفهم للصغير فإنه أولى وإن تساوا من جميع الجهات فالرأي للقاضي .

٢٠٣٦ - ويشترط في العصبات اتحاد الدين فإذا كان الصغير ذميًا وله أخوان مسلمٌ وذي فحق الحضانة للذمي دون المسلم ، وكذا إذا كان الصبي مسلمًا وله أخوان مسلمٌ وذي فالمسلم هو الذي له حق الحضانة . وإنما اشترط هنا اتحاد الدين لأن حق الحضانة بالنسبة إلى العصبات مبني على استحقاق الإرث ولا يرث مع الاختلاف دينًا فلا حضانة .

٢٠٣٧ - وإذا كان العاصب المسلم فاسقًا يخشى على الولد منه أو كان متصفًا

= من الأب والجد والوصي والمولى ونحوهم . وفي المتساويين بالصيانة والشفقة يعني أنه قد تقدم أن الشقيق يقدم على غيره إذا اختلفت المرتبة فإن اتمدت كمتقين وعمين مثلًا فيقدم من هو أقوى شفقة وحنانًا على المحضون ويقدم الأسن على غيره لأنه أقرب إلى الصبر والرفق من غيره ، فإن تساوبا فالظاهر القرعة فإن كان في أحدهما صيانة وفي الآخر شفقة فالظاهر تقدم ذي الشفقة كما يفيد كلام الرجراجي .

قول الخنابلة : جاء في المغني (١٩٦/٨) : « وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة ، وأولاهم الأب ، ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومة الأب ، ثم بنوهم وهذا قول الشافعي وقال بعض أصحابه : لا حضانة لغير الآباء والأجداد ؛ لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ، ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم يكن لهم حضانة ، كالأجناب ولنا ، أن عليًا وجعفرًا اختصما في حضانة ابنة حمزة ، فلم ينكر عليهم النبي ﷺ ادعاء الحضانة ولأن لهم ولاية وتعصيتا بالقرابة ، فنسبت لهم الحضانة ، كالأب والجد ، وشارك الأجناب ؛ فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأن الأجناب تساوا في عدم القرابة ، فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر ، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها ، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد ، ويقومون مقام الأب في التخيير للصبي بينه وبين الأم ، أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعا ، إلا ابن العم فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعا ؛ لأنه ليس بمحرم لها . »

بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشئونه فلا حق له في الحضانة بل ينتقل الحق إلى من يليه من العصابات إن كان وإلا فإلى ذي رحم محرم^(١).

(مادة ٢٨٥)

إِذَا لَمْ تُوجَدْ غَضَبَةٌ مُسْتَحِقَّةٌ لِلْحَضَانَةِ أَوْ وُجِدَ مَنْ لَيْسَ أَهْلًا لَهَا بِأَنَّ كَانَ قَابِلًا أَوْ مَقْبُولًا أَوْ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، فَلَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ الْمُحْضُونَةُ ، بَلْ تُدْفَعُ لِذِي رَحْمٍ مَحْرَمٍ .
وَيُقَدَّمُ : الْجَدُّ لِأُمِّ ، ثُمَّ الْأَخُّ لِأُمِّ ، ثُمَّ ابْنُهُ ، ثُمَّ الْعَمُّ لِأُمِّ ، ثُمَّ الْحَالَ لِأَبْنَيْنِ ، ثُمَّ الْحَالَ لِأَبٍ ، ثُمَّ الْحَالَ لِأُمِّ .

وَلَا حَقَّ لِوَنَاتِ الْعَمِّ وَالْعَمَّةِ وَالْحَالَ وَالْحَالَةَ فِي حَضَانَةِ الذُّكُورِ ، وَلَهُنَّ الْحَقُّ فِي حَضَانَةِ الإِنَاثِ .

وَلَا حَقَّ لِبَنِي الْعَمِّ وَالْعَمَّةِ وَالْحَالَ وَالْحَالَةَ فِي حَضَانَةِ الإِنَاثِ ، وَإِنَّمَا لَهُنَّ حَضَانَةُ الذُّكُورِ .
فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ لِلأُنثَى الْمُحْضُونَةِ إِلا ابْنُ عَمٍّ ، فَلَاخْتِيَارٌ لِلْحَاكِمِ ، إِنْ رَأَاهُ صَالِحًا صَمَّهَا إِلَيْهِ ، وَإِلَّا سَلَّمَهَا لِامْرَأَةٍ بَقِيَّةٍ أَمِينَةٍ .

• • •

٢٠٣٨ - فإن لم يوجد أحد من العصابات المتقدمين انتقل حق الحضانة إلى غيرهم من الأقارب على الترتيب الآتي فيقدم الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابنه ثم العم لأم ثم الحال الشقيق ثم لأب ثم لأم .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٣٩) : ١ - حق الحضانة للأُم ، فلأمها وإن علت ، فلأم الأب وإن علت ، فلالأخت الشقيقة ، فلالأخت لأُم ، فلالأخت لأب ، فليبت الشقيقة ، فليبت الأخت لأُم . فليبت الأخت لأب ، فللخالات ، فللعلمات ، بهذا الترتيب ، ثم للعصابات من الذكور على ترتيب الإرث .
٢ - لا يسقط حق الحضانة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والناية بهم بطريقة مقبولة .
٣ - للحاضن أمَّا كانت أو جدة لأُم أن تطلب من القاضي تسليمها الصغير، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من قرابتهما بوثيقة من أمانة السجل المدني ويقرر أيضًا للصغير نفقة مؤقتة على من يراه مكلفًا بها ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل دائرة التنفيذ المختصة ولمن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوبًا أو مقدارًا أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء للنزاع من هذا القرار وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشرعية ولا يؤثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم .

٢٠٣٩ - فقد علم مما تقدم أن حق الحضانة يثبت لذي الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون مذكراً أو مؤنثاً فإن كان القريب رحماً غير محرم فإما أن يتحد الحاضن والمحضون في الذكورة والأنوثة أو يختلفا فيها . فإن اتحدا ثبت هذا الحق ، وإن اختلفا لم يثبت .

٢٠٤٠ - وينبغي على ذلك : أنه لا حق لأبناء العم ونحوهم من كل رحم غير محرم كأبناء الأحوال والحالات في حضانة الإناث كما لا حق لبنات الأعمام ونحوهن في حضانة المذكرين ، فإذا لم يكن للصغير رحم محرم فأمره مفوض لرأي القاضي ، إن شاء سلم الأنثى لابن عمها إذا رآه أهلاً لذلك وإن شاء سلمها لأمية يثق بها ويعتقد أنها تحفظها وتقوم بشئونها خير قيام .

٢٠٤١ - ويسلم المذكر لبنت عمه إن وثق بها ، وإلا فيسلمه لأمين يثق به (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٨٩) الحضانة واجبة على الأبوين معاً ما دامت الزوجية قائمة بينهما ، فإن افترقا ثبت حق الحضانة لمن يأتي :

أ - الأم ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب ثم الأب ثم أمهاته الأقرب فالأقرب ثم الجد وإن علا ثم أمهاته الأقرب فالأقرب ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم للحالات الأقرب فالأقرب ثم للعمات الأقرب فالأقرب ثم خالات الأبوين الأقرب فالأقرب ثم عمات الأب ثم بنات الإخوة وبنات الأخوات ثم بنات الأعمام وبنات العمات ثم بنات عمات الأب .

ب - إذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة (أ) انتقل حق الحضانة إلى العصابات ، وفقاً لترتيبهم في استحقاق الإرث .

ج - إذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة (ب) يصار إلى ذي رحم محرم من ذوي أرحام المحضون الأقرب فالأقرب .

د - إذا تعذر وجود حاضن من محارم المحضون أو متزوج من محارمه فللمحكمة ضم المحضون إلى المستحق من غير جنسه ، أو إلى امرأة أمينة موثوق بها .

هـ - إذا تساوى مستحقو الحضانة في درجة واحدة ، يقدم أصلحهم للحضانة ثم أكثرهم ورعاً فإن تساوى المستحقون في الصلاحية والورع ، قدم أكبرهم سناً .

و - للقاضي نقل حق الحضانة من مستحق أقرب إلى مستحق أبعد عند تنازعهما ، إذا كان ذلك في مصلحة المحضون .

المادة (١٩٠) يراعي القاضي عند تقدير مصلحة المحضون ما يلي :

أ - الأفضلية في الشفقة على المحضون ، وفي الأمانة والقدرة على تربية المحضون .

ب - مدى القدرة على توفير البيئة الصالحة لنشأة المحضون ، وحفظه من الانحراف .

ج - القدرة على توفير أفضل سبل العلاج والتعليم والإعداد للمستقبل .

د - القدرة على إعداد المحضون بما ينفعه من أخلاق وعادات عند بلوغه سن الاستغناء عن حضانة النساء .

هـ - المميزات الأخرى التي تعود بنفع محقق للمحضون .

(مادة ٢٨٦)

إِذَا امْتَنَعَتِ الْحَاضِنَةُ عَنِ الْحَضَانَةِ ، فَلَا تُجْبَرُ عَلَيْهَا ، إِلَّا إِذَا تَعَيَّنَتْ لَهَا ، بِأَنْ لَمْ يُوْجَدْ لِلطُّفْلِ حَاضِنَةٌ غَيْرُهَا مِنَ الْحَاوِمِ ، أَوْ وُجِدَتْ مَنْ دُونَهَا وَامْتَنَعَتْ ، فَحَيْثُ يُجْبَرُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ أجنبيٌّ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤١/١) : « أحق الناس بحضانة الصغير حال قيام النكاح أو بعد الفرة الأم ، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة غير مأمونة كذا في الكافي . سواء لحقت المرتدة بدار الحرب أم لا ، فإن تابت فهي أحق به كذا في البحر الرائق . وكذا لو كانت سارقة أو مغنبة أو نائحة فلا حق لها هكذا في النهر الفائق . ولا تجبر عليها في الصحيح لاحتمال عجزها إلا أن يكون له ذو رحم محرم غيرها فحيث تجبر على حضانتها كمي لا يضيع بخلاف الأب حيث يجبر على أخذه إذا امتنع بعد الاستغناء عن الأم كذا في العيني شرح الكنتز ، وإن لم يكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل واحدة ، وإن علت ، فإن لم يكن للأم أم فأم الأب أولى ممن سواها ، وإن علت ، كذا في فتح القدير .

ذكر المحصاف في التفقات إن كانت للصغيرة جدة من قبل أبيها وهي أم أبي أمها فهذه ليست بمنزلة من كانت من قرابة الأم من جهة أمها كذا في البحر الرائق ، فإن ماتت أو تزوجت فالأخت لأب وأم ، فإن ماتت أو تزوجت فالأخت لأم ، فإن ماتت أو تزوجت فبنات الأخت لأب وأم ، فإن ماتت أو تزوجت فبنات الأخت لأم لا تختلف الرواية في ترتيب هذه الجملة إنما اختلفت الروايات بعد هذا في الحالة والأخت لأب ففي رواية كتاب النكاح : الأخت لأب أولى من الحالة وفي رواية كتاب الطلاق : الحالة أولى وبنات الأخوات لأب وأم أو لأم أولى من الحالات في قولهم ؛ واختلفت الروايات في بنات الأخت لأب مع الحالة ؛ والصحيح أن الحالة أولى ، وأولى الحالات الحالة لأب وأم ، ثم الحالة لأم ، ثم الحالة لأب ، وبنات الإخوة أولى من العمات ، والترتيب في العمات على نحو ما قلنا في الحالات كذا في فتاوى قاضي خان ، ثم يدفع إلى خالة الأم لأب وأم ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم إلى عماتها على هذا الترتيب . وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا ، ثم حالات الأب وعماته على هذا الترتيب ، كذا في فتح القدير . والأصل في ذلك أن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، كذا في الاختيار شرح المختار . بنات العم والحال والعمة والحالة لا حق لهن في الحضانة كذا في البدائع . وإنما يظل حق الحضانة لهؤلاء النسوة بالتزوج إذا تزوجن بأجنبي ، فإن تزوجن بذوي رحم محرم من الصغير كالجدة إذا كان زوجها جدياً لصغير أو الأم إذا تزوجت بعم الصغير لا يبطل حقها كذا في فتاوى قاضي خان . ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت وإذا كان الطلاق رجعيًا لا يعود حقها حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية كذا في العيني شرح الكنتز . ولو تزوجت الأم بزواج آخر وتمسك الصغير معها أو الأم في بيت الراب فللأب أن يأخذ منها .

- ٢٠٤٢ - فقد علم أن المستحقين للحضانة ليسوا في درجة واحدة ولكن لم يعلم لنا حكم ما إذا امتنعت من هي أولى بالحضانة عن ضم الصغير إليها هل تجبر على ضمه أو لا .
- ٢٠٤٣ - وقد اختلف العلماء في هذا الحكم ، فقال بعضهم : تجبر عليها مطلقاً سواء وجد من يضمه من الحاضنات أو لا .
- ٢٠٤٤ - وقال آخرون : لا تجبر عليها إذا وجد غيرها من الحاضنات ورضي بها فإذا لم يوجد من الحاضنات من يريه تجبر على أخذه كيلا يضيع الولد فيجب عليها تربيته إحياءً لنفسه .
- ٢٠٤٥ - وهذا الخلاف مبني على الخلاف في حق الحضانة هل هو حق للصغير أو حق للحاضنة .
- ٢٠٤٦ - فمن قال : إنه حق للصغير يرى إجبارها إذا امتنعت لأنها أبت أن تقوم بأمر واجب عليها ، ومن امتنع عن القيام بالواجب عليه يجبر . ومن قال : إنه حق الحاضنة . رأى عدم إجبارها إلا إذا دعت الضرورة لذلك بأن لم يوجد غيرها ممن له حق الحضانة أو وجد وامتنع .
- ٢٠٤٧ - ورأى بعض المحققين أن حق الحضانة ثابت للصغير والحاضنة معاً ، ولذلك كانت الأم في المرتبة الأولى ولها أن تطالب بأخذ الصغير ولا تجبر على أخذه إذا أبت ولم يترتب على ذلك ضياع الولد بأن وجد من يكفله غيرها من بقية الحاضنات .
- ٢٠٤٨ - فإذا ترتب على امتناعها ضياع المحضون تجبر على ضمه إليها قياماً بواجب حق الصغير ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٩١) لا إجبار في الحضانة إلا إذا تعينت على من له الحق فيها .

(مادة ٢٨٧)

أَجْرَةُ الْحَضَانَةِ غَيْرُ أَجْرَةِ الرِّضَاعَةِ وَالثَّقَفَةِ ، وَكُلُّهَا تَلْزِمُ أَبَا الصَّغِيرِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ .
فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَلَا يَلْزِمُ أَبَاهُ مِنْهَا شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَتَّبِعَ (١) .

• • •

٢٠٤٩ - ولما كانت الحاضنة تصرف زمنا في شئون المحضون ، جاز لها أخذ أجره على ذلك ، ولكن المقام فيه تفصيل لأنها إما أن تكون غير أم وإما أن تكون أمًا .

٢٠٥٠ - فإن كانت غير الأم تجب لها الأجرة مطلقاً أي سواء كانت متزوجة بأبي الصغير أو معتدة له أو لا .

٢٠٥١ - وإن كانت أمًا للصغير ولم تكن متزوجة بأبيه ولا معتدة له فلها الأجرة

(١) قول الخنيفة : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٣/١) : « لو أن امرأة جاءت بالصبي تطلب النفقة من أبيه فقالت : هذا ابن بنتي منك ، وقد ماتت أمه فأعطني نفقته ، فقال الأب : صدقت هذا ابني من ابنتك فأما أمه فلم تمت وهي في منزلي وأراد أخذ الصبي منها لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي أمه وتحضر هي فتأخذه ، فإن أحضر الأب امرأة فقال : هذه ابنتك ، وهذا ابني منها وقالت الجدة : ما هذه ابنتي وقد ماتت ابنتي أم هذا الصبي فالقول في هذا قول الرجل والمرأة التي معه ويدفع الصبي إليه ، وكذلك الجدة لو حضرت وقالت : هذا ابن ابنتي من هذا الرجل وقد ماتت أمه وقال الرجل هذا ابني من غير ابنتك من امرأة لي ، فالقول قوله وبأخذ الصبي منها ولو أحضر الأب امرأة وقال : هذا ابني من هذه لا من ابنتك وقالت الجدة : ما هذه أمه بل أمه ابنتي ، وقالت التي أحضرها الرجل : صدقت ما أنا بأمه وقد كذب هذا الرجل ولكني امرأته فإن الأب أولى به وبأخذه كذا في الظهيرية . ذكر في السراجية : لأن الأم تستحق أجره على الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه وتلك الأجرة غير أجره لإرضاعه ، كذا في البحر الرائق . وإذا كان الأب معسراً وأبت الأم أن تربي إلا بأجرة وقالت العمة : أنا أربي بغير أجره فإن العمة أولى هو الصحيح كذا في فتح القدير .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٤٧/٣) : « ومؤنة الحضانة في ماله ثم على الأب » ؛ لأنها من أسباب الكفالة كالنفقة فنجب على من تلزمه نفقته .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٤٣٣/٤) : « ولا شيء » أي لا أجره ولا نفقة (لحاضن لأجلها) أي الحضانة ، هذا قول الإمام مالك رضي الله تعالى عنه المرجوع إليه ، وبه أخذ ابن القاسم وقال أولاً ينفق عليها من مال المحضون ، والخلاف إذا كانت الحضانة غنية ، أما الأم الفقيرة فينفق عليها من ماله لعسرها للحضانة ابن عرفة ، واختلف في خدمته فقهاء إن كان لا بد لهم من خادم لضعفهم عن خدمة أنفسهم والأب بقوى على إعدامها أخذهم ولابن وهب لا خدمة عليه ، وبهذا قضى أبو بكر على عمر رضي الله تعالى عنهما وأرى أن يعتبر في الخدمة مثل ما تقدم في الإسكان .

اتفاقاً ؛ لأنها قامت بخدمة ولده ، وهذه الأجرة غير أجرة الرضاع وغير نفقة العدة على ما يأتي في مكان مفصلاً في المادة الآتية .

- ٢٠٥٢ - وجميع أنواع النفقة واجبة على أبي الصغير إذا كان الولد فقيراً . فإن كان غنيا فأجرة رضاعه وحضانه واجبة في ماله ، ولا يلزم الأب بشيء منها .
- ٢٠٥٣ - وإذا تبرع بدفع شيء من ذلك حال يسر ولده ، جاز ذلك وليس له أن يرجع على الولد بعد ذلك ^(١) .

(مادة ٢٨٨)

إِذَا كَانَتْ أُمُّ الطِّفْلِ هِيَ الْحَاضِنَةُ لَهُ ، وَكَانَتْ مُنْكَوْحَةً أَوْ مُغْتَدَّةً لِطَلَاقي رَجْعِيٍّ ، فَلَا أُجْرَ لَهَا عَلَى الْحَاضِنَةِ .

وَإِنْ كَانَتْ مُطْلَقَةً بَائِنًا أَوْ مُتَزَوِّجَةً بِمَحْرَمٍ لِلصَّغِيرِ أَوْ مُغْتَدَّةً لَهُ ، فَلَهَا الْأُجْرَةُ ، وَإِنْ أُجْبِرَتْ عَلَيْهَا .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَاضِنَةِ مَسْكَنٌ تَمْسِكُ فِيهِ الصَّغِيرَ الْفَقِيرَ ، فَعَلَى أَبِيهِ سُكْنَاهُمَا جَمِيعًا .

وَإِنْ اِحْتِاجَ الْمُحْضُونُ إِلَى خَادِمٍ ، وَكَانَ أَبُوهُ مُوسِرًا ، يُلْزَمُ بِهِ .

وَعَنْزِ الْأُمِّ مِنَ الْحَاضِنَاتِ لَهَا الْأُجْرَةُ ^(٢) .

• • •

٢٠٥٤ - وإن كانت أم الصغير هي الحاضنة له فإن كانت متزوجة بأبيه أو معتدة له

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٤٢) : أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٥٩) : أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق .

جاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : « أجرة الحضانة ومصاريفها تقع على المكلف بنفقة المحضون ، وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة .

الحكم الصادر في مادة الحضانة قابل للطعن .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٩٧) تستحق الحاضنة أجرة الحضانة في حالة انتهاء الزوجية حقيقة حتى بلوغ المحضون سن انتهاء حضانه النساء ويراعى في تقديرها حالة ولي المحضون والحاضنة .

(٢) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

عن طلاق رجعي فلا تستحق أجره على الحضانة لقيام الزوجية حقيقة أو حكماً ، وذلك لأن ما يعطى للأُم في نظير الحضانة له شبه بالنفقة وشبه بالأجرة فحال قيام الزوجية ولو حكماً لوحظ فيه شبه النفقة لوجود رابطة الزوجية .

٢٠٥٥ - وبما أن النفقة ثابتة لها فلا داعي لأخذها نفقة أخرى لأن المقصود منها دفع حاجة المرأة وهي مدفوعة بنفقة الزوجية فإن كانت في عدة الطلاق البائن فقيل : إنهما لا تستحق الأجرة على الحضانة أيضًا لاكتفائها بنفقة العدة .

٢٠٥٦ - وقيل : إنها تستحق أجرة لأن رابطة الزوجية قد انقطعت . والعمل الآن على هذا وحينئذ فيمكن أن تأخذ المرأة من الرجل ثلاث مراتب : نفقة العدة وأجرة الرضاع وأجرة الحضانة .

٢٠٥٧ - وأما إذا كانت غير معتدة له فلها الأجرة اتفاقاً مثل غيرها من الحضانات كما سبق ، ومتى استحققت الحضانة الأجرة فهي لها وإن أُجبرت على الصحيح لأن الإيجابار على القيام بعمل لا ينافي استحقاق الأجرة له فإن الإلزام لأجل دفع الضرر الذي كان يحصل لو لم تضمه إليها .

٢٠٥٨ - وفي هذا من أولوية استحقاقها للأجرة ما لا يخفى لأنها قامت بأمر جليل لولاه للحق الصبي عناء عظيم ربما أدى إلى هلاك نفسه ولذلك نظائر منها ما لو استأجر سفينة يوماً مثلاً وانقضت المدة في وسط البحر فإن الملاح يجبر على بقاء السفينة مع المستأجر حتى يصل إلى الشط ومنها ما لو استأجر دابة عشر ساعات ليمر بها من المفازة وانتهت المدة قبل إتمام المرور منها فيلزم صاحب الدابة أن يقيها مع المستأجر إلى أن يصل إلى مكان آمن يمكنه أن يصل منه إلى محل إقامته ، ومع كونهما يجبران على ذلك يستحقان أجر المثل اتفاقاً .

٢٠٥٩ - وكذا الحكم في الظفر التي تعود الطفل على ثديها ولم يقبل ثدي غيرها فإنها تجبر على إرضاعه بأجر المثل بلا خلاف .

٢٠٦٠ - وقال بعضهم : إن الحضانة إذا أُجبرت على الحضانة لا تستحق الأجرة ؛ لأنها قامت بأمر واجب عليها شرعاً والأول أولى لقوة دليله .

٢٠٦١ - وبما أن نفقة الصغير الفقير على أبيه والسكنى نوع من أنواعها فيجب على أبيه مسكن له ولحاضنته إن لم يكن لها مسكن تمسكه فيه .

٢٠٦٢ - وأما إذا كان لها مسكن فلا داعي إلى تكليفه بمسكن آخر ، نعم إذا كان

الولد فقيرًا وأبوه غني يخدم مثل أولاده يجب عليه أن يستأجر خادماً لولده كما هو الشأن في مثله وإن كان الولد غنياً ومثله يخدم يجب على الأب أن يستأجر خادماً له من ماله ، سواء كان الأب غنياً أو فقيراً وإن كان لا يخدم مثله لا يجب ذلك كما لا يجب إن كانا فقيرين (١) .

(مادة ٣٨٩)

إِذَا أَبَتْ أُمُّ الْوَلَدِ - ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى - حَضَانَتَهُ مَجَانًا ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، وَكَانَ أَبُوهُ مُغْسِرًا ، وَلَمْ تُوجَدْ مُتَبَرِّعَةً مِنْ مَحَارِمِهِ ، تُجْبَرُ الْأُمُّ عَلَى حَضَانَتِهِ ، وَتَكُونُ أُجْرَتُهَا دَيْنًا عَلَى أَبِيهِ .
فَإِذَا وَجِدَتْ مُتَبَرِّعَةً أَهْلًا لِلْحَضَانَةِ مِنْ مَحَارِمِ الطِّفْلِ ، فَإِنَّ كَانَ الْأَبُ مُوسِرًا وَلَا مَالَ لِلصَّغِيرِ ، فَلِلْأُمِّ وَإِنْ طَلَبَتْ أُجْرَةَ أَحَقُّ مِنَ الْمُتَبَرِّعَةِ .
وَإِنْ كَانَ الْأَبُ مُغْسِرًا وَلِلصَّبِيِّ مَالٌ أَوْ لَا ، تُخَيَّرُ الْأُمُّ بَيْنَ إِسْكَائِهِ مَجَانًا وَدَفْعِهِ لِلْمُتَبَرِّعَةِ .
فَإِنْ لَمْ تَخْتَرْ إِسْكَائَهُ مَجَانًا ، يَنْزَعُ مِنْهَا وَيُسَلِّمُ لِلْمُتَبَرِّعَةِ ، وَلَا تَمْنَعُهَا مِنْ رُؤْيِيهِ وَتَعَهْدِهِ كَمَا تَقَدَّمَ فِي مَادَّةِ (٣٦٩) .

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ كَانَ الْأَبُ مُوسِرًا ، وَلِلصَّبِيِّ مَالٌ ، فَإِنَّ كَانَتْ الْمُتَبَرِّعَةُ أجنبيَّةً فَلَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا الصَّبِيُّ ، بَلْ يُسَلِّمُ لِأُمِّهِ بِأَجْرَةِ الْبَيْتِ ، وَلَوْ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ .

• • •

٢٠٦٣ - وإذا امتنعت أم الصبي أن تربيه إلا بأجرة فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين ، الأول : ألا توجد متبرعة من محارمه . الثاني : أن توجد .

٢٠٦٤ - فإن كان الأول فله أحوال أربعة :

٢٠٦٥ - أولاً : أن يكون الأب موسراً والولد معسراً وفي هذه الحالة يلزم الأب بدفع الأجرة لها لتربيه .

٢٠٦٦ - ثانياً : أن يكون الصبي موسراً وأبوه فقيراً .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٤٣) : لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٦٠) : لا تستحق الأم أجرة للحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي .

٢٠٦٧ - ثالثًا : أن يكونا موسرين وحكم هاتين الحالتين واحد وهو أن يلزم بدفع الأجرة لها من مال الولد لأنه لا نفقة على الأب حال ميسرة الابن.

٢٠٦٨ - رابعًا : أن يكونا فقيرين وفي هذه الحالة تجبر الأم على تربيته وتكون أجرتها دينًا لها على الأب تأخذها منه عند الميسرة .

٢٠٦٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا وجدت متبرعة من محارمه أهل للحضانة فله أربع حالات أيضًا :

٢٠٧٠ - الأول : أن يكون الأب والابن فقيرين وحكمه أن يقال للأم إما أن تربيه مجانًا بدون أجره وإما أن تسلميه للمتبرعة لأن الأب فقير فلا يضار .

٢٠٧١ - الثاني : أن يكون الأب موسرًا والولد فقيرًا وحكم ذلك أن يسلم للأم بأجر المثل ؛ لأن في تسليمه لها نفعًا له ولا ضرر على الأب في دفع الأجرة ليساره .

٢٠٧٢ - الثالث : أن يكون الولد غنيًا وأبوه فقيرًا .

٢٠٧٣ - الرابع : أن يكون كل من الولد وأبيه غنيًا ، وقد اختلف في حكم هذين الأمرين الإمام الأعظم أبو حنيفة وصاحبه وأبو يوسف ومحمد ، فقال الإمام : تخير الأم بين إمساكه مجانًا وبين إعطائه للمتبرعة التي هي أهل للحضانة لأن الأجرة في هذين الأمرين لازمة من مال الصبي وبما أنه ينبغي المحافظة على مال الصغير ولا يصرف إلا لحاجة ، والحاجة إلى التربية قد اندفعت بوجود المتبرعة فلا يدفع إلى الأم شيء من مال الولد بل تخير الأم كما تقدم مراعاة لمصلحته المالية ، والأم وإن كانت أشفق وأحن عليه من غيرها إلا أن تطلعها إلى مال ولدها يوجب سوء الظن بها والشك في شفقتها على أن المتبرعة هي أيضًا شفوقة عليه لما أنها رحم محرم .

٢٠٧٤ - وقال الصحابيان : يسلم للأم بأجر المثل ولو من مال الصبي لأن الأم أكثر الناس حنانًا وشفقة على ولدها وأصبرهم على خدمته فهي التي تحافظ على صحته وتواظب على نظافته وتسهر لسهره كما هي الفطرة التي فطرها الله عليها ، ومعلوم أن مصلحة الولد الصحية مقدمة على مصلحته المالية .

٢٠٧٥ - وكل من القولين مصحح ، فينظر القاضي في ذلك فإن كانت الأم فقيرة محتاجة إلى الأجرة عمل بقول الصحابين ، وإن علم إنها طامعة في مال ابنها مع إنها موسرة حكم بقول أبي حنيفة .

٢٠٧٦ - وإذا سلم للمتبرعة فلا تمنع الأم من رؤيته لقوله عليه الصلاة والسلام :

« لا توله والدة عن ولدها » (١) .

٢٠٧٧ - هذا كله إذا كانت المتبرعة من محارمه كما سبق ، فإن كانت أجنبية فالأم أحق به ولها الأجرة ولو من مال الصغير اتفاقاً .

(مادة ٣٩٠)

تنتهي مدة الحضانة بإستغناء الغلام عن خدمة النساء ، وذلك إذا بلغ سنين .
وتنتهي مدة حضانة الصبي ببلوغها تسع سنين .
وللاب جنيذ أخذهما من الحضانة . فإن لم يطلبهما ، يُجيز على أخذهما .
وإذا انتهت مدة الحضانة ، ولم يكن للولد أب ولا جد ، يدفع للأقرب من العصبية أو للوصي لو غلاماً ، ولا تسلم الصبي لغير محرم .
فإن لم يكن عصبية ولا وصي بالنسبة للغلام ، يترك المحضون عند الحضانة ، إلا أن يرى القاضي غيرهما أولى له منها (٢) .

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٥/٨) .

(٢) قول الخفية : جاء في بدائع الصنائع (٤٢/٤ ، ٤٣) : « وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء ، فالأم والمجدتان أحق بالغلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ، كذا ذكر في ظاهر الرواية ، وذكر أبو داود ابن رشيد عن محمد : ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقديراً ، وذكر الخصاص سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك . وأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهي . وإنما اختلف حكم الغلام والجارية ؛ لأن القياس أن تنوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعاً ؛ لأنها ضرب ولاية ولأنها ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال إلا أنا تركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة ﷺ لما روينا أن أبا بكر الصديق ﷺ قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو تزوج أمه ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ﷺ ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فتركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة ﷺ فيقي الحكم في الجارية على أصل القياس ؛ ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال ، وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم ، والأب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن ، وفيه ضرر ، وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة ؛ تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عنم يطعم فيها لكونها لحماً على وضم فلا بد من يذب عنها والرجال على ذلك أقدر . =

وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الأخوات والحالات والعمات إذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو أنها تترك في أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى الأب وإنما كان كذلك ؛ لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستئذان إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديها استخدامهما وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والحالات والعمات فتسلمها إلى الأب احترازًا عن الوقوع في المعصية .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٦١ ، ٣٦٠/٨) : (والمميز) الذكر والأنثى ، ومر ضابطه قبيل الأذان (إن افرق أبواه) مع أهليتهما ، ومقامهما في بلد واحد خير إن ظهر للقاضي أنه عارف بأسباب الاختيار وإذا اختار أحدهما (كان عند من اختار منهما) للخير الحسن ؛ أنه عليه السلام خير غلامًا بين أبيه وأمه ؛ وإنما يدعى الغلام المميز ومثله الغلام (فإن كان في أحدهما) مانع ومنه (جنون ، أو كفر ، أو رق أو فسق ، أو نكحت) من لا حق له في الحضنة (فالحق للآخر) لانحصار الأمر فيه . (وبخير) المميز الذي لا أب له (بين أم) ، وإن علت (وجد) ، وإن علا عند فقد من هو أقرب منه ، أو قيام مانع به لوجود الولادة في الكل (وكذا) الحواشي فهم كالجد ومنهم (أخ وعم) ، أو ابنه إلا ابن عم في مشتهاة ولا بنت له ثقة أي : مثلاً والمراد أنه لا يجد ثقة يسلمها إليها ويحتج فلا اعتراض عليهما خلافاً لمن زعمه فيتخير بين أحدهم . والأم في الأصح كالأب بجامع العصوبة ؛ ولأنه عليه السلام خير ابن سبع ، أو ثمان بين أمه وعمه ؛ رواه الشافعي (أو أب مع أخت) شقيقة ، أو أم (أو خالة) حيث لا أم فيخير بينهما (في الأصح) فإن فقد الأب أيضاً خير بين الأخت ، أو الحالة ، وبقية العصبة على الأوجه وظاهر كلامهم أن التخيير لا يجري بين ذكرين ولا أنثيين (قول المخشي قوله أو لإدلائها) ليس في نسخ الشرح التي بأيدينا .

(فإن اختار أحدهما) أي : الأبوين ومن ألحق بهما (ثم الآخر حول إليه) ؛ لأنه قد يبدو له الأمر على خلاف ظنه نعم إن ظن أن سببه قلة عقله فعند الأم ، وإن بلغ كما قبل التمييز (فإن اختار الأب ذكر لم يمنعه زيارة أمه) أي : لم يجز له ذلك وتكليفها الخروج لزيارته ؛ لأنه يؤدي للعقوق وقطع الرحم (ويمنع أنثى) ومثلها هنا وفيما يأتي الحثي من زيارة أمها لتألف الصيانة .

وفتاء ابن الصلاح بأن الأم إذا طلبتها أرسلت إليها محمول على معذورة عن الخروج للبت نحو تخدر ، أو مرض ، أو منع نحو زوج ، ويظهر أن محل إزام ولي البنت بخروجها للأم عند عذرهما بناء على ما ذكر حيث لا رية في الخروج قوية وإلا لم يلزمه . (ولا يمنعهما) أي : الأب والأم (دخولا عليهما) أي : الابن والبنت إلى بيته (زائرة) حيث لا خلوة له بها محرمة ولا رية كما هو ظاهر نظير ما يأتي في عكسه دفقا للعقوق . (والزيارة مرة في أيام) على العادة لا في كل يوم ولا تطيل المكث (فإن مرضا فالأم أولى بتمريضهما) ؛ لأنها أصبر عليه (فإن رضي به في بيته) بالشرطين المذكورين فذاك (وإلا ففي بيتها) فهو الخير في ذلك ، نعم إن أضرت النقلة لبيتها امتنعت ولو مرضت الأم فليس للأب منع الولد الذكر والأنثى من عيادتها (ولو اختارها ذكر فعندها) يكون (ليلاً وعند الأب) وإن علا ومثله وصي وقيم يكون (نهاراً) وهو كالليل للغالب ففي نحو الأتوني الأمر بالعكس نظير ما مر في القسم (يؤدبه) وجوباً بتعليمه طهارة النفس من كل رذيلة وتحليلها بكل محمود (ويسلمه) وجوباً (بالمكث) بفتح الميم مع فتح أو كسر التاء ، وهو محل التعليم وسماه الشافعي الكتاب كما هو على الألسنة ، ولم يبال أنه جمع كاتب (وحرقة) أي : ذبيها . =

= وظاهر كلام الماوردي أنه ليس لأب شريف تعليم ابنه صنعة تزريه ؛ لأن عليه رعاية حظه ولا يكله إلى أمه لمعجز النساء عن مثل ذلك ، وأجرة ذلك في مال الولد إن وجد وإلا فعلى من عليه نفقته وأقضى ابن الصلاح في ساكن بيلد ، ومطلقة بقرية وله منها ولد مقيم عندها في مكتب بأنه إن سقط حظ الولد بإقامته عندها فالحضانة للأب رعاية لمصلحته ، وإن أضر ذلك بأمه ، ويؤخذ منه أن مثل ذلك بالأولى ما لو كان في إقامته عندها ربية قوية (أو) اختارها (أنثى فعندها) تكون (ليلاً ونهاراً) لاستوائهما في حقها إذ الأليق بها سترها ما أمكن . (ويזורها الأب على العادة) ولا يطلبها لما ذكر ، وأخذ من اعتبار العادة المنع ليلاً لما فيه من الرية ويرده اشتراطهم في دخوله على الأم وجود مانع خلوة من نحو محرم أو امرأة ثقة ، ولو مات أوجب الأب إلى محل دفنه على الأوجه ولها بعد البلوغ الانفرد عن نحو أبيها إلا إن ثبت ربية ولو ضعيفة فيما يظهر فلولي نكاحها ، وإن رضي أقرب منه ببقائها في محلها فيما يظهر أن يمنعها الانفرد بل يضمها إليه إن كان محرماً وإلا فإلى من يأمنها بموجب لائق . وملاحظها ويظهر في أمره ثبتت الرية في انفرده أن لوليه منعه منه كما ذكر ، ثم رأيتهم صرحوا به وجوزوا ذلك لكل عصبته وهو شاهد لما قدمته في الأثنى أيضاً (وإن اختارها أقرع) بينهما إذ لا مرجح (وإن لم يختار) واحد منهما (فالأم أولى) ؛ لأنها أشفق واستصححاً لما كان (وقيل بقرع) بينهما إذ لا أولوية حينئذ ويرد بمنع ذلك .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦٥/٢ ، ٦٦) : « (والحضانة) بفتح الحاء على الأشهر من كسرها مأخوذة من الحضن بكسر الحاء ما دون الإبط كفاية الطفل وتربيته والإشفاق عليه ، وهذا نحو قول ابن عرفة هي محصول قول الباجي : حفظ الولد في بيته ، ومؤنة طعامه ولباسه ، ومضجعه وتنظيف جسمه حق (للأم بعد الطلاق) من أبي المحضون أو موته غايتها . (إلى احتلام الذكر) المحقق (و) إلى (نكاح الأثنى ودخولها) لقوله عليه السلام في حديث الرضاع حيث طلق شخص زوجته ، وأراد أن يأخذ ابنها فأتت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقال لها : « أنت أحق به ما لم تنكحي » قال خليل : وحضانة الذكر للبلوغ والأثنى كالتفقة للأم ولو للأمه عتق ولدها أو أم ولد ، وقيدنا الذكر بالمحقق ؛ لأن الحنثي المشكل تستمر حضانته ما دام مشكلاً ، والمعتبر البلوغ هنا بغير الإنبات بل بالسن أو غيره من العلامات ، ولا يعتبر بلوغ الذكر عاقلاً قادراً على الكسب ، خلافاً لابن شعبان فنتهي حضانة الذكر ببلوغه ولو مجنوناً أو زيمناً ، وإن لم تسقط نفقته عن أبيه لبلوغه مجنوناً أو زيمناً ، وتنتهي حضانة الأثنى بدخول الزوج ولو صغيرين ، وإن استمرت نفقتهما على أبيهما ؛ لأنه لا تلازم بين سقوط النفقة والحضانة ، ألا ترى أن الدخول بالصغير أو الكبير المعسر مسقط للحضانة دون النفقة ، والزواج بالبالغ المورس من غير دخول مسقط للنفقة حيث دعي للدخول مع إطاعتها الوطء مع بقاء الحضانة ، فالصور ثلاث ، وبيانها يعلم ما في عبارة خليل من تشبيه الحضانة بالنفقة الساقطة بدخول الزوج البالغ أو المورس ، أو المدعو إلى الدخول مع بلوغه ، وإطاعتها واستمرار حضانتها ، وعبارة المصنف سليمة من إبهام ، خلاف المراد لتصريحها بسقوط الحضانة بالدخول ، ويفهم منها عدم سقوطها بالعقد دون الدخول ، وإن سقطت النفقة ، وأشار خليل بقوله : ولو أمة عتق ولدها أو أم ولد ، إلى قول مالك : إذا عتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها ، فهي أحق بحضانة ولدها إلا أن تباع فتظنن إلى غير بلد الأب فالأب أحق به ، أو يريد الأب انتقالاً عن بلد الأم فله أخذها ، والعتق نص على التزهم وأولى إن لم يعتق ، وكذا أم الولد أحق بحضانة ولدها من زوجها بعد طلاقها ، وكذا ولد الأمة أو أم الولد من سيدهما فلهما حضانته إذا عتقا أو مات سيدهما ، لكن بشرط في استحقاق الأمة حضانة ابنها من =

= زوجها أن لا يتسررها لسيد أي يتخذها للوطء ؛ لأن تسرر السيد بمنزلة دخول الزوج الأجنبي بالحضانة .

تبيينه : الأول : لم يصرح المصنف بحكم الحضانة ، وإن علم أنه حق للأُم ، ومن هو بمنزلتها وهو الوجوب العيني ، إن لم يوجد إلا الحاضن ولو أجنبيًا من المحضون والكفائي عند تعدده ، ولذا إذا وجد جماعة طفلاً منبوذًا وجب عليهم التقاطه وحضنه ، فإذا قام به البيض سقط عن غيره كسائر فروض الكفاية .

الثاني : قول المصنف : والحضانة للأُم ظاهرة ولو مجوسية أو أسلم زوجها وهو كذلك ، وظاهره أيضًا حصر الحضانة في الأم لما تقرر في النحو من أن المبتدأ المرف فاللام الجنس محصور في الخبر نحو : الكرم في العرب ، والمجد في قريش ، وهو غير صحيح فقها ؛ لأن غيرها يحضن ، والجواب أنه حصر إضافي ، وهو ما يكون بالنظر إلى بعض الأفراد ؛ لأن المعنى : الحضانة بعد طلاق الأم لها لا للأب .

قول الحضائبة : جاء في المغني (١٩١/٨ - ١٩٣) : (وإذا بلغ الغلام سبع سنين ، خير بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما) وجملته أن الغلام إذا بلغ سبعًا ، وليس بمعتوه ، خير بين أبويه ، إذا تنازعا فيه ، فمن اختاره منهما ، فهو أولى به قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح وهو مذهب الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يخير ، لكن قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ، ولبس بنفسه ، واستنجز بنفسه ، فألأب أحق به ، ومالك يقول : الأم أحق به حتى يثفر ، وأما التخيير ، فلا يصح ؛ لأن الغلام لا قول له ، ولا يعرف حظه ، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ، ويمكثه من شهوته ، فيؤدي إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ ، فلم يخير ، كمن دون السبع ولنا ، ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ : « خير غلامًا بين أبيه وأمه » رواه سعيد ، بإسناده والشافعي ، وفي لفظ عن أبي هريرة ، قال : جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من ثمر أبي عنية ، وقد نفعتي فقال له النبي ﷺ : « هذا أبوك ، وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به رواه أبو داود ، ولأنه إجماع الصحابة ، فروي عن عمر ، أنه خير غلامًا بين أبيه وأمه رواه سعيد ، وروي عن عمارة الجرمي ، أنه قال : خيرني علي بن عمي وأمي ، وكنت ابن سبع أو ثمان ، وروي نحو ذلك عن أبي هريرة وهذه قصص في مظنة الشهرة ، ولم تنكر ، فكانت إجماعًا ، ولأن التقديم في الحضانة لحق الولد ، فيقدم من هو أشفق ؛ لأن حظ الولد عنده أكثر ، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حدًا يعرب عن نفسه ، ويميز بين الإكرام وضده ، فمال إلى أحد الأبوين ، دل على أنه أرفق به ، وأشفق عليه ، فقدم بذلك وقيدناه بالسبع ؛ لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ؛ ولأن الأم قدمت في حال الصغر ، لحاجته إلى حمله ، ومباشرة خدمته ، لأنها أعرف بذلك ، وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك ، تساوى والدها ، لقربهما منه ، فرجح باختياره .

فصل : ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ، ثم اختار الآخر ، رد إليه ، فإن عاد فاختر الأول ، أعيد إليه ، هكذا أبدًا كلما اختار أحدهما صار إليه ؛ لأنه اختيار شهوة ، لحظ نفسه ، فاتبع ما يشتهي ، كما يتبع ما يشتهي في المأكول والمشروب ، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت ، وعند الآخر في وقت ، وقد يشتهي التسوية بينهما ، وأن لا ينقطع عنهما وإن خيرناه ، فلم يخر واحدًا منهما ، أو اختارهما معًا ، قدم أحدهما بالقرعة ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضائته ، فقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بها ، ثم اختار الآخر ، رد إليه ؛ لأننا قدمنا اختياره الثاني على الأول ، فعلى القرعة التي هي بدل أولى .

فصل : فإن كان الأب معدومًا ، أو من غير أهل الحضانة ، وحضر غيره من المصبات ، كالأخ والعم وابنه ، قام مقام الأب فيخير الغلام بين أمه وعصيته لأن عليًا ﷺ خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه ولأنه عصبية ، فأشبه =

= الأب وكذلك إن كانت الأم معدومة ، أو من غير أهل الحضانة ، فسلم إلى الجدة ، خير الغلام بينها وبين أبيه ، أو من يقوم مقامه من العصباء ، فإن كان الأبوان معدومين ، أو من غير أهل الحضانة ، فسلم إلى امرأة كآخته أو عمته أو خالته ، قامت مقام أمه ، في التخيير بينها وبين عصبائه ، للمعنى الذي ذكرناه في الأبوين فإن كان الأبوان رقيقين ، وليس له أحد من أقاربه سواهما ، فقال القاضي : لا حضانة لهما عليه ، ولا نفقة له عليهما ، وتنفته في بيت المال ، ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

فصل : وإنما يخير الغلام بشرطين ؛ أحدهما ، أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة ، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة ، كان كالمعدوم ، ويعين الآخر . الثاني : أن لا يكون الغلام معتموماً ، فإن كان معتموماً كان عند الأم ، ولم يخير ؛ لأن المعتموه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتموه بعد بلوغه ولو خير الصبي ، فاختار أباه ، ثم زال عقله ، رد إلى الأم ، وبطل اختياره ؛ لأنه إنما خير حين استقل بنفسه ، فإذا زال استقلاله بنفسه ، كانت الأم أولى ؛ لأنها أشفق عليه ، وأقوم بمصالحه ، كما في حال طفوليته .

مسألة : قال : (وإذا بلغت الجارية سبع سنين ، فالأب أحق بها) وقال الشافعي : تخير كالغلام ؛ لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية ، كسن البلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها ، حتى تزوج أو تحيض وقال مالك : الأم أحق بها حتى تزوج ويدخل بها الزوج ؛ لأنها لا حكم لاختيارها ، ولا يمكن انفادها ، فكانت الأم أحق بها ، كما قبل السبع ، ولنا : أن الفرض بالحضانة الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها ؛ لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أولى بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع ، قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة ، وهي ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أبيها ؛ لأنه وليها ، والمالك لتزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة ، وأقدر على البحث ، فينبغي أن يقدم على غيره ، ولا يصار إلى تخييرها ؛ لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج ، كحاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ؛ لأن قولها حيثنذ معتبر في إذنها ، وتوكيلها ، وإقرارها ، واختيارها ، بخلاف مسألتنا ، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها ؛ لما ذكرناه في دليلنا .

فصل : إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب ، فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً ؛ لأن تأديبها وتخريجها في جوف البيت ، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر ، من غير أن يدخل الزوج بأمرها ، ولا يطيل ، ولا يتسبط ؛ لأن الفقرة بينهما تمتع تسبط أحدهما في منزل الآخر وإن مرضت ، فالأم أحق بتمريضها في بيتها وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع ، لاختياره لها ، كان عندها ليلاً ، ويأخذ الأب نهاراً ليلسله في مكتب ، أو في صناعة ؛ لأن القصد حفظ الغلام وحظه فيما ذكرناه وإن كان عند الأب ، كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ؛ لأن منعه من ذلك إغراء بالمعقوق ، وقطيعة للرحم وإن مرض ، كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها ؛ لأنه صار بالمرض كالصغير ، في الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير وإن مرض أحد الأبوين ، والولد عند الآخر ، لم يمنع من عيادته ، وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً أو أنثى ؛ لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده ، فمشي ولده إليه أولى ، فأما في حال الصحة ، فإن الغلام يزور أمه ؛ لأنها عورة ، فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ؛ لأن كل واحدة منهما عورة ، تحتاج إلى صيانة وستر ، وستر الجارية أولى ؛ لأن الأم قد تخرجت وعقلت ، بخلاف الجارية .

٢٠٧٨ - ولما كان الصغير عاجزاً عن النظر في شئون نفسه نظر إليه الشارع نظر حكيم ، فحكم بأن يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام ببلوازمه وهن الأقارب من النساء على الترتيب الذي عرفته فإذا بلغ سن التمييز دخل في دور جديد يحتاج فيه إلى الإعداد بما هو مطالب به في المستقبل ، فيسلم إلى من هو أقدر على القيام به .

٢٠٧٩ - ولذا يبقى الولد عند الحاضنة حتى يستغني عن خدمة النساء وقدر ذلك ببلوغه سبع سنين .

٢٠٨٠ - فإن كان مذكراً فقد انتهت مدة حضانته ، وإن كان مؤنثاً تبقى عندها سنتين لتدريبها على الأمور المنزلية التي هي مطالبة بها في المستقبل ، وحينئذ يسلم كل منهما إلى الأب حتى إذا لم يطلبهما يجبر على ذلك لتعلق حق الصغير به إذ المذكر بعد بلوغه سن التمييز يحتاج إلى تعلم ما ينفعه والأنثى بعد بلوغها حد الشهوة تحتاج إلى الصيانة ولا شك أن الأب أقدر على ذلك .

٢٠٨١ - هذا إذا كان الأب موجوداً ، وإلا فيعطى الولد للأقرب فالأقرب من العصابات على الترتيب الذي عرفته من شرح مادة (٣٨٥) .

٢٠٨٢ - فإن لم يوجد أحد من العصابات يسلم الولد إلى باقي الأقارب المتقدمة في شرح مادة (٣٨٦) .

٢٠٨٣ - فإذا لم يوجد أحد من الأقارب وقد انتهت مدة الحضانة ينظر القاضي فإن رأى إبقاءه عند الحاضنة أنفع له تركه عندها ، وإلا سلمه لمن يرى نفعه في وجوده عنده (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٤٦) : تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره والبنات الحادية عشرة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٦١) : تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أمم التاسعة وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية المغربي : الحضانة : « تمتد الحضانة حتى يبلغ الذكر (١٢) سنة ، والأنثى (١٥) سنة وبخيار المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أبيه أو أمه أو غيرهما من أقاربه المنصوص عليهم في الفصل (٩٩) من مدونة الأحوال الشخصية .

« تعود الحضانة لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر غير الاختياري الذي منعه منها » .
« إذا كان الولد محضوناً لأحد الوالدين فلا يمنع الأخر من زيارته وتعهد أحواله وإذا طلب نقله إليه للزيارة، فله ذلك على الأقل مرة في كل أسبوع ما لم ير القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك » .

(مادة ٣٩١)

يُنْتَعِ الْأَبُ مِنْ إِخْرَاجِ الْوَالِدِ مِنْ بَلَدِ أُمِّهِ بِإِذْنِهَا مَا دَامَتْ حَضَانَتَهَا .
فَإِنْ أَخَذَ الْمَطْلُوقَ وَلَدَهُ مِنْهَا لِتَرْوُجِهَا بِأَجْنَبِيٍّ وَعَدَمِ وُجُودِ مَنْ يَنْتَقِلُ إِلَيْهَا حَقَّ الْحَضَانَةِ ، جَازَ
لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَى أَنْ يَفُودَ حَقَّ أُمِّهِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهَا فِي الْحَضَانَةِ (١) .

• • •

= وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (١٩٢) أ - تنتهي حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة قمرية ، والأنتى ثلاث عشرة سنة قمرية ، إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك ، مراعاة لمصلحة المحضون ، فيجوز لها أن تخير المحضون ، أو تأذن باستمرار حضانة الذكر إلى البلوغ ، والأنتى إلى الدخول مع ذكر الأسباب التي اعتمدها في قرارها .

ب - استثناء من أحكام الفقرة السابقة تستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتموماً أو مريضاً مرضاً مقعداً .
المادة (١٩٣) تستحق الأم غير المسلمة ، ما لم تكن مرتدة - الحضانة ، حتى يعقل الصغير الأديان ، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام ، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره .
(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٤/٤٤ ، ٤٥) : « وأما بيان مكان الحضانة ، فمكان الحضانة مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير بمن له الحضانة من النساء ، له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا أنها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من بعدها لما فيه من إبطال حقها فضلاً عن الإخراج من البلد ، وإن أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلى غيره فللزواج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد أو لم يكن ؛ لأن عليها المقام في بيت زوجها ، وكذلك إذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج إخراجها لقوله ﷺ : ﴿ لَا تُخْرِجُهَا مِنْ بَيْتِهَا وَلَا يَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحْشَةٍ مُبِينَةٍ ﴾ .
وأما إذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلد فهذا على أقسام : إن أرادت أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه ؛ فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها إلى الشام فولدت أولاداً ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة فلها ذلك ؛ لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها ؛ لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك فكان راضياً بالتفريق إلا أن النكاح ما دام قائماً يلزمها اتباع الزوج ، فإذا زال فقد زال المانع وإن وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها أن تنتقل بولدها إلى بلدها بأن تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فأرادت أن تنقل ولدها إلى الكوفة ؛ لم يكن لها ذلك ؛ لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضياً بحضانة الولد فيه فلم يكن راضياً بضرر التفريق ، ولو أرادت أن تنقل الولد إلى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما إذا تزوج كوفية بالشام فنقلها إلى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها إلى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الأصل ؛ لأن ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كابلد الذي فيه =

= الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه ، فلم يكن راضياً بحضانه الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضياً بضرر التفريق فاعتبر في الأصل شرطين : أحدهما : أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها ، والثاني : وقوع النكاح فيه فما لم يوجد لا يثبت لها ولاية النقل .

وروي عن أبي يوسف أن لها ذلك ، واعتبر مكان العقد فقط ، وإليه أشار محمد في الجامع الصغير فقال : وإنما أنظر في هذا إلى عقدة النكاح أين وقعت ، وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاص اتباعاً لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد ؛ لأن محمداً وإن أجمل المسألة في الجامع فقد فصلها في الأصل على الوجه الذي وصفنا ، والمجمل يحمل على المفسر ، وقد يكون المفسر بياناً للمجمل كالنص المجمل من الكتاب والسنة إذا لحق به التفسير أنه يصير مفسراً من الأصل كذا هذا ، والله ﷻ الموفق . هذا إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة ، فإن كانت قريبة بحيث يقدر الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل فلها ذلك ؛ لأنه لا يلحق الأب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل إلى أطراف البلد . وأما أهل السواد فالحكم في السواد كالحكم في المصر في جميع الفصول إلا في فصل واحد . وبيانه : أن النكاح إذا وقع في الرستاق فأرادت المرأة أن تنقل الصبي إلى قريبها فإن كان أصل النكاح وقع فيها ؛ فلها ذلك كما في المصر لما قلنا ، وإن كان وقع في غيرها فليس لها نقله إلى قريبها ولا إلى القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما ذكرنا في المصر وإن كانت قريبة - على التفسير الذي ذكرنا - ؛ فلها ذلك كما في المصر وإن كان الأب متوطئاً في المصر فأرادت نقل الولد إلى القرية فإن كان تزوجها فيها وهي قريبها فلها ذلك وإن كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وإن لم تكن تلك قريبها فإن كانت قريبته وقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما في المصر ، وإن كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك ، وإن كانت قريبة من المصر بخلاف المصريين ؛ لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أخصى فيخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر ؛ إذ لم يقع أصل النكاح في القرية والله ﷻ أعلم ، وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب وإن كان قد تزوجها هناك وكانت حرية بعد أن يكون زوجها مسلماً أو ذمياً ؛ لأن في ذلك إضراراً بالصبي ؛ لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة فيتضرر به وإن كان كلاهما حريين فلها ذلك ؛ لأن الصبي تبع لهما وهما من أهل دار الحرب .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٥١/٣) : « لو (سافر أحدهما لحاجة) أو نحوها كحج وتجارة وزرة (فالقيم أولى) بالولد ميمراً أو غير ميمز إلى أن يعود المسافر ، وإن طالت مدة السفر لخطره مع توقع العود نعم إن كان المقيم الأم ، وكان في بقاءه معها مفسدة أو ضياع مصلحة كما لو كان يعلمه القرآن أو الحرفة وهما يبذل لا يقوم غيره مقامه في ذلك فالتجته تمكين الأب من السفر به لا سيما إن اختاره الولد ذكره الزركشي وغيره (أو) سافر (لنقله ، ولو دون مسافة القصر فالأب أولى) به ، وإن كان هو المسافر حفظاً للنسب ورعاية لمصلحة التأديب ، والتعليم وسهولة الإنفاق عليه هذا (إن لم يكن خوف) في مقصده أو طريقه فإن كان فيهما أو في أحدهما خوف كثافة ونحوها ، فالقيم أولى ، وألحق ابن الرفعة بالخوف السفر في حر وبرد شديدين قال الأزرعي : وهو ظاهر إذا كان يتضرر به الولد ، أما لو حمله فيما يقبه ذلك فلا (فإن رافقته الأم) في طريقه أو رجع من سفره (فهي) أي الأم (على حقها) ، وإن اختلفا مقصداً في الأولى كما يفيد ظاهر كلام الروضة ، وكذا إن لم ترافقه ، واتحدا مقصداً كما يعلم مما يأتي ، ومعنى كونها على حقها =

٢٠٨٤ - وما دام حق الحضانة ثابتًا للأم فليس للأب إخراجها من البلد المقيمة هي به ،

= عند اختلافهما مقصدًا ما دامتا مترافقين فلا ينافي قول الرافعي ، ولو رافقته في الطريق والمقصد دام حقها (والقول قوله) أي الأب (في دعوى التقله) بيمينه ؛ لأنه أعرف بقصده فإن نكل حلفت ، وأمست الولد (والعصبة) من المحارم كالجد ، والأخ ، والعم (كالأب) فيما ذكر (وسبأني حكم غير المحرم) وأما المحرم الذي لا عصوبة له كالحال ، والعم للأم فليس له نقل الولد ، وإن سافر للتقله إذ لا حق له في النسب . قول المالكية : جاء في شرح الخرشني (٢١٥/٤ ، ٢١٦) : « وأن لا يسافر ولي حر عن ولد حر أي وشرط ثبوت الحضانة أن لا يسافر ولي حر عن ولد حر ولو رضيعًا سفر نقله ستة برد ، فإن سافر الولي السفر المذكور كان له أن يأخذ المحضون من حاضنته ويقال لها : اتبعي ولدك إن شئت ولا يأخذه إن سافر لغير سكنى كما يأتي ، والمراد بالولي أعم من ولي المال وهو الأب والوصي والمقدم وولي العصوبة كانت العصوبة سببًا كالمتحق وعصبته أو نسبتًا فإذا أراد العم مثلاً السفر المذكور بالمحضون فله أخذهم من الحضانة واحتز بقوله : ولي حر عما لو كان الولي للمحضون عبدًا وأراد السفر فإنه لا يكون له أخذه معه ويقضى عند أمه لأن العبد لا قرار له ومسكن واحتز بالولد الحر من الولد العبد إذا سافر وليه لا يأخذه معه لأن العبد تحت نظر سيده سفرًا وحضرًا وقوله ولد لا مفهوم له أي عن محضون وقوله (وإن رضيعًا) مبالغة في المفهوم أي إن سافر الولي الحر عن الولد الحر السفر المذكور سقط حقها من الحضانة ويأخذه وليه معه ولو كان الولد رضيعًا على المشهور بشرط أن يقبل الولد غير أمه ، ومثل الأم غيرها ممن له الحضانة . أو تسافر هي يعني وكذلك يشترط في حضانة الحضانة أن لا تسافر عن بلد الولي الحر عن المحضون الحر فإن سافرت السفر المذكور سقطت حضانتها. سفر نقله لا تجارة هذا راجع لسفر الحاضن وسفر الولي أي وشرط سفر الحاضن المسقط لحضانته أو سفر الولي الموجب لأخذ الولد من حاضنته أن يكون سفر نقله وانقطاع ، فإن كان سفر تجارة ونزعة فلا تسقط حضانة الحاضن بسفره بل تأخذه إن قرب الموضع ولا يأخذه الولي من حاضنته ، وقوله (حلف) أي الولي أنه يريد بسفره التقله وسواء كان متهمًا أو غير متهم وهو راجع للمفهوم أي فإن سافر أخذه وحلف وقوله (ستة برد) ظرف منصوب على الظرفية عامله يسافر وتسافر فهو شامل لسفر الولي لسفر الحضانة فالسفر الذي يقطع الحضانة من الولي أو من الحضانة هو ما كان مقدار ستة برد فأكثر على المشهور لا أقل كما يأتي . وظاهره يريد يعني أن ظاهر المدونة أن سفر البريديين يكون كافيًا في قطع الحضانة إذا سافر الولي أو سافرت الحضانة ، والمشهور الأول وقوله يريد يعني على حذف مضاف أي مسافة بريديين فحذف المضاف وبقي المضاف إليه مجرورًا وإلا كان الواجب أن يقول يريدان بالألف وأصله وموجب ظاهرها يريدان إن سافر لأمن وأمن في الطريق ولو فيه بحر الضمير في قوله إن سافر يعود على الولي والمعنى أنه يشترط في السفر الذي لا يسقط الحضانة أن يكون الولي سافر بالمحضون إلى بلد مأمون وأن تكون الطريق مأمونة يسلك فيها بالمال والحريم ، وسواء كان في الطريق بحر أم لا على المشهور لقوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾ ويقيد هذا بما إذا لم يغلب عطب البحر كما مر في الحج عند قوله والبحر كالبر إلا أن يغلب عطبه فقوله إن سافر إلخ شرط في مفهوم أن لا يسافر ولي أي فإن سافر أخذه إن سافر إلخ إلا أن تسافر هي معه أي لأن تسافر هي أي الحضانة مع أي مع المحضون فلا تسقط حضانتها ولا تمتع من السفر معه ولما كان الضمير في سافر وأمن مفردًا مذكورًا عائداً على الولي أبرز الضمير العائد إلى الحاضن للمغايرة بين الضميرين وإن لم يخش اللبس ثم إن =

اللهم إلا إذا رضيت بذلك لأنها والحالة هذه تكون أسقطت حقها .

٢٠٨٥ - فإن سقط حقها في الحضانة بأن طلقها وتزوجت بغير رحم محرم وليس هناك من ينتقل لها حق الحضانة جاز له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه أو من يقوم مقامها في الحضانة وغير الأب من العصابات حكمه في ذلك كالأب .

٢٠٨٦ - وبعضهم يرى أنه لا يجوز له أن يسافر به قبل انتهاء مدة الحضانة ولو سقط حقها فيها إلا إذا كان السفر لمكان يمكنها أن ترى ولدها متى أرادت إذا سافرت إليه وترجع إلى منزلها في اليوم الذي سافرت فيه ؛ لأن لها حق رؤية الولد

= الاستثناء من مفهوم أن لا يسافر ولي أي فإن سافر سقطت حضانتها إلا أن تسافر هي معه ولما كان قوله سفر نقلة لا تجارة ستة برد راجعاً لسفرهما كان قوله : (لا أقل) من ستة برد على الأول أو يريدين على الثاني ؛ راجعاً لهما أيضاً فلا يأخذ الولي ولا تتركه الحضانة إذا سافر واحد منهما لا أقل مما ذكر .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٢٧/٩ ، ٤٢٨) : « ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق بالحضانة » هذا المذهب سواء كان المسافر الأب ، أو الأم . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وعنه : الأم أحق . وقد هذه الرواية في المستوعب ، والترغيب ؛ بما إذا كانت هي المقيمة . قال ابن منجا في شرحه : ولا بد من هذا القيد . وأكثر الأصحاب لم يقيدوه . وقيل : المقيم منهما أحق . وقال في الهدى : إن أراد المقتل مضارة الآخر ، وانتزاع الولد : لم يجب إليه ، وإلا عمل ما فيه المصلحة للطفل . قال في الفروع : وهذا متوجه ولعله مراد الأصحاب . فلا مخالفة . لا سيما في صورة المضارة . انتهى . قلت : أما صورة المضارة : فلا شك فيها . وأنه لا يوافق على ذلك .

تبيه : قوله (إلى بلد بعيد) المراد بالبعيد هنا : مسافة القصر . على الصحيح من المذهب . وقاله القاضي . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . وقدمه في النظم ، والرعيتين ، والفروع . والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه ما لا يمكنه العود منه في يومه . واختاره المصنف . وحكماهما في المحرر ، والحاوي روايتين . وأطلقاهما . قوله : (فإن اختل شرط من ذلك : فالقيم منهما أحق) فعلى هذا : لو أراد أحد الأبوين سفراً قريباً لحاجة ، ثم يعود : فالقيم أولى بالحضانة . وهو الصحيح من المذهب . جزم به في المستوعب ، والمنفي ، والكافي ، والشرح ، وشرح ابن منجا وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : الأم أولى جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والحلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوي ، وغيرهم . وقدمه في الرعاية الصغرى . وأطلقهما في الفروع . وإن أراد سفراً بعيداً لحاجة ، ثم يعود : فالقيم أولى أيضاً . على المذهب . لاختلال الشرط . وهو السكن . جزم به في المستوعب ، والمنفي ، والكافي والشرح ، وابن منجا ، وغيرهم . وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : الأم أولى . جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والحلاصة ، والوجيز . وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغرى . وأطلقهما في الفروع . ولو أراد سفراً قريباً للسكنى . فجزم المصنف هنا : أن المقيم أحق : وهو أحد الوجهين . جزم به ابن منجا في شرحه وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : الأم أحق . وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغرى ، والفروع ، وغيرهم .

وهو الأرفق بالأم^(١) .

(مادة ٢٩٢)

لَيْسَ لِلْأُمِّ الْمُطَلَّقةِ أَنْ تُسَافِرَ بِالْوَالِدِ الْحَاضِرَةِ لَهُ مِنْ بَلَدِ أَبِيهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ مُطْلَقًا ، وَلَا يَجُوزُ لَهَا بَعْدَ انْقِضَائِهَا أَنْ تُسَافِرَ بِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ أَبِيهِ مِنْ مِصْرٍ إِلَى مِصْرٍ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ ، وَلَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَى مِصْرٍ كَذَلِكَ ، وَلَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَى قَرْيَةٍ بَعِيدَةٍ ، إِلَّا إِذَا كَانَ مَا تَتَقَبَّلُ إِلَيْهِ وَطَنًا لَهَا وَقَدْ عَقِدَ عَلَيْهَا فِيهِ .

فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ ، فَلَهَا الْإِنْتِقَالُ بِالْوَالِدِ مِنْ غَيْرِ رِضَا أَبِيهِ ، وَلَوْ كَانَ بَعِيدًا عَنِ مَحَلِّ إِقَامَتِهِ . فَإِنْ كَانَ وَطَنَهَا ، وَلَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا فِيهِ ، أَوْ عَقَدَ عَلَيْهَا فِيهِ وَلَمْ يَكُنْ وَطَنَهَا ، فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُسَافِرَ إِلَيْهِ بِالْوَالِدِ بِغَيْرِ إِذْنِ أَبِيهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ قَرِيبًا مِنْ مَحَلِّ إِقَامَتِهِ ، بِحَيْثُ يُمْكِنُهُ مُطَالَعَةُ وُلْدِهِ وَالرُّجُوعُ إِلَى مَنْزِلِهِ قَبْلَ اللَّيْلِ .

وَأَمَّا الْإِنْتِقَالُ بِالْوَالِدِ مِنْ مِصْرٍ إِلَى قَرْيَةٍ ، فَلَا تُمَكِّنُ مِنْهُ الْأُمُّ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ ، وَلَوْ كَانَتْ الْقَرْيَةُ قَرِيبَةً ، مَا لَمْ تَكُنْ وَطَنَهَا وَقَدْ عَقِدَ عَلَيْهَا ثَمَّةً^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٠) : ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضنته إلا بإذن حاضنته .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٠٠) أ - يجوز للأُم أن تسافر بالمحضون سفرًا عرضيًا لغير إقامة إلى وطنها أو لسبب معقول إلى أية جهة إن لم يكن في السفر ضياع المحضون .

ب - لا يجوز لغير الأب أو الجد من الأولياء والعصبة أن يسافر بالمحضون خلال فترة الحضانة إلا بإذن الحاضنة .
ج - إذا خشي ولي المحضون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحضون من سفرها مبيتًا أسباب معقولة لذلك فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون متى ثبتت صحة تلك الأسباب .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٩٢/٢) : « وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك إلا أن تخرجه إلى وطنها ، وقد كان الزوج تزوجها فيه) ؛ لأن الرجل إذا تزوج في بلد فالظاهر أنه يقيم فيه فقد التزم لها المقام في بلدها ، وإذا أرادت أن تنقله إلى بلدها وقد وقع النكاح في غيره فليس لها ذلك ؛ لأنه لم يلتزم المقام في بلدها فلا يجوز لها التفريق بينه وبين ولده من غير التزامه ولا يجوز لها أيضًا أن تنقله إلى البلد الذي تزوجها فيه ؛ لأنه دار غربة ، هذا كله إذا كان بين البلدين تفاوت ، أما إذا تقاربا بحيث يمكن الأب أن يطلع على ولده ويبسيت في بيته فلا بأس به » .

وينظر تعليقنا على المادة السابقة .

٢٠٨٧ - هذا بالنسبة إلى سفر الأب بالولد . وأما سفر الحاضنة به ففيه تفصيل ،
وبيانه : أن الحاضنة إما أن تكون غير الأم وإما أن تكون هي الأم .

٢٠٨٨ - فإن كان الأول فليس لها أن تنتقل إلى محل آخر ؛ ولو كان قريبًا إلا بإذن
الأب .

٢٠٨٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت الحاضنة هي الأم فإما أن تريد الانتقال
بالولد وهي في العدة أو بعد انقضائها ، فإن كان الأول فلا يجوز لها الانتقال ولو أذن
الزوج لأن القرار في البيت الذي حصلت الفرقة وهما مقيمان فيه حق الشرع فلا يصح
اتفاقهما على إبطاله .

٢٠٩٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا أرادت الانتقال بعد انقضاء العدة فلا يخلو
الحال بالنسبة للمحل المنتقل منه والمحل المنتقل إليه من أحد أمور أربعة :

٢٠٩١ - الأول : أن يكون الانتقال من مصر إلى مصر .

٢٠٩٢ - الثاني : أن يكون من قرية إلى قرية .

٢٠٩٣ - الثالث : أن يكون من قرية إلى مصر .

٢٠٩٤ - الرابع : أن يكون من مصر إلى قرية .

٢٠٩٥ - فالثلاثة الأول مشتركة في حكم واحد وأما الرابع فله حكم يخصه .

٢٠٩٦ - ففي الثلاثة الأول لا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين : الأول : أن
يأذن الأب لها بذلك . الثاني : ألا يأذن .

٢٠٩٧ - فإن كان الأول فلا كلام في جواز انتقال الأم بالولد مطلقًا أي سواء كان
المحل المنتقل إليه قريبًا أو بعيدًا وسواء كان وطنها وعقد عليها فيه أو لا ، لأنه بالإذن
أسقط حقه .

٢٠٩٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم يأذن لها بذلك فإما أن يكون المحل المنتقل
إليه قريبًا أو بعيدًا فإن كان بعيدًا فإما أن يكون وطنها وقد عقد عليها فيه أو لا . فإن
كان الأول جاز لها السفر بالولد ، لأن عقده عليها في هذا البلد يعد رضا منه بإقامتها
فيه . وإن كان الثاني بأن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن
وطنها أو لم يكن وطنًا لها ولم يعقد عليها فيه فلا يجوز لها السفر للإضرار بالأب .

٢٠٩٩ - وإن كان المحل الذي تريد الانتقال إليه قريبًا من محل إقامته جاز لها ذلك

لعدم الإضرار بالأب والمراد بالمحل القريب في هذا الموضوع أن يكون بحيث يمكن الأب زيارة ولده في اليوم الذي يريدتها ويعود إلى منزله قبل دخول الليل (١) .

(مادة ٢٩٢)

غَيْرُ الْأُمِّ مِنَ الْحَاضِنَاتِ لَا تَقْدَرُ بِأَيِّ خَالٍ عَلَى نَقْلِ الْوَلَدِ مِنْ مَحَلِّ حَضَانَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِ أَبِيهِ (٢).

•••

٢١٠٠ - وأما الحكم الخاص بالصورة الرابعة وهي الانتقال من مصر إلى قرية فهو أنه لا تمكن منه الأم بغير إذن الزوج ولو كانت القرية قريبة إلا إذا كانت القرية وطنها وقد عقد عليها فيها لأن القرية ليست كالمصر وتأمله .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٤٨) : ١ - ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه .

٢ - للأم الحاضنة أن تسافر بالمحزون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها .

٣ - ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة .

٤ - تملك الجدة لأم نفس الحق المعطى بالفقرتين (٢) و (٣) السابقتين .

٥ - لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحزون وعند المعارضة في ذلك فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فوراً دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقته أن يراجع المحكمة - وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة (٤٨٢) من قانون العقوبات .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٦٦) : لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحزون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٤٩) : إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه .

الفصل الرابع في النفقة الواجبة للأبناء على الآباء

(مادة ٣٩٤)

تَجِبُ النَّفَقَةُ بِأَنْوَاعِهَا الثَّلَاثَةَ عَلَى الْأَبِ الْحُرِّ وَلَوْ ذِمَّتًا لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ الْحُرِّ الْفَقِيرِ ، سِوَاءَ كَانَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الذَّكَرُ حُدَّ الْكَنْسَبِ وَيَقْدِرَ عَلَيْهِ ، وَتَتَزَوَّجُ الْأُنْثَى ^(١) .

* * *

(مادة ٣٩٥)

يَجِبُ عَلَى الْأَبِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ الْفَقِيرِ الْعَاجِزِ عَنِ الْكَنْسَبِ ، كَزَمَنِ وَذِي عَاقَةٍ تَمْنَعُهُ عَنِ الْكَنْسَبِ ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَبْنَاءِ الْأَشْرَافِ وَلَا يَسْتَأْجِرُهُ النَّاسُ .
ونفقة الأنثى الكبيرة الفقيرة ، ولو لم يكن بها زمانة ، ما لم تتزوج ^(٢) .

* * *

٢١٠١ - النفقة عند الفقهاء تشمل الطعام والكسوة والسكنى وكلها واجبة على الأب لولده لكن على التفصيل الذي سيلقى عليك .

٢١٠٢ - وبيانه : أن الولد إما أن يكون غنيًا أو فقيرًا وعلى كل فإما أن يكون صغيرًا أو كبيرًا وعلى كل فإما أن يكون مذكرًا أو مؤنثًا . وكل له حكم يخصه .

٢١٠٣ - فإن كان الولد غنيًا فنفقته في ماله سواء كان صغيرًا أو كبيرًا وسواء كان مذكرًا

(١) قول الحنابلة : جاء في الفروع (٦٠١/٥) : « وتجب على الأب فقط نفقة أولاده الأذنين فقط ، فالذكر حتى يبلغ ، والأنثى حتى تتزوج ، وحيث وجبت فسواء اتحد الدين أو لا » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٦١٥/٣ ، ٦١٦) : « (وكذا) تجب (لولده الكبير العاجز عن الكسب) كأنثى مطلقًا وزمن ومن يلحقه العار بالكسب وطالب علم لا يتفرغ لذلك ، كذا في الزيلعي والعيني . وأنتى أبو حامد بعدمها لطلبة زماننا كما بسطه في الفتية ، ولذا قيده في الخلاصة بذى رشد (لا يشاركه) أي الأب ولو فقيرًا (أحد في ذلك كنفقة أبويه وعمره) به يفتى ما لم يكن معسرًا فيلحق بالميت ، فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب إلا لأم موسرة بحر . قال : وعليه فلا بد من إصلاح المتون جوهره . [فروع] لو لم يقدر إلا على نفقة أحد والديه فالأم أحق ، ولو له أب وطفل فالطفل أحق به ، وقيل يقسمها فيهما » .

أو مؤنثًا لأن نفقته ، إنما وجبت على أبيه للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .
 ٢١٠٤ - والمراد بكونه غنيًا أن يكون له مال سواء كان من النقود أو العروض أو العقار فإذا كان ماله غير نقود وكان صغيرًا فلأب أن يبيع منه وينفق من ثمنه عليه ولو كانت النفقة أجرة رضاعة أو حضانة .

٢١٠٥ - هذا إذا كان مال الولد حاضرًا فلو كان غائبًا وجبت النفقة على الأب وليس له أن يرجع بما أنفق في مال ولده إذا حضر إلا بأحد أمرين :

٢١٠٦ - الأول : أن يكون إنفاقه بإذن القاضي .

٢١٠٧ - الثاني : ألا يكون بأمره ولكنه أشهد أنه أنفق ليأخذه من المال إذا حضر فإذا لم يوجد واحد من هذين الأمرين فليس له الرجوع ولو نواه عند الإنفاق ولكن هذا بالنسبة للقضاء ، أما في الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فتكفيه في الرجوع نيته .

٢١٠٨ - وإن كان الولد فقيرًا فإن كان صغيرًا وجبت نفقته على أبيه سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَالِدِ لِمَ يَرْزُقُهُنَّ وَيَسُوِّدُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١) .

٢١٠٩ - ووجه الاستدلال بهذه الآية : أن الله ﷻ أوجب على الأب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتبني على علة الإيجاب عليه وهو الولادة له لأن تعليق الحكم بمشقة يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له . فإذا وجبت نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى .

٢١١٠ - وبالتأمل نرى أن نفقة الوالدة هي نفقة الولد ، لأن الولد يحتاج إليها في الخدمة والتربية والرضاع حتى إن اللبن الذي هو مؤنثه إنما يستحيل لبنًا من غذائها فإيجاب نفقتها عليه إيجاب لنفقته عليه .

٢١١١ - ولذا قالوا : إن نفقة الخادمة من نفقة الزوجة وإن كانت نفقة شخص آخر ، ولأن الولد جزء أبيه فكان كنفسه فتجب عليه نفقته .

٢١١٢ - وإن كان الولد الفقير كبيرًا فإما أن يكون مذكرًا أو مؤنثًا فإن كان مذكرًا فإما أن تكون به عاهة تمنعه من الكسب أو لا .

٢١١٣ - فإن كان الأول كما إذا كان مريضًا مرضًا مزمنًا أو به شلل أو عتى ومثله ما إذا كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب أو من أبناء الأشراف ولا يستأجره الناس ، وجبت نفقته على أبيه .

٢١١٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم تكن عنده عاهة تمنعه من الكسب لم تجب النفقة على أبيه بل على نفسه .

٢١١٥ - والمراد بالكبير هنا : أن يكون قادرًا على الكسب وإن لم يكن بالغًا فلأب حيثئذ أن يؤجره أو يدفعه في حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه فإن وفى كسبه بحاجته فيها ، وإن زاد حفظ الزائد ليسلمه إليه بعد بلوغه رشده ، وإن نقص فعلى أبيه تمام الكفاية .

٢١١٦ - وهذا إذا كان الأب محسنًا للتصرف ، فلو كان مبذرًا لم يسلم إليه كسب ابنه بل يسلم إلى أمين كما في سائر أمواله .

٢١١٧ - وإن كان مؤنثًا وجبت النفقة على الأب ، سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة عليه إلى أن تتزوج ؛ فحيثئذ تكون نفقتها على زوجها .

٢١١٨ - نعم إذا كانت الأنثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها في كسبها وبما أن وليها هو الأب فهو الذي يتولى الإنفاق عليها من ذلك الكسب ، فإن وفى بحاجتها فيها .

٢١١٩ - وإن زاد يدفع لها الزائد بعد بلوغ الرشد وإن نقص ألزم الأب بإتمام الكفاية ، ولكن لو كان الأب مبذرًا سلم كسبها إلى أمين كباقي أموالها لأن الأب ، والحالة هذه ، ليست له الولاية على أموال نفسه فعلى مال غيره من باب أولى .

٢١٢٠ - محل وجوب النفقة على الأب إذا كان الولد حرًا فلو كان رقيقًا وجبت نفقته على مالكة ولو كان أبوه حرا كما إذا تزوج حر جارية غيره ولم يشترط حرية أولاده منها فإن الأولاد يتبعون أمهم في الرق ويكونون مملوكين لسيد أمهم فتجب نفقتهم عليه وكذا لو كان الأب رقيقًا لا تجب عليه نفقة أولاده ولو كانوا أحرارًا .

٢١٢١ - فإذا تزوج رقيق حره فأولاده منها أحرار تبعًا لأمهم ولا تجب نفقتهم على أبيهم لأنه لا يملك شيئًا إذ هو نفسه مملوك لسيده .

٢١٢٢ - ونفقة الولد واجبة على أبيه ولو كان الأب غير مسلم بأن كان ذميًا فقولهم : النفقة لا تجب مع اختلاف الدين . محله في غير الزوجة والأولاد^(١) كما سيأتي في شرح مادة (٤١٦) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٧٦) : استثناء مما تقرره القوانين في شأن قواعد الحجر على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما في حكمها ، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجر عليه منها وفاء لدين =

(مادة ٢٩٦)

لَا يُشَارِكُ الْأَبُ أَحَدًا فِي نَفَقَةِ وَلَدِهِ ، مَا لَمْ يَكُنْ مُغَيِّرًا زَمَانًا عَاجِزًا عَنِ الْكَسْبِ ،
فَيُلْحَقُ بِالْيَتِيمِ وَتَسْقُطُ عَنْهُ النِّفَقَةُ ، وَتَجِبُ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ فِي حَالِهِ عَدَمِهِ ^(١) .

• • •

(مادة ٢٩٧)

إِذَا كَانَ الْأَبُ مُغَيِّرًا وَلَا زَمَانَةً بِهِ تَمَنَعُهُ عَنِ الْكَسْبِ ، فَلَا تَسْقُطُ عَنْهُ جِزَاءُ إِعْسَارِهِ نَفَقَةَ
وَلَدِهِ ، بَلْ يَتَكَسَّبُ وَيُتَّفَقُ عَلَيْهِ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ . فَإِنْ أَبِي مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الْاِكْتِسَابِ ، يُجْزَى
عَلَى ذَلِكَ ، وَيُجْبَسُ فِي نَفَقَةِ وَلَدِهِ .
فَإِنْ لَمْ يَفِ اِكْتِسَابُهُ بِحَاجَةِ الْوَلَدِ ، أَوْ لَمْ يَكْتَسِبْ لِعَدَمِ تَيَسُّرِ الْكَسْبِ ، يُؤَمَّرُ الْقَرِيبُ

= نفقة أو أجر أو ما في حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، في حدود النسب الآتية :

(أ) ٢٥ ٪ للزوجة أو المطلقة ، وتكون ٤٠ ٪ في حالة وجود أكثر من واحدة .

(ب) ٢٥ ٪ للوالدين أو أيهما .

(ج) ٣٥ ٪ للوالدين أو أقل .

(د) ٤٠ ٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما .

(هـ) ٥٠ ٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة التي يجوز الحجر عليها على (٥٠ ٪) تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٥) : ١ - إذا لم يكن للولد مال فنفته على أبيه ما لم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية .

٢ - تستمر نفقة الأولاد إلى أن تزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٦٨) : أ - إذا لم يكن للولد مال فنفته على أبيه لا يشاركه فيها أحد ما لم يكن الأب فقيرا عاجزا عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية .

ب - تستمر نفقة الأولاد إلى أن تزوج الأنثى التي ليست موسرة بعملها وكسبها وإلى أن يصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٦١٥/٣ ، ٦١٦) : « (لا يشاركه) أي الأب ولو فقيرا (أحد في ذلك كنفقة أبويه وعمره) به يعني ما لم يكن معسرا فيلحق باليتيم ، فنجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب إلا لأم موسرة بحر . قال : وعليه فلا بد من إصلاح التون جوهره » .

بِالْإِنْفَاقِ عَلَى الْوَلَدِ نِبَاتَةٌ عَنْ أَبِيهِ لِيُزَجَعَ عَلَيْهِ ^(١) .

• • •

(مادة ٣٩٨)

الْأُمُّ حَالُ عَشْرَةِ الْأَبِّ أَوْلَى مِنْ سَائِرِ الْأَقَارِبِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهَا . فَإِذَا كَانَ الْأَبُّ مُعْسِرًا وَهِيَ مُوسِرَةٌ ، تُؤْمَرُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهَا ، وَلَا يُشَارِكُهَا الْجَدُّ .

وَإِنْ كَانَ الْأَبُورَانِ مُعْسِرَيْنِ ، وَلَهُمَا أَوْلَادٌ يَسْتَحِقُّونَ النَّفْقَةَ ، يُؤْمَرُ بِهَا الْقَرِيبُ كَمَا ذَكَرَ آئِنًا ، وَيُجِيزُ عَلَيْهَا إِنْ أُنْبِيَ مَعَ شِرِّهِ .

وَيَكُونُ إِنْفَاقُ الْقَرِيبِ دَيْنًا عَلَى الْأَبِّ الْمُعْسِرِ يَزْجَعُ بِهِ إِذَا أَيْسَرَ ، سِوَاءَ كَانَ الْمُتَّفِقُ أَمَّا أَوْ جَدًّا أَوْ غَيْرَهُمَا .

فَإِنْ كَانَ الْأَبُّ مُعْسِرًا وَزَمِنَا عَاجِزًا عَنِ الْكَسْبِ ، فَلَا زُجُوعَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَهُ عَلَى وَلَدِهِ ^(٢) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في رد المحتار (٦١٢/٣) : « (قوله الفقير) أي إن لم يبلغ حد الكسب ، فإن بلغه كان للأب أن يوجره أو يدفعه في حرفة ليكسب وينفق عليه من كسبه لو كان ذكراً ، بخلاف الأنثى كما قدمه في الحضائنة عن المؤيدية . قال الحير الرملي : لو استغنت الأنثى بنحو خياطة وغزل يجب أن تكون نفقتها في كسبها كما هو ظاهر ، ولا نقول : تجب على الأب مع ذلك ، إلا إذا كان لا يكفيها فتجب على الأب كفايتها بدفع القدر المعجوز عنه ، ولم أره لأصحابنا . ولا ينافيه قولهم بخلاف الأنثى ؛ لأن المنوع إيجارها ، ولا يلزم منه عدم إلزامها بحرفة تعلمها . اهـ . أي المنوع إيجارها للخدمة ونحوها مما فيه تسليمها للمستأجر بدليل قولهم ؛ لأن المستأجر يخلو بها وهذا لا يجوز في الشرع ، وعليه فله دفعها لامرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة مثلاً . »

(٢) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٥/٤) : « عجزه عن الكسب بأن كان به زمانة أو قعد أو فلج أو عسى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غير ذلك من العوارض التي تمنع الإنسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحاً مكتسباً لا يقضي له بالنفقة على غيره وإن كان معسراً إلا للأب خاصة والجد عند عدمه فإنه يقضي بنفقة الأب وإن كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على ولده الموسر ، وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا كان موسراً ، وإنما كان كذلك ؛ لأن المنفق عليه إذا كان قادراً على الكسب كان مستغنياً بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بما له فلا تجب نفقته على غيره إلا الولد ؛ لأن الشرع نهى الولد عن إلحاق أُنَى الأذى بالوالدين ، وهو التأنيف بقوله ﷺ : ﴿ فَلَا تَقُلْ لِمَا أُوِي ﴾ ومعنى الأذى في الزام الأب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن ، ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه ويحبس بدين أبيه ولأن الشرع أضاف مال الابن إلى الأب فاللام للملك فكان ماله =

٢١٢٣ - والأب إما أن يكون غنيًا أو فقيرًا ، فإن كان غنيًا بأن كان عنده ما يكفيه وأولاده فلا يشاركه أحد ولو الأم في نفقتهم سواء كانوا صغارًا أو كبارًا على الصحيح بشرط أن يكون الكل محتاجين كما تقدم تفصيله لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُمْ نِصْفٌ مِّمَّا يَرَءُونَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١)

٢١٢٤ - فإن امتثل أمر الشارع وأنفق على من تجب عليه نفقتهم من أولاده فيها ، وإن لم يمتثل وكانت له أموال ظاهرة باع القاضي عليه منها بمقدار النفقة زمتًا ، وهكذا يتجدد هذا الحق للقاضي كلما تجددت الحاجة للنفقة على المفتى به ، لأنه امتنع عن أمر واجب عليه فيقوم القاضي مقامه (٢) .

٢١٢٥ - فإن لم تكن له أموال ظاهرة استعمل القاضي معه ما يراه مؤديًا إلى امتثاله حتى لو علم أن مثله لا يمتثل إلا بالحبس كان له ذلك ولو أنهم نصوا على أنه لا يحبس والد وإن علا في دين ولده وإن سفّل لأنهم استثنوا ذين النفقة من هذه القاعدة إذ في الامتناع عن الإنفاق تعريض النفس إلى التلف وهذا غير جائز خصوصًا بالنسبة إلى الأب بخلاف الامتناع عن تسديد غيرها من الديون فإنه لا يؤدي إلى ذلك .

٢١٢٦ - ومثل الأب في ذلك كل من وجبت عليه النفقة وامتنع .

٢١٢٧ - وإن كان فقيرًا فإما أن يكون قادرًا على الكسب أو عاجزًا عنه فإن كان قادرًا عليه وكانت طرق الكسب ميسرة أمر به ، فإن امتثل فيها .

= كماله وكذا هو كسب كسبه ؛ فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث : أن الطلب والحصومة بين يدي القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه ؛ لأنها لا تجب بدون قضاء القاضي ، والقضاء لا بد له من الطلب والحصومة .

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : مادة (٧٧)

في حالة التراحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ، نفقة الأولاد ، نفقة الوالدين ، نفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٦)

١ - إذا كان الأب عاجزًا عن الكسب يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم وجود الأب

٢ - تكون هذه النفقة دينًا للمنفق على الأب يرجع عليه بها إذا أيسر .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٧١) : إذا كان الأب فقيرًا قادرًا على الكسب وكسبه لا يزيد عن حاجته أو كان لا يجد كسبًا يكلف بنفقة الولد من تجب عليه النفقة عند عدم الأب وتكون هذه النفقة دينًا للمنفق على الأب يرجع بها عليه إذا أيسر .

٢١٢٨ - وإن لم يمثل استعمل معه القاضي ما يراه رادعاً له عن الامتناع ولو بالحبس لأن في النفقة حياة النفوس كما تقدم فإن سعى واكتسب وكان كسبه يفي بنفقته وبنفقتهم فيها .

٢١٢٩ - وإن لم تكن طرق الكسب ميسرة أو كانت ولكن كسبه لا يفي بها يؤمر من يليه في وجوب الإنفاق عليهم وهي الأم فإنها هي الأولى بالإنفاق عليهم حال عسرة الأب من سائر الأقارب إذا كانت موسرة ويكون ما تنفقه دينا على الأب تأخذه منه إذا أيسر .

٢١٣٠ - فلو كانت الأم معسرة كالأب يؤمر بها القريب ويجبر عليها إن أبى مع يسره ، وحيثئذ ينفق أبو الأب لأن نفقة الأب واجبة عليه في هذه الحالة فكذا نفقة أولاده وحكم غيبة القريب حكم عسرته فإذا غاب القريب أمر البعيد بالإنفاق وبأخذها منه إذا حضر .

٢١٣١ - وإن كان الأب الفقير عاجزاً عن الكسب كما إذا كان به مرض يمنعه عنه أو به شلل أو عمى سقطت عنه النفقة لإلحاقه بالأموات ، وحيثئذ ينتقل وجوب النفقة إلى من تجب عليه عند عدمه .

وفي هذه الحالة لا رجوع للمنفق على الأب ولو أيسر في المستقبل لأنها غير واجبة عليه في هذه الحالة فلا يقال : إن المنفق قضى شيئاً واجباً عليه ، بخلاف ما إذا كان قادراً على الكسب (١) .

(مادة ٢٩٩)

إِذَا كَانَ أَبُو الصَّغِيرِ الْفَقِيرَ مَقْدُومًا ، وَلَهُ أَقَارِبٌ مُوسِرُونَ مِنْ أَصُولِهِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ وَارِثًا لَهُ وَبَعْضُهُمْ غَيْرَ وَارِثٍ ، وَتَسَاوَوْا فِي الْقُرْبِ وَالْجُرْتِنَةِ ، يُرْجَحُ الْوَارِثُ ، وَيَلْزَمُهُ نَفَقَةُ الصَّغِيرِ . فَلَوْ كَانَ لَهُ جَدٌّ لِأَبٍ وَجَدٌّ لِأُمِّ ، فَتَنَفَقْتُهُ عَلَى الْجَدِّ لِأَبٍ .

فَإِنْ لَمْ يَتَسَاوَوْا فِي الْقُرْبِ وَالْجُرْتِنَةِ ، يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ جُرْتِنَةً ، وَيَلْزَمُ بِالنَّفَقَةِ . فَلَوْ كَانَ لَهُ

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٧٠) : ١ - الأولاد الذين تجب نفقتهم على أيهم يلزم بنفقة علاجهم .

٢ - إذا كان الأب معسراً لا يقدر على أجره الطبيب أو العلاج أو نفقة التعليم وكانت الأم موسرة قادرة على ذلك تلزم بها على أن تكون دينا على الأب ترجع بها عليه حين اليسار وكذلك إذا كان الأب غائبا يتعذر تحصيلها منه .

٣ - إذا كان الأب والأم معسرين فعلى من تجب عليه النفقة عند عدم الأب نفقة المعالجة أو التعليم على أن تكون دينا على الأب يرجع المنفق بها عليه حين اليسار .

أَمْ وَجَدَ لَأُمِّ ، فَتَفَقَّطَهُ عَلَى الْأُمِّ . وَإِنْ كَانَتْ أُصُولُهُ وَإِثْنَيْنِ كُلَّهُمْ ، فَتَفَقَّطَهُ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ اسْتِحْقَاقِهِمْ فِي الْإِثْنِ . فَلَوْ كَانَ لَهُ أُمَّ وَجَدَ لِأَبٍ فَتَفَقَّطَهُ عَلَيْهِمَا أَتْلَاثًا ، عَلَى الْأُمِّ التَّلْثِ وَعَلَى الْجَدِّ التُّلْثَانِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣/٣١ ، ٣٢) : « وأما سبب وجوب هذه النفقة ، أما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة ؛ لأن به تثبت الجزئية والبعضية والإنفاق على المحتاج إحياء له ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه وإن شئت قلت : سبب نفقة الأقارب في الولادة وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع ؛ لأنه إذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفضى إلى القطع . وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضي إلى قطع الرحم فيحرم الترك وإذا حرم الترك ؛ وجب الفعل ضرورة وإذا عرف هذا فنقول : الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو إما أن كانت حال الانفراد وإما إن كانت حال الاجتماع ، فإن كانت حال الانفراد بأن لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة إلا واحدًا تجب كل النفقة عليه ؛ عند اجتماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولادة والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم ، وإن كانت حال الاجتماع فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد ؛ فالنفقة على الأقرب في قرابة الولادة وغيرها من الرحم المحرم ، فإن استويا في القرب ففي قرابة الولادة يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وإن كان كل واحد منهما وارثًا ، وإن لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما . وأما في غيرها من الرحم المحرم فإن كان الوارث أحدهما والآخر محجوبًا ؛ فالنفقة على الوارث ويرجع بكونه وارثًا وإن كان كل واحد منهما وارثًا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وإما كان كذلك ؛ لأن النفقة في قرابة الولادة تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة قال الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَالِدَيْنِ لَهُ نِصْفٌ مِمَّا رَزَقْنَاهُ وَرِثَةٌ بِالْمَرْثِيِّ ﴾ علق ١٠٠ وجوبها باسم الولادة ، وفي غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثة لقوله ﷻ : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِينَ يِثْلَ ذَلِكَ ﴾ علق ١٠١ الاستحقاق بالإرث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا : إن من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو أوصى لولد فلان ؛ كان الذكر والأشئ فيه سواء فدل به ما ذكرنا .

وبيان هذا الأصل إذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن ؛ لأنه أقرب ، ولو كان الابن معسرًا وابن الابن معسرًا فالنفقة على الابن أيضًا إذا لم يكن زَمًّا ؛ لأنه هو الأقرب ولا سبيل إلى إيجاب النفقة على الأبعد مع قيام الأقرب إلا أن القاضي بأمر ابن الابن بأن يؤدي عنه على أن يرجع عليه إذا أيسر فيصير الأبعد نائبًا عن الأقرب في الأداء ، ولو أدى بخير أمر القاضي لم يرجع ، ولو كان له أب وجد فالنفقة على الأب لا على الجد ؛ لأن الأب أقرب ، ولو كان الأب معسرًا والجد معسرًا فالنفقة على الأب أيضًا إذا لم يكن زمانًا لكن يؤمر الجَدُّ بأن ينفق ثم يرجع على الأب إذا أيسر ، ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الأب ؛ لأنه أقرب إلا أنه إذا كان الأب معسرًا غير زمن وابن الابن معسرًا فإنه يؤدي عن الأب بأمر القاضي ثم يرجع عليه إذا أيسر ، ولو كان له أب وابن ، فنفقته على الابن لا على الأب وإن استويا في القرب والوراثة ويرجع الابن بالإيجاب عليه ؛ لكونه كسب الأب فيكون له حَقًّا في كسبه ، وكون ماله مضافًا إليه شرعًا لقوله ﷻ : « أنت ومالك لأبيك » ولا يشارك الولد في نفقة والده أحد لما قلنا وكذا في نفقة والدته لعدم المشاركة في السبب وهو الولادة ، والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الإنسان أحد في نفقة جده وجدته عند =

عدم الأب والأم ؛ لأن الجد يقوم مقام الأب عند عدمه والجدة تقوم مقام الأم عند عدمها . ولو كان له ابنان = فنفته عليهما على السواء وكذا إذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الأنثى في النفقة ؛ لاستوائهما في سبب الوجوب وهو الولادة ، ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت ؛ لأن الولادة لها ، وهذا يدل على أن النفقة لا تعتبر بالميراث ؛ لأن الأخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على الابن نفقة منكوحه أبيه ؛ لأنها أجنبية عنه إلا أن يكون الأب محتاجا إلى من يخدمه ، فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته ؛ لأنه يؤمر بخدمة الأب بنفسه أو بالأجير ، ولو كان للصغير أبوان فنفته على الأب لا على الأم بالإجماع وإن استويا في القرب والولادة ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد ؛ لأن الله تعالى خص الأب بتسميته بكونه مولودا له ، وأضاف الولد إليه فاللام للملك وخصه بإيجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُ ﴾ أي رزق الوالدات المرضعات سمي الأم والدة والأب مولودا له وقال ﷺ : ﴿ إِنْ أَرْتَمَتْ لَكُنْ فَتَأْوِئُهُ أُجْرُؤُنَّ ﴾ خص الأب بإبتاء أجر الرضاع بعد الطلاق ، وكذا أوجب في الآيين كل نفقة الرضاع على الأب لولده الصغير وليس وراء الكل شيء ولا يقال : إن الله ﷻ قال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُ ﴾ ثم قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلَ ذَلِكَ ﴾ والأم وارثه فيقتضي أن تشارك في النفقة كسائر الورثة من ذوي الرحم المحرم وكمن قال : أوصيت لفلان من مالي بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشاركان فيه كذا هذا ؛ لأننا نقول لما جعل الله ﷻ كل النفقة على الأب بقوله : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُ ﴾ تعذر إيجابها على الأم حال قيام الأب فيحمل على حال عدمه ليكون عملاً بالنص من كل وجه في الحالين ولم يوجد مثل هذا في سائر ذوي الرحم المحرم ، وفي باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين في حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما في حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ، ولو كان الأب معسرا غير عاجز عن الكسب والأم موسرة فالنفقة على الأب لكن تؤمر الأم بالنفقة ثم ترجع بها على الأب إذا أيسر ؛ لأنها تصير ديناً في ذمته إذا أنفقت بأمر القاضي ، ولو كان للصغير أب وأم أم فالنفقة على الأب والحضانة على الجدة ؛ لأن الأم لما لم تشارك الأب في نفقة ولده الصغير مع قربها ؛ فالجدة مع بعدها أولى هذا إذا كان الولد صغيراً فقيراً وله أبوان موسران ، فأما إذا كان كبيراً وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد ذكر في كتاب النكاح أن نفقته أيضاً على الأب خاصة ، وذكر الحصاص أنه على الأب والأم أثلاثاً ثلاثها على الأب وثلاثها على الأم ، وجه ما ذكره الحصاص أن الأب إنما خص بإيجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية ، وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما ، وجه رواية كتاب النكاح أن تخصيص الأب بالإيجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولوداً له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغر ، واعتبار الولاية والإرث في هذه النفقة غير سديد ؛ لأنها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا إرث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد أحد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده ؛ لأنه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج في نفقة زوجته أحد ؛ لأنه لا يشاركه أحد في سبب وجوبها وهو حق الحسب الثابت بالنكاح ، حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج أو أب موسر أو أمع موسر ؛ فنفتها على الزوج لا على الأب والابن والأخ ، لكن يؤمر الأب أو الابن أو الأخ بأن ينفق عليها ثم يرجع على الزوج إذا أيسر ، ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما في القرابة والوراثة سواء ، ولا ترجيح =

= لأحدهما على الآخر من وجه آخر ، فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث : السدس على الجد والباقي على ابن الابن كالميراث ، ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثاً : الثلث على الأم والثلاثان على الجد على قدر ميراثهما ، وكذلك إذا كان له أم وأخ لأب وأم أو ابن أخ لأب وأم أو لب أو عم وأم وأب أو لأب ؛ كانت النفقة عليهما أثلاثاً : ثلثها على الأم والثلاثان على الأخ وابن الأخ والعم وكذلك إذا كان له أخ لأب وأم وأخت لأب وأم ؛ كانت النفقة عليهما أثلاثاً على قدر ميراثهما ، ولو كان له أخ لأب وأم وأخ وأم فألنفقة عليهما أسداساً سدسها على الأخ لأم وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم ، ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداساً على قدر الميراث ، ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم ؛ لأنهما استويا في القرابة المحرمة للقطع ، والعم هو الوارث فيرجح بكونه وارثاً وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ، ولو كان له عم وعمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثاً : ثلثها على العمه والثلث على الخال أو الخالة ، ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم ؛ لأنهما ما استويا في سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع ؛ إذ الخال هو ذو الرحم المحرم ، واستحقاق الميراث للترجيح ، والترجيح يكون بعد الاستواء في ركن العلة ولم يوجد ، ولو كان له عمه وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمه الثلثان لاستوائهما في سبب استحقاق الإرث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شيء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق في حقه وهو القرابة المحرمة للقطع ، ولو كان له ثلاث أخوات متفرقات وابن عم ، فالنفقة على الأخوات على خمسة أسهم : ثلاثة أسهم على الأخت لأب وأم ، وسهم على الأخت لأم ، وسهم على الأخت لأب على قدر الميراث ، ولا يعتد بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق بالعدم كأنه ليس له إلا الأخوات ، وميراثه لهن على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن ، ولو كان له ثلاثة إخوة متفرقين فالنفقة على الأخ لأب والأم وعلى الأخ للأم على قدر الميراث أسداساً ؛ لأن الأخ لا يرث معهما فيلحق بالعدم ، ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم ؛ لأن العم مساوٍ لهما في سبب الاستحقاق وهو الرحم وفضلهما بكونه وارثاً ؛ إذ الميراث له لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما ، وإن كان العم معسراً فالنفقة عليهما ؛ لأنه يجعل كالميت .

والأصل في هذا أن كل من كان يحوز جميع الميراث ، وهو معسر يجعل كالميت وإذا جعل كالميت ؛ كانت النفقة على الباقيين على قدر موارثهم ، وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر موارث من يرث معه بيان هذا الأصل : رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة إخوة متفرقين ، فنفقة الأب على أخيه لأبيه وأمه وعلى أخيه لأمه أسداساً : سدس النفقة على الأخ لأم وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم ، ونفقة الولد على الأخ لأب وأم خاصة ؛ لأن الأب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الأب على الأخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الأب هذا فأما الابن فوارثه العم لأب وأم لا العم لأب ولا العم لأم ؛ فكانت نفقته على عمه لأب وأم ، ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن أحماساً : ثلاثة أحماسها على الأخت لأب وأم ، وخمس على الأخت لأب وخمس على الأخت لأم على قدر موارثهن ونفقة الابن على عمته لأب وأم ؛ لأنها هي الوارثة منه لا غير ، ولو كان مكان الابن بنت والمسألة بحالها ؛ فنفقة الأب في الإخوة المتفرقين على أخيه لأبيه وأمه ، وفي الأخوات المتفرقات على أخته لأبيه وأمه ؛ لأن البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة إلى أن تجعل =

= كالميتة فكان الوارث معها الأخ للأب والأم لا غير والأخت لأب وأم لا غير ؛ لأن الأخ والأخت لأب لا يرثان مع الولد ، والأخ لأب لا يرث مع الأخ لأب وأم والأخت لأب لا ترث مع البنت والأخت لأب وأم ؛ لأن الأخوات مع البنات عصبية ، وفي العصبية يقدم الأقرب فالأقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لأب وأم أو على العممة لأب وأم ؛ لأنهما وارثاها بخلاف الفصل الأول ؛ لأن هناك لا يمكن الإيجاب للنفقة على الإخوة والأخوات إلا يجعل الابن كالميت ؛ لأنه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة إلى أن يجعل ميتاً حكماً ، ولو كان الابن ميتاً كان ميراث الأب للأخ لأب وأم وللأخ لأب وأم أسداً وللأخوات أخماً ، فكذا النفقة وعلى هذا الأصل مسائل .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٥٢ ، ٣٥١/٨) : « (ومن له أبوان) أي : أب ، وإن علا وأم (ف) نفقته (على الأب) ولو بالتمام استصحاباً لما كان في صفه ولعموم خير هند (وقيل) هي (عليهما بلوغ) عاقل لاستوائهما فيه بخلاف الصغير والمجنون لتعيز الأب بالولاية عليهما (أو) اجتمع (أجداد وجدات) لعاجز (إن أدلى بعضهم ببعض فالأقرب) هو الذي ينفقه لإدلاء الأبعد به (وإلا) يدل بعضهم ببعض (ف) الاعتبار (بالقرب) فينفقه الأقرب منهم (وقيل) الاعتبار بوصف (الإرث) كما مر في الفروع (وقيل) الاعتبار (بولاية المال) أي : بالجهة التي تفيدها ، وإن وجد مانعها كالفسق ؛ لأنها تشتر بتفويض التربية إليه .

قول الخنابلة : جاء في المغني (١٧٤/٨ ، ١٧٥) : « مسألة قال : (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب ، أجزر وارثه على نفقته ، على قدر ميراثهم منه) ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لمورثه ، إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها . وبه قال الحسن ، ومجاهد ، والنخعي ، وقتادة ، والحسن ابن صالح ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور . وحكى ابن المنذر ، عن أحمد ، في الصبي المرضع لا أب له ولا جد ، نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء . وكذلك روى بكر بن محمد ، عن أبيه ، عن أحمد : النفقة على العصبية . وبه قال الأوزاعي ، وإسحاق . وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته . احتج به أحمد . وقال ابن المنذر : روي عن عمر أنه حبس عصبية ينفقون على صبي الرجال دون النساء . ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة ، فاختصت بها العصبية ، كالعقل . وقال أصحاب الرأي : تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ، ولا تجب على غيرهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بِصُهُمِ أَوْلَىٰ بِمَنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ .

وقال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر : لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل سأله : عندي دينار ؟ قال : « أنفقه على نفسك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقه على ولدك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقه على أهلك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقه على خادمك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنت أعلم » . ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ، ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها ، فلا يصح قياسه عليهم . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَالِدِ لِمَ يَنْفِقُنَّ كَسَوْتَيْنِ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ يَسَلُّ ذَلِكَ ﴾ . فأوجب على الأب نفقة الرضاع ، ثم عطف الوارث عليه ، فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد . وروى أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أرب ؟ قال : « أمك وأباك ، وأختك وأخاك » . وفي لفظ : « ومولاك الذي هو أذنك ، حقاً واجباً ، ورحماً موصولاً » . رواه أبو داود . وهذا نص ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أزمه الصلة والبر ، والنفقة من الصلة ، جعلها حقاً واجباً ، وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه ، فإن اللفظ =

= عام في كل ذي رحم فيكون حجة عليه في عداد الرحم المحرم ، وقد اختصت بالوارث في الإرث فكذلك في الإنفاق . وأما خبر أصحاب الشافعي ، فمقتضية في عين ، يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه ؛ ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد . وقولهم : لا يصح القياس . قلنا ؛ إنما أثبتناه بالنص ، ثم إنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد ، مع التفات ، فيطلب ما قالوه . إذا ثبت هذا ، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب ، لعموم الآية ، ولا يتناول ذوي الأرحام ، على ما مضى بيانه ، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر ، كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه ، والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها ، فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد ، في رواية ابن زياد ، فقال : يلزم الرجل نفقة بنت عمه ، ولا يلزمه نفقة بنت أخته . وذكر أصحابنا رواية أخرى لا تجب النفقة على الوارث هاهنا ؛ لقول أحمد : العمة والحالة لا نفقة لهما . إلا أن القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها ؛ لكونه ابن أخيها من أمها .

وقد ذكر الخريفي ، أن على الرجل نفقة معتقه ؛ لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ، ولا تلزمه نفقته . فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ، ولا يلزمهم نفقته . وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى ؛ لقول الله تعالى ؛ ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ يَثُلُ ذَلِكَ ﴾ . وكل واحد من هؤلاء وارث . مسألة : قال : (فإن كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة ، وعلى الجد لثنا النفقة) وجملته أنه إذا لم يكن للصبي أب ، فالنفقة على وارثه . فإن كان له وارثان ، فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر ، فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ؛ فإذا كان له أم وجد ، فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ؛ لأنها يرثانه كذلك . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة كلها على الجد ؛ لأنه ينفرد بالتعصيب ، فأشبهه الأب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد ، أن النفقة على العصباء خاصة . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ يَثُلُ ذَلِكَ ﴾ والأم وارثه ، فكان عليها بالنص ، ولأنه معنى يستحق بالنسب ، فلم يختص به الجد دون الأم كالورثة .

فصل : وإن اجتمع ابن وبنت ، فالنفقة بينهما أثلاثاً ، كالميراث . وقال أبو حنيفة : النفقة عليهما سواء ؛ لأنهما سواء في القرب . وإن كان أم وابن ، فعلى الأم السدس والباقي على الابن . وإن كانت بنت وابن ابن ، فالنفقة بينهما نصفان . وقال أبو حنيفة : النفقة على البنت ؛ لأنها أقرب . وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث : النفقة على الابن ؛ لأنه العصبية . وإن كانت له أم وبنت ، فالنفقة بينهما أرباعاً ؛ لأنهما يرثانه كذلك . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : النفقة على البنت ؛ لأنها تكون عصبية مع أخيها . وإن كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت ؛ لأنه ذكر . ولنا ، قول الله تعالى ؛ ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ يَثُلُ ذَلِكَ ﴾ فرتب النفقة على الإرث ، فيجب أن ترتب في المقدر عليه ، وإيجابها على ابن البنت يخالف النص والمعنى ، فإنه ليس بعصبية ولا وارث ، فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الورثة .

مسألة : قال : (فإن كانت جدة وأخا ، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات) يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة هاهنا سدس الميراث ، فعليها سدس النفقة ، وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقة عليه . وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي =

٢١٣٢ - وكل هذه الأحكام مفروضة فيما إذا كان الأب حياً سواء كان غنياً أو فقيراً قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه . أما إذا مات الأب عن أولاد صغار وليس لهم مال ينفق عليهم منه ولم يبلغوا حد الكسب لينفق عليهم من كسبهم ، فحينئذ يتنقل وجوب النفقة إلى غيره من الأقارب وعند التأمل ترى أن الأقارب لا يخرجون عن واحد من ثلاثة :

٢١٣٣ - الأول : أن يكون الكل أصولاً .

٢١٣٤ - الثاني : أن يكونوا أصولاً وحواشي .

٢١٣٥ - الثالث : أن يكون الكل حواشي . ولا يتأى الإتيان هنا بالفروع لأن الموضوع أن الأولاد صغار .

٢١٣٦ - فإن كان الأول فإثماً أن يكون بعضهم وارثاً والبعض الآخر غير وارث وإما أن يكون الكل وارثين وعلى كل حال فإما أن يتساوا في القرب والجزئية أو يختلفوا ؛ فالصور أربع ، الصورة :

٢١٣٧ - الأولى : أن يكون بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث واستواوا في الجزئية .

٢١٣٨ - الثانية : أن يكونوا كذلك وختلفوا فيها .

٢١٣٩ - الثالثة : أن يكون الكل وارثين واستواوا في الجزئية .

٢١٤٠ - الرابعة : أن يكون الكل وارثين وختلفوا فيها .

٢١٤١ - ففي الصورة الأولى يرجح الوارث فيلزم بالنفقة . وينبغي على ذلك : أن الصغير لو كان له أبو أب وأبو أم فوجب النفقة على أبي الأب وحده لأنه وإن اتحد مع أبي الأم في الجزئية إذ كل منهما بينه وبين الصغير واسطة واحدة وهي الأب أو الأم إلا أن أبا الأب هو الوارث لأنه إذا فرضت وفاة هذا الصغير عنهما وكانت له تركة أخذها أبو الأب ولا شيء منها لأبي الأم لأنه من ذوي الأرحام وهم لا يستحقون شيئاً مع

= النسب ، يجعل النفقة كلها على الجدة . وهذا أصل قد سبق الكلام فيه . فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعصبة ، أو أخت وعصبة ، أو بنت وأم ، أو بنت وابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو ثلاث أخوات مفترقات ، فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك ، سواء كان في المسألة رد أو عول أو لم يكن . وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل . وإن اجتمع أم أم وأم أب ، فهما سواء في النفقة ؛ لاستوائيهما في الميراث .

فصل : فإن اجتمع أبو أم ، فالنفقة على أم الأم ؛ لأنها الوارثة . وإن اجتمع أبو أب ، فعلى أم الأب السدس ، والباقي على الجد . وإن اجتمع جد وأخ ، فهما سواء . وإن اجتمعت أم وأخ وجد ، فالنفقة بينهم أثلاثاً . وقال الشافعي : النفقة على الجد في هذه المسائل كلها ، إلا المسألة الأولى ، فالنفقة عليهما بالسوية . وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم .

العصبة والحكم في هذه الصورة ظاهر لقولهم : إن الغرم بالغنم .

٢١٤٢ - وفي الصورة الثانية يعتبر الأقرب جزئية ويلزم بالنفقة سواء كان وارثاً أو غير وارث .

٢١٤٣ - وينبني على ذلك وجوب النفقة على الأم لأولادها فيما إذا كانت الأقارب الموجودة أمًا وأبًا أم لأنها أقرب إذ الولد جزؤها بلا واسطة بخلاف أبي الأم فإن الولد جزؤه بواسطة بنته التي هي أم الصغيرة .

٢١٤٤ - وهذا الحكم ظاهر أيضاً في مثل هذه الصورة لأنه مبني على القاعدة المتقدمة وهي قولهم : الغرم بالغنم . إذ لو فرض موت الولد عن تركة وليس له من الأقارب إلا أمه وأبو أمه استحققت الأم كل التركة فرضاً ورداً ولا يشاركها أبوها لأن الأم من ذوي الفروض وأبوها من ذوي الأرحام فلا يستحق معها شيئاً إذ الرد مقدم على توريث ذوي الأرحام .

٢١٤٥ - ومثل هذه الصورة في الحكم أم وأم أب أو أم وأم أم لأن الأم أقرب منهما وهي الوارثة لأنها تحجب الجدات سواء كن من جهة الأب أو من جهة الأم ولو كان للصغير أبو أم وأبو أبي أب وجبت النفقة على الأول لأنه أقرب جزئية مع أن الوارث هو الثاني وهذا ليس منطبقاً على القاعدة المتقدمة فلو قيل : تجب النفقة على قدر الميراث مطلقاً كما قال بعضهم في نفقة الأصول على الفروع لكان ظاهراً .

٢١٤٦ - وحكم الصورتين الثالثة والرابعة واحد وهو وجوب النفقة عليهم بقدر استحقاقهم في الإرث وينبني على هذا إنه لو كان للصغير أم أم وأم أب وجبت النفقة عليهما أنصافاً لأنهما متحدتان مرتبة وإرثهما بهذه النسبة إذ لو فرض موت الصغير عن تركة ولا وارث له غيرهما استحققتا التركة أنصافاً فرضاً ورداً ولو كان للصغير أم أم وأبو أب وجبت النفقة عليهما أسداً فأم الأم يلزمها السدس وأبو الأب الباقي لأن إرثهما بهذه النسبة ولو كان له أم وأبو أب وجبت النفقة عليهما أثلاثاً على الأم الثلث وعلى أبي الأب الثلثان ، ولو كانت الدرجة مختلفة إذ الاستحقاق في الميراث بهذه النسبة .

٢١٤٧ - ولا يخفى عليك أن هذه الأحكام مفروضة فيما إذا كان كل الأصول موسرين فإن كان بعضهم معسراً وجبت على الموسر وحده كما إذا لم يوجد إلا شخص واحد من أصوله فإن النفقة واجبة عليه إذا كان موسراً^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : نفقة القريب الفقير : المادة (١٧٣) : تجب نفقة الصغار الفقراء وكل كبير فقير عاجز عن الكسب بأفة بدنية أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم الموسرين بحسب حصصهم الإرثية وإذا كان الوارث معسراً تفرض على من يليه في الإرث ويرجع بها على الوارث إذا أيسر .

(مادة ٤٠٠)

إِذَا كَانَتْ أَقَارِبُ الطُّفْلِ الْفَقِيرِ الْمَعْدُومِ أَبُوهُ بَعْضُهُمْ أَصُولًا وَبَعْضُهُمْ حَوَاشِي ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الصَّنْفَيْنِ وَاوْرَثًا وَالْآخَرُ غَيْرَ وَاوْرَثٍ ، يُعْتَبَرُ الْأَصْلُ لَا الْحَاشِيَّةُ ، وَيُلْزَمُ بِالنَّفَقَةِ ، سِوَاءَ كَانَ هُوَ الْوَارِثَ أَمْ لَا .

فَلَوْ كَانَ لِلزَّوْجِ جَدٌّ لِأَبٍ وَأَخٌ شَقِيْقٌ ، فَتَفَقَّطَهُ عَلَى الْجَدِّ . وَلَوْ كَانَ لَهُ جَدٌّ لِأُمِّ وَعَمٌ فَتَفَقَّطَهُ عَلَى الْجَدِّ لِأُمِّ .

فَإِنْ كَانَ كُلُّ مِنَ الْأَصُولِ وَالْحَوَاشِي وَاوْرَثًا ، يُعْتَبَرُ الْإِرْثُ ، وَتَجِبُ عَلَيْهِمُ النَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمْ فِي الْإِرْثِ .

فَلَوْ كَانَ لِلصَّغِيرِ أُمٌّ وَأَخٌ عَصِيْبِيٌّ أَوْ أُمٌّ وَابْنٌ أَوْ كَذَلِكَ أَوْ أُمٌّ وَعَمٌّ كَذَلِكَ ، فَتَفَقَّطَهُ عَلَيْهِمَا أَثْلَاثًا ، عَلَى الْأُمِّ الثَّلْثَ وَعَلَى الْعَصِيْبَةِ الثَّلَاثَانَ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في فتاوى الفتاوى الحمادية (٦٧/١) : « إذا كانوا أصولاً وحواشي فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحاً للجزئية ولا مشاركة في الإرث حتى تعتبر بقدر الميراث فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث هو الصنف الآخر الذي معه ، مثال الأول ما في الحاشية لو له جد لأب وأخ شقيق فعلى الجد . ومثال الثاني ما في القنية لو له جد لأم وعم فعلى الجد أي لترجحه فيهما بالجزئية مع عدم الاشتراك في الإرث لأنه هو الوارث في الأول والوارث هو العم في الثاني وإن كان كل من الصنفين - أعني الأصول والحواشي - وراثاً اعتبر الإرث ففي أم وأخ عصبية أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك على الأم الثلث وعلى العصبية الثلثان بدائع ثم إذا تعددت الأصول في هذا القسم بنوعيه ننظر إليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر في القسم الخامس مثلاً لو وجد في المثال الأول جد لأم مع الجد لأب تقدم عليه الجد لأب لترجحه بالارث ولو وجد في المثال الثاني أم مع الجد لأم تقدمها عليه لترجحها بالارث وبالقرب ، وكذلك لو وجد في الأمثلة الأخيرة جد لأم مع الأم تقدمها عليه لما قلنا ولو وجد معها جد لأب كانت النفقة عليه وحده كما في الحاشية لأنه يحجب الأخ وابنه والعم من الإرث لتنزله حينئذ منزلة الأب وحيث تحقق تنزله منزلة الأب لم تشاركه الأم في النفقة وإن شاركته في الإرث كما لو كان الأب موجوداً حقيقة كما قررناه قبيل هذا الفصل . وإذا كانوا حواشي فقط يعتبر فيه الإرث أي أهليته لا حقيقته وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الإرث يترجع الوارث حقيقة ففي خال وابن عم على الخال لأنه ربح محرم أهل للإرث عند عدم ابن العم ولا شيء على ابن العم وإن كان الميراث كله له لأنه غير محرم ولا تجب نفقة على غير محرم أصلاً ، وفي خال وعم على العم لاستوائهما في الرحم والمحرمية وترجع العم بأنه وارث حقيقة ، وفي عم وعمة وخالة على العم أيضاً ولو كان العم معسراً فعلى العمه والحالة أثلاثاً كأرثهما ويجعل العم كالعديم لأنه يحرز كل الميراث هذا زيادة ما حررته في تلك الرسالة بما لم أسبق إليه ، ولم يقف أحدٌ قبلي عليه وذلك بحول الله تعالى وقوته لا بحولي وقوتي ، فدونك هذا الضابط الجامع سهل المآخذ وعض عليه بالواجب ، وإن أردت زيادة تحقيق هذا المقام فعليك بتلك الرسالة والسلام . »

٢١٤٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان بعض أقارب الطفل الفقير المعدوم الأب أصولاً وبعضهم حواشي فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، الأول : أن يكون أحد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث . الثاني : أن يكون كل من الصنفين وارثاً .

٢١٤٩ - فإن كان الأول اعتبر الأصل لا الحاشية سواء كان الأصل هو الوارث أو لا وحينئذ يلزم بالنفقة ولو كان الوارث غيره فإذا فرض أن لهذا الصغير أباً أب وأخاً شقيقاً موسرين وجبت نفقته على أبي الأب لأنه هو الأصل والوارث .

٢١٥٠ - إذ لو فرض أن هذا الصغير توفي عنهما وله تركه استحقتها الجد ولا شيء للأخ فيلزم بالنفقة عند احتياج الصغير ، ومثل هذا المثال ما إذا كان مع أبي الأب عم شقيق أو أخ لأب أو ابن أخ شقيق أو لأب أو وجد الكل معه فإنه هو الذي يلزم بالنفقة لأنهم لا يستحقون معه شيئاً في تركته على فرض وجودها وهذا الحكم ظاهر لأن الغرم بالغنم .

٢١٥١ - ولو فرض أن لهذا الصغير أباً أم وأخاً شقيقاً أو لأب أزم أبو الأم بالنفقة ولو كان الآخذ للتركة غيره عند وجودها لأنه هو الأصل .

٢١٥٢ - ومثل هذا ما إذا كان مع أبي الأم عم شقيق أو لأب أو ابن أخ شقيق أو لأب فإن الملزم بالنفقة هو أبو الأم وإن كان المستحق للتركة غيره وهذا غير ظاهر لأنه غير جار على القاعدة المتقدمة وهي الغرم بالغنم .

٢١٥٣ - ولذا استشكل بعض الحنفية كثيراً من الفروع التي وردت في هذا الموضوع ، وإن كان البعض الآخر أجاب عنها بأجوبة غير مقنعة ولذا كان الظاهر رأي بعضهم وهو وجوبها على قدر الإرث .

٢١٥٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان كل من الأصول والحواشي وارثاً اعتبر الإرث فتجب عليهم النفقة على قدر أنصابتهم فيه فلو كان لهذا الصغير أم وأخ شقيق وجبت النفقة عليهما أثلاثاً على الأم الثلث وعلى الأخ الثلثان لأنه إذا فرض موت هذا الصغير عن مال أخذت الأم الثلث بطريق الفرض والأخ الشقيق يأخذ الباقي بطريق التعصيب .

٢١٥٥ - ومثل هذا ما إذا كان مع الأم أخ لأب أو ابن أخ شقيق أو لأب أو عم شقيق أو لأب أو ابن عم كذلك أما لو كان بدل الأم في الأمثلة المتقدمة أم أم أو أم أب وجبت النفقة أسداساً السدس على أم الأم أو أم الأب والخمسة الأسداس على العصبية

لأن الاستحقاق في التركة على فرض وجودها يكون بهذه النسبة وهذا الحكم ظاهر لانطباقه على القاعدة المشهورة : الغرم بالغنم .

٢١٥٦ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان الكل حواشي كالأخوة والأخوات وجبت النفقة بقدر الإرث كما سيأتي تفصيله في نفقة غير الأصول والفروع .

(مادة ٤٠١)

إِذَا كَانَ الْأَبُ غَائِبًا ، وَهُوَ أَوْلَادٌ مِنْ نَحْبٍ نَفَقْتُهُمْ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَالٌ عِنْدَهُمْ مِنْ جِنْسِ الثَّقَفَةِ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَأْمُرَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِمْ مِنْهُ إِنْ كَانَ نَسَبُهُمْ مَعْرُوفًا أَوْ مَقْلُومًا لَدَى الْحَاكِمِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ مُودَعٌ عِنْدَ أَحَدٍ ، أَوْ ذَيْنَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ جِنْسِ الثَّقَفَةِ ، وَأَقْرَبُ الْمُدْرَعِ أَوْ الْمَدِينِ بِأَمْوَالِ الْوَالِدِ ، أَوْ لَمْ يَقْرُ وَالْحَاكِمُ يَتَلَمَّ ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالُ الْغَائِبِ مِنْ جِنْسِ الثَّقَفَةِ بَأَنْ كَانَ عَقَارًا أَوْ عَرُوضًا ، فَلَا يُبْتَاعُ مِنْهُ شَيْءٌ لِلثَّقَفَةِ ، بَلْ تُؤْمَرُ الْأُمُّ بِالاسْتِدَانَةِ عَلَيْهِ لِنَفَقَةِ الْأَوْلَادِ . وَلِلْوَالِدِ إِذَا كَانَ مَالُ أَبِيهِ الْغَائِبِ مِنْ جِنْسِ الثَّقَفَةِ أَنْ يُنْفِقَ مِنْهُ بِقَدْرِ كِفَايَتِهِ بِإِقْضَاءِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٣/١ ، ٥٦٤) : « إذا كان الرجل غائبًا ، وله مال حاضر ، فإن كان القاضي لا يأمر أحدًا بالنفقة من ماله إلا الأبوين الفقيرين وأولاده الصغار الفقراء الذكور والإناث والكبار الذكور الفقراء المعجزة عن الكسب والإناث والفقيرات والزوجة ، ثم إن كان المال حاضرًا عند هؤلاء ، وكان النسب معروفًا ، أو علم القاضي بذلك أمرهم بالنفقة منه ، وإن لم يعلم بالنسب ، فطلب بعضهم أن يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة ، وكذلك إذا كان له مال ودبعة عند إنسان ، وهو مقر بها أمرهم القاضي بالإنفاق منها ، وكذلك إذا كان له دين على إنسان ، وهو مقر به ، وإن كان صاحب اليد أو المدينون منكرًا فأرادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضي إلى ذلك ، هذا إذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام ونحوها كذا في البدائع . وإذا كان للغائب عن الوالدين ، أو الولد أو الزوجة مال من جنس حقوقهم فأنفقوا على أنفسهم جاز ، ولم يضمنوا ، فإن كان عندهم غيرهم وأعطاهم بأمر القاضي حتى أنفقوا على أنفسهم لم يضمن صاحب اليد ، وإن كان أعطاهم بغير أمر القاضي كان ضامنًا هذا إذا كان ما تركه الغائب من جنس حقهم ، فأما إذا لم يكن من جنس حقهم فأرادوا أن يبيعوا شيئًا من مال الغائب لنفقتهم أجمعوا على أن سوى الولد المحتاج لم يملك بيع عقار الغائب ، ولا يبيع عروضه بالنفقة ، وأما الأب المحتاج فيملك بيع المنقول بالنفقة استحسانًا ، ولا يملك بيع العقار إلا إذا كان الولد الغائب صغيرًا ، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه في كتاب المفقود ؛ وأجمعوا على أن حال حضرة من تجب عليه النفقة ليس لأحد ممن يستحق النفقة يبيع العروض والعقار كذا في المحيط . »

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٤٤/٣ ، ٤٤٥) : « لو امتنع (من نفقة القريب) له =

٢١٥٧ - ولا يشترط في قضاء القاضي بنفقة الأولاد على الأب أن يكون حاضراً ، بل يقضى بها على الأب ولو كان غائبا ، والمراد من الغيبة التي يفرض القاضي النفقة للأولاد بسببها ألا يسهل إحضار الأب ومراجعته ولو كان مختفياً في البلد الذي فيه الأولاد فلا يشترط أن يكون الغائب مفقوداً أي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته ولا أن يكون الغيبة مدة سفر شرعي وهذا هو المعول عليه وإن كان بعضهم يرى خلافه .

٢١٥٨ - وليس هذا خاصاً بنفقة الأولاد على الأب بل هو جارٍ في القضاء بنفقة الآباء على الأولاد وبنفقة الزوجة على الزوج عند هذه الغيبة بخلاف غيرهم من الأقارب .

٢١٥٩ - وينبغي على ذلك : أنه إذا غاب شخص وطلب غيره من القاضي ممن تجب نفقته على الغائب أن يفرض له النفقة عليه فلا يجيبه إلى طلبه إلا إذا كان الطالب من أصول الغائب أو فروعه أو زوجة له .

٢١٦٠ - فلو كان أختاً أو عمّاً أو خالاً مثلاً فلا يفرض القاضي له النفقة ، والسبب في ذلك أن نفقة الأصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء وإنما القضاء في حقهم من باب الإعانة والفتوى بخلاف نفقة غيرهم ؛ فإنها لا تجب إلا بالقضاء لكونها مجتهداً فيها لأن الإمام الشافعي لا يقول بوجوب النفقة لغير الأصول والفروع والزوجة فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز فلا يقضى لهم بالنفقة في مال الغائب .

٢١٦١ - ولذا يجوز لكل من الأصول والفروع والزوجة أن ينفق من مال الغائب الذي وجبت النفقة عليه وإن لم يقض القاضي بذلك ولكن يشترط أن يكون هذا المال من جنس النفقة لأنك عرفت أن النفقة واجبة لهم قبل القضاء وإنما القضاء في حقهم من باب الإعانة والفتوى فحقهم ثابت .

= (أو غاب) ، وله ثم مال (فه أخذها من ماله ، وكذا الأم) لها أخذها (للطفل) ، ولو بغير إذن القاضي من مال أبيه إذا امتنع من نفقته أو غاب ، وله ثم مال لقصة هند (ولو) كان ماله (من غير جنسه) أي الواجب (أن عدم الجنس) ، والا فلا يؤخذ إلا منه ، والتصريح بهذا القيد في مسألة الغيبة من زيادته (فإن لم يكن) له ثم (مال أذن القاضي) للقریب (في الاقتراض على) قريبه (الغائب أو للأم) في الاقتراض على الأب الغائب ، و (الإنفاق على الصغير) بشرط أهليتها لذلك كما صرح به الأصل فإن لم يأذن لهما في الاقتراض عليه لم يقتض عليه وقيل للأم أن تقترض عليه ، والترجيح فيها من زيادته أخذاً من اقتراض القريب عليه وبه صرح الإنسوي وغيره قالوا وتقدم في زكاة الفطر ما يدل له أيضاً كما يدل له ما يأتي في الجبد (فإن لم يكن ثم قاض فاقترض) على الغائب (وأشهدا) بذلك (رجعا) - عليه بما اقترضاه (والا) أي ، وإن لم يشهد به (فوجهان) قال الأدرعي : ينبغي أن يفصل بين أن يتمكن من الإشهاد أو لا كما قيل بمثله في مسألة حرب الجمال .

٢١٦٢ - وإن لم يقض به فلهم أخذه من غير أن يرفعوا الأمر إلى القاضي ولكن لو رفعوه إليه طالبين منه القضاء بالنفقة أجابهم إلى هذا الطلب .

٢١٦٣ - وقد عرفت الكلام على النفقة في هذه الحالة بالنسبة للزوجة في الفصل الخامس في نفقة زوجة الغائب ويأتي الكلام بالنسبة لنفقة الأصول على الفروع .

٢١٦٤ - فالموضوع الآن خاص بالنفقة الواجبة للفروع على الأصول ، فإذا غاب الأب وطلبت الأولاد الذين تجب نفقتهم عليه سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً كباراً أو صغاراً من القاضي أن يفرض لهم النفقة أجابهم إلى هذا الطلب متبعاً الأحكام الآتية وهي أن الغائب إن كان له مال فإما أن يكون من جنس النفقة أو لا . وكل له حكم يخصه وإليك البيان :

٢١٦٥ - فإن كان له مال وهو من جنس حقهم في النفقة كالغلال والسمن ونحوهما من أصناف المأكولات والذهب والفضة أو كان ثياباً من جنس حقهم في الكسوة فرض لهم فيه النفقة سواء كان هذا المال موجوداً في منزل الأب أو غير موجود فيه بأن كان مودعاً عند غيره بأن أعطى لغيره شيئاً مما ذكر ليحفظه له فإنه يكون مملوكاً للغائب وهو مودع عند من أعطاه له أو كان ديناً كما إذا باع لغيره بيتاً مثلاً بمائتي جنيه ولم يستلم منه الثمن فإنه يكون ديناً عليه .

٢١٦٦ - ولكن إذا كانت دعواهم أن المال الذي تركه أبوهم موجوداً في منزله فرض لهم النفقة فيه وأمرهم بالأخذ منه على حسب الفرض الذي قدره وأما إذا كانت دعواهم أنه ترك ودیعة عند شخص فإن القاضي يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواهم فإما أن يقر بالنسب والوديعة أو ينكرهما أو يقر بالنسب وينكر الوديعة أو يقر بالوديعة وينكر النسب .

٢١٦٧ - فإن أقرّ بهما فرض القاضي النفقة في ذلك المال وأمر المودع بإعطائهم النفقة منه لأنه لما أقر بالنسب والوديعة فقد أقر بأن للأولاد حق الأخذ ؛ لأن إقراره مقبول في حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق بإقراره تعدى إلى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر بإعطائهم النفقة من ذلك المال .

٢١٦٨ - وإن أنكر النسب والوديعة أو أقر بواحد منهما وأنكر الآخر فإما أن يكون القاضي عالماً بما أنكره أو غيره عالم فإن كان الأول فرض لهم النفقة أيضاً في هذا المال .

٢١٦٩ - ولكن كيف هذا مع قولهم القاضي لا يقضي بعلمه ؟

- ٢١٧٠ - والجواب : أن هذا من باب الإعانة والفتوى لا من باب القضاء .
- ٢١٧١ - وكل ما تقدم بالنسبة للمودع يقال بالنسبة للمدين ، فإذا ادعى الأولاد أن فلانا مدين لأبيهم الغائب وهم يستحقون عليه النفقة وطلبوا من القاضي أن يفرض لهم النفقة في هذا الدين أحضر القاضي الشخص المدعى عليه بالدين وسلك معه الطريق الذي سلكه مع المودع .
- ٢١٧٢ - وإن كان الثاني فلا يقضي لهم إلا بالبرهان.
- ٢١٧٣ - وإن كان المال الذي تركه ليس من جنس النفقة سواء كان في بيته أو كان وديعة فإما أن يخشى عليه التلف من المكث أو لا .
- ٢١٧٤ - فإن كان الأول باعه القاضي وأنفق عليهم من ثمنه لأن النظر إلى الغائب في ذلك وإن كان الثاني فلا تفرض فيه النفقة لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب الذي لا يخشى عليه التلف بالاتفاق .
- ٢١٧٥ - أما عند الإمام الأعظم فهو ظاهر لأن عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب من باب أولى .
- ٢١٧٦ - وأما عند الصاحبين فلأنه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه وإنما قالوا ببيع مال الحاضر إذا امتنع عن الدفع لأنه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر تلك الأموال وينفق من أجرتها عليهم إن وقت بحاجتهم فإن لم تف الأجرة بها أو كانت الأموال لا تستأجر أمر القاضي أم الأولاد بالاستدانة عليه وتنفق عليهم من الدين الذي أخذته ويكون لها الحق في أخذ مثل الدين منه إذا حضر .
- ٢١٧٧ - فالذي علم أن القاضي يفرض النفقة في مال الغائب لأولاده متى كان هذا المال من جنس النفقة سواء كان المال موجودًا في منزله أو وديعةً أو دينًا ، فإذا لم يترك الغائب إلا واحدًا من هذه الأشياء فرضها فيه ، لأنه ليس هناك غيره .
- ٢١٧٨ - وإما أن ترك الكل فإن القاضي يفرض النفقة أولاً في المال الموجود في بيته ثم في مال الوديعة ثم في الدين ، وسبب هذا الترتيب أن القاضي نصب ناظرًا في مصالح من هو عاجز عن النظر في شئون نفسه .
- ٢١٧٩ - ولا شك أن المصلحة للغائب فيما ذكر لأن مال الوديعة محفوظ عند المودع الذي أمنه عليه قبل غيبته فلم يكن معرضًا للخطر بخلاف المال الذي في بيته .
- ٢١٨٠ - ثم إن مال الوديعة يحتمل أن يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب

بخلاف الدين فإنه ليس شيئاً معيناً حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظاً أكثر من الوديعة فيكون النظر إلى الغائب في هذا الترتيب فاتبعه القاضي ^(١) .

(مادة ٤٠٢)

لَا يَجِبُ عَلَى الْأَبِ نَفَقَةَ زَوْجَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ ، إِلَّا إِذَا ضَمِنَهَا . وَإِنَّمَا يُؤْمَرُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَيَكُونُ دَيْنًا لَهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى ابْنِهِ إِذَا أَيْسَرَ ^(٢) .

٢١٨١ - فقد علمت حكم نفقة الولد بالنسبة إلى أبيه .

٢١٨٢ - وأما نفقة زوجته ، فقال بعضهم : تجب نفقة زوجة الابن إذا كان صغيراً فقيراً على أبيه ، سواء ضمناها أو لا ، وكذلك تجب نفقة زوجة الابن الكبير إذا كان فقيراً وعاجزاً عن الكسب بأي سبب من الأسباب .

٢١٨٣ - وقال بعضهم : لا تجب نفقة زوجة الابن الصغير الفقير على الأب ، إلا إذا

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٧) :

١ - لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها .

٢ - يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد إلى أن يوسر .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٣/١) : « ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيراً فقيراً ، أو زمناً ؛ لأنه من كفاية الصغير وذكر في المبسوط لا يجبر الزوج على نفقة زوجة الابن كذا في الاختيار شرح المختار » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٤٤/٣) : « تجب النفقة ، والكسوة لزوجة أصل تجب نفقته ؛ لأنها من تمام الإعفاف (لا) لزوج (فرع) إذ لا يلزم الأصل إعفائه (أو أم ولد) أي ويجب ذلك لأم ولد أصله (لا) لأم ولد (ولده) لذلك ، والتصريح بالأخيرة من زيادته (فإن كن) الأولى كانت تحته (زوجات) أو مستولدات ثنتان فأكثر (أنفق) فرعه (على واحدة) منهن فقط كما لا ابتداء إلا لواحدة ، وذلك بأن يدفعها للأب (ويوزعها الأب) عليهن (ولهن) أي لكل منهن (الفسخ) لفوات بعض حقها (إلا الأخيرة) إذا ترتب في الفسخ فلا تفسخ لتمام حقها (ولا آدم ، ولا نفقة خادم) ؛ لأن قددها لا يثبت الخيار وقضية كلامه عدم وجوب السكنى أيضاً ، والأوجه وجوب الثلاثة جرى عليه الأصل في الأوليين حيث نقل عدم وجوبهما عن البيهقي ثم قال : لكن قياس ما ذكرنا من أن الابن يتحمل ما يلزم الأب وجوبهما ؛ لأنها واجبان على الأب مع إعساره » .

قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٢١٠/٤) : « (فرع) وأما الولد فقال للحنفي : وقول مالك ليس

على الأب أن ينفق على زوجة ولده ، والقياس أن ذلك عليه قياساً على زوجة الأب أن على الابن أن ينفق =

ضمنها ، فإن لم يضمنها ، فلا يطالب بها على أنها واجبة عليه ، وإنما يؤمر بالإنتفاق عليها ، ويكون ما ينفقه دينًا له يأخذ من ابنه إذا أيسر .

٢١٨٤ - ويظهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن من تجب عليه نفقة زوجة الابن موجودًا ، فإن كان موجودًا ، وجبت الإدانة عليه . نعم إذا كان الابن محتاجًا لخدمة الزوجة ، وجبت نفقتها على أبيه .

(مادة ٤٠٣)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ حَدَّ الْاِخْتِسَابِ ، فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَلِلْأَبِ أَنْ يُؤَجِّرَهُ أَوْ يَدْفَعَهُ لِحِرَافَةٍ لِيَكْتَسِبَ ، وَيَتَّقَ عَلَيْهِ أَبُوهُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَيَحْفَظُ مَا فَضَّلَ مِنْهُ لِيَسْلَمَهُ إِلَيْهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ كَسْبُ الْعُلَامِ ، فَعَلَى أَبِيهِ تَمَامُ الْكِفَايَةِ .
وَإِذَا اسْتَعْنَتِ الْأُنثَى بِكَسْبِهَا مِنَ الْحَيَاةِ أَوْ الْقَزْلِ ، فَتَفَقَّهَتْهَا فِي كَسْبِهَا إِنْ وَقَّتْ بِحَاجَتِهَا ، وَإِلَّا فَعَلَى أَبِيهَا إِتْمَامَهَا .

٢١٨٥ - انظر : شرح المواد ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

= عليها ، ولأن الابن أحوج إلى الزوجة منه . ا هـ . ونقله ابن عرفة عنه وقال بعده : قلت : يرد بأن نفقة الابن تسقط ببلوغه ، وإن فرض كونه بلغ زمانًا فالزمانة مظنة عدم الحاجة للزوجة .

قول المحابلة : جاء في كشاف القناع (٤٨٦/٥) : « (ويلزمه نفقة زوجة من تلزمه مؤنته) لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا به . (و) يجب أيضًا (على) من وجبت عليه النفقة لقربيه إعفاف من وجبت له نفقة من أب وإن علا (و) من ابن وإن نزل وغيرهم كأخ وعم (إذا احتاج إلى النكاح لزوجة حرة أو سرية تعفه أو يدفع) المنفق إليه مالا يتزوج به حرة أو يشتري به أمة لأن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستعسر بفقده ، فلمز على من تلزمه نفقته ولا يشبه ذلك الحلوى فإنه لا يستعسر بتركها (والتخيير) فيما ذكر (للملزم بذلك) لأنه المخاطب به فكانت الخيرة إليه فيه فيقدم تعيينه على تعيين الموقوف . (وليس له أن يزوجه قبيحة ولا أن يملكه إياها) أي أمة قبيحة لعدم حصول الإعفاف بها (ولا) يزوجه ولا يملكه (كبيرة لا استمتاع بها) لعدم حصول المقصود بها (ولا أن يزوجه أمة) لما فيه من الضرر عليه لاسترقاق أولاده (ولا يملك) القريب استرجاع ما دفع إليه من جارية ولا عوض ما تزوجه به (إذا أيسر) لأنه واجب عليه كالتفقة لا يرجع بها بعد (ويقدم تعيين قريب إذا استوى المهر) على تعيين زوج لما سبق (ويصدق) المنفق عليه (إذا ادعى أنه تائق بلا بين) لأنه الظاهر بمقتضى الجملة . (وإن ماتت) التي أعفها بها من زوجة أو أمة (أعفها ثانيا) لأنه لا صنع له في ذلك (إلا إن طلق لغير عذر أو أعتق) السرية مجانًا بأن لم يجعل عتقها صداقتها فلا يلزمه إعفافه ثانيا ؛ لأنه الذي فوت على نفسه .

(مادة ٤٠٤)

إِذَا اشْتَكَّتِ الْأُمُّ مِنْ عَدَمِ إِنْفَاقِ الْأَبِ أَوْ مِنْ تَقْيِيرِهِ عَلَى الْوَالِدِ، يَفْرَضُ الْحَاكِمُ لَهُ النَّفْقَةَ، وَيَأْمُرُ بِإِعْطَائِهَا لِأُمِّهِ لِتَتَّقَى عَلَيْهِ .

فَإِنْ تَبَيَّنَتْ خِيَانَتُهَا، تُدْفَعُ لَهَا صَبَاحًا وَمَسَاءً وَلَا يَدْفَعُ لَهَا جُمْلَةً، أَوْ تُسَلَّمُ لِغَيْرِهَا لِيَتَوَلَّى الْإِنْفَاقَ عَلَى الْوَالِدِ .

وَإِنْ صَاعَتْ نَفَقَةُ الْوَالِدِ عِنْدَ الْأُمِّ، يَفْرَضُ عَلَى أَبِيهِ لَهُ غَيْرَهَا (١) .

• • •

٢١٨٦ - الأب هو الذي يتولى الإنفاق على أولاده . فإن قام بالواجب عليه شرعاً فيها ، وإن اشتكت منه أم الأولاد ورفعت أمرها إلى القاضي مدعية أنه مقصر في الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى هي الإنفاق عليهم فلا يجيبها القاضي إلى ما تطلب قبل التحري ، فإن تحرى وظهر له صدقها ، فرض لهم النفقة وأمر الأب بتسليم قدر منها إليها لتتولى هي الإنفاق على الأولاد .

٢١٨٧ - فإن قامت بالواجب عليها ولم يدع عليها الأب الخيانة فيها . أما إن ادعى الأب ذلك بأن قال : إنها تضيق عليهم في النفقة لتختلس ما بقي منها ، بحث القاضي ولو بسؤال من يداخلها من الجيران فإن أخبروه بصحة قول الأب زجرها ومنعها عن ذلك نظراً للأولاد .

٢١٨٨ - فإن أحسنت صنفاً فالأمر ظاهر ، وإلا فلا يسلمها مقداراً كبيراً من النفقة ، بل يسلمها لها عند الصباح والمساء أو يأمر غيرها ليتولى الإنفاق على حسب ما تقتضيه مصلحة الأولاد فإن استلمت نفقة مدة وضاعت منها أمر الأب بإعطائها غيرها لأن نفقة الأولاد وجبت للحاجة وقد وجدت بخلاف نفقة الزوجة كما تقدم في بابها .

(١) قول الحنفية : جاء في رد المحتار (٦١٣/٣) : « ولو خاصته الأم في نفقتهم فرضها القاضي وأمره بدفعها للأُم ما لم تثبت خيانتها فيدفع لها صباحاً ومساءً أو يأمر من ينفق عليهم » .

(مادة ٤٠٥)

إِذَا صَلَحَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا عَنْ نَفَقَةِ الْأَوْلَادِ ، صَحَّ الصُّلْحُ .
فَإِنْ كَانَ مَا اضْطَلَحَا عَلَيْهِ أَكْثَرَ قَدْرًا مِنَ التَّفَقَّةِ ، وَكَانَتِ الزِّيَادَةُ يَسِيرَةً ، تَدْخُلُ تَحْتِ
التَّقْدِيرِ ، فَهِيَ عَفْوٌ . وَإِنْ كَانَتْ لَا تَدْخُلُ تَحْتِ التَّقْدِيرِ ، تُطْرَحُ عَنِ الْأَبِّ .
وَإِنْ كَانَ الْمَصَالِحُ عَلَيْهِ أَقْلٌ مِنْ مِقْدَارِ التَّفَقَّةِ بِحَيْثُ لَا يَكْفِيهِمْ ، تَزَادُ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ ^(١) .

• • •

٢١٨٩ - فإن لم ترفع الأم أمرها إلى القاضي عندما رأت أن الأب يقتر على الأولاد
في النفقة واصطلحت مع الأب على شيء معلوم في نظير النفقة الواجبة عليه ، صح
الصلح لأن الأب يكون من جانب نفسه والأم من جانب الأولاد ولما لها من حق
الحضانة وحيث لا يخلو الحال من أن يكون المبلغ المصطلح عليه مساويا لمقدار النفقة ،
أو أكثر منه ، أو أقل .

٢١٩٠ - فإن كان الأول فظاهر .

٢١٩١ - وإن كان الثاني فإن كانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهي عفو وإن
كانت لا تدخل تحت التقدير تطرح عن الأب .

٢١٩٢ - وإن كان الثالث وهو ما إذا كان أقل من مقدار النفقة بحيث لا يكفيهم
زيد في المصالح عليه إلى أن يبلغ مقدار كفايتهم . فإذا فرضنا أن نفقة الأولاد في الشهر
ألف قرش واصطلحت مع الأب على أن تأخذ منه مثل هذا المبلغ أو مع زيادة قليلة صح
ذلك ولا ينقص شيء .

٢١٩٣ - ومثل هذا ما إذا كان هناك نقص خمسين قرشا مثلا بحيث إن الباقي يكفيهم
فإنه لا يزداد شيء . أما إذا حصل الصلح على ألف وخمسمائة أو على ستمائة قرش طرح
الزائد عن الأب في الأول وزيد المقدار في الثاني إلى تمام الكفاية لأنها هي المقصودة .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٦١٣/٣) : « وصح صلحها عن نفقتهم ولو بزيادة يسيرة تدخل تحت
التقدير ، وإن لم تدخل طرحت ، ولو على ما لا يكفيهم زيدت بحر » .

(مادة ٤٠٦)

إِذَا قَضَى الْقَاضِي لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا بِنَفَقَةٍ وَلَدَهَا الصَّغِيرِ مِنْهُ ، فَهِيَ فِي حُكْمِ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ فِي عَدَمِ سُقُوطِهَا بِمُضِيِّ شَهْرٍ فَأَكْثَرَ بَعْدَ الْفَرَضِ وَلَوْ بَغَيْرِ اسْتِدَانَةٍ بِأَمْرِ الْقَاضِي . وَعَلَيْهِ عَمَلُ الْقَضَايَةِ الْآنَ ، وَهُوَ الْأَرْفَقُ ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْحَاوِمِ .

وَلَوْ فَرَضَ الْقَاضِي النَّفَقَةَ لِلصَّغِيرِ عَلَى أَبِيهِ ، وَمَضَتْ مُدَّةٌ وَلَمْ تَقْبُضْهُ الْأُمُّ حَتَّى مَاتَ الْأَبُ ، فَإِنَّ كَانَتْ النَّفَقَةُ مُسْتَدَانَةً بِأَمْرِ الْقَاضِي ، يَكُونُ لِلأُمِّ الرَّجُوعُ بِهَا فِي تَرْكِيهِ كَمَا تَزْجِعُ بِهَا عَلَيْهِ لَوْ كَانَ حَيًّا . وَلَوْ لَمْ تَكُنْ مُسْتَدَانَةً بِأَمْرِ الْقَاضِي حَتَّى مَاتَ ، سَقَطَتْ النَّفَقَةُ بِالِاتِّفَاقِ (١) .

٢١٩٤ - فقد علمت أنه متى رفعت الأم أمرها إلى القاضي شاكية من تفتير الأب في النفقة وثبت لدى القاضي ذلك قدر النفقة وحكم بها على الأب على حسب ميسرته وما هو مستعد له من الاكتساب بالنسبة للزمن المستقبل ، فإذا قام الأب بدفع النفقة كما فرض القاضي فيها .

٢١٩٥ - وأما إذا مضت مدة بعد الفرض لم تأخذ الأم فيها شيئاً من المقدر فإما أن تكون النفقة غير مستدانة أو مستدانة . وإن كانت مستدانة فإما أن تكون الاستدانة بغير إذن القاضي أو بإذنه .

٢١٩٦ - فإن لم تكن النفقة مستدانة أصلاً أو كانت مستدانة لا بأمر القاضي ، فلا يسقط المقدار المتجمد منها في الزمن الذي لم تطلبها الأم فيه ، لأنها صارت ديناً بالقضاء فلها المطالبة به سواء كانت المدة الماضية التي لم تأخذ فيها النفقة قليلة أو كثيرة . وهذا هو الذي عليه العمل الآن .

٢١٩٧ - وبعضهم يقول : إن كانت المدة الماضية أقل من شهر ، فلا تسقط وإن كانت شهراً فأكثر سقطت .

٢١٩٨ - وانفقوا على أن هذه النفقة تسقط بموت الأب أو الأولاد فإذا مضت ثلاثة

(١) قول الحنفية : جاء في العناية شرح الهداية (٤٢٥/٤) : « وقوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي : يعني أنها لا تسقط بمضي المدة لأنها تجب مقابلة الاحتباس ، لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى » .

أشهر مثلاً بعد القضاء بها وتجمدت على الأب نفقة هذه المدة ثم مات فلا يكون لأم الأولاد حق في أخذ المقدار المتجمد من التركة . وإذا ماتت الأولاد فليس لمن يرثهم مع الأب مطالبته بقدر نصيبهم منه لأن الحنفية يقولون : إن النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والحزبية .

٢١٩٩ - والشافعية يخالفونهم في ذلك ومذهبهم ظاهر المراد .

٢٢٠٠ - وإن كانت النفقة مستدانة بأمر القاضي ، فلا يسقط دينها أصلاً لا بموت ولا بغيره ؛ لأن للقاضي ولاية عامة ، فهي بمنزلة استدانة الأب وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما ، فهذا مثله .

٢٢٠١ - فما دام الأب موجوداً فلها أن تطالبه بها قصرت المدة أو طالت ، وإذا مات فلا تسقط أيضاً بل يكون لها الحق في أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لأن الدين مقدم .

٢٢٠٢ - ويظهر أن الأب لو أذن الأم في الاستدانة بعدما فرض القاضي النفقة واستدانت بالفعل وأنفقت على الأولاد ، يكون الحكم كما لو أذنها القاضي بالاستدانة ، بل هو أولى لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه .

الباب الثالث

في النفقة الواجبة للأبوين على الأبناء

(مادة ٤٠٧)

يَجِبُ عَلَى الْوَالِدِ الْمُوَسَّرِ كَبِيرًا كَانَ ، أَوْ صَغِيرًا ، ذَكَرًا ، أَوْ أُنْثَى نَفَقَةَ وَالِدَيْهِ وَأَجْدَادِهِ وَخَدَاتِهِ الْفُقَرَاءَ ، مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ ذِمِّيِّينَ ، قَادِرِينَ عَلَى الْكَسْبِ ، أَوْ عَاجِزِينَ .
وَلَا يُشَارِكُ الْوَالِدَ الْمُوَسَّرَ أَحَدٌ فِي نَفَقَةِ أَصُولِهِ الْمُحْتَاجِينَ .

• • •

٢٢٠٣ - كما أن النفقة بجميع أنواعها واجبة على الأصل لفرعه بالتفصيل المتقدم فكذلك نفقة الأصول واجبة على الفروع بالطريقة الآتية ، وهي : أن الأب إما أن يكون غنيا أو فقيرا .

٢٢٠٤ - فإن كان غنيا وجبت نفقته في ماله ؛ لأنه نفقته على الفرع إنما وجبت للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .

٢٢٠٥ - وإن كان فقيرا فإما أن يكون قادرا على الكسب أو عاجزا عنه ، فإن كان الأول ففيه خلاف .

٢٢٠٦ - قال بعضهم : لا يجبر الولد على النفقة في هذه الحالة لأن الأب غني باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير .

٢٢٠٧ - وقال البعض الآخر : تجب النفقة فيجبر الولد عليها ؛ لأن معنى الأذى في إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُلْ لِمَا آتَىٰ وَلَا نَبْرَهُمَا ﴾ ^(١) . وهذا القول هو المقول عليه .

٢٢٠٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان عاجزا عن الكسب فلا خلاف في وجوب النفقة على الولد ، ولا فرق بين أن يكون الولد مذكورا أو مؤنثا صغيرا أو كبيرا بعد أن يكون مؤسرا .

٢٢٠٩ - وأما الأم فيجب نفقتها على ولدها متى كانت فقيرة اتفاقا ، ولو كانت قادرة على الكسب ؛ لأن الأنوثة عجز اللهم إلا إذا كانت مكتسبة بالفعل ، والأجداد

والجدات وإن علا كلا منهما في ذلك كالأبوين ، سواء كان الجد أو الجدة من قبل الأب كأبي الأب وأم الأب أو من قبل الأم كأبي الأم وأم الأم .

٢٢١٠ - ولا يشترط في وجوب النفقة على الفرع أن يكون الأصل مُسْلِمًا ، بل لو كان ذميًا وجبت نفقته متى كان فقيرًا ، أما الأبوان فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبَتُهَا فِي الدِّينِ مَعْرُوفَةٌ ﴾ (١) .

٢٢١١ - قيل : نزلت هذه الآية في سعد بن أبي وقاص حين أسلم ، وقالت له أمه جميلة : يا سعد ، بلغني أنك صبوت ، فوالله لا يظللني سقف بيت ولا أكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد ﷺ وترجع إلى ما كنت عليه ، وكان أحب ولدها إليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام حتى غشي عليها ، فأتى سعد النبي ﷺ وشكا إليه فنزلت هذه الآية . وليس من الإحسان والمعروف أن يعيش الولد في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعًا .

٢٢١٢ - وأما الأجداد والجدات فلأنهم تسببوا في إحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء كالأبوين ، ولكن يشترط في وجوب النفقة على الفرع للأصل أن يكون موسرًا ومتى كان كذلك فلا يشاركه أحد في نفقة أصوله المحتاجين (٢) .

(مادة ٤٠٨)

إِذَا كَانَ الْأَبُ زَمِنًا أَوْ مَرِيضًا مَرَضًا يُخَوِّجُهُ إِلَى زَوْجِيَّةٍ تَقْوَمُ بِشَأْنِهِ أَوْ إِلَى خَادِمٍ يَخْدُمُهُ ، وَجَبَتْ نَفَقَةُ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ الخَادِمِ عَلَى وَلَدِهِ الْمُوَسِّرِ ، كَمَا تَجِبُ لَهُ نَفَقَةُ خَادِمٍ عَلَى أَبِيهِ إِنْ كَانَ مُفْسِرًا وَمُخْتِاجًا إِلَى ذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْأَبِ .

وَإِذَا كَانَ لِلأَبِ الْفَقِيرِ عِدَّةُ زَوَّجَاتٍ ، فَلَا يَجِبُ عَلَى وَلَدِهِ الْمُوَسِّرِ إِلَّا نَفَقَةُ وَاحِدَةٍ عِنْدَ الْحَاجَةِ كَمَا سَبَقَ (٣) .

• • •

(١) لقمان : ١٥ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٥٨) : يجب على الولد المؤسر ذكراً أو أنثى ، كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقراء ، ولو كانا قادرين على الكسب ، ما لم يظهر تحت الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلاً أو عنادًا .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : نفقة الوالدين : المادة (١٧٢) : يجب على الولد المؤسر ذكراً كان أو أنثى ، كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقيرين ، ولو كانا قادرين على الكسب .

(٣) قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٦٩/٢) : « وكما يلزم الولد المؤسر نفقة أبويه الفقيرين يلزمه =

٢٢١٣ - وكما تجب نفقة الأب على الولد تجب نفقة زوجته عليه، ولكن المعول عليه أن نفقة زوجة الأب لا تجب على الولد؛ إلا إذا كان الأب مريضاً مرضاً يحوجه إلى زوجة أو خادماً يقوم بشأنه كالعمى والشلل، فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يُجبر الأب على نفقة خادمه كما وجبت نفقة المخدوم. ٢٢١٤ - وحيث إن زوجة واحدة تكفي لخدمته فلا تجب على ولده المؤسر إلا نفقة زوجة، ولو كان متزوجاً بعدة زوجات، وإنما يدفعها للأب ليوزعها عليهن.

(مادة ٤٠٩)

الْمَرْأَةُ الْمُغَيَّرَةُ الْمُتَزَوِّجَةُ بِغَيْرِ أَبِي الْوَلَدِ نَفَقَتُهَا عَلَى زَوْجِهَا لَا عَلَى وُلْدِهَا . أَمَّا ^(١) إِذَا كَانَ زَوْجُهَا مُغَيَّرًا أَوْ غَائِبًا وَوُلْدُهَا مِنْ غَيْرِهِ مُوسِرًا ، يُؤْمَرُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَيَكُونُ دَيْنًا لَهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى زَوْجِهَا إِذَا أَيْسَرَ أَوْ حَضَرَ ^(٢) .

• • •

٢٢١٥ - ومحل وجوب نفقة الأم على ولدها إذا لم تكن متزوجة، فإن كانت كذلك، فنفتها على زوجها.

٢٢١٦ - ولكن المقام فيه تفصيل؛ لأن الأم إما أن تكون متزوجة بأبي الولد، وإما أن تكون متزوجة بغيره.

٢٢١٧ - فإن كان الأول وكان الأب مؤسراً وجبت نفقتها عليه، وإن كان مُغَيَّرًا والأم مُغَيَّرَةٌ أيضًا، قال ابن عابدين: الظاهر وجوبها على الولد، ولو لم يكن الأب محتاجاً إليها لقولهم: لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد.

٢٢١٨ - وأما لو كانت موسرة والأب محتاج إليها فكذلك. وإن لم يكن الأب

= نفقة خادمها وظاهره، وإن كانا غير محتاجين إليه.

قول الحنابلة: جاء في مطالب أولي النهى (٦٤٨/٥): «(و) يلزم من وجب عليه نفقة (خادم للجميع) أي: جميع من تلزمه نفقتهم (للحاجة) إلى الخادم (كزوجة)؛ لأنه من تمام الكفاية». (١) في الأصل: [إما].

(٢) قول الحنفية: جاء في تبیین الحقائق (٥٥/٣): «وفي شرح المختار: المرأة المغيرة إذا كان زوجها مُغَيَّرًا، ولها ابن من غيره مؤسراً أو أخ مؤسراً فنفتها على زوجها، ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها، ويرجع به على الزوج إذا أيسر، ويُحبس الابن أو الأخ إذا امتنع؛ لأن هذا من المعروف».

محتاجا فالظاهر أنه يؤمر بها ليرجع على أبيه إذا أيسر أو تنفق هي لترجع على الأب عند الميسرة وهذا أقرب .

٢٢١٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت متزوجة بغير أبي الولد فلا كلام في وجوب نفقتها على زوجها سواء كان مؤسرا أو مُعسرا إنما إذا كان مُعسرا يؤمر الولد بالإفناق عليها ويكون ما يُنفقه ذئنا له على الزوج يأخذه منه إذا أيسر ، وهذا إذا كان الزوج حاضرا .

٢٢٢٠ - فلو كان غائبا فرضت لها النفقة في ماله إن كان له مال على الطريقة المتقدمة في نفقة زوجة الغائب ، فإن لم يكن له مال أصلا فرض لها القاضي النفقة ، وأمر الولد بالإفناق عليها ، ويكون ما يُنفقه ذئنا على الزوج يأخذه منه إذا حضر .

(مادة ٤١٠)

لَا يَجِبُ عَلَى الْإِبْنِ الْفَقِيرِ نَفَقَةَ وَالِدِهِ الْفَقِيرِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْإِبْنُ كَسُوبًا وَالْأَبُ زَمِنًا
لِأَقْدَرَةٍ لَهُ عَلَى الْكَسْبِ ، فَحَيْثُ يُشَارِكُهُ الْأَبُ فِي الْقَوْتِ دِيَانَةً .
وَالْأُمُّ الْمُتَحْتَاجَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ الزَّمِينِ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا زَمَانَةٌ .
وَإِنْ كَانَ لِلْإِبْنِ الْفَقِيرِ عِيَالٌ ، يَضُمُّ أَبْوَيْهِ الْمُتَحْتَاجِينَ إِلَى عِيَالِهِ ، وَيُنْفِقُ عَلَى الْكُلِّ ،
وَلَا يُجْبَزُّ عَلَى إِعْطَائِهِمَا شَيْئًا عَلَى جِدَّتِهِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٥/١) : « والأُمُّ إذا كانت فقيرة فإنه يلزم الابن نفقتها ، وإن كان مُعسرا ، أو هي غير زمنة ، وإذا كان الابن يُقدر على نفقة أحد أبويه ، ولا يُقدر عليهما جميعا فالأم أحق ، وإن كان للرجل أب ، وابن صغير ، وهو لا يُقدر إلا على نفقة أحدهما فالابن أحق ، وإن كان له أبوان ، وهو لا يُقدر على نفقة أحد منهما بأكلان معه ما أكل ، وإن احتاج الأب إلى زوجة ، والابن مؤسّر وجب عليه أن يُزوجه أو يشتري له جارية ، وإن كان للأب زوجتان أو أكثر لم يلزم الابن إلا نفقة واحدة ويدفعها إلى الأب ، وهو يوزعها عليهن كذا في الجوهرة النيرة ، قال أبو يوسف رحمته : إذا كان الابن فقيرا كسُوبًا ، والأب زَمِنًا يُشارك الابن في القوت بالمعروف ؛ لأنه إذا لم يشاركه يخشى على الأب التلف ذكر الحصاف في أدب القاضي ، إن كان الأب فقيرا ، ولم يكن كسُوبًا ، فقال الأب للقاضي : إن ابني يكسب ما يُقدر أن ينفق علي فالقاضي ينظر في كسب الابن ، فإن كان فيه فضل عن قوته يُجبر الابن على نفقة منه ، وإن لم يكن فيه فضل عن قوته فلا شيء عليه بالحكم ، ولكن يؤمر من حيث الديانة هذا إذا كان الأب وحده ، وإن كان له زوجة وأولاد صغار يُجبر الابن على أن يدخل الأب في قوته ويجعله كأحد من عياله ، ولا يُجبره على أن يعطي شيئا على جدة ، فإن كان الأب كسُوبًا هل يُجبر الابن على الكسب والنفقة ؟ اختلفوا فيه : قيل : يُجبر ، وقيل : لا يُجبر كذا في =

٢٢٢١ - فالذي علم أن نفقة الأب لا تجب على الولد ؛ إلا إذا كان مُوسِرًا والأب فقير ، فلو كان الولد فقيرًا أيضًا فإما أن يكون الأب قادرًا على الكسب أو عاجزًا عنه .

٢٢٢٢ - فإن كان الأول فالمعول عليه عدم وجوب النفقة قضاء .

٢٢٢٣ - وإن كان الثاني وُجبت النفقة للقاضي إذا كان يبقى من كسب الولد شيء بعد نفقته ، ونفقة أولاده فرضها فيه وأمره بالإعطاء .

٢٢٢٤ - وأما إذا لم يبق شيء فلا يُجبر على إعطائه شيئًا على حدته ؛ بل يُؤمر بضم الأب إلى عياله وينفق على الكل ؛ لأن طعام الأربعة مثلًا إذا فرق على الخمسة لا يضرهم ضررًا فاحشًا .

٢٢٢٥ - وكل أصل مُذكر كأبي الأب يكون حكمه حكم الأب ، وأما الأصل المؤنث فلا يشترط في إجراء الأحكام المتقدمة عليه أن يكون عاجزًا عن الكسب ؛ بل يكفي فيه الفقر ولو كان قادرًا على الكسب ؛ لأن الأنوثة بمجرد عجز ، فالأم أو الجدة المحتاجة ولو لم يكن بها ما يمنعها عن الكسب بمنزلة الأب ، إذا لم يكن قادرًا على الاكتساب ^(١) .

(مادة ٤١١)

إِذَا كَانَ الْاِبْنُ غَائِبًا ، وَلَهُ مَالٌ مُودَعٌ عِنْدَ أَحَدٍ أَوْ ذَيْنَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ جِنْسِ الثَّقَفَةِ ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يَفْرِضَ مِنْهُ الثَّقَفَةَ لِأَبَوَيْهِ الْفَقِيرَيْنِ .

وَلَوْ أَنْفَقَ الْمُوَدَّعُ الْوَدِيعَةَ ، أَوْ الْمُدَّيُونُ الدَّيْنَ عَلَى أَبَوَيْ الْغَائِبِ بِلَا إِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي ، يَضْمَنُ لِلْغَائِبِ مَا أَنْفَقَهُ ، وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى أَبَوَيْهِ .

وَلَوْ أَنْفَقَ الْمُوَدَّعُ الْوَدِيعَةَ عَلَى أَبِي الْغَائِبِ بِلَا أَمْرِهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْغَائِبُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرَ الْأَبِّ ، فَلَا رُجُوعَ لِلأَبِّ عَلَى الْمُوَدَّعِ ^(٢) .

= محيط السرخسي ويعتبر في حق الجدة لاستحقاق النفقة الفقر لا غير على ما هو في ظاهر الرواية كما في حق الأب والجدة من قبل الأم كالجدة من قبل الأب ، وكذا تفرض نفقة الجدات من قبل الأم ، ونفقة الجدات من قبل الأب ، ويعتبر في حق الجدات ما يعتبر في الأجداد أيضًا كذا في المحيط .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٧٢) : إذا كان الولد فقيرًا ، ولكنه غير قادر على الكسب يلزم بنفقة والديه الفقيرين ، وإذا كان كسبه لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده فيلزم بضم والديه إليه وإطعامهما مع عائلته .

(٢) قول الخليفة : جاء في تبين الحقائق (٣/٦٤ ، ٦٥) : (وصح بيع عرض ابنه لا عقاره لنفقته) يعني إذا =

٢٢٢٦ - وكل الأحكام المتقدمة فيما إذا كان الولد حاضراً . أما إذا كان غائباً فإن كان له مال من جنس النفقة ، سواء كان موجوداً في بيته أو كان وديعة أو ذنباً ورفع الأبوان الفقيران أو أحدهما الأمر إلى القاضي طالباً فَرُضَ النفقة في هذا المال ، فرضها له بالطريقة والأحكام المتقدمين في شرح مادة (٤٠٢) وإن كان موضوعها نفقة الفروع على الأصول ؛ لأن الأحكام لا تختلف إذ القاضي يقضي بالنفقة في مال الغائب للزوجة والفروع والأصول .

٢٢٢٧ - ومتى فرضها القاضي فيه وأمر كُلاً من المودع والمدين بالإفناق عليهم ، وقام بما أمر به فليس للغائب إذا حضر حق قبل واحد منهما ؛ لأن أمر القاضي مُلزم إذ ولايته عامة فصار كأمر الغائب نفسه .

٢٢٢٨ - وأما إذا أنفق المودع الوديعة على أبوي صاحبها أو على أولاده وزوجته أو أنفق المدين الدين على من ذكروا ، وكان ذلك بغير إذن من القاضي ولا من صاحب

= كان الابن غائباً والأب فقير جاز له أن يبيع العروض من مال ولده للنفقة ، ولا يجوز له أن يبيع العقار ، وهو استحسان ، وهذا عند أبي حنيفة ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قولهما ؛ لأن ولاية الأب زالت ببلوغ الولد رشيداً ؛ إلا فيما يبيعه تحصيلاً كالوصي ، وليس في بيعه في هذه الحالة تحصيل ، ولهذا لا يملكه حال حضرته ، ولا في دين له عليه سوى النفقة فصار كالألم وغيرها من مستحقي النفقة ، وليس للقاضي أن يحكم به ؛ لأنه قضاء على الغائب ، وله أن للأب ولاية حفظ مال ولده الغائب كالوصي بل أولى ؛ لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له الولاية ، وغيره يستفيدها منه ، ويبع المنقول من باب الحفظ ؛ لأنه يخشى عليه التلف ، ولهذا يملكه الوصي بخلاف العقار ؛ لأنه محصن بنفسه فلا يكون بيعه من الحفظ إذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الأقارب ؛ لأنهم ليس لهم ولاية الحفظ في ماله ، وبخلاف حالة حضرته ؛ لأن ولاية الحفظ له لا للأب لقدرته عليه ، وفي المسألة نوع إشكال ، وهو أن يقال : إذا كان للأب حالة غيبة ابنه ولاية الحفظ إجمالاً فما المانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل قال رحمته : (ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن) أي لو أنفق مودع الغائب على أبوي الغائب بغير أمر القاضي ضمن المودع لتصرفه في مال غيره من غير ولاية ولا نيابة ، بخلاف ما إذا أمره القاضي ؛ لأنه ملزم لولايته عليه ولا يقال : ينبغي أن لا يضمن ؛ لأن للأبوين فيه حقاً ، ولهما أن يأخذوا منه إذا ظفر به بغير إذنه لانا نقول جواز الأخذ لهما منه عند الظفر به لا ينفي الضمان عنه عند دفعه كالمودع يقضي الوديعة دين المودع ، ثم إذا ضمن لا يرجع عليهما به ؛ لأنه بالضمان ملكه مستند إلى وقت التعدي فتبين أنه تبرع بملكه فصار كما لو قضى الوديعة دين المودع ، وذكر في الغاية معزياً إلى النوادر إذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحساناً ، وعلى هذا لو مات بعض الرقعة في السفر فباعوا قماشه ، وعدته ، وجهزوه بثمنه ، وردوا البقية إلى الورثة ، أو أعشى عليه فأنفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحساناً ، وروي أن جماعة من أصحاب محمد عجزوا فمات واحد منهم ، وأخذوا ما كان معه فباعوه فلما وصلوا إلى محمد سألهم فذكروا له ذلك فقال : لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء رحمته يَسْمُ الْمُنْسَدِ مِنَ الْمُتَّبِعِ قال رحمته : (ولو أنفقا ما عندهما لا) أي لو كان للغائب مال عند أبويه فأنفقا على أنفسهما منه وهو من جنس النفقة لم يضمن ؛ لأن نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء فاستوفيا حقهما .

الوديعة والدين ، فإنه لا يبرأ أمام المودع والدائن ، فلكل منهما مطالبته بالوديعة والدين .
٢٢٢٩ - وليس له أن يحتج بأنه أنفقهما على من ذكر ؛ لأنه تصرف في مال الغير بلا ولاية عليه ولا نيابة منه فيضمنه .

٢٢٣٠ - وإذا دفع مثل الوديعة والدين إلى مستحقه فلا يكون له حق في الرجوع على من أنفق عليهم ؛ لأنه بالضمان ملكه مستنداً إلى وقت التعدي ، فتبين أنه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة دين صاحبها فإنه يكون ضامناً كذا قالوا .

٢٢٣١ - وهذا إذا كان صاحب الوديعة غائباً ثم حضر ، أما إذا مات في سفره فقد برئ المودع إذا لم يكن للغائب وارث يسوى من استلم النفقة ، فلا رجوع له على المودع ؛ لأنه وصل إليه عين حقه ، فلو كان للغائب وارث غير من أخذ الوديعة ضمن المعطي حصته من الوديعة .

٢٢٣٢ - وقيد بعضهم ضمان مُنْفِقِ الوديعة والدين فيما إذا كان الإنفاق بغير إذن بما إذا كان المودع والمدين في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي أو المالك فيه ، فإن كان في مكان لا يمكن فيه ذلك ، فلا ضمان استحساناً .

٢٢٣٣ - وهو قيد حسن ؛ لأن كلاً من المودع والمدين وإن لم تكن له ولاية على المال إلا أنه أوصله إلى مستحقه في الوقت الذي لا يمكنه الحصول على رأي من له الولاية .

٢٢٣٤ - وينبغي على ذلك : أنه لو كان لشخص وديعة عند غيره وكان صاحبها مديناً لآخر فقضى المودع دين صاحبها منها فلا يضمن استحساناً ، حتى لو مات صاحب الوديعة في سفره إذا كان غائباً حل للمودع أن يحلف لورثته أنهم لا يستحقون قبله حقاً ؛ لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح ، ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَلْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾ (١) .

٢٢٣٥ - ولكنهم قالوا : إن ذلك خاص بالديانة ، أما في القضاء فيضمن ، ويترتب على هذا مسائل كثيرة :

٢٢٣٦ - منها : إذا كان رجلان في سفر فطراً على أحدهما ما يستوجب صرف شيء من ماله عليه فصرفه فلا يضمنه استحساناً .

٢٢٣٧ - ومنها : ما إذا كان لمسجد أوقاف ، ولم يكن لها متول فقام واحد من أهل البلد وأنفق على المسجد من ريع الوقف ما يحتاج إليه فإنه لا يضمن استحساناً .

٢٢٣٨ - ومنها : ما إذا توفي رجل عن ورثة فيهم كبار وصغار وليس هناك وصي فأنفق الكبار على الصغار فلا يعدون متطوعين فيما أنفقوا ؛ بل لهم أن يحسبوا ذلك من حصتهم ؛ لأنهم محسنون فيحل لهم أن يقرؤا بما فضل له من نصيب الصغار فقط ، ولو حلفوا فلا شيء عليهم .

٢٢٣٩ - ونظير هذا ما إذا عرف الوصي الدين على الميت فقضاه من تركته ولم يقر بذلك ولم يعرفه القاضي ولا الورثة فإنه لا يأتهم إلى غير ذلك من الفروع التي لا تدخل تحت حصر .

٢٢٤٠ - وقد جرى الإمام محمد على هذا الأصل ، فقد روي أنه توفي أحد تلامذته ، فباع كتبه وأنفق ثمنها في تجهيزه ، فقيل له : إنه لم يوص بذلك إلى أحد ، فتلا قوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَلْمُفْسِدَ مِنَ الْمَصْلِحِ ﴾

(مادة ٤١٢)

نَفَقَةُ الشَّيْخِ الْكَبِيرِ وَالزَّوْمِنِ وَالْمَرِيضِ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَالٌ وَلَا قَرِيبٌ يَغُولُهُمْ ^(١) .

• • •

٢٢٤١ - فالذي علم أن الشخص إذا كان له فرع ، أو أصل وجبت النفقة على الموجود منهما .

٢٢٤٢ - فإذا لم يكن له واحد منهما ؛ فإن كان له قريب من جهة الحواشي ، كالأخ ، والعم ، والخال وجبت له عليه النفقة ، فإذا لم يكن له قريب ممن تجب نفقته عليه ، وكان لا يمكنه التكسب بأي طريقة من الطرق ، وجبت نفقته في بيت المال .

٢٢٤٣ - فالشيخ الكبير والمرضى مرضاً مزمنًا والأعمى والأشل ، الذين لا يمكنهم الولوج في أي باب من أبواب الكسب تجب نفقتهم في بيت المال ؛ لأن الغرم بالغنم ، إذ لو فرض موت واحد منهم عن تركة ، ولم يترك وارثًا أخذها بيت المال .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٧٠/١) : « أعتق عبد صغير ، أو أمة صغيرة ، لا تجب النفقة المعتق ؛ وإنما ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال ، وعلى هذا نفقة الشيخ الكبير ، والزمن ،ريض على بيت المال إذا لم يكن له مال ، ولا قرابة كذا في المضمرات . »

(مادة ٤١٣)

لَا عِبْرَةَ بِالْإِزْثِ فِي النَّفَقَةِ الْوَاجِبَةِ عَلَى الْأَبْنَاءِ لِلْوَالِدَيْنِ ، بَلْ تُعْتَبَرُ الْجُزْئِيَّةُ وَالْقَرَابَةُ بِتَقْدِيمِ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ .

فَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ الْفَقِيرِ ابْنٌ وَبِنْتُ مُوسِرَانِ ، فَتَنَفَّقَهُ عَلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدَانِ مُوسِرَانِ أَحَدُهُمَا : مُسْلِمٌ ، وَالثَّانِي : نَصْرَانِيٌّ ، أَوْ يَهُودِيٌّ ، فَالْتَّفَقَةُ عَلَيْهِمَا أَيْضًا بِالسُّوِيَّةِ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ وَابْنُ ابْنِ مُوسِرَانِ ، فَتَنَفَّقَهُ عَلَى الْإِبْنِ .

فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ غَايِبًا وَلَا مَالَ لَهُ حَاضِرٌ ، يُؤَمَّرُ ابْنُ الْإِبْنِ بِالْإِنْفَاقِ ، وَيَرْجَعُ بِهِ عَلَى أَبِيهِ إِذَا حَضَرَ .

وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ ابْنِ ، وَبِنْتُ بِنْتِ ، فَالْتَّفَقَةُ عَلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١/٥٦٤ ، ٥٦٥) : « وإذا اختلطت الذكور ، والإناث نفقة الأبوين عليهما على السوية في ظاهر الرواية ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وبه يفتى كذا في الوجيز للكردي ، وإن كان للفقيه ابنان أحدهما فائق في الغنى ، والآخر يملك نصاباً ، كانت النفقة عليهما على السواء ، ولو كان أحدهما مسلماً ، والآخر ذمياً كانت النفقة عليهما على السواء ، كذا في فتاوى قاضي خان ، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة : قال مشايخنا - رحمهم الله تعالى - إنما تكون النفقة عليهما على السواء ، إذا تفاوتوا في اليسار تفاوتوا سيرا ، وأما إذا تفاوتوا تفاوتاً فاحشاً ، فيجب أن يتفاوتوا في قدر النفقة كذا في الذخيرة ، ثم إذا قضى القاضي بالنفقة عليهما فأبى أحدهما أن يعطي الأب ما يجب عليه ، فالقاضي يأمر الآخر بأن يعطي كل النفقة ، ثم يرجع على الآخر بحصته ، وإن كان للرجل الممسر زوجة ليست أم ابنه الكبير لم يجبر الابن على أن ينفق على امرأة أبيه ، وكذلك أم ولده وأمه لا يجبر الابن على نفقة هؤلاء ، إلا أن يكون بالأب علة لا يقدر على خدمة نفسه ويحتاج إلى خادم يقوم بشأنه ويخدمه ، فيحتج به يجبر الابن على نفقة خادم الأب منكوحة كانت ، أو أمة كذا في المحيط » .

وجاء في الدر المختار (٣/٦٢٢ ، ٦٢٣) : « (و) تجب (على موسر) ولو صغيراً (يسار القطرة) على الأرحج ، ورجح الزيلعي والكمال إنفاق فاضل كسبه .

وفي الخلاصة : المختار أن الكسوب يدخل أبويه في نفقته ، وفي المبتغي : للفقيه أن يسرق من ابنه الموسر ما يكفيه إن أبى ، ولا قاضي ثمة ، وإلا أتم (النفقة لأصوله) ، ولو أب أمه ذخيرة (الفقراء) ولو قادرين على الكسب ، والقول لمنكر اليسار ، والبينة لمدمع (بالسوية) بين الابن والبنت ، وقيل كالإرث ، وبه قال الشافعي ، (والمعتبر فيه القرب والجزئية) فلو له بنت وابن ابن ، أو بنت بنت وأخ ، النفقة على البنت أو بنتها ؛ لأنه (لا) يعتبر (الإرث) إلا إذا استويا كجد وابن ابن فكأثرهما إلا المرجح - كوالد وولد (فعلى ولده لترجمه ، ب) أنت ومالك لأبيك » ، وفي الحانية : له أم وأبو أب فكأثرهما ، وفي القنية : له أم وأبو أم فعلى =

٢٢٤٤ - فإن كان الموجود من جهة الفرع شخصًا واحدًا ، وجبت عليه النفقة لأصله متى كان الأصل معسرًا والفرع موسرًا .

٢٢٤٥ - وأما إذا وجد اثنان أو أكثر ، فإما أن يختلفوا في الدرجة ، أو يتحدوا فيها .

٢٢٤٦ - فإن كان الأول كبنت وابن ابن ، أو بنت بنت ، وبنت ابن ابن وجبت النفقة على الأقرب درجة ، ولو كان لا يستحق شيئًا في الميراث .

٢٢٤٧ - ففي المثال الأول تجب النفقة على البنت ؛ لأنها أقرب من ابن الابن ، وكل منهما وارث ؛ إذ لو فرض موت شخص الواجبة له النفقة عن تركة أخذت البنت النصف بطريق الفرض ، وابن الابن النصف بطريق التعصيب .

٢٢٤٨ - وفي المثال الثاني تجب النفقة على بنت البنت ؛ لأنها أقرب درجة وإن كان الوارث فيه بنت ابن الابن ؛ لأنها من ذوي الفروض ، وأما بنت البنت فهي من ذوي الأرحام ، وهم لا يستحقون شيئًا مع أصحاب الفروض .

٢٢٤٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا اتحدت الدرجة كبنت وابن ، أو ابن ابن وبنت بنت وجبت النفقة على الجميع بقطع النظر عن الاستحقاق في الميراث ، وعن الذكورة والأنوثة وزيادة الثروة ونقصها .

٢٢٥٠ - وينبغي على ذلك : أنه لو كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران ، فنفته عليهما بالسوية ، وإن كان الميراث بينهما أثلاثًا للمذكر ضعف ما للأنثى .

٢٢٥١ - وإن كان له ولدان موسران أحدهما : مسلم ، والثاني : نصراني ، أو يهودي ، فالنفقة أيضًا عليهما بالسوية ، ولو كان الوارث هو المسلم ، إذا كان أبوهما مسلمًا ، أو غير المسلم إذا كان الأب غير مسلم ؛ لأن اختلاف الدين من موانع الإرث .

٢٢٥٢ - وإن كان له ابن ابن ، وبنت بنت موسران ، فالنفقة عليهما أنصافًا ، وإن كانت بنت البنت لا تستحق شيئًا مع ابن الابن ، لأنها من ذوي الأرحام وهو عصبية .

٢٢٥٣ - ولو كان للفقير ابنان ، أحدهما : فائق في الغنى ، والآخر : لا يملك إلا قليلًا من المال ، وجبت النفقة عليهما بالسوية .

٢٢٥٤ - وخالف بعضهم في ذلك متى كان التفاوت في الغنى فاحشًا ، فقال : إن

= الأم ، ولو له عم وأبو أم فعلى أبي الأم ، واستشكله في البحر بقولهم : له أم وعم فكأثرهما ، قال : ولو له أم وعم ، وأبو أم هل تلزم الأم فقط أم كالإرث ؟ ! ، احتمالاه .

النفقة تكون بقدر التفاوت في الثروة .

٢٢٥٥ - وإنما كانت النفقة على الفروع بالسوية بقطع النظر عن الإرث متى اتحدت الدرجة ؛ لأن المعترف في إيجاب النفقة هو الجزئية ، أو اعتبار التأويل في مال الولد بالحديث المشهور : « أنت ومالك لأبيك » ^(١) ، يشمل الذكر والأنثى على حد سواء ، كذا قال بعض الفقهاء .

٢٢٥٦ - وخالف بعضهم في ذلك قائلًا : تجب النفقة على الفروع للأصول بمقدار الإرث ، مستدلاً بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ يَسُّلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٢) ، فجعل العلة على الإرث ، فيتقدر الوجوب بقدر العلة ، ولأن الغرم بالغنم ، أي : متدر به فالذي يغم من الأصل إذا مات عن تركه هو الفرع الوارث ، فيغرم بمقداره إن كثر فكل ، وإن بعضاً فبعض .

٢٢٥٧ - وينبغي على هذا : أنه لو كان لشخص فقير ابن وبنت . فالنفقة عليهما أثلاثاً ، ولو كان له بنت وابن ابن فالنفقة عليهما أنصافاً كالإرث .

٢٢٥٨ - ولو كان له بنت بنت ، وابن ابن ، فالنفقة عليه لا عليه : - هو الوارث وهذا القول ظاهر المراد .

الباب الرابع في نفقة ذوي الأرحام

(مادة ٤١٤)

تَجِبُ النَّفَقَةُ لِكُلِّ ذِي رَجْمٍ مَحْرَمٍ فَقِيرٍ تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ عَلَى مَنْ يَرْتَهُ مِنْ أَقَارِبِهِ وَلَوْ صَغِيرًا بِقَدْرِ إِزْتِهَائِهِ مِنْهُ ، وَيُجْزَى الْقَرِيبُ عَلَيْهَا إِنْ أَبِي وَهُوَ مُوسِرٌ .

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذُو الرِّجْمِ الْمُحْرَمِ مُحْتَاجًا ذَكَرًا صَغِيرًا ، أَوْ كَبِيرًا عَاجِزًا عَنِ الْكَسْبِ ، أَوْ أُنْثَى صَغِيرَةً ، أَوْ بَالِغَةً زَمَنًا ، أَوْ صَحِيحَةً الْبَدَنِ قَادِرَةً عَلَى الْكَسْبِ لَا مُكْتَسِبَةً بِالْفِعْلِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٤/٣٠ ، ٣١) : (فصل) : وأما نفقة الأقارب فالكلام فيها أيضًا يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات ، وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها ، وشرط الوجوب ، ومقدار الواجب وكيفية الوجوب ، وما يسقطها بعد الوجوب ، أما الأول : وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول إليه إلا بعد معرفة أنواع القرابات ، فنقول وبالله التوفيق : القرابة في الأصل نوعان : قرابة الولادة ، وقرابة غير الولادة ، وقرابة غير الولادة نوعان أيضًا : قرابة محرمة للزواج كالأخوة والعمومة والحفوة ، وقرابة غير محرمة للزواج كقرابة بني الأعمام والأخوال والحالات ، ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولادة وأما نفقة الوالدين فلقوله ﷺ : ﴿ وَقَضَى رَبِّيَ أَلَّا يَتَّخِذَ الْوَالِدِينَ إِسْتِنَاءً ﴾ أي : أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا إلا إياه ، أمر ﷺ ووصى بالوالدين إحسانًا ، والإنفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الإحسان وقوله ﷺ : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَسَنًا ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ أَشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ ﴾ والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر ﷺ الولد أن يكافئ لهما ويجازي بعض ما كان منهما إليه من التربية ، والبر ، والعطف عليه ، والوقاية من كل شر ومكروه ، وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وإدراك النفقة عليهما حال عجزهما واحتجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبًا ، وقوله ﷺ : ﴿ وَصَّيْنَاهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى ، والإنفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله ﷺ : ﴿ فَلَا تَقُلْ لِمَا آتَى وَلَا نَهَرْتُمَا ﴾ ؛ وأنه كناية عن كلام فيه ضرب إيذاء ، ومعلوم أن معنى التأذي بترك الإنفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيم نهائيًا عن ترك الإنفاق دلالة ، كما كان نهائيًا عن الشتم والضرب دلالة . وروي عن جابر بن عبد الله ؓ أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ ومعه أبوه فقال : يا رسول الله إن لي مالاً وإن لي أباً وله مال ، وإن أبي يريد أن يأخذ مالي ، فقال رسول الله ﷺ : أنت ومالك لأبيك ، أضاف مال الابن إلى الأب ، فاللام للتصليب وظاهره يقتضي أن يكون للأب في مال ابنه حقيقة الملك ، فإن لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التصليب عند الحاجة .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم إذا احتجتم إليه بالمعروف ، ، والحديث حجة بأوله وآخره ، أما بآخره فظاهر ؛ لأنه ﷺ أطلق للأب =

= الأكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقاً عن شرط الإذن ، والعموض فوجب القول به ، وأما بأوله فلا ن معنى قوله وإن ولده من كسبه أي : كسب ولده من كسبه ؛ لأنه جعل كسب الرجل أليب المأكول ، والمأكول كسبه لا نفسه وإذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه ؛ لأن نفقة الإنسان في كسبه ؛ ولأن ولده لما كان من كسبه ؛ كان كسب ولده ككسبه وكسب كسب الإنسان كسبه ، ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه ، وأما نفقة الولد فلقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرِيضُونَ أَوْلَادَهُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعَمَلِ ﴾ أي : رزق الوالدات المرضعات فإن كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ؛ ففيها إيجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الأب لأجل الولد كما في قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمُ الْوَأْتِهِنَّ أُمَّهَاتَهُنَّ ﴾ ، وإن كان المراد من (هن) المنكوحات أو المطلقات المعتدات فإنما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع ، وإن كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد ؛ لأنها تحتاج إلى فضل إطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع .

ألا ترى أن لها أن تغفر لأجل الرضاع إذا كانت صائمة لزيادة حاجتها إلى الطعام بسبب الولد ؛ ولأن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه ، والولد جزء الوالد وإحياء نفسه واجب كذا إحياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ، ولأن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالإجماع ، والإنفاق من باب الصلة فكان واجباً ، وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى القطع فكان حراماً .

واختلف في وجوبها في القرابة المحرمة للكناح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا : تجب ، وقال مالك والشافعي : لا تجب غير أن مالكا يقول : لا نفقة إلا على الأب للابن ، والابن للأب حتى قال : لا نفقة على الجد لابن الابن ، ولا على ابن الابن للجد ، وقال الشافعي : تجب على الوالدين والمولودين ، والكلام في هذه المسألة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا ، خلافاً لهما ، وعلى هذا يبنى العتق عند الملك ، ووجوب القطع بالسرقة وهي من مسائل الحاق نذكرها هناك إن شاء الله تعالى ، ثم الكلام في المسألة على سبيل الإبتداء احتج الشافعي فقال : إن الله تعالى أوجب النفقة على الأب لا غير بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ يَرْزُقُهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعَمَلِ ﴾ فمن كان مثل حاله في القرب يلحق به ، وإلا فلا يقال : إن الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى الْوَالِدِ يَرْزُقُ الْوَالِدِينَ ﴾ ؛ لأن ابن عباس رضي الله عنه صرف قوله ذلك إلى ترك المضارة لا إلى النفقة والكسوة ؛ فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما ، ولنا قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَالِدِ يَرْزُقُ الْوَالِدِينَ ﴾ ، وروي عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير ، لا على ترك المضارة معناه ، وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة ؛ ومصدق هذا التأويل أنه لو جعل عطفاً على هذا ؛ لكان عطف الاسم على الاسم وإنه شائع ، ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل ؛ فكان الأول أولى ؛ ولأنه لو جعل عطفاً على قوله : ﴿ لَا تُضَارُّوا ﴾ لكان من حق الكلام أن يقول : والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة ؛ لأن الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو ؛ وإنه حرف جمع فيصير الكل مذكوراً في حالة واحدة فينصرف قوله ذلك إلى الكل أي : على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وأنه لا يضارها ، ولا تضاره في النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس رضي الله عنه على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفي وجوب النفقة على الوارث ، بل يوجب لأن قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَارُّوا وَالْوَالِدِينَ يَرْزُقُهُمْ ﴾ نهى رضي الله عنه عن المضارة =

٢٢٥٩ - ذوو الأرحام في اللغة : هم الأقارب سواء كانوا فروعاً أو أصولاً أو غيرهم ، ولكن للفقهاء فيهم اصطلاحات فيطلقونها في باب النفقات على من عدا الفروع والأصول من الأقارب ، فنفقة الفروع واجبة على الأصول وبالعكس على حسب الطريق

مطلقاً في النفقة وغيرها ، فإذا كان معنى إضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الإنفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى : ﴿ وَنَعَى الْكِرَامِ بَيْنَ يَدَيْهِ ﴾ أنه لا يضارها ؛ وإنما يرجع ذلك إلى مثل ما لزم الأب وذلك يقتضي أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة بأجرة مثلها ، ولا يخرج الولد من يدها إلى يد غيرها إضراراً بها ؛ وإذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضي وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث إلا من خص أو قيد بدليل ، وأما القرابة التي ليست بمخرّمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافاً لابن أبي ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَنَعَى الْكِرَامِ بَيْنَ يَدَيْهِ ﴾ من غير فصل بين وارث ووارث ، وأنا نقول : المراد من الوارث الأقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث ، عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) ؛ ولأن وجوبها في القرآن العظيم معلولاً بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيخص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد ؛ فلا تجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة ، والله الموفق .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٢١٩/٧) : « قوله تعالى : ﴿ وَنَعَى الْكِرَامِ بَيْنَ يَدَيْهِ ﴾ الذي أخذ منه أبو حنيفة وجوب نفقة المحارم : أي في عدم المضارة كما يقده ابن عباس (رضي الله عنه) ، وهو أعلم بالقرآن من غيره ، وقوله : ﴿ إِنْ أَرْتَمَنَ لَكُمْ فَتَرْهَنُ الْجُبْنَ ﴾ فإذا لزمه أجرة الرضاع فكفايته أزم ، ومن ثم أجمعوا على ذلك في طفل لا مال له وألحق به بالغ عاجز كذلك لخبر هند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٧٠/٢) : « (ولا نفقة) واجبة على الحر الموسر (لمن سوى هؤلاء) المذكورين من الأبوين والأولاد (من الأقارب) فلا تجب النفقة على الأجداد والجدات ، ولا على أولاد الأولاد ، ولا على الإخوة والأخوات ، خلافاً للشافعي القائل بوجوبها على الأصول وعلى الابن وابنه وعلى الإخوة والأخوات ، وخلافاً لأبي حنيفة في إيجابها على كل ذي رحم » .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (١٧٠/٨) : « فصل : فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بغرض ولا تعصيب ، فإن كانوا من غير عمودي النسب ، فلا نفقة عليهم ، نص عليه أحمد ، فقال : الحالة والعمة لا نفقة عليهما . قال القاضي : لا نفقة لهم رواية واحدة ؛ وذلك لأن قرابتهم ضعيفة ، وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث ، فهم كسائر المسلمين ، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذي يأخذه بيت المال ؛ ولذلك يقدم الرد عليهم ، وقال أبو الخطاب : يخرج فيهم رواية أخرى : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصباء وذوي الفروض ؛ لأنهم وارثون في تلك الحال ، قال ابن أبي موسى : هذا يتوجه على معنى قوله ، والأول هو المنصوص عنه ، فأما عمود النسب ، فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم ، سواء كانوا من ذوي الأرحام ، كأبي الأم وابن البنت ، أو من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين ، وهذا مذهب الشافعي ؛ وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضية ، وتقتضي رد الشهادة ، وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل ، فأوجبته النفقة على كل حال ، كقرابة الأب الأدنى » .

التي عرفتها من البابين المتقدمين ، وأما نفقة غيرهم من الأقارب فلا تجب إلا إذا كان رحماً محرماً ، أي : قريباً تحرم مناعته كالأخت والحالة مثلاً ؛ فإن كان رحماً غير محررم ، أي : قريباً تحمل مناعته كبنت العمه ، والحالة ، وبنت العم ، والحال فلا تجب النفقة .

٢٢٦٠ - وقال ابن أبي ليلى والإمام أحمد بن حنبل : تجب النفقة لكل قريب وارث ، سواء كان رحماً محرماً أو رحماً غير محررم ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَوَالِدٌ بِأَوْلَادٍ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُم بِأَوْلَادِهِمْ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ (١) .

٢٢٦١ - ووجه الاستدلال أن الله ﷻ علق وجوب النفقة بالوارث ، سواء كان محرماً أو غير محررم ، فقيده المحرمية زيادة على ما في القرآن وهو لا يجوز ، وروي أن بعض الصحابة سأل النبي عليه الصلاة والسلام قائلاً له : يا رسول الله ، من أهر ؟ ! ، قال : « أمك » . قال : ثم من ؟ ، قال : « أمك » ، قال : ثم من ؟ ، قال : « أبك ، ثم الأقرب فالأقرب » ، وفي رواية : « فإن فضل شيء عن أهلك فلذوي قرابتك » (٢) ، فهذا الحديث ليس فيه تقييد بالرحم المحرم بل كل قريب .

٢٢٦٢ - واستدل الحنفية بقراءة ابن مسعود : (وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك) ، فتكون بياناً للقراءة المتواترة .

٢٢٦٣ - ويرد على هذا بأن القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ، وهو لا يجوز تقييد مطلق القاطع به ، فلا يجوز تقييده بهذه القراءة وهو في محله ، اللهم إلا أن يدعى شهرتها ، ومذهب الإمام أحمد وابن أبي ليلى ظاهر المراد .

٢٢٦٤ - ولنوضح لك هذا بأنه إذا كان لشخص تجب له النفقة على أقاربه خال وابن عم شقيق ، أو لأب فعلى مذهب الإمام أحمد تجب النفقة على ابن العم ؛ لأنه قريب وهو الوارث وعند أبي حنيفة وأصحابه تجب على الخال وإن كان الوارث هو ابن العم ؛ لأن ابن العم ليس محرماً وإن كان قريباً ولا يخفى ما فيه .

٢٢٦٥ - فالذي ظهر أن نفقة غير الأصول والفروع لا تجب إلا إذا كان القريب

(١) البقرة : ٢٣٣ .

(٢) صحيح مسلم (كتاب : البر والصلة والآداب / باب : بر الوالدين ، وأنها أحق به / ٢٥٤٨) ، وسنن الترمذي (كتاب : البر والصلة عن رسول الله / باب : ما جاء في بر الوالدين / ١٨٩٧) ، وسنن أبي داود (كتاب : الأدب / باب : في بر الوالدين / ٥١٣٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأدب / باب : بر الوالدين / ٣٦٥٨) .

رحمًا محرماً عند الخنفيه ، ومع هذا فلا بد لوجوبها من شروط تتحقق في الشخص المنفق عليه وإن كانت تختلف بحسب صغره ، وكبره ، وذكورته ، وأنوثته ، وفقره ، وغناه .

٢٢٦٦ - وبيان ذلك : أن الرحم المحرم إما أن يكون غنيًا أو فقيرًا وعلى كل فيما أن يكون صغيرًا أو كبيرًا ، وعلى كل فيما أن يكون مذكرًا أو مؤنثًا .

٢٢٦٧ - فإن كان ذو الرحم المحرم غنيًا فنفته من ماله ، سواء كان صغيرًا أو كبيرًا ، وسواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ؛ لأن نفقته إنما وجبت على قريبه لحاجته وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره .

٢٢٦٨ - وإن كان ذو الرحم المحرم فقيرًا وصغيرًا وجبت نفقته على قريبه بقدر إرثه منه ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ؛ لأنه محتاج فيؤمر القريب بسد عوزه ؛ ولأن الغرم بالغنم فكما أنه يرثه إن مات عن تركة ينفق عليه إن كان محتاجًا للنفقة .

٢٢٦٩ - وإن كان ذو الرحم المحرم كبيرًا ومذكرًا فيما أن تكون به عاهة تمنعه عن الكسب أو لا .

٢٢٧٠ - فإن كان الأول كما إذا كان مريضًا مرضًا مزمنًا ، أو به شلل ، أو عمى ، أو كان من طلبة العلم ، ولا يمكنه التكسب ، أو من أبناء الأشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته على قريبه بقدر إرثه منه لتحقق العجز .

٢٢٧١ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم يكن به عاهة تمنعه عن الكسب ، فلا تجب النفقة على قريبه بل على نفسه ؛ لأنه غني بكسبه فتجب نفقته فيه والمراد بالكبير هنا أن يكون قادرًا على الكسب وإن لم يكن بالغا فإن اكتسب وكان كسبه يفي بحاجته فيها ، وإن لم يف فعلى قريبه إتمام الكفاية .

٢٢٧٢ - وإن كان ذو الرحم المحرم كبيرًا ومؤنثًا وجبت النفقة على القريب ، سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة إلى أن تتزوج .

٢٢٧٣ - وحينئذ تكون نفقتها على زوجها ، نعم إذا كانت الأنثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها في كسبها فإن وفي بحاجتها فذاك هو المطلوب ، وإلا فعليه تمام الكفاية ويشترط في إيجاب النفقة على القريب أن يكون موسرًا فلو كان معسرًا فلا تجب عليه .

٢٢٧٤ - واختلف العلماء في تفسير اليسار في باب النفقة ، فقال أبو يوسف : لا يكون الشخص موسرًا إلا إذا كان مالكًا لنصاب الزكاة وهو عشرون مثقالًا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة ولا بد أن يكون هذا المبلغ فاضلاً عن حوائجه الأصلية ؛

لأنه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه في الشرع كصدقة الفطر .
 ٢٢٧٥ - ومحمد يقدر اليسار في وجوب النفقة بأن يكون عنده شيء فاضل عن نفقة نفسه
 وعياله بحسب استعداده للكسب ؛ لأن المعتبر في حقوق العباد القدرة دون النصاب ، وهذا أوجه
 فليكن المعول عليه ؛ لأنه أظهر من حيث الترجيح والاستدلال ، وإن قالوا الفتوى على الأول .
 ٢٢٧٦ - فمتى كان القريب موسراً وقام بالواجب عليه نحو قريبه فذاك هو المطلوب
 وإلا فيجبره صاحب الولاية العامة بما يراه رادعاً له لامتناعه عن حق واجب عليه .

(مادة ٤١٥)

لَا نَفَقَةَ مَعَ الْاِخْتِلَافِ دِينًا ، إِلَّا لِلزُّوجَةِ وَالْأَصُولِ وَالْفُرُوعِ الذَّمِّيِّنَ .
 فَلَا تَجِبُ عَلَى مُسْلِمٍ لِأَخِيهِ الذَّمِّيِّ ، وَلَا عَلَى ذِمِّيٍّ لِأَخِيهِ الْمُسْلِمِ ، وَلَا عَلَى مُسْلِمٍ ، أَوْ
 ذِمِّيٍّ لِأَبَوَيْهِ غَيْرِ الذَّمِّيِّينَ وَلَوْ كَانَا مُسْتَأْتَمِرِينَ ، وَلَا عَلَى مُسْتَأْتَمِرِينَ لِأَبَوَيْهِمْ (١) .

• • •

٢٢٧٧ - ويشترط في وجوب نفقة ذوي الأرحام اتحاد الدين فلا تجب على المسلم
 نفقة أخيه النصراني أو اليهودي ، وبالعكس ؛ إذ لا توارث بين المسلم وغيره ؛ لأن النفقة

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٨/١) : « ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة ،
 والأبوين ، والأجداد ، والولد ، وولد الولد ، ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذلك لا تجب على
 المسلم نفقة أخيه النصراني كذا في الهداية ، ولا يجبر المسلم والذمي على نفقة والديه من أهل الحرب ، وإن
 كانا مستأتمين في دار الإسلام ، وكذلك الحربي الذي دخل علينا بأمان لا يجبر على نفقة والديه إذا كانا
 مسلمين ، أو كانا من أهل الذمة كذا في المحيط أهل الذمة فيما بينهم في النفقة كأهل الإسلام ، وإن اختلفت
 مللهم كذا في محيط السرخسي .

وإذا أسلم الذمي ، وامرأته من غير أهل الكتاب ، وأبت الإسلام وفرق بينهما فلا نفقة لها في العدة ، وإن
 كانت المرأة هي التي أسلمت فأبى الزوج أن يسلم ففرق بينهما كانت عليه النفقة والسكنى ما دامت في العدة
 كذا في المبسوط . وإذا خرج الحربي وامرأته إلينا بأمان فطلبت النفقة ، فالقاضي لا يفرض لها ذلك ، قال في
 السير الكبير : لو فرض القاضي نفقة الزوجة والوالدين والولد في مال مسلم أسير في دار الحرب فقامت بينة
 على ردة الأسير قبل فرض القاضي نفقة المرأة ضمننت ما أخذت من النفقة ، فإن قالت : حاسبوني من نفقة
 عدتي يقول لها الحاكم : لا نفقة لك ، كذا في المحيط . الذمي إذا تزوج بمحارمه وذلك نكاح في دينهم
 وطلبت منه نفقة النكاح فعلى قياس قول أبي حنيفة يثبت نفقة النكاح ، وأجمعوا على أن في النكاح
 بغير شهود تستحق هي النفقة كذا في الذخيرة والله أعلم بالصواب .

تابعة للإرث بدليل قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ (١) .

٢٢٧٨ - ولكن لا يشترط هذا الشرط وهو اتحاد الدين في نفقة الزوجة والأصول والفروع ، بل تجب لهم النفقة وإن اختلفوا في الدين ؛ لأن نفقة الزوجة إنما وجبت بعقد النكاح وذلك يتبع صحة العقد دون اتحاد الملة ؛ ولأن نفقة الأصول وجبت على الفروع بقوله تعالى : ﴿ وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ (٢) .

٢٢٧٩ - وفسرها النبي ﷺ بحسن العشرة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا ، ونزلت هذه الآية في حق الأبوين الكافرين بدليل ما قبلها وهو : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا وَإِنْ جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ﴾ .

٢٢٨٠ - وليس من الإحسان ولا من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً ولو كانا غير مسلمين ، ولأن نفقة الفروع وجبت بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٣) ، ولا تفصيل فيها .

٢٢٨١ - ولأن الفرع جزء من الأصل ونفقة الجزء لا تمتنع بالكفر كنفقة نفسه ، ولكن يشترط أن تكون الأصول أو الفروع غير المسلمين ذميين فلو كانوا مستأمنين ، أو حريين فلا تجب لهم النفقة بشهادة قوله تعالى : ﴿ لَا يَتَّخِذُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَيِّمُوا فِي الدِّينِ وَلَا يَتَّخِذُوا مِنْ دِينِكُمْ أَنْ يَبْرُتُوا وَيَتَسَلَّطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ إِنَّمَا يَتَّخِذُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوا فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوا مِنْ دِينِكُمْ وَطَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوهُمْ... الخ (٤) .

٢٢٨٢ - فلم ينهنا عن بر من لم يقاتلنا في الدين وهو الذميون ، ونهانا عن بر من قاتلنا فيه فما علينا إلا امتثال الأمر (٥) .

(٢) لقمان : ١٥ .

(١) البقرة : ٢٣٣

(٤) المتحفة : ٨ ، ٩ .

(٣) البقرة : ٢٣٣ .

(٥) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (١٦٠) : لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع .

(مادة ٤١٦)

لَا تَجِبُ نَفَقَةٌ عَلَى رَحِمٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ مَعَ وُجُودِ الرَّحِمِ الْحَرَمِ أَوْ عَدَمِهِ ، فَإِذَا لَمْ تَسْتَوِ الْأَقَارِبُ فِي الْحَرَمِيَّةِ ، بَانَ كَانَ بَعْضُهُمْ مَحْرَمًا وَبَعْضُهُمْ غَيْرَ مَحْرَمٍ ، يُعْتَبَرُ فِي إِجَابِ النَّفَقَةِ أَهْلِيَّةُ الْإِرْثِ لَا حَقِيقَتُهُ .

فَلَوْ كَانَ لِلْفَقِيرِ خَالٌ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، أَوْ مِنْ قِبَلِ أَحَدِهِمَا وَإِنَّ عَمَّ لِأَبٍ وَأُمٍّ ، فَتَفَقَّطَهُ عَلَى الْحَالِ ، وَإِنْ كَانَ ابْنُ الْعَمِّ هُوَ الْوَارِثُ .

٢٢٨٣ - ويتفرع على مذهب السادة الحنفية القائلين بأنه لا تجب نفقة القريب إلا إذا كان رحماً محرماً أنه إذا وجد لشخص مستحق للنفقة عدة أشخاص من أقاربه فلا يخلو الحال من أحد أمرين الأول: الاختلاف في المحرمية ، الثاني : الاتحاد فيها .

٢٢٨٤ - فإن كان الأول وجبت النفقة على الرحم المحرم ، أما القريب الرحم غير المحرم فلا تجب عليه نفقة قريبه ولو لم يوجد إلا هو فلو كان لشخص مستحق النفقة خال شقيق ، أو لأب ، أو لأم وابن عم شقيق ، أو لأب وجبت النفقة على الخال وإن كان ابن العم هو الوارث ؛ إذ لو فرض موت هذا الشخص عن تركة استحقها ابن العم ؛ لأنه عاصب والخال من ذوي الأرحام وهم لا يستحقون شيئاً مع العاصب .

٢٢٨٥ - وإنما وجبت النفقة على الخال لا على ابن العم ؛ لأن الأول رحم محرم ، والثاني رحم غير محرم ، ومثل هذا المثال ما إذا كان لشخص مستحق النفقة عم لأم وابن عم لأب ؛ فإن النفقة تجب على الأول لا على الثاني لما تقدم .

٢٢٨٦ - ولا تنس ما تقدم لك من أن الإمام أحمد بن حنبل وابن أبي ليلى من الحنفية يخالفان في ذلك فيجعلان وجوب النفقة دائراً على محور الإرث ، سواء كان القريب رحماً محرماً أو رحماً غير محرم فيوجبان النفقة في المثالين المتقدمين على ابن العم وهو ظاهر ؛ إذ الغرم بالغنم .

(مادة ٤١٧)

إِذَا اسْتَوَتْ الْأَقَارِبُ فِي الْحَرْمِيَّةِ وَأَهْلِيَّةِ الْإِرْثِ ، يَتَرَجَّحُ الْوَارِثُ حَقِيقَةً وَنَلْزَمُ بِالْتَّفَقَّةِ بِقَدْرِ الْإِرْثِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا .

فَلَوْ كَانَ لِذِي الرَّجْمِ الْحَرَمِ الْمُحْتَجِّ خَالَ وَعَمَّ مُوسِرَانِ ، فَتَفَقَّهُ عَلَى الْعَمِّ .
 وَلَوْ كَانَ لَهُ خَالَ وَخَالََّةٌ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، فَالْتَّفَقَّهُ عَلَيْهِمَا أَثْلَاثًا .
 وَلَوْ كَانَ لَهُ إِخْوَاتٌ مُتَفَرِّقَاتٌ ، فَتَفَقَّهُ عَلَيْهِنَّ أَحْمَاسًا ، ثَلَاثَةً أَحْمَاسٍ عَلَى الشَّقِيقَةِ ،
 وَخُمْسًا عَلَى الْأُخْتِ لِأَبٍ ، وَخُمْسًا عَلَى الْأُخْتِ لِأُمِّ .
 وَلَوْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ ؛ فَالْشُّدُّسُ عَلَى الْأَخِ لِأُمِّ وَبِالْبَاقِي عَلَى الشَّقِيقِ (١) .

• • •

٢٢٨٧ - وإن كان الثاني وهو ما إذا اتحدت الأقارب في المحرمية فيما أن يكون بعضهم هو المستحق للتركة وحاجبًا للبعض الآخر ، وإما أن يكون الكل مستحقين في التركة على فرض وجودها .

٢٢٨٨ - فإن كان الأول وجبت النفقة على المستحق وحده ، وينتج من هذا أنه إذا كان للشخص المستحق للنفقة خال شقيق ، أو لأب ، أو لأُم وعم شقيق أو لأب تجب النفقة على العم لا الخال ، لاستوائهما في المحرمية ، والعم يحجب الخال ؛ لأنه عاصب ، والخال من ذوي الأرحام ، وذو الرحم لا يستحق شيئًا مع العاصب وهو ظاهر ؛ لأن الغرم بالغنم .

٢٢٨٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الكل مستحقين في التركة ، وجبت النفقة على الجميع بقدر استحقاقهم في الإرث .

(١) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٦٨/١ ، ٦٩) : « إذا كانوا حواشي فقط يعتبر فيه الإرث أي : أهليته لا حقيقته وعند الاستواء في المحرمية وأهلية الإرث يترجح الوارث حقيقة ، ففي خال وابن عم على الخال ؛ لأنه رحم محرم أهل للإرث عند عدم ابن العم ولا شيء على ابن العم وإن كان الميراث كله له ؛ لأنه غير محرم ولا تجب نفقة على غير محرم أصلاً ، وفي خال وعم على العم لاستوائهما في الرحم والمحرمية وترجع العم بأنه وارث حقيقة ، وفي عم وعمة وخالة على العم أيضًا ولو كان العم معسرًا فعلى العمة والخالة أثلاثًا كإرثهما ، ويجعل العم كالعدم ؛ لأنه يحرز كل الميراث هذا زبده ما حررته في تلك الرسالة بما لم أسبق إليه ، ولم يقف أحد قلبي عليه ؛ وذلك بحول الله تعالى وقوته لا بحولي وقوتي ، فدونك هذا الضابط الجامع ، سهل المآخذ وعض عليه بالتواجد ؛ وإن أردت زيادة تحقيق هذا المقام فعليك بتلك الرسالة والسلام » .

٢٢٩٠ - ويتفرع على ذلك أنه إذا كان الشخص مستحق النفقة خال شقيق ، وخالة شقيقة وجبت النفقة عليهما أثلاثاً فالخال يلزمه الثلثان والخاله الثلث ؛ لأن إرثهما على هذه النسبة فلو كان أحدهما شقيقاً والآخر لأب ، أو لأب وأم وجبت النفقة على الشقيق ؛ لأنه أقوى من الآخر فهو الوارث .

٢٢٩١ - ولو كان له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأب وأم وجبت النفقة عليهن أحماساً ، ثلاثة أحماس على الأخت الشقيقة ، وخمس على الأخت لأب ، وخمس على الأخت لأب ؛ لأن استحقاقهن للإرث في هذا المثال على هذه النسبة .

٢٢٩٢ - وبيان ذلك : أن الأخت الشقيقة لها النصف وكل من الأختين الباقيتين السدس ، فيكون المجموع خمسة أسداس وحينئذ يبقى من التصحيح الذي انقسمت إليه التركة سدس ، ومن حيث إنه لا يوجد مستحق له فيرد على الموجودات بنسبة سهامهن ، وهي خمسة : للشقيقة منه ثلاثة ، ولكل من الأختين واحد ، فقد أخذت الشقيقة ثلاثة أحماس التركة فرضاً ورداً ، وكل من الأختين الأخيرتين الخمس فرضاً ورداً أيضاً .

٢٢٩٣ - ولو كان له أخ شقيق ، وأخ لأب ، وأخ لأب وأم وجبت النفقة على الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، ولا شيء على الأخ لأب ؛ لأنه لا يرث في هذا المثال ؛ إذ هو محجوب بالأخ الشقيق ؛ لأن كلا منهما عاصب فيقدم الأقوى عند الاتحاد في الجهة والدرجة ، وأما الأخ لأب فليس بعاصب ، بل من أصحاب الفروض فلا يحجبه الأخ الشقيق وإن كان أقوى منه ، ووجوب النفقة عليهما يكون بقدر استحقاقهما في الميراث فعلى الأخ لأب السدس ، وعلى الشقيق الباقي .

(مادة ٤١٨)

النَّفَقَةُ الْمَرْهُوسَةُ لِلأَبَوَيْنِ ، وَلذَوِي الأَرْحَامِ تَسْقُطُ بِمَضِيِّ شَهْرٍ فَأَكْثَرَ ، مَا لَمْ تَكُنْ مُسْتَدَانَةً فِعْلاً بِأَمْرِ القَاضِي فَلَا تَسْقُطُ ، وَتَكُونُ ذِيئاً عَلَى مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ ، تُوْخَذُ مِنْ قَرْبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٨/٤) : (فصل) : وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير ديناً في الذمة أصلاً سواء فرضها القاضي ، أو لا بخلاف نفقة الزوجات ؛ فإنها تصير ديناً في الذمة بفرض القاضي ، أو بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط ، وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض ، وقد =

٢٢٩٤ - ومن حيث إن نفقة القريب واجبة فإن قام بها من تلزمه نحو قريبه فيها ونعمت ، وإن لم يتم ورفع المستحق لها أمره للقاضي طالباً منه فرض النفقة له إجابة إلى طلبه وفرضها وأزم القريب بإعطائه المفروض من ذلك التاريخ متى توفرت كل الشروط المتقدمة .

٢٢٩٥ - فإن دفع القريب لقريبه المبلغ المقضي به في مواعيده فالأمر ظاهر .

٢٢٩٦ - أما إذا مضت مدة بعد الفرض لم يأخذ فيها شيئاً من المقدر ، فإما أن تكون النفقة غير مستدانة أصلاً وإما أن تكون مستدانة .

٢٢٩٧ - وإن كانت مستدانة ، فإما أن تكون الاستدانة بغير إذن القاضي ، أو بإذنه وكل له حكم يخصه وإليك البيان :

٢٢٩٨ - فإن لم تكن النفقة مستدانة أصلاً أو كانت مستدانة لا بأمر القاضي فلا يسقط المقدار المتجمد منها في الزمن الذي لم يطلبها فيه إن كانت المدة أقل من شهر فإن كانت شهرًا أو أكثر سقطت ، وكما تسقط بمضي الزمن تسقط بالموت .

= ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات ، فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء : منها ما وصفناه آنفًا أن نفقة المرأة تصير ديناً بالقضاء أو بالرضا ونفقة الأقارب لا تصير ديناً أصلاً ورأساً ، ومنها أن نفقة الأقارب ، أو كسوتهم لا تجب لغير المسر ونفقة الزوجات ، أو كسوتهم تجب للمعسر والموسرة ، ومنها أن نفقة الأقارب ، أو كسوتهم إذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفي نفقة الزوجات لا تجب . ومنها أن نفقة الأقارب ، أو كسوتهم إذا تعيبت بعد مضي المدة لا تجب أخرى وفي نفقة الزوجات تجب ، وقد مر الفرق بين هذه الجملة في فصل نفقة الزوجات ، ومنها أنه إذا عجل نفقة مدة في الأقارب فمات المتفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيئاً منها بلا خلاف ، وفي نفقة الزوجات خلاف محمد وبهيس في نفقة الأقارب ، كما بهيس في نفقة الزوجات أما غير الأب فلا شك فيه ، وأما الأب فيحبس في نفقة الولد أهنأ ولا يحبس في سائر ديونه ؛ لأن إيهان الأب حرام في الأصل وفي الحبس إيهانه ، إلا أن في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد ؛ إذ لو لم يتفق عليه لهلك ، فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه فدفع قصده بالحبس وبحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون ، ولأن ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعني : النفقة ؛ لأنها تسقط بمضي الزمان فقع الحاجة إلى الاستدراك بالحبس ؛ لأن الحبس يحمله على الأداء فيحصل الاستدراك ، ولو لم يحبس يفوت حقه رأساً فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون ؛ لأنها لا تفوت بمضي الزمان فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا : إن الامتنع من النفقة يضر ولا يحبس بخلاف الامتنع من سائر الحقوق ؛ لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس ؛ لأنه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق ، وكذلك الجدة الأب وإن علا ؛ لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه .

٢٢٩٩ - وإن كانت النفقة مستدانة بأمر القاضي فلا يسقط دينها أصلاً لا بموت ولا بغيره ؛ لأن للقاضي ولاية عامة فهي بمنزلة استدانة المقضي عليه بنفسه ، وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله ، فما دام القريب المقضي عليه بالنفقة موجوداً فللمقضي له أن يطالبه بها قصرت المدة أو طالت .

٢٣٠٠ - وكذا إذا مات لا تسقط أيضاً ؛ بل يكون له الحق في أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة ؛ لأن الدين مقدم على الإرث ومثل نفقة ذوي الأرحام في الأحكام المتقدمة نفقة الوالدين ؛ لأن نفقة الكل إنما وجبت للحاجة ؛ فإذا اندفعت سقطت النفقة .

الباب الخامس

في ولاية الأب

(مادة ٤١٩)

لِلْأَبِ وَلَوْ مَشْتُورًا الْوِلَايَةَ عَلَى أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ وَالْكِبَارِ غَيْرِ الْمَكْلُوفِينَ، ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، فِيهِ
النَّفْسِ وَفِي الْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ الصَّغَارُ فِي حَصَانَةِ الْأُمِّ وَأَقَارِبِهَا ، وَلَهُ وِلَايَةُ جَبْرِهِمْ عَلَى
النِّكَاحِ .

٢٣٠١ - لما كان الشارع حكيماً يضع الأشياء في محلها نظر إلى الشخص وهو
أعلم بمصالحه من حيث التصرف نظر خبير فقال : إن الشخص سواء كان مذكراً أو
مؤنثاً إما أن يكون صغيراً وإما أن يكون كبيراً ، والكبير إما أن يكون عاقلاً أو غير عاقل ،
والعاقل إما أن يكون رشيداً أي مصلحاً في ماله أو غير رشيد وجعل لكل حكماً يخصه
وإليك البيان :

٢٣٠٢ - فالشخص الكبير أي البالغ إن كان عاقلاً رشيداً فلا ولاية لأحد عليه بل
هو الذي يتولى أمور نفسه ؛ لأن الشخص متى كان كامل الرأي كان نظره في شئونه
أنفع من نظره غيره فيها .

٢٣٠٣ - إن كان غير رشيد فالإمام الأعظم يوليّه أمور نفسه ولا يرى الحجر عليه
متى بلغ خمساً وعشرين سنة ، والصاحبان يريان الحجر عليه بالنسبة للتصرف في ماله
وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في الحجر على السفیه .

٢٣٠٤ - وإن كان صغيراً أو كبيراً غير عاقل بأن كان مجنوناً أو معتوماً فاتفقوا على
أنه محجور عليه ولا ولاية له ؛ بل الذي يتولى أموره غيره ؛ لأنه عاجز عن النظر فيما
ينفعه ، وهذا الغير تارة تكون له الولاية على النفس فقط ، وتارة تكون له الولاية على
المال ليس إلا ، وتارة تكون له الولاية عليهما .

٢٣٠٥ - قد عرفت من له الولاية على النفس في الباب الرابع في الولاية على النكاح
وأما الذي له الولاية على المال فقط فهو الوصي والذي تثبت له الولاية عليهما هو الأب
الجد والقاضي وإن كانوا ليسوا في درجة واحدة .

٢٣٠٦ - والغرض الآن بيان من له الولاية على المال ، سواء كانت له الولاية على النفس أو لم تكن وهو ستة على هذا الترتيب : الأب ووصيه وإن بعد والجد ووصيه كذلك والقاضي ووصيه فالأب مقدم على الكل لأن الشفقة وأصالة الرأي الموجودين عنده لا يوجدان عند غيره .

٢٣٠٧ - لكن الآباء ليسوا كلهم في حكم واحد بالنسبة للتصرف في أمور أولادهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم ؛ لأن الأب إما ألا يعرف بسوء الاختيار بأن كان عدلاً أو مستوراً وإما أن يعرف بذلك بأن كان فاسد الرأي سيئ التدبير .

٢٣٠٨ - فإن كان الأول ثبتت له الولاية في النفس وفي المال على أولاده الصغار والكبار غير مكلفين ، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً ، وسواء كانوا موجودين عنده بأن كانت مدة الحضانة قد انتهت أو كانوا موجودين عند الحاضنة أمّا كانت أو غيرها فله أن يزوجهم وإن لم يرضوا ، لأن الولاية هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى ، وله التصرف في أموالهم بما يراه صالحاً لهم .

٢٣٠٩ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الأب فاسد الرأي سيئ التدبير فسيأتي حكمه في شرح مادة (٤٢٤) .

(مادة ٤٢٠)

إِذَا بَلَغَ الْوَالِدُ مَعْتَوْهَا أَوْ مَجْنُونًا ، تَسْتَمِرُّ وِلَايَةُ أَبِيهِ عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ وَفِي الْمَالِ .
وَإِذَا بَلَغَ عَاقِلًا ، ثُمَّ عَيَتْ أَوْ جُنَّ ، عَادَتْ وِلَايَةُ أَبِيهِ ^(١) .

• • •

٢٣١٠ - وتستمر هذه الولاية ما دام الوصف الموجب لها وهو الصغر موجوداً ، فإن بلغ الولد ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً فإما أن يبلغ غير عاقل بأن بلغ مجنوناً أو معتوهاً

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨٤/١) : « وإذا بلغ الابن معتوهاً أو مجنوناً تبقى ولاية الأب عليه في ماله ونفسه ، كذا في فتاوى قاضي خان . وفي فتاوى أبي الليث : رجل زوج ابنه الكبير امرأة فلم يجز حتى جن جنوناً مطبقاً فأجاز الأب ذلك النكاح ؛ يجوز . وذكر الفقيه أبو بكر في غير هذه الصورة خلافاً فقال : الابن إذا بلغ عاقلاً ثم جن أو عته فعلى قول أبي يوسف ^{رحمته} لا تعود ولاية الأب قياساً حتى لو تصرف في ماله أو زوجه امرأة لا يجوز بل تعود الولاية إلى القاضي وعلى قول محمد ^{رحمته} الولاية إلى الأب استحساناً ، قال الفقيه أبو بكر الميداني : تعود ولاية الأب عند علمائنا الثلاثة ، كذا في الذخيرة . »

وإما أن يبلغ عاقلاً .

٢٣١١ - فإن كان الأول استمرت الولاية ؛ لأن السبب وهو عدم الاهتداء إلى التصرفات النافعة موجود فتبقى ما بقي .

٢٣١٢ - وإن كان الثاني وكان رشيداً انقطعت الولاية وصار هو ولي أمر نفسه ، ولكن لو طرأ عليه الجنون أو العته بعد ذلك عادت ولاية أبيه لوجود السبب وهو عدم اهتدائه إلى النافع له .

(مادة ٤٢١)

إِذَا كَانَ الْأَبُ عَدْلًا مَخْمُودَ السَّيْرَةِ أَوْ مَشْتَوِرَ الْحَالِ أَمِينًا عَلَى حِفْظِ الْمَالِ ، فَلَهُ التَّصَرُّفُ وَالتَّجَارَةُ بِالْمَعْرُوفِ فِي مَالِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَمَنْ يَلْحَقُ بِهِمَا ، وَلَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ لِلْغَيْرِ مُضَارَبَةً ، وَأَنْ يُوكِّلَ غَيْرَهُ بِذَلِكَ ، وَلَهُ الْإِجَارَةُ فِي النَّفْسِ لِلذَّكْرِ ، وَفِي الْمَنْقُولَاتِ وَالْأَرْضِيَّةِ وَالذُّوَابِ وَسَائِرِ الْأَمْوَالِ .

•••

٢٣١٣ - وقد علمت أن الأب متى لم يعرف بسوء الاختيار بأن كان متصفاً بالعدالة وحسن السيرة أميناً على حفظ المال أو كان مستور الحال ثبتت له الولاية على أموال أولاده فله حينئذ أن يستثمرها بالتصرفات التي يراها مؤدية إلى ذلك .

٢٣١٤ - سواء كان بنفسه أو بواسطة غيره بأن يدفع له مبلغاً من مال ولده ليتجر فيه والربح يقسم بينهما حسب الاتفاق ؛ فيكون المال من جهة أبي الولد والعمل من جهة الآخر ، وهذا العقد يسمى : مضاربة وله أن يملك منافع أموال ولده لغيره في مقابلة مبلغ يأخذه منه .

٢٣١٥ - سواء كانت تلك الأموال منقولات أو عقارات وهذا العقد يسمى إجارة ، وكما أنه يملك إجارة الأموال يملك أيضاً إجارة نفس الولد إن كان مُذَكَّرًا ، أما الأنثى فلا .

٢٣١٦ - وعللوا ذلك بأن المستأجر يختلي بها وهو غير جائز فيؤخذ منه أن إجارتها لو كانت لامرأة تعلمها صنعة تنفعها في المستقبل ، جاز له ذلك لحصول المنفعة في الحال والاستقبال .

٢٣١٧ - وبما أن الأب يملك هذه التصرفات بنفسه يملك أيضًا أن يوكل غيره ليتولاها بالنيابة عنه إذ التوكيل هو : إقامة غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه .

(مادة ٤٢٢)

إِذَا بَاعَ الْأَبُ الْمَذْكُورُ فِي الْمَادَّةِ السَّابِقَةِ مِنْ أَمْوَالِ وَلَدِهِ عَرْضًا أَوْ عَقَارًا ، أَوْ اشْتَرَى لَهُ شَيْئًا ، أَوْ أَجَرَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ أَوْ بِبَيْسِيرِ الْغُبْنِ ، صَحَّ الْعَقْدُ ، وَلَيْسَ لِلْوَلَدِ نَقْضُهُ بَعْدَ الْإِذْرَاكِ .

وَأَنْ بَاعَ أَوْ أَجَرَ شَيْئًا بِفَاحِشِ الْغُبْنِ ، يَتَطَّلُ الْعَقْدُ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَارَةِ بَعْدَ الْبُلُوغِ . وَإِنْ اشْتَرَى لِوَلَدِهِ شَيْئًا بِفَاحِشِ الْغُبْنِ ، يَتَفُذُّ الْعَقْدُ عَلَى نَفْسِهِ لَا عَلَى وَلَدِهِ .

وَإِذَا أَدْرَكَ الْوَلَدُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ الصَّحِيحَةِ ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى الثَّمَنِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ، إِنْ شَاءَ نَقْضُهَا وَإِنْ شَاءَ امْتِصَّاهَا . وَإِنْ كَانَتْ عَلَى الْمَالِ ، فَلَيْسَ لَهُ نَقْضُهَا ^(١) .

٢٣١٨ - وكما أنه يجوز للأب إجارة مال ولده يجوز له أيضًا بيعه ، سواء كان المال عقارًا أو منقولًا ، ولكن عندما يبيع مال ولده فيما أن يكون البيع لنفسه أو لغيره .

٢٣١٩ - فإن كان الأول فسيأتي حكمه في شرح مادة (٤٢٦) .

٢٣٢٠ - وإن كان الثاني فيما أن يبيعه بمثل قيمته أو بأقل فإن كان الأول صح العقد ، وإن كان الثاني فيما أن يكون الغبن يسيرًا أو فاحشًا فإن كان يسيرًا صح العقد أيضًا ؛ لأنه لا يستغني عنه في المعاملات ففي اعتباره سد باب التصرفات .

٢٣٢١ - ومتى كان العقد صحيحًا فليس للولد نقضه بعد البلوغ ؛ لأنه صدر عن

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٧٣/٣ ، ١٧٤) : « باع الأب ضيمة أو عقارًا لابنه الصغير بمثل قيمته فإن كان الأب محمولًا أو مستورًا عند الناس يجوز ، وإن كان مفسدًا لا يجوز ، وهو الصحيح ، وإن باع منقولًا وهو مفسد في رواية لا يجوز إلا إذا كان خيرًا للصغير وهو الأصح ، وبيع الأب على ابنه الكبير المجنون جنونًا طويلًا يجوز وقصيرًا لا يجوز ، والمجنون الطويل مُقَدَّرٌ بشهر فصاعدًا والقصير بما دونه وهو الأصح كذا في محيط السرخسي . الأب أو الوصي إذا باع عقارًا للصغير ، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد ابن الفضل ^{رحمته} : إن رأى القاضي نقض البيع خيرًا للصبي كان له نقضه كذا في فتاوى قاضي خان . باع الأب ابن الصغير شيئًا بمثل الثمن فأجاز القاضي نفذ ، وكذا لو جعل البائع وصيًا فأجاز هو ينفذ كذا في القنية . »

ولاية تامة ولا موجب لنقضه ، وإن كان الغبن فاحشًا كان العقد باطلًا ؛ لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش .

٢٣٢٢ - ولو فرض أن الولد أجاز هذا العقد بعد بلوغه تكون الإجارة لافية ؛ لأن الإجارة إنما تلحق العقد الصحيح الموقوف لا الباطل .

٢٣٢٣ - والغبن اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقومين ، والفاحش بخلافه وبعضهم يُقدر الغبن الفاحش بنقص خمس الثمن عند البيع وزيادته عند الشراء وجميع الأحكام المتقدمة بالنسبة للبيع تقال في الإجارة فلا تصح إجارة الأب أموال ولده ؛ إلا إذا كانت الإجارة بأجر المثل أو بغبن يسير .

٢٣٢٤ - وعندما يُؤجر الأب ولده أو ماله لزمن معلوم إن استمر الولد صغيرًا حتى انقضت مدة الإجارة فلا كلام من جهة فسخ الإجارة وعدمه ، وأما إذا بلغ في أثناء المدة فإن كانت الإجارة على الأموال فليس له نقضها بل يستمر عقد الإجارة حتى تنتهي المدة التي اتفق عليها الأب والمستأجر وإن كانت الإجارة على نفس الولد فهو مُخَيَّرُ إن شاء أبقاها إلى انتهاء المدة وإن شاء فسخها .

٢٣٢٥ - والفرق بينهما أنه ليست هناك فائدة في فسخ إجارة المال ؛ لأن الظاهر أن أجرة المثل تبقى ما بقيت المدة بدون زيادة ، والمستأجر تعلق حقه بالعين المستأجرة مادامت المدة باقية لصدور العقد ممن له الولاية ، بخلاف ما إذا كانت الإجارة على نفس الولد ، فإن الظاهر أن الأجرة تزيد ؛ لأنه صار بعد بلوغه أقوى منه قبله . وأيضًا قد يرى الولد بعدما صار ذا رأي معول عليه شرعًا أن اشتغاله بغير ما هو مؤجر له يكسبه أكثر من الأجرة التي اتفق عليها أبوه مع المستأجر ؛ لأن الشخص ينظر في شئون نفسه أكثر من غيره . هذا ما ظهر فإن وجدت غيره فائدة لأن الغرض المحافظة على الأحكام .

٢٣٢٦ - وأما الأسباب فلا مانع من تعددها ومثل البيع الشراء ، فكما أن للأب بيع مال ولده كذلك يملك أن يشتري له ما يلزم ، ولكن لو كان الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير نفذ العقد على الولد فلا يملك نقضه ولو بعد البلوغ لصدوره عن ولاية تامة فلا ينقض .

٢٣٢٧ - أما إذا كان بغبن فاحش فإنه ينفذ على الأب ولا يكون العقد باطلًا بخلاف البيع فإنه يقع باطلًا كما عرفته .

٢٣٢٨ - والفرق بين البيع والشراء : أن في البيع تمليك مال الولد وهو المبيع للغير فإذا كان فيه ضرر عليه يقع باطلًا ؛ لأنه لا نظر له فيه فلا يصح التملك .

٢٣٢٩ - وأما الشراء ففيه تمليك مال الغير لولده بواسطة عقده فإن كان في هذا العقد نظر له نفذ عليه وإن لم يكن نفذ على العاقد، لأن الشخص له أن يتملك مال الغير ولو كان ما يذله في مقابلته أكثر من قيمته وليس له أن يملك مال من له الولاية عليه لغيره بأقل من قيمته إذا كان الغبن فاحشاً فقد وجد الشراء نفاذاً على العاقد فينفذ عليه .

(مادة ٤٢٢)

إِذَا كَانَ الْأَبُ فَاسِدَ الرَّأْيِ سِئَ التَّدْبِيرِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ عَقَارِ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ الْمَلْحُوقِ بِهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ خَيْرًا لَهُ ، وَالْخَيْرِيَّةُ أَنْ يَبِعَهُ بِضَعْفِ قِيمَتِهِ . فَإِنْ بَاعَهُ بِأَقْلَ مِنْ ضِعْفِهَا ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، فَلِلْوَلَدِ نَقْضُ الْبَيْعِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ^(١) .

٢٣٣٠ - فهذه هي أحكام تصرفات الأب الذي لم يعرف بسوء الاختيار . أما إذا عرف الأب بذلك بأن كان فاسد الرأي سئ التدبير ، وباع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا بالخيرية وهي تختلف باختلاف المبيع ؛ لأنه إما أن يكون عقاراً أو منقولاً .

٢٣٣١ - فإن كان الأول فلا يصح البيع إلا إذا كان بضضع القيمة فإن باعه بأقل من الضعف لم يجز هذا البيع وحيثئذ فإن رفعت المسألة للقاضي قبل بلوغ الولد نقضه لماله من الولاية العامة ، أما إذا لم ترفع إلى القاضي حتى بلغ الولد فللولد نقضه .

٢٣٣٢ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المبيع منقولاً فلا يصح إلا إذا كان بزيادة الثلث بأن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر ، وبعضهم يفسر الخيرية بوجود النفع الظاهر للولد من غير تقييد بالضعف ولا بزيادة الثلث في المنقول وهو ظاهر .

٢٣٣٣ - وإنما اختلف الحكم باختلاف حالة الأب ؛ لأن الأب إذا كان معروفاً يحسن التدبير وأصالة الرأي فهو لا يقدم على عمل إلا إذا نظر في عاقبته ليرى ما يترتب

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٧٢٦/٦) : « ولو باع الأب أو الجد مال الصغير من الأجنبي بمثل قيمته جاز إذا لم يكن فاسد الرأي ؛ ولو فاسده ، فإن باع عقاره لم يجز ، وفي المنقول روايتان » . وجاء في حاشيته رد المختار : « (قوله إذا لم يكن فاسد الرأي) الظاهر أنهم لم يفصلوا هذا التفصيل في الوصي ؛ لأن الميت أو القاضي لا يختار للوصاية إلا من كان مصلحاً يحسن تدبير أمر اليتيم ط . أقول : قد صرحوا بأن الوصي حكمه حكم الأب المفسد ، وحيثئذ فلا حاجة إلى التفصيل فيه فافهم (قوله لم يجز) أي إلا إذا باعه بضضع القيمة كما قدمناه (قوله وفي المنقول روايتان) قدما أن الفتوى على عدم الجواز » .

عليه فإذا أراد بيع شيء من أموال ولده مثلاً يكون ناظرًا لفائدة تعود على الولد من الثمن الذي يأخذه في مقابلته بأن يشتري له به شيئًا يعود عليه بنفع أكثر من النفع المترتب على بقاء المبيع .

٢٣٣٤ - فحيثُ يجوز له البيع بمثل القيمة وبالغبن اليسير ، أما إذا كان معروفًا بسوء الاختيار فلا يمكنه أن ينظر النظر المتقدم فلا يصح بيعه ؛ إلا إذا كانت الفائدة موجودة في نفس العقد إذ الموضوع أنه لا يمكنه النظر في العاقبة .

(مادة ٤٢٤)

إِذَا كَانَ الْأَبُ مُبْذِرًا مُتْلِفًا مَالَ وَلَدِهِ غَيْرَ أَمِينٍ عَلَى حِفْظِهِ ، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُتَّصَبَ وَصِيًّا ، وَيُنَزَعَ الْمَالُ مِنْ يَدِ أَبِيهِ ، وَيُسَلَّمَهُ إِلَى الْوَصِيِّ لِيَحْفَظَهُ ^(١) .

٢٣٣٥ - فالذي علم أن الأب متى كان متصفًا بفساد الرأي وسوء التدبير وضعت تصرفاته تحت قانون يضمن للولد النفع من نفس هذه التصرفات .

٢٣٣٦ - أما إذا كان الأب مبذرًا متلفًا مال ولده غير أمين على حفظه ، فليس له أن يتصرف فيه أصلًا ؛ بل ينزع القاضي المال من تحت يده ويسلمه إلى وصي يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغير بالنفع .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦٣/١) : « فإن كان الأب مبذرًا مسرفًا لا يؤمن على ذلك ، فالقاضي يخرج ذلك من يده ويجعله في يد أمين ويحفظ لهم ، فإذا بلغوا أسلم إليهم كذا في المحيط » .

(مادة ٤٢٥)

لِلأَبِ بَشْرَاءِ مَالٍ وَلَدِهِ لِنَفْسِهِ ، وَبَيْعِ مَالِهِ لَوْلَدِهِ .
 فَإِنْ اشْتَرَى مَالَ وَلَدِهِ ، فَلَا يَتْرَأُ عَنِ الثَّمَنِ حَتَّى يَنْصَبَ الْقَاضِي لَوْلَدِهِ وَصِيًّا يَأْخُذُ الثَّمَنَ
 مِنْ أَبِيهِ ، ثُمَّ يَزِدُّهُ عَلَيْهِ ؛ لِيُخَفِّظَهُ لِلصَّغِيرِ .
 وَإِنْ بَاعَ مَالَ نَفْسِهِ لَوْلَدِهِ ، فَلَا يَصِيرُ قَابِضًا لَهُ بِمَجْرُودِ الْبَيْعِ ، حَتَّى تُوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ قَبْلَ
 الثَّمَنِ مِنْ قَبْضِهِ حَقِيقَةً ، يَهْلِكُ عَلَى الْأَبِ لَا عَلَى الْوَلَدِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٧٣/٣ ، ١٧٤) : « يجوز بيع الأب من ابنه الصغير وشراؤه منه لنفسه استحساناً وترجع الحقوق إلى الصبي ويقوم الأب مقامه فيها ، ولهذا لو بلغ ملك مطالبة الأب بالثمن ولو باع الأب من غيره فبلغ لا يملك المطالبة بنفسه كذا في محيط السرخسي ، واختلف المشايخ في أنه هل يشترط لتمام هذا العقد الإيجاب والقبول ؟ والصحيح أنه لا يشترط حتى إن الأب لو قال : بعت هذا من ولدي فلان بكذا أو قال : اشتريت من مال ولدي هذا بكذا فإنه يتم العقد ، ولا يشترط أن يقول : بعت هذا من ولدي واشتريت وجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة وبما يتغابن الناس فيه والجد أبو الأب عند انعدام الأب بمنزله ، كذا في المحيط » .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٥٤/٣ ، ١٥٥) : « وله بيع ماله بعرض ونسيئة للمصلحة) التي يراها فيهما ، كأن يكون في الأول ربح وفي الثاني زيادة لثقة ، أو خاف عليه من نهب أو إغارة (وإذا باع نسيئة أشهد) على البيع وجوباً (وارتهن به) أي بالثمن رهناً وإثماً به ، ويشترط أن يكون المشتري مؤمراً ثقة والأجل قصيراً عُرفاً احتياطاً للمحجور عليه ، فإن لم يفعل ذلك ضمن . قال السبكي : وبطل البيع على الأصح . قال : وقال الإمام : الأصح أنه لا يبطل إذا كان المشتري مليئاً . ا هـ . والأوجه كلام السبكي ، ولا يجزئ فيه الكفيل عن الارتهان . نعم لا يلزم الأب والجد الارتهان من نفسها له والدين عليهما بأن باعا ماله لأنفسهما نسيئة ؛ لأنهما أمينان في حقه وبحكم القاضي بصحة يمهما مال ولدتهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن يمهما وقع بالمصلحة ؛ لأنهما غير متهمين في حق ولدتهما وفي وجوب إقامتهما البيعة بالعدالة ليسجل لهما وجهان : أحدهما : الاكتفاء بالعدالة الظاهرة كشهود النكاح ، والثاني : نعم كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم . وينبغي كما قال ابن العماد أن يكون هذا هو الأصح بخلاف ما مر ؛ لأن ذلك في جواز ترك الحكم لهما على الولاية ، وهذا فيما إذا طلبا منه أن يسجل لهما بخلاف الوصي والأمين ، فإنه يجب إقامتهما البيعة بالمصلحة وبعدهما ، ويقبل قول المحجور عليه بعد الكمال أنهما باعا ماله ولو غير عقار بلا مصلحة فيلزمهما البيعة ، بخلاف الأب والجد فلا يلزمهما البيعة ، بل البيعة عليه ؛ لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما ولا يبيع الوصي مال الطفل أو المجنون لنفسه ولا مال نفسه له ، ولا يقتصر له ولي ولو أباً ، ولا يعفو عن القصاص .

نعم له العفو على الأرش في حق المجنون الفقير ، بخلاف الصبي كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الجنابات ؛ لأن الصبا له غاية تنتظر بخلاف الجنون ، ولا يحتق رقيقه في غير الكفارة المرتبة ، ولا يكاتبه ، ولا يدره ، =

ولا يعلق عقده بصفة ، ولا يطلق زوجته ولو بعوض خبير « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه والدارقطني ، ولا يصرف ماله في المسابقة ، ولا يشتري له إلا من ثقة . قال ابن الرفعة : ولا يظهر جواز شراء الجوارى للتجارة لغر الهلاك ، وله أن يزرع له كما قاله ابن الصباغ : (ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة) التي رآها في ذلك ؛ لأنه مأمور بفعلها ، فيجب الأخذ إذا كانت المصلحة فيه ، ويحرم إذا كانت المصلحة في تركه ، فلو استوت المصلحة في الأخذ والترك فهل يحرم الأخذ أو يجب أو يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاها في البحر تبعا للمواردي ، والأول هو مقتضى كلام المصنف . وقال الإسني : هو مقتضى كلام الرافعي في آخر الشفعة . وقال في المطلب هنا : والنص يفهمه ، والآية تشهد له : أي قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ مِنْكُمْ ﴾ فإنها دالة على المنع عند الاستواء لورودها بصيغة التفضيل ، ولو ترك الولي الأخذ مع الغبطة فيه ثم كمل المحجور عليه كان له الأخذ ؛ لأن ترك الولي حينئذ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرفه بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطة ولو في الأخذ والترك معا كما مر ، ولو أخذ الولي مع الغبطة ثم كمل المحجور عليه وأراد الرد لم يمكن منه كما صرح به في الروضة ، والقول قوله يمينه في أن الولي ترك الأخذ مع الغبطة ، ويلزم لولي البينة إلا على أب أو جد قال : إني تركتها لغبطة فلا يقبل قوله عليه (ويترك ماله) وجوبا ؛ لأنه قائم مقامه ، وقد تقدم الكلام على ذلك في باب الزكاة (وينفق عليه بالمعروف) في طعام وكسوة وغيرهما ما لا بد منه بما يليق به في إعساره ويساره ، فإن قتر أتم وإن أسرف أتم وضمن ويخرج عنه أرض الحنانية وإن لم يطلب ذلك منه .

فإن قيل : الدين الحال لا يجب أدائه إلا بعد الطلب كما مر في كتاب التفليس وأرض الحنانية ذين . أوجب بأن ذلك ثبت بالاختيار فتوقف وجوب أدائه على طلبه بخلاف ما هنا ، وينفق على قريبه بعد الطلب منه كما ذكره الشيخان لسقوطها بمضي الزمان . قال الإسني : وما ذكرناه من توقف نفقة القريب على الطلب لا يستقيم إذا كان المنفق عليه محتونا أو طفلا أو زمتا بعجز عن الإرسال ونحو ذلك ا هـ . وهو ظاهر ، نعم إن كان له ولي خاص ينبغي اعتبار طلبه ، وكالصبي في ذلك المجنون والسفيه ولا أجرة للولي ولا نفقة في مال محجوره ، فإن كان فقيرا وشغل بسببه عن الاكتساب أخذ الأقل من الأجرة والنفقة بالمعروف . قال تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ عَنَّا غَنِيًّا فَلْيَسْتَفِئْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ وكالأكل غيره من بقية المون ، وإنما خص بالذكر ؛ لأنه أعم وجوه الانتفاع ، وله أن يستقل بالأخذ من غير مراجعة الحاكم ، ولو نقص أجر الأب أو الجد أو الأم إذا كانت وصية عن نفقته وكان كل منهم فقيرا تمهما من مال محجوره ؛ لأنها إذا وجبت بلا عمل فمعه أولى ، وإذا أخذ لقره ثم أيسر لا يجب عليه رد البديل على الأظهر في زيادة الروضة ، هذا كله في الولي غير الحاكم . أما هو فليس له ذلك لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه بخلاف غيره حتى أمينه كما صرح به الحاملي ، وللولي خلط ماله بمال الصبي ومواكلته للارتفاق إذا كان للصبي فيه حظ .

قال تعالى : ﴿ وَإِنْ تَحَالَفْتُمُوهُمْ فَتَرَوُكُنَّ ﴾ وإلا امتنع . قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ مِنْكُمْ ﴾ ويسن للمسافرين خلط أزوادهم وإن تفاوتوا في الأكل لأخبار صحيحة وردت فيه ، ولا يجب على الولي أن يشتري موليه إلا بعد استغائه عن الشراء لنفسه ، فإن لم يستغن عنه قدم نفسه وإن تضجر الأب وإن علا فله الرفع إلى القاضي لينصب قيما بأجرة من مال محجوره ، وله أن ينصب غيره بها بنفسه .

٢٣٣٧ - وقد علم أن الأب إن كان عدلاً أو مستور الحال جاز له بيع أموال ولده الصغير أو الكبير الملحق به وشراء ما يراه موافقاً له ، سواء كان البيع والشراء بمثل القيمة أو بغير يسير .

٢٣٣٨ - أما لو كان الأب فاسد الرأي سيئ التدبير فلا يجوز له كل من البيع والشراء إلا بالخيرية ، ولا يشترط في صحة كل من البيع والشراء أن يشتري الأب من غيره أو يبيع لغيره بل لو اشترى مال ولده لنفسه أو باع ماله لولده صح هذا العقد ؛ لأنهم وإن اشترطوا في العاقد التعدد إلا أنهم استثنوا من هذا الشرط مسائل :

٢٣٣٩ - منها : الأب ومنها الوصي المختار فإن لكل منهما أن يبيع ماله لليتم وأن يشتري مال اليتيم لنفسه على التفصيل الذي يأتي لك في تصرفات الوصي .

٢٣٤٠ - ومنها : القاضي فإن له أن يتولى طرفي العقد بالنسبة ليتيمين له الولاية على أموالهما .

٢٣٤١ - ولكن في صورة شراء الأب مال ولده لنفسه لا يبرأ عن الثمن حتى يرفع الأمر إلى القاضي فينصب وصياً ليلسلمه الأب الثمن ثم يستلمه منه ليكون من ضمن أموال ولده التي له عليها ولاية الحفظ والتصرف .

= قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٩٩/٣) : قال ابن رشد تصرف الأب بحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه ، ومحل هذا الخلاف إذا باع الأب متاع ولده من نفسه ، وأما لو باعه لغيره فهو محمول على السداد والنظر اتفاقاً حتى يثبت خلافه .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٧٠/٥ ، ٧١) : (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه) . يعني أن الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره . ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي وزادوا الجد ، فأباحوا له ذلك . وقال زفر : لا يجوز ؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد ، فلا يجوز أن يتعلق به حكامان متضادان ؛ ولأنه لا يجوز أن يكون موجباً وقاهلاً في عقلي واحد ، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه . ولنا ، أن هذا يلي نفسه ، فجاز أن يتولى طرفي العقد ، كالأب يزوج ابنته عبده الصغير ، والسيد يزوج عبده أمته . ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره . فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه ، على ما سنذكره في موضعه ، فينزل منزلة الأجنبي ؛ ولأن التهمة بين الأب وولده متفتية ، إذ من طبعه الشفقة عليه ، والميل له ، وترك حظ نفسه لحظه ، فلذلك جاز . وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه ؛ فإن التهمة غير متفتية في حقهم ، وأما تولي طرفي العقد ، فيجوز ، ببديل الأصل الذي ذكرناه . ولا نسلم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوج ابنة عمه ، بل يجوز ببديل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجمعين أمرك إلي ، قالت : نعم . قال : قد تزوجتك . ولئن سلمنا فإن التهمة غير متفتية ثم .

٢٣٤٢ - وإنما احتجنا إلى إقامة الوصي بالصورة المتقدمة ؛ لئلا يلزم عليه أن الأب يصير قاضياً ومقتضياً في آن واحد ولدفع التهمة عن الأب .

٢٣٤٣ - ويتم هذا العقد بمجرد قول الأب : بعث هذا لولدي ، أو : اشتريت ذلك الشيء من ولدي ؛ لأن عبارته المذكورة تقوم مقام الإيجاب والقبول وفي صورة ما إذا باع الأب ماله لولده لا يصير قابضاً له بمجرد العقد ، بل لا بد من التمكن من قبضه .

٢٣٤٤ - ويتفرع على ذلك : أنه لو هلك الشيء المبيع بعد العقد وقبل التمكن من القبض يكون هلاكه على الأب لا على ولده فإذا فرض أن الأب في مصر وله مال بطندتا (١) مثلاً وباعه لابنه ثم هلك بطندتا قبل أن يحضره لاستلامه بالنيابة عن ولده ، فإن هلاكه - والحالة هذه .

٢٣٤٥ - يكون على الأب فلو أحضره إلى مصر أو ذهب الأب إلى طندتا واستلمه كان حكمه كحكم باقي أموال ولده .

٢٣٤٦ - ويظهر أن الحكمة فيما ذكر منفعة الصغير بتقليل الأخطار التي تطرأ على ماله بقدر الإمكان .

(مادة ٤٢٦)

يَجُوزُ لِلأَبِ أَنْ يَزْهَنَ مَالَهُ مِنْ وُلْدِهِ ، وَأَنْ يَزْهَنَ مَالَ وُلْدِهِ مِنْ نَفْسِهِ .
وَلَهُ أَنْ يَزْهَنَ مَالَ وُلْدِهِ بِدَيْنِهِ أَوْ بِدَيْنِ نَفْسِهِ . وَإِذَا زَهَنَهُ بِدَيْنِ نَفْسِهِ فَهَلْكَ ، فَإِنْ كَانَتْ
قِيَمَةُ الزَّهْنِ أَكْثَرَ مِنَ الدَّيْنِ ، ضَمِنَ الأبُ قَدْرَ الدَّيْنِ دُونَ الزِّيَادَةِ (٢) .

• • •

(١) طندتا : هي مدينة طنطا حالياً .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٣٢/٥) : « ارتهان مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية كالأب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه ، فإن هلك الرهن في يدي المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به فضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن ؛ لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن ، ولو أدرك الولد ، والرهن قائم عند المرتهن فليس له أن يسترده قبل قضاء القاضي ، ولكن يؤمر الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده ، ولو قضى الولد دين أبيه وأفتك الرهن لم يكن متبرعاً ، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه ، وكذا حكم الوصي في جميع ما ذكرنا حكم الأب » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٣٤/٤) : « للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ، ومن عداه بخلافه » .

٢٣٤٧ - وعندما يشتري الأب شيئاً من مال ولده لنفسه أو يبيع من ماله شيئاً لولده إن دفع الأب ثمن ما اشتراه من ولده في الحالة الأولى أو أخذ من مال ولده ثمن ما باعه له فالأمر ظاهر .

٢٣٤٨ - وأما إذا لم يحصل ذلك بل أراد الأب أن يرهن شيئاً من ماله عند ولده بالثمن الذي عليه أو أراد أن يرتهن يعني يأخذ شيئاً من مال ولده رهناً عنده بثمن ما باعه لولده وفعل ، صح ذلك الرهن والارتهان وإن كان الراهن والمرتهن في الصورتين واحداً إذ هو الأب فهو مستثنى من قولهم : إن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن . أي : لا يكون راهناً ومرتهناً ، بخلاف الوصي فإنه مبقي على الأصل المذكور .

٢٣٤٩ - وإذا كان هذا العقد جائزاً فمن باب أولى يجوز إذا رهن مال ولده عند أجنبي بدين على الولد كما إذا استهلك ولده مالاً لغيره وليس عنده نقود يدفع للمالك البديل منها فإنه في هذه الحالة يجوز للأب أن يعطي الدائن شيئاً من أموال ولده ليكون رهناً عنده حتى يأخذ بدل ما استهلكه ولده .

٢٣٥٠ - وإنما جاز هذا العقد بطريق الأولوية ؛ لأن العاقد تعدد وهو الأب والدائن بخلاف الأول .

٢٣٥١ - وكما يجوز للأب أن يرهن مال ولده بدين على الولد يجوز له أن يرهنه بدين عليه هو ؛ لأن الأب يملك إيداعه عند غيره والرهن أنظر منه في حق الصبي ؛ لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة ؛ لأنه لو هلك يهلك مضموناً عليه بخلاف الوديعة فإنها تهلك هلاك الأمانة .

٢٣٥٢ - ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجوداً عند المرتهن أمر الأب بسداد دينه وتخليص الرهن فإن هلك تحت يد المرتهن من غير تعدد هلك بالأقل من الأمرين وهما القيمة والدين .

٢٣٥٣ - فإذا فرضنا أن الأب رهن شيئاً من أموال ولده قيمته خمسون جنيهاً وكان الدين كذلك ، وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الأب ويلزمه دفع هذا المبلغ إلى ولده ؛ لأنه صار قاضياً بذنه بمال الصغير فتلزمه قيمته ، ولو كان الدين أكثر من خمسين جنيهاً سقط منه بقدر قيمة الرهن ؛ لأنها أقل من الدين ويضمنها إلى ولده ويدفع الزائد إلى الدائن .

٢٣٥٤ - وإن كان الدين أربعين جنيهاً فقط سقط كله بهلاك المرهون ؛ لأن الدين

أقل من القيمة في هذه الحالة .

٢٣٥٥ - ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الذئين إلى الراهن ؛ لأن الزائد أمانة وهي لا تضمن إلا بالتعدي والموضوع أنه هلك من غير تعديه فلا يضمنه ، ويلزم الأب أن يعطي لولده قدر الذئين لا الزيادة .

٢٣٥٦ - هذا إذا هلك الرهن من غير تعد من المرتهن فلو كان بتعديه ضمن قيمته بالغة ما بلغت . ويأتي لك زيادة إيضاح لشرح هذه المادة في شرح مادة (٤٦١) فانظره فإنه نفيس .

(مادة ٤٢٧)

لا يَمْلِكُ الأبُ إِقْرَاضَ مَالِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَلَا اقْتِرَاضَهُ ، وَلَا هِبَةَ شَيْءٍ مِنْهُ وَلَوْ بِعَوْضٍ .
وَلَهُ إِعَارَظُهُ حَيْثُ لَمْ يُخَشَّ الصَّبِيَّاعُ وَلَا التَّلْفُ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في رد المحتار (٧١١/٦) : « ولا يملك ، أي : الوصي - إقراض مال اليتيم ، فإن أقرض ضمن والقاضي يملكه ، والصحيح أن الأب كالوصي لا كالقاضي ، ولو أخذه الوصي قرضاً لنفسه لا يجوز ويكون ديثاً عليه . وقال محمد : وأما أنا أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء لا بأس به . وجاء في بدائع الصنائع (١١٨/٦ ، ١١٩) : « وأما ما يرجع إلى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع ؛ ولأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع ، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون ؛ لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دينوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف ؛ لأن المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ، ولأنه لا يقابله نفع دينوي ، وقد قال الله عز شأنه : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ مِنْكُمْ ﴾ ولأنه إذا لم يقابله عوض دينوي كان التبرع ضرراً محضاً وترك المرحلة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وقوله عليه الصلاة والسلام : « من لا يرحم صغيرنا فليس منا » ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات العسيرة المحضة . وإن شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمته : يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما سواء كان يعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض ، والأصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا يعوض ولا بغير عوض ، والأصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة يعوض . (وجه) قول محمد أن الهبة تمليك فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكاً بعوض وهذا تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة ، ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك . (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعاً ابتداء ثم تصير بئيقاً في الانتهاء بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض ، ولو وقعت بئيقاً =

٢٣٥٧ - وبما أن تصرفات الأب في مال ولده منوطة بالمصلحة فإذا حضر إليه شخص وطلب منه أن يعطيه شيئاً من مال ولده على سبيل القرض الشرعي بأن يكون هذا الشيء من المثليات يستهلكه في حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له إعطاؤه شيئاً منه ، لأن فيه تعطيلاً للأموال بدون استثمار والأب مأمور بتنمية أموال ولده بقدر الإمكان ، وكما أنه لا يجوز إقراضه لغيره ، فكذلك لا يجوز له أن يقرضه لنفسه لما ذكره الوصي كلاًب .

٢٣٥٨ - وأما القاضي فيجوز له إقراضه لأنه قادر على تخليص مثله في أي وقت أراد ، ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة إليه مطلقاً بل هو مقيد بما إذا لم يجد شيئاً يشتريه لليتيم بهذا المال يستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة أي يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذي يتفقان عليه ، وهو ظاهر لأنه إذا لم يمكن استثمار المال بأي طريق .

٢٣٥٩ - فالأحسن إعطاؤه للمحتاج ليتنفع به ويكون مضموناً عليه ويرده في الوقت المناسب وهو الوقت الذي يرى القاضي أخذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملكه ، وإذا لم يجز للأب إقراض مال ولده فمن باب أولى لا تجوز له هبة شيء منه ، لأن الأول عقد معاوضة انتهاء الهبة فإنها عقد تبرع وهذا ظاهر إذا كانت الهبة بغير عوض .

٢٣٦٠ - أما إذا كانت بعوض تساوي قيمته الشيء الموهوب أو أقل منها ييسر جاز

= من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض ؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل أنها وقعت تبرعاً ابتداء وهولاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير شيئاً بعد ذلك .

وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢٩٩/٢ ، ٣٠٠) : « (سئل) في الوصي هل له إعارة مال اليتيم ؟ (الجواب) : نعم في الفصول العمادة وذكر في التجنيس عن النوازل أنه ليس للأب ذلك ، وفي الذخيرة للأب إعارة ولده الصغير أما إعارة ماله فعند البعض له ذلك استحساناً وعند البعض ليس له ذلك وهو القياس ، وفي فوائد صاحب المحيط إنما يجوز له إعارة الولد إذا كان لخدمة الأستاذ لتعلم الحرفة ، أما لو كان لغير ذلك فلا يجوز ، وفي المحافظة لا يبيع مال اليتيم ويودعه ومثله الأب ، والقاضي . ١ هـ . وفي الخلاصة في تصرفات الوصي ، وفي أدب القاضي الوصي يودع مال اليتيم ويبيع . ١ هـ .

(قلت) ينبغي أن يفصل بأنه إن كان المستعير ثقة أميناً لا يخشى عليه من ضياع المال ولا تلفه ولا إنكاره فله ذلك وربما يتضمن ثواباً كإعارة كتاب لعالم ينتفع به ويتنفع الناس وكان العالم بالصفات المذكورة ، وإن كان غير ذلك فليس له ذلك ، والله تعالى أعلم .

قول المالكية : جاء في التاج والإكليل (٦٥٢/٦) : « الأب تجوز هبة مال ولده للثواب بخلاف الوصي ؛ لأن الهبة للثواب إذا فاتت بيد الموهوب إنما عليه قيمتها والوصي لا يبيع له بالقيمة .

ذلك ؛ لأن الهبة في هذه الحالة عقد معاوضة كما هو ظاهر فتجوز على رأي .
 ٢٣٦١ - ولما كانت الوديعة والعارية ليستا كالقرض والهبة أجازوهما للأب ؛ لأن الوديعة هي تسليط الغير على حفظ المال ولا ضرر فيها والعارية هي تملك المنفعة بغير عوض .

٢٣٦٢ - ولكن يشترط في جوازهما ألا يخشى ضياع المال ولا إتلافه عند المودع والمستعير ويظهر أن محل جواز إعارة الأب مال ولده إذا لم يجد من يملكه منفعة الشيء في مقابلة أجره ، فإن وجد فليس له إعارته كما قالوا في إقراض القاضي مال اليتيم .

(مادة ٤٢٨)

إِذَا كَانَ لِلصَّبِيِّ ذَيْنَ لَمْ يُبَايِزْ أَبُوهُ عَقْدَهُ بِتَفْسِيهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْتَالَ بِهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ ائْتَالَ عَلَيْهِ أَمْلًا مِنْ ائْتِيلِ لَا دُونَهُ وَلَا مِثْلَهُ .

فَإِنْ كَانَ أَبُو الصَّغِيرِ هُوَ الَّذِي بَاشَرَ عَقْدَ الدَّيْنِ بِتَفْسِيهِ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ ائْتَالَ عَلَى مَنْ هُوَ مِثْلُ ائْتِيلِ أَوْ دُونَهُ فِي المَلَاءَةِ ، وَالتَّوَصِّي فِي ذَلِكَ كَالْأَبِ (١) .

٢٣٦٣ - وكما أنه يجوز للأب أن يبيع ويرهن ويؤجر مال ولده يجوز له أن يقبل نقل دينه من ذمة المدين إلى ذمة غيره ، ويكون ذلك بعقد الحوالة ، إذ الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة إلى ذمة أخرى .

٢٣٦٤ - فالشخص المدين يقال له محيل ، والدائن محال ومن التزم بدفع الدَّيْنِ محال عليه والدَّيْنِ محال به فإذا كان للولد ذَيْنَ على شخص وأحال هذا المدين أبا الولد على شخص آخر ليأخذه منه وقيل الأب صححت هذه الحوالة وبرئت ذمة المحيل من الدَّيْنِ براءة مقيدة بسلامة هذا الدين ولكن على التفصيل الذي سيلقى عليك وبيانه :

٢٣٦٥ - إن الدين الذي يكون للولد إما ألا يباشر أبوه عقده بنفسه أو يباشره .

٢٣٦٦ - فإن كان الأول كما إذا باعت أم الولد شيئاً من أموالها لشخص بمائة جنيه مثلاً ولم تقبض الثمن حتى توفيت وورث ولدها هذا الدَّيْنِ صححت حوالة الأب متى

(١) قول الخليفة : جاء في الفتاوى الهندية (٢٩٦/٣) : ويجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الأب ، والوصي على أملاً من الأول ، وإن كان مثله في الملاءة اختلفوا على قولين كذا في البحر الرائق ناقلاً عن المحيط .

كان المحال عليه أغنى من المحيل ؛ لأنه في فائدة الولد .

٢٣٦٧ - فلو كان أقل منه في الثروة أو مثله فلا تصح فيطالب المحيل بهذا الدين وليس له أن يحتج بهذا العقد لأنه غير صحيح .

٢٣٦٨ - وهذا ظاهر فيما إذا كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل ؛ لأنه إن صح ذلك فربما يعود على الولد بالضرر مع أن تصرفات الأب في أموال ولده منوطة بالمصلحة .

٢٣٦٩ - وأما إذا كان المحال عليه مثل المحيل في الثروة فقالوا : إن العقد غير صحيح لعدم الفائدة ، وهذا المقام قابل للبحث إذ ربما يقال : إن المحال عليه وإن كان مثل المحيل في الثروة أو دونه إلا أنه قد لا يماطل في دفع الحق فتأمل .

٢٣٧٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الأب باشر عقد هذا الدَّين كما إذا باع شيئاً من أموال ولده لشخص ولم يقبض منه ثمنه فأحاله على غيره فإن هذه الحوالة تصح إذا قبل الأب .

٢٣٧١ - ولو كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل ؛ لأنه لو باع هذا الشيء للمحال عليه من أول الأمر لجاز ذلك .

٢٣٧٢ - ويظهر أن صحة الحوالة في هذه الحالة مقيدة بما إذا كان المحال عليه قادراً على دفع الدَّين ، وإلا كان معرضاً للأموال إلى الضياع وهو لا يجوز ، وكل ما تقدم من أحكام هذا العقد بالنسبة إلى الأب يقال بالنسبة إلى الوصي .

(مادة ٤٢٩)

إِذَا اشْتَرَى الْأَبُ لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ الْفَقِيرِ شَيْئًا مِمَّا هُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ . وَإِنْ اشْتَرَى لَهُ شَيْئًا مِمَّا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، وَقَصَدَ بِذَلِكَ الرَّجُوعَ ، رَجَعَ إِنْ أَشْهَدَ .

• • •

٢٣٧٣ - ومتى كان للولد مال فلا يلزم أبوه بشيء من لوازمه ؛ بل كل ذلك يكون من ماله أما إذا لم يكن له مال فجميع لوازمه على الأب .

٢٣٧٤ - فإذا اشترى له شيئاً في هذه الحالة ودفع الثمن من ماله وبعد ذلك صار الولد ذا مال فأراد أبوه أن يأخذ منه ثمن ما اشتراه له ففي المقام تفصيل ؛ لأن الشيء الذي اشتراه له إما أن يكون واجباً عليه كالطعام والكسوة وأجرة التعليم ، وإما أن يكون

غير واجب كعشرة أفدنة مثلاً .

٢٣٧٥ - فإن كان الأول فلا رجوع له ولو أشهد أنه اشتراه ليرجع بشمنه إذا أيسر ولده ؛ لأنه قضى شيئاً واجباً عليه فلا يستحق أخذ بدله كالمدين إذا دفع ما عليه .

٢٣٧٦ - وإن كان الثاني فلا يثبت له هذا الحق إلا إذا قصد الرجوع وأشهد عليه ؛ لأن الغالب من شفقة الوالد تمليك أولاده شيئاً للبر والصلة لا للرجوع فلو انتفى هذا بالإشهاد ثبت له الحق .

٢٣٧٧ - والوصي في ذلك كالأب على رأي بعضهم . وقد أتينا بجميع الآراء في هذا الموضوع ذاكرين الممول عليه في شرح مادة (٤٦٧) فراجعه .

(مادة ٤٣٠)

إِذَا مَاتَ الْأَبُ مُجْهَلًا مَالٌ وَوَلَدِهِ ، فَلَا يَضْمَنُ مِنْهُ شَيْئًا .
وَإِنْ مَاتَ غَيْرَ مُجْهَلٍ مَالَهُ ، وَكَانَ الْمَالُ مُوجُودًا ، فَلَهُ بَعْدَ رُشْدِهِ ، أَوْ لَوَلِيِّهِ أَخْذُهُ بِعَيْتِهِ .
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُوجُودًا ، أَخِذْ بَدَلَهُ مِنْ تَرْكِيهِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢٩٨/٢) : « (سئل) في الوصي إذا مات مجهلاً مال اليتيم فهل لا ضمان عليه في تركته ؟

(الجواب) : نعم ولا يضمن الوصي بموته مجهلاً ، ولو خلطه بماله ضمن خيرية من الوصايا ، وأفتى بمثله أيضاً في الوديعة وعزاه لغوائد صاحب المحيط فارجع إلى ما أفتى به في الموضوعين فإن فيهما فوائد .

(سئل) في الأب إذا مات مجهلاً مال أولاده الصغار فهل لا ضمان عليه في تركته ؟

(الجواب) : نعم كما في الخيرية من الوديعة .

وجاء في الدر المختار (٦٦٦/٥) : « (ومنه) أي من المنع ظلماً (موته) أي موت المودع (مجهلاً فإنه يضمن) فتصير ذنباً في تركته إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان ، ولو قال الوارث : أنا علمتها وأنكر الطالب إن فسرها ، وقال : هي كذا وأنا علمتها وهلك صدق وهذا وما لو كانت عنده سواء إلا في مسألة وهي أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لا يضمن ، والمودع إذا دل ضمن خلاصة إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما في سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشرط ومفاوض (إلا في) عشر على ما في الأشباه .

وجاء في حاشيته رد المختار : « الوصي إذا مات مجهلاً فلا ضمان عليه كما في جامع الفصولين ، والأب إذا مات مجهلاً مال ابنه ، والوارث إذا مات مجهلاً ما أودع عند مورثه ، وإذا مات مجهلاً لما ألقته الريح في بيته أو لما وضعه مالكة في بيته بغير علمه ، وإذا مات الصبي مجهلاً لما أودع عنده محجور .

٢٣٧٨ - والأب ما دام موجودًا فأموال ولده تحت تصرفه إذا لم يكن هناك موجب لنزعها منه وتسليمها لغيره . أما إذا مات فتسلم إلى من يليه في الولاية على المال وهو وصيه إن أقام وصيا وإلا فالجد الصحيح إن كان موجودًا ، فإن لم يكن فالقاضي ووصيه .
٢٣٧٩ - ثم الأب إما أن يبين أموال ولده قبل وفاته أو يموت مجهلاً لها .

٢٣٨٠ - فإن كان الأول بأن بين كل ما يستحقه ولده عنده من نقود وغيرها ، فإما أن توجد كل الأشياء أو لا فإن وجدت استلمها ولي الصغير بعينها ليسلمها للصغير بعد بلوغ رشده ، وإن لم توجد أخذ بدلها من تركته قبل القسمة على الورثة .

٢٣٨١ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا جهلها فالأشياء التي توجد وهي معروفة أنها للصغير يستحقها والتي لم توجد لا تكون مضمونة في تركه الأب .

٢٣٨٢ - ولينظر هذا مع قولهم أن الأب أمين بالنسبة لمال ولده ، والأمين يضمن بموته مجهلاً الأمانة ؛ كما إذا أودع شخص عند غيره شيئًا ومات المودع غير مبين الوديعة ولم توجد في تركته أو استأجر شخص من آخر شيئًا أو استعار ومات كلاً منهما مجهلاً المستأجر والمستعار ولم يوجد في أمواله ، فإن هذه الأشياء تكون مضمونة في تركه المودع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البديل من التركة قبل القسمة على الورثة ؛ لأن قضاء الذئب مقدم على استحقاق الورثة .

٢٣٨٣ - اللهم إلا أن يجاب بأن الأب وإن اشترك مع من ذكروا في أن كلاً أمين ، ولكن هناك فرق بينه وبينهم ، وهو أن الأب له ولاية التصرف في أموال الصغير بخلاف من ذكر فيحمل على أنه تصرف في الأشياء التي لم توجد ، وضاع الثمن أو اتجر وخسر في التجارة مثلا ، ولم أر من قال بضمانه في هذه الحالة .

(مادة ٤٣١)

إِذَا بَلَغَ الْوَالِدُ ، وَطَلَبَ مَالَهُ مِنْ أَبِيهِ ، فَأَدْعَى أَبُوهُ ضَيَاعَهُ أَوْ إِتْفَاقَهُ عَلَيْهِ نَفَقَةَ الْبَيْتِ فِي مَدَّةٍ صَغِيرَةٍ ، وَالْمَدَّةُ تَحْتَمِلُهُ ، يُصَدِّقُ الْأَبُ بِبَيْتِيهِ .

٢٣٨٤ - وبما أن أموال الأولاد تحت يد الأب فهو الذي يتصرف فيها بما يراه صالحاً لهم إلى أن يبلغوا رُشدهم .

٢٣٨٥ - فإذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سُلمت إليهم الأموال ؛ لأن المانع قد زال ولكن لما كانت الأموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص احتيج إلى المحاسبة عليها ليستلموها على ما هي عليه الآن ، بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة ؛ لأنه قائم مقامهم .

٢٣٨٦ - وكل شيء يدعيه الأب حال المحاسبة يحسب من مالهم إن صدقوه ؛ لأن الأموال ملكهم فلم يقرروا على ما يدعيه .

٢٣٨٧ - وإن نازعوه فيما يدعيه بأن قال : صرفت عليهم في مدة صغرهم خمسمائة جنيه (مثلاً) .

٢٣٨٨ - وعارضوه في ذلك فإن كان الظاهر لا يكذبه بأن كانت المدة تحمل صرف هذا المبلغ صدق قوله يمينه ، وإن كان الظاهر يكذبه ، كما إذا كان المبلغ الذي يدعي صرفه يزيد عن لوازمهم في تلك المدة فإن ادعى سبباً مقبولاً كأن قال : اشتريت لهم طعاماً فسرق ، أو كسوة فاحترقت ، فاشتريت لهم بدل ما ذكر . صدق أيضاً إن لم يدع تكرار ذلك مراراً .

٢٣٨٩ - أما إذا لم يبين سبباً مقبولاً فلا يصدق بل تحسب نفقة المثل ويلزم بدفع الباقي ، ومثل هذا لو ادعى ضياعه فإنه يصدق يمينه ويظهر أن هذا لا بد أن يكون بعد تحري القاضي .

(مادة ٤٣٢)

يَمْلِكُ الْأَبُ لَا الْأُمُّ وَلَا غَيْرُهَا مِنْ سَائِرِ الْأَقْرَابِ وَلَا الْقَاضِي بِنَيْحِ غُرُوضِ ابْنِهِ الْكَبِيرِ الْغَائِبِ لَا عَقَارَهُ ، وَلَهُ بِنَيْحِ غُرُوضِ وَعَقَارِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ الْغَائِبِ وَغَيْرِ الْمَكْلُفِ ، لِتَفَقُّهِهِ وَتَفَقُّهِ أُمِّهِ وَرُؤُوسِهِ وَأَطْفَالِهِ .

وَلَيْسَ لِلْأَبِ أَنْ يَبِيعَ مَالَ وَلَدِهِ الْغَائِبِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا فِي ذَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ ، سِوَى التَّفَقُّهِ ، وَلَا يَبِيعُ أَكْثَرَ مِنْ مِقْدَارِ التَّفَقُّهِ .

•••

٢٣٩٠ - وكما أن الأب يملك بيع مال ولده الصغير والكبير الملحق به لإتمامه، سواء كان عقاراً أو منقولاً يجوز له بيعه متى كان هناك احتياج للنفقة ، سواء كان المحتاج هو

الأب أو أم الصغير أو زوجة الأب أو الصغير أو أطفال الأب لما له من الولاية .
 ٢٣٩١ - ويظهر أن الجدة متى ثبتت له الولاية ملك ما ملكه الأب ، ولكن لا يبيع
 كلاً منهما منه إلا بمقدار النفقة ويتجدد هذا الحق كلما تجدد الاحتياج ، وأما غيرها من
 الأقارب كالأم والأخ والعم فليس لهم ذلك ؛ لأنه لا ولاية لهم على المال ، وهذا إذا
 كان الابن صغيراً أو كبيراً ملحقاً به كما سبق .

٢٣٩٢ - فإن كان كبيراً عاقلاً فإما أن يكون حاضراً أو غائباً .

٢٣٩٣ - فإن كان الأول فلا يملك أن يبيع ماله ؛ لأن ولاية التصرف له فهو الذي يبيع
 وينفق عليهم .

٢٣٩٤ - وإن كان الثاني ، قال الإمام الأعظم : يملك الأب بيع العروض للنفقة
 لا العقار . وقال الصحابان : لا يملك بيع شيء من ماله ؛ لأن ولاية الأب زالت ببلوغ
 الولد رشيداً إلا فيما يبيعه تحصيلاً كالوصي ، وليس في بيعه في هذه الحالة تحصيل ولهذا
 لا يملكه حال حضرته ولا يملك بيعه في ذئب له عليه سيوى النفقة فصار كالأم وغيرها
 من مستحقي النفقة .

٢٣٩٥ - واستدل أبو حنيفة : بأن للأب ولاية الحفظ في مال ولده الغائب كالوصي
 بل أولى ؛ لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ألا يكون له الولاية وغيره
 يستفيدها منه وبيع المنقول من باب الحفظ ؛ لأنه يخشى عليه التلف ثم إذ باع العروض
 صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الأقارب ؛ لأنه ليس لهم
 ولاية الحفظ في ماله وبخلاف حال حضرته ؛ لأن ولاية الحفظ له لا للأب لقدترته عليه .

٢٣٩٦ - واتفق الكل على أن الأب لو كان له ذئب سيوى النفقة على ولده الغائب لم يجز
 له بيع ماله ليستوفي هذا الدين من ثمنه ؛ لأن ذئب النفقة ليس كباقي الديون إذ يترتب على
 عدمها الهلاك ، ولذا نصوا على أنه لا يحبس والد وإن علا في ذئب عليه لفرعه إلا إذا كان
 ذئب نفقة .

(مادة ٤٣٣)

إِذَا مَاتَ الْأَبُ ، فَالْوِلَايَةُ مِنْ بَعْدِهِ عَلَى نَفْسِ أَوْلَادِهِ لِلْجَدِّ ، وَعِنْدَ فَقْدِهِ لِلأَوْلَادِ الْمَذْكُورِينَ فِي مَادَّةِ (٣٥) .

وَالْوِلَايَةُ فِي مَالِهِمْ مِنْ بَعْدِهِ لِلْوَصِيِّ الَّذِي اخْتَارَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَرِيبًا لَهُ ، ثُمَّ إِلَى وَصِيِّ وَصِيهِ .

فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ وَلَمْ يُوَصِّ ، فَالْوِلَايَةُ فِي مَالِ الصَّغَارِ وَالْكَبَارِ الْمَلْحَقِينَ بِهِمْ إِلَى الْجَدِّ الصَّحِيحِ ، ثُمَّ لَوْصِيِّهِ ، ثُمَّ لَوْصِيِّ وَصِيهِ .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْجَدُّ وَلَا وَصِيَّهُ ، فَالْوِلَايَةُ لِلْقَاضِي الْعَامِّ .

• • •

٢٣٩٧ - والولاية تنقسم إلى قسمين : ولاية على النفس ، وولاية على المال .

٢٣٩٨ - أما الأولى فنبتت أولاً للبنوة ، ثم الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة ؛ فإن وجد شخصان من جهة واحدة كالأب والجد الصحيح قدم الأقرب .

٢٣٩٩ - فإن اتحد شخصان في الجهة والدرجة كالأخ الشقيق مع الأخ لأب ، قدم الأقوى وهو الشقيق .

٢٤٠٠ - فإن اتحد شخصان في الجهة والدرجة والقوة كابنين ، أو أخوين شقيقين نبتت الولاية لكل منهما ، وقد تقدم هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٣٥) وما بعدها فراجع .

٢٤٠١ - وأما الثانية فهي المقصودة هنا وهي تثبيت لسته على هذا الترتيب : الأب ووصيه وإن بعد ، والجد الصحيح ووصيه وإن بعد أيضًا ، والقاضي ووصيه .

٢٤٠٢ - فمتى كان الأب موجودًا وكان أهلًا للولاية ، فهو أحق بالولاية على أموال ولده لوفور شفقتة وأصالة رأيه .

٢٤٠٣ - فإذا مات الأب وأقام وصيًا مستوفيًا للشروط ، سواء كان قريبًا للأب ، أو غير قريب له فهو الذي يتصرف ولا يزاومه غيره ، ولو كان ذلك الغير جدًا للأولاد .

٢٤٠٤ - فإذا لم يوص الأب إلى أحد وكان له أب يمكنه أن يقوم بشئون التركة ، فالولاية له .

٢٤٠٥ - فإن لم يكن له أب انتقلت الولاية إلى القاضي إن شاء تصرف بنفسه ، وإن شاء أقام وصيًا ، وهذا هو الجاري ؛ لأن القاضي لا يمكنه أن يتولى إدارة جميع أموال الأيتام .

٢٤٠٦ - وقال الإمام الشافعي : الجد أحق من وصي الأب ؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب عند عدمه ولهذا أحرز ميراثه فيقدم على وصيه .

٢٤٠٧ - ولنا : أن ولاية الأب تنتقل إلى وصيه بالايضاء ، فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ؛ ولأن اختيار الأب الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على أن تصرفه أنظر لأولاده من تصرف الجد .

فهرس المجلد الثاني

- ٤٩٩ الكتاب الثالث : في فُرق النكاح
- ٥٠١ الباب الأول : في الطلاق
- ٥٠٧ الفصل الأول : فيمن يقع طلاقه ومن لا يقع ومحل الطلاق وعدده
- ٥٠٧ مادة ٢١٧ : للزوج دون المرأة أن يرفع قيد النكاح الصحيح بالطلاق
- مادة ٢١٨ : يقع طلاق السكران الذي سكر بمحظور طائفاً مختاراً
- ٥١٤ لا مكرهاً ولا مضطراً.....
- ٥١٨ مادة ٢١٩ : يقع طلاق الأخرس بإشارته المعهودة الدالة على قصده للطلاق
- مادة ٢٢٠ : لا يقع طلاق النائم ، والمجنون ، والمعته ، ومن اختل عقله لكبير
- ٥٢٠ أو مرض أو مصيبة فاجأته.....
- مادة ٢٢١ : لا يقع طلاق أبي القاصر على زوجته ولا طلاق القاصر
- ولو كان مراهقاً
- ٥٢٢
- ٥٢٣ مادة ٢٢٢ : يقع الطلاق لفظاً وبالكتابة المرسومة المستبينة
- ٥٢٦ مادة ٢٢٣ : محل الطلاق المرأة المنكوحة والمعتدة من طلاق رجعي أو بائن ...
- مادة ٢٢٤ : عدد الطلاق يعتبر بالنساء فطلاق الحرة ثلاث متفرقات
- ٥٣٠ إن كانت مدخولاً بها
- ٥٣٦ مادة ٢٢٥ : لا يصح وقوع الطلاق إلا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها.....
- ٥٥٣ الفصل الثاني : في اقسام الطلاق
- مادة ٢٢٦ : الطلاق قسمان : رجعي وبائن . والبائن نوعان : بائن بينونة
- ٥٥٣ صغرى ، وبائن بينونة كبرى
- ٥٥٤ القسم الأول : في الطلاق الرجعي وحكمه والرجعة
- ٥٥٤ مادة ٢٢٧ : يقع الطلاق رجعيًا بصريح لفظ الطلاق إذا أضيف اللفظ ولو معنى.....
- ٥٥٨ مادة ٢٢٨ : صيغتا على الطلاق والطلاق يلزماني يقع بكل منهما واحدة رجعية.....

- مادة ٢٢٩ : يقع الطلاق رجعيًا بثلاثة ألفاظ من ألفاظ الكناية وهي :
 اعتدي ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ٥٦٢
- مادة ٢٣٠ : الطلاق الرجعي بواحدة كان أو اثنتين للحر لا يرفع
 أحكام النكاح ٥٦٧
- مادة ٢٣١ : كل من طلق زوجته المدخول بها حقيقة تطليقة واحدة رجعية
 أو تطلقتين كذلك لو حرّة فله أن يراجعها ٥٧٠
- مادة ٢٣٢ : تصح الرجعة قولاً براجعتك ونحوه خطاباً للمرأة أو راجعت زوجتي ٥٧١
- مادة ٢٣٣ : يلزم أن تكون الرجعة منجزة في الحال فلا يصح إضافتها
 إلى وقت مستقبل ٥٧٥
- مادة ٢٣٤ : الرجعة صحيحة بلا شهود وبلا علم المرأة إلا أنه يندب
 للمراجع أن يُعلم المرأة ٥٧٦
- مادة ٢٣٥ : تنقطع الرجعة وتملك المرأة عصمتها إذا طهرت من الحيضة
 الأخيرة لتمام عشرة أيام ٥٧٧
- مادة ٢٣٦ : إذا وقع نزاع بين الزوجين فادعت المعتدة انقضاء عدتها بالحيض ٥٧٨
- مادة ٢٣٧ : الرجعة لا تهدم الطلقات السابقة بل إذا راجع الزوج امرأته
 بعد طلقين ثم أوقع عليها الثالثة زال بملكه وجلها له ... ٥٨٢
- مادة ٢٣٨ : يتعجل المؤجل من المهر بانقضاء العدة في الطلاق الرجعي ٥٨٣
- القسم الثاني : في الطلاق البائن ونوعيه وأحكام كل منهما**
- مادة ٢٣٩ : يقع الطلاق بائناً بصريح لفظ الطلاق إذا أضيف اللفظ إلى المرأة ٥٨٥
- مادة ٢٤٠ : كل طلاق يلحق المرأة غير المدخول بها فهو بائن ٥٨٩
- مادة ٢٤١ : من طلق زوجته طلاقاً رجعيًا بواحدة أو اثنتين لو حرّة ولم يراجعها ٥٩٠
- مادة ٢٤٢ : من طلق امرأته طلاقاً واحداً مقرونًا بعوض وقبلت في
 مجلسها بانّت بواحدة ٥٩١
- مادة ٢٤٣ : من قال كل حل أو حلال الله أو حلال المسلمين على حرام
 طلقت جميع نسائه ٥٩١

- مادة ٢٤٤ : جميع ألفاظ الكتابات إن وقع بها الطلاق يكون
بائناً بواحدة أو ثلاث ٥٩٤
- مادة ٢٤٥ : إذا آلى الزوج البالغ العاقل من امرأته وبر في إيلائه ولم يفئ إليها ٥٩٨
- مادة ٢٤٦ : الطلاق البائن بينونة صغرى وهو ما كان دون الثلاث يحل
قيد النكاح ٦٠١
- مادة ٢٤٧ : الطلاق البائن بينونة صغرى لا يزيل الحل فلا تحرم المبانة
بما دون الثلاث ٦٠٣
- مادة ٢٤٨ : الطلاق البت يزيل في الحال الملك والحل معاً فمن طلق
زوجته الحرة ٦٠٣
- مادة ٢٤٩ : نكاح الزوج الثاني يهدم بالدخول ما دون الثلاث
من الطلاقات السابقة ٦٠٦
- مادة ٢٥٠ : الطلاق لا يلحق المنكوحة نكاحاً فاسداً فالفرقة فيه متاركة
لا طلاق حقيقي ٦٠٨
- الفصل الثالث : في تعليق الطلاق** ٦١١
- مادة ٢٥١ : الطلاق لفظياً كان أو بالكتابة يصح أن يكون منجزاً أو معلّقاً ٦١١
- مادة ٢٥٢ : يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً
على خطر الوجود ٦١٢
- مادة ٢٥٣ : يشترط في لزوم التعليق أن يكون في ملك النكاح حقيقة
أو حكماً أي حال قيامه ٦١٧
- مادة ٢٥٤ : زوال ملك النكاح بوقوع طليقة بائنة أو ثنتين لا يبطل اليمين
المعقود حال قيامه ٦٢٠
- مادة ٢٥٥ : زوال الحل بوقوع الثلاث يبطل تعليق ما دون الثلاث والثلاث
أيضاً للحرة فمن علق ما دون ٦٢١
- مادة ٢٥٦ : تنحل اليمين ولا يبقى لها عمل بعد وجود الشرط سواء كان
وجوده في الملك ٦٢٢

- مادة ٢٥٧ : لا يحنث الحالف في يمين واحدة أكثر من مرة في جميع أدوات الشرط
٦٢٤
- مادة ٢٥٨ : إذا علق الزوج الطلاق على شرطين أو على شيئين ؛ فإن وجدا أو الثاني منهما
٦٢٦
- مادة ٢٥٩ : ما لا يعلم وجوده إلا من المرأة فلا تصدق إلا في حق نفسها خاصة
٦٢٨
- الفصل الرابع : في تفويض الطلاق للمرأة**
٦٣١
- مادة ٢٦٠ : للزوج أن يفوض الطلاق للمرأة ويملكها إياه إما بتخيرها نفسها
٦٣١
- مادة ٢٦١ : إذا قال الزوج لامرأته : اختاري نفسك أو أمرك بيدك ناوياً
٦٣٨
- مادة ٢٦٢ : إذا قالت المفوض إليها الاختيار أو التي جعل أمرها بيدها في مجلس علمها : اخترت نفسي
٦٣٩
- مادة ٢٦٣ : إذا فوض الطلاق لمشيئة المرأة وقال لها بصريح لفظه :
٦٤٢
- طلقي نفسك فطلقت
٦٤٢
- مادة ٢٦٤ : المخالفة في أصل العدد تبطل الجواب لو خالفت بأكثر لا بأقل
٦٤٤
- مادة ٢٦٥ : المخالفة في الوصف لا تبطل الجواب ؛ بل يبطل الوصف الذي به المخالفة
٦٤٦
- الفصل الخامس : في طلاق المريض**
٦٤٩
- مادة ٢٦٦ : المرض الذي يصير به الرجل فارقاً بالطلاق من توريث زوجته
٦٤٩
- مادة ٢٦٧ : من يُخاف عليه الهلاك غالباً كمن خرج من الصف يبارز رجلاً أو قدم للقتل من قصاص
٦٥٤
- مادة ٢٦٨ : المقعد والمسلول والمفلوج مادام يزداد ما بهم من العلة
٦٥٥
- مادة ٢٦٩ : من كان مريضاً مرضاً يغلب عليه الموت منه أو واقفاً في حالة خطرة
٦٥٦
- مادة ٢٧٠ : ترث المرأة أيضاً زوجها إذا مات وهي في العدة وكانت مستحقة للميراث
٦٥٨
- مادة ٢٧١ : لا ترث المرأة زوجها
٦٦٠

- ٦٦٣ مادة ٢٧٢ : إذا باشرت المرأة سبب الفرقة وهي مريضة لا تقدر على القيام بمصالح بيتها
- ٦٦٥ **الباب الثاني : في الخلع**
- ٦٦٥ مادة ٢٧٣ : إذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية.....
- ٦٦٨ مادة ٢٧٤ : يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج المخالغ أهلاً لإيقاع الطلاق.....
- ٦٦٨ مادة ٢٧٥ : العوض ليس بشرط في الخلع فيقع صحيحاً به وبدونه
- ٦٦٩ مادة ٢٧٦ : يجوز قضاء للزوج أن يخالغ زوجته على عوض أكثر مما ساقه إليها
- ٦٧٣ مادة ٢٧٧ : كل ما صلح من المال أن يكون مهراً صلح أن يكون بدلاً للخلع ..
- ٦٧٤ مادة ٢٧٨ : يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال
- ٦٧٧ مادة ٢٧٩ : إذا أوجب الزوج الخلع ابتداء وذكر معه بدلاً توقف وقوعه واستحقاق البديل على قبول المرأة بمعناه
- ٦٨٤ مادة ٢٨٠ : إذ أوجبت المرأة الخلع ابتداء بأن قالت : اختلعت نفسي منك بكذا فلها الرجوع عنه قبل جواب الزوج
- ٦٨٧ مادة ٢٨١ : إذا خالغ الزوج امرأته أو بارأها على مال مسمى غير الصداق وقبلت طائفة مختارة لزمها المال
- ٦٨٨ مادة ٢٨٢ : إذا كان البديل منفياً بأن خالغها لا على شيء فلا يبرأ أحد منهما عن حق صاحبه
- ٦٨٩ مادة ٢٨٣ : إذا خالغها بكل المهر ورضيت ؛ فإن كان مقبوضاً رجع بجميعة عليها
- ٦٩٤ مادة ٢٨٤ : نفقة العدة والسكنى لا يسقطان ولا يبرأ المخالغ منهما إلا إذا نص عليهما
- ٦٩٧ مادة ٢٨٥ : إذا هلك بدل الخلع قبل تسليمه للزوج أو ادعاه آخر وأثبت حقه

- مادة ٢٨٦ : إذا اشترط الزوج على المرأة وقت الخلع براءته عن أجرة رضاع ٦٩٩
- مادة ٢٨٧ : إذا اختلعت المرأة على إمساك ولدها إلى البلوغ فلها إمساك ٧٠١
- الأنتى دون الغلام
- مادة ٢٨٨ : اشترط الرجل في الخلع إمساك ولده عنده مدة الحضانة ٧٠٥
- باطل وإن صح الخلع...
- مادة ٢٨٩ : لا يسقط ذين نفقة الولد بدين للمخالع على المرأة ٧٠٦
- مادة ٢٩٠ : يجوز لأبي الصغيرة أن يخلعها من زوجها ؛ فإن خلعها ٧٠٦
- بمالها أو بمهرها ولم يضمنه طلقت بائناً.....
- مادة ٢٩١ : إذا جرى الخلع بين الزوج وزوجته القاصرة واشترط عليها ٧١٠
- بدلاً معلوماً توقف على قبولها
- مادة ٢٩٢ : لا يصح خلع الأب عن ابنه الصغير وليس له أن يجيز خلعاً ٧١١
- أوقعه ابنه القاصر.....
- مادة ٢٩٣ : المحجور عليها لسفه إذا اختلعت من زوجها على مال وقعت الفرقة... ٧١٢
- مادة ٢٩٤ : خلع المريضة مرض الموت صحيح وإن كان على مال يعتبر ٧١٤
- من ثلث مالها
- مادة ٢٩٥ : لا يطالب الوكيل بالخلع من قبل المرأة بالبدل المخالع عليه ٧١٧
- مادة ٢٩٦ : يصح تعجيل بدل الخلع والطلاق وتأجيله إلى أجل قريب أو بعيد ٧١٩
- مادة ٢٩٧ : إذا خالعت الزوج امرأته وأخذ منها بدلاً بغير حق بأن كان ٧٢٠
- النكاح فاسداً.....
- الباب الثالث : في الفرقة بالعنة ونحوها** ٧٢٣
- مادة ٢٩٨ : إذا وجدت الحرة زوجها عتيباً لا يقدر على إتيانها في القبل ٧٢٣
- ولم تكن عالمة بحاله.....
- مادة ٢٩٩ : إذا رافعت المرأة زوجها إلى الحاكم وأدعت أنه عتين ٧٢٦
- وطلبت الطلاق.....

- مادة ٣٠٠ : إذا لم يصل الزوج لامرأته ولو مرة في مدة الأجل المقدر له
 وعادت المرأة شاكية إلى الحاكم
 ٧٣٠
- مادة ٣٠١ : إذا أنكر الزوج دعوى المرأة عليه بالعنة وادعى الوصول إليها
 قبل التأجيل أو بعده.....
 ٧٣١
- مادة ٣٠٢ : الفرقة بالعنة ونحوها لا يترتب عليها تحريم المرأة بل إذا تراضت
 ٧٣٤
- الباب الرابع : في الفرقة بالردة**
 ٧٣٥
- مادة ٣٠٣ : إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام انفسخ النكاح ووقعت
 الفرقة بينهما للحال بلا توقف على القضاء.....
 ٧٣٥
- مادة ٣٠٤ : الحرمة بالردة ترتفع بارتفاع السبب الذي أحدثها ؛ فإذا جد
 المرتد إسلامه جاز له أن يجدد النكاح.....
 ٧٣٧
- مادة ٣٠٥ : إذا ارتد الزوجان معاً أو على التعاقب ولم يعلم الأسبق
 منهما ثم أسلما.....
 ٧٣٨
- مادة ٣٠٦ : إذا وقعت الردة بعد الدخول بالمرأة حقيقة أو حكماً
 فلها كامل مهرها.....
 ٧٣٩
- مادة ٣٠٧ : وإذا وقعت الردة قبل الدخول ؛ فإن كانت من قبل الزوج فلها
 نصف المهر المسمى.....
 ٧٣٩
- مادة ٣٠٨ : إذا مات المرتد في عدة المرأة المسلمة ؛ فإنها ترثه ، سواء ارتد
 في حال صحته أو في مرض موته.....
 ٧٤٠
- مادة ٣٠٩ : إذا ارتدت المرأة فإن كانت ردتها في مرض موتها وماتت
 وهي في العدة.....
 ٧٤١
- الباب الخامس : في العدة وفي نفقة المعتدة**
 ٧٤٣
- الفصل الأول : فيمن تجب عليها العدة من النساء ومن لا تجب**
 ٧٤٣
- مادة ٣١٠ : العدة من موانع النكاح لغير الزوج.....
 ٧٤٣
- مادة ٣١١ : عدة الطلاق أو الفسخ بجميع أسبابه في حق المرأة الحرة
 الحائض المدخول بها.....
 ٧٤٦

- ٧٥٣ مادة ٣١٢ : إذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض لصغر أو كبر أو بلغت بالنسن ..
- ٧٥٧ مادة ٣١٣ : إذا اعتدت المرأة المراهقة بالأشهر ثم حاضت قبل تمامها وجب عليها أن تستأنف العدة بالحيض
- ٧٥٩ مادة ٣١٤ : المرأة التي رأت الدم أياً ما ثم ارتفع عنها وانقطع لمرض أو غيره واستمر طهرها سنة فأكثر
- ٧٦٢ مادة ٣١٥ : ممتدة الدم التي تحيرت ونسيت عاداتها تنقضي عدتها بعد مضي سبعة أشهر
- ٧٦٥ مادة ٣١٦ : عدة الحامل وضع جميع حملها مستتيباً بعض خلقه أو كله سواء انحل قيد نكاحها بموت أو طلاق أو فسخ
- ٧٦٩ مادة ٣١٧ : عدة الحرة التي مات عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام إن كانت حائلاً
- ٧٧٦ مادة ٣١٨ : إذا مات من أبان امرأته في مرض موته بغير رضاها وكان موته في عدتها
- ٧٧٧ مادة ٣١٩ : من تزوج معتدته من طلاق بائن غير ثلاث وهي في العدة ثم طلقها
- ٧٧٩ مادة ٣٢٠ : مبدأ العدة بعد الطلاق في النكاح الصحيح وبعد تفريق الحاكم
- ٧٨١ مادة ٣٢١ : تعتد معتدة الطلاق والموت في البيت المضاف إلى الزوجين بالسكنى
- ٧٩٤ مادة ٣٢٢ : لا تجب العدة على مطلقة قبل الدخول والخلوة من نكاح صحيح
- ٧٩٧ **الفصل الثاني : في نفقة المعتدة**
- ٧٩٧ مادة ٣٢٣ : كل فرقة طلاقاً أو فسحاً وقعت من قبل الزوج لا توجب سقوط النفقة
- ٨١٦ مادة ٣٢٤ : كل فرقة وقعت من قبل الزوج بلا معصية منها لا توجب سقوط النفقة
- ٨١٧ مادة ٣٢٥ : كل فرقة جاءت من قبل المرأة وكانت بمعصيتها توجب سقوط النفقة

- مادة ٣٢٦ : كل امرأة بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود لها النفقة في العدة
 وإن زال سبب الفرقة ٨١٨
- مادة ٣٢٧ : المراهقة التي اعتادت بالأشهر ورأت الدم قبل مضيها لها النفقة
 في العدة الجديدة ٨١٩
- مادة ٣٢٨ : إذا لم يفرض الزوج لمطلقتها نفقة في عدتها ولم تخاصم المعتدة
 فيها ولم يفرض الحاكم لها شيئاً ٨٢٠
- مادة ٣٢٩ : النفقة المفروضة للمعتدة بالتراضي أو بحكم القاضي لا تسقط
 بمضي العدة مطلقاً ٨٢٠
- مادة ٣٣٠ : لا تجب النفقة بأنواعها للحررة المتوفى عنها زوجها سواء كانت
 حائلاً أو حاملاً ٨٢١

٨٢٣ الكتاب الرابع : في الأولاد

٨٢٥ الباب الأول : في ثبوت النسب

الفصل الأول : في ثبوت نسب الولد المولود حال قيام

- ٨٢٥ النكاح الصحيح
- مادة ٣٣١ : أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنتان شرعاً ٨٢٥
- مادة ٣٣٢ : إذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولدًا لتمام ستة أشهر ٨٢٧
- مادة ٣٣٣ : إذا نفى الزوج الولد المولود لتمام ستة أشهر من عقد النكاح
 فلا ينتفي ٨٣١
- مادة ٣٣٤ : لا يتلاعن الزوجان إلا إذا اجتمعت فيهما أهلية اللعان وشرائطه ٨٣٢
- مادة ٣٣٥ : إنما يصح نفى الولد في وقت الولادة أو عند شراء أدواتها
 أو في أيام التهنته ٨٣٩
- مادة ٣٣٦ : لا ينتفي نسب الولد في الصورة الستة الآتية وإن تلاعن الزوجان ٨٣٩
- مادة ٣٣٧ : قطع الحاكم الولد عن نسب أبيه يخرج من العصبية ويسقط
 حقه في النفقة والإرث دون غيرهما ٨٤٣

- مادة ٣٣٨ : إذا مات ابن اللعان عن ولد ؛ فادعاه الملاعن يثبت نسبه منه
 ويقام عليه الحد ويرث من المتوفى ٨٤٥
- مادة ٣٣٩ : الفرقة باللعان طلاق بائن وما لم يفرق الحاكم بين الزوجين
 بعد اللعان فالزوجية قائمة ٨٤٥
- الفصل الثاني : في ثبوت نسب الولد المولود من نكاح فاسد أو وطء بشبهة** ٨٥٣
- مادة ٣٤٠ : إذا ولدت المنكوحه نكاحاً فاسداً قبل المنيعة والتفريق
 وكانت ولادتها لتمام ستة أشهر ٨٥٣
- مادة ٣٤١ : الموطوءة بشبهة في المحل أو في العقد إذا جاءت بولد يثبت
 نسبه من الواطئ إن ادعاه ٨٥٥
- مادة ٣٤٢ : إذا تزوج الزاني مزنيته الحامل من زناه فولدت لمضي ستة شهر
 منذ تزوجها يثبت نسب الولد منه وليس له نفيه ٨٥٩
- الفصل الثالث : في ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها**
- مادة ٣٤٣ : إذا لم تقر المطلقة الكبيرة بانقضاء عدتها ؛ فإن كانت مطلقة رجعيًا
 يثبت نسب ولدها من زوجها ٨٦١
- مادة ٣٤٤ : إذا أقرت المطلقة رجعيًا أو بائناً أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها ٨٦٥
- مادة ٣٤٥ : إذا كانت المطلقة مراهقة مدخولاً بها ولم تدع حياً وقت الطلاق ٨٦٧
- مادة ٣٤٦ : المراهقة التي توفى عنها زوجها ولم تدع حياً وقت وفاته ٨٦٧
- الفصل الرابع :**
- في دعوى الولادة والإقرار بالأبوة والبنوة والأخوة وغيرها وإثبات ذلك** ٨٧١
- مادة ٣٤٧ : إذا ادعت الزوجة المنكوحه الولادة وجحدتها الزوج تثبت
 بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة ٨٧١
- مادة ٣٤٨ : إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعي أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة ٨٧٣
- مادة ٣٤٩ : إذا أقر رجل بينة غلام مجهول النسب وكان في السن ٨٧٥
- مادة ٣٥٠ : إذا لم تكن المرأة متزوجة ولا معتدة لزوج وأقرت بالأبوة ٨٧٧

- مادة ٣٥١ : إذا أقر ولد مجهول النسب ذكرًا كان أو أنثى بالأبوة لرجل
 ٨٧٩ أو بالأبوة لامرأة
- مادة ٣٥٢ : من مات أبوه فأقرَّ بأخ مجهول النسب لا يقبل إقراره إلا في
 ٨٨٠ حق نفسه
- مادة ٣٥٣ : الدعي ليس ابنًا حقيقيًا فمن تبنى ولدًا معروف النسب
 ٨٨٣ فلا تلزمه نفقته
- مادة ٣٥٤ : تثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة
 ٨٨٤ رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول
- الفصل الخامس : في أحكام اللقيط**
 ٨٨٧
- مادة ٣٥٥ : اللقيط : وهو المولود الذي ينزله أهله خوفًا من العيلة أو فرازًا
 ٨٨٧ من تهمة الرية
- مادة ٣٥٦ : اللقيط حُرٌّ في جميع أحكامه ومسلم ولو كان ملتقطه ذميًا
 ٨٨٨ ما لم يوجد في مقر أهل الذمة
- مادة ٣٥٧ : الملتقط أحق بإمساك اللقيط من غيره فليس لأحد أخذه منه قهزًا
 ٨٩١
- مادة ٣٥٨ : إذا وجد مع اللقيط مال فهو له وينفق الملتقط عليه منه بعد
 ٨٩٤ استئذان القاضي
- مادة ٣٥٩ : يسلم الملتقط اللقيط لتعلم العلم أولاً ؛ فإن لم يجد فيه قابلية
 ٨٩٨ سلّمه لحرفة يتخذها وسيلة لتكسبه
- مادة ٣٦٠ : إذا ادعى اللقيط واحد ولو غير الملتقط ثبت نسبه منه بمجرد دعواه
 ٨٩٩
- مادة ٣٦١ : إذا ادعى اللقيط اثنان خارجان وسبقت دعوى أحدهما على الآخر
 ٩٠٥
- مادة ٣٦٢ : إذا ادعت اللقيط امرأة ذات بعل ؛ فإن صدقها أو أقامت بينة
 ٩٠٦ على ولادتها
- مادة ٣٦٣ : إذا لم يكن للقيط مال ولا ادعى أحد نسبه وأبى الملتقط
 ٩٠٨ الإنفاق عليه

الباب الثاني : فيما يجب للولد على الوالدين .

مادة ٣٦٤ : يطلب من الوالد أن يعتني بتأديب ولده وترتيبه وتعليمه ما هو
ميسر له من علم أو حرفة

الفصل الأول : في الرضاعة

مادة ٣٦٥ : تتعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر عليه في ثلاث حالات

مادة ٣٦٦ : إذا أبت الأم أن ترضع ولدها في الأحوال التي لا يتعين
عليها إرضاعه

مادة ٣٦٧ : إذا أرضعت الأم ولدها من زوجها حال قيام الزوجية
أو في عدة الطلاق الرجعي

مادة ٣٦٨ : إذا أرضعت الأم ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن

مادة ٣٦٩ : الأم أحق بإرضاع ولدها بعد العدة ومقدمة على الأجنبية
ما لم تطلب أجره

مادة ٣٧٠ : في كل موضع جاز استئجار الأم على إرضاع ولدها يكون
لها الأجره

مادة ٣٧١ : حكم الصلح كالاستئجار ؛ فإذا صالحت أم الولد أباه عن
أجره الرضاع على شيء

مادة ٣٧٢ : الأجره المعدودة للأم على إرضاع ولدها لا تسقط بموت أبيه

مادة ٣٧٣ : الظئر أي المرزعة المستأجرة إذا أبت أن ترضع الطفل

الفصل الثاني : في مقدار الرضاع الموجب للتحريم

مادة ٣٧٤ : يثبت تحريم النكاح بالرضاع إذا حصل في مدة الحولين المقدرة له

مادة ٣٧٥ : كل من أرضعت طفلاً ذكراً كان أو أنثى في مدة الحولين
ثبتت أمومتها له

مادة ٣٧٦ : يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة فلا يحل للرجل
أن يتزوج أصوله وفروعه من الرضاع

مادة ٣٧٧ : إذا أرضعت زوجة الرجل الكبيرة ضررتها الصغيرة في مدة الحولين

٩٤٨ مادة ٣٧٨ : يثبت الرضاع بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول

٩٥٥ الفصل الثالث : في الحضانة .

٩٥٥ مادة ٣٧٩ : الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية

٩٥٦ مادة ٣٨٠ : الحضانة الذمية أمّا كانت أو غيرها أحق بحضانة الولد كالمسلمة

مادة ٣٨١ : يشترط أن تكون الحضانة حرة ، بالغة ، عاقلة ، أمينة لا يضيع

٩٥٧ الولد عندها

٩٥٨ مادة ٣٨٢ : إذا تزوجت الحضانة أمّا كانت أو غيرها بزواج غير محرم للصغير

٩٥٩ مادة ٣٨٣ : حق الحضانة يستفاد من قبل الأم فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها

٩٦٦ مادة ٣٨٤ : إذا فقدت المحارم من النساء أو وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة

مادة ٣٨٥ : إذا لم توجد عصابة مستحقة للحضانة أو وجد من ليس أهلاً

٩٧٠ لها بأن كان فاسقاً...

٩٧٢ مادة ٣٨٦ : إذا امتنعت الحضانة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها

٩٧٤ مادة ٣٨٧ : أجره الحضانة غير أجره الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير

مادة ٣٨٨ : إذا كانت أم الطفل هي الحضانة له وكانت منكوحه

٩٧٥ أو معتدة لطلاق رجعي فلا أجر لها على الحضانة...

٩٧٧ مادة ٣٨٩ : إذا أبت أم الولد ذكراً كان أو أنثى حضانته مجاناً

مادة ٣٩٠ : تنتهي مدة الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك

٩٧٩ إذا بلغ سبع سنين

٩٨٥ مادة ٣٩١ : يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها ما دامت حضانتها

٩٨٩ مادة ٣٩٢ : ليس للأب المطلقة أن تسافر بالولد الحضانة له من بلد أبيه

مادة ٣٩٣ : غير الأم من الحضانات لا تقدر بأي حال على نقل الولد من

٩٩١ محل حضانته

٩٩٣ الفصل الرابع : في النفقة الواجبة للأبناء على الآباء

مادة ٣٩٤ : تجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الأب الحر ولو ذمياً لولده

٩٩٣ الصغير الحر

مادة ٣٩٥ : يجب على الأب نفقة ابنه الكبير الفقير العاجز عن الكسب ٩٩٣

مادة ٣٩٦ : لا يشارك الأب أحد في نفقة ولده ما لم يكن معسرًا زمنيًا

عاجزًا عن الكسب ٩٩٦

مادة ٣٩٧ : إذا كان الأب معسرًا ولا زمانة به تمنعه عن الكسب فلا تسقط

عنه لمجرد إعساره ٩٩٦

مادة ٣٩٨ : الأم حال عسرة الأب أولى من سائر الأقارب بالإفناق على ولدها ٩٩٧

مادة ٣٩٩ : إذا كان أبو الصغير الفقير معدومًا وله أقارب موسرون من أصوله ٩٩٩

مادة ٤٠٠ : إذا كانت أقارب الطفل الفقير المعدوم أبوه بعضهم أصولًا

وبعضهم حواشي ١٠٠٧

مادة ٤٠١ : إذا كان الأب غائبًا وله أولاد ممن تجب نفقتهم عليه وله مال عندهم ١٠٠٩

مادة ٤٠٢ : لا يجب على الأب نفقة زوجة ابنه الصغير الفقير إلا إذا ضمنها ١٠١٣

مادة ٤٠٣ : إذا بلغ الولد حد الاكتساب ؛ فإن كان ذكرًا فللأب أن يؤجره ١٠١٤

مادة ٤٠٤ : إذا اشتكت الأم من عدم إنفاق الأب أو من تقثيره على الولد ١٠١٥

مادة ٤٠٥ : إذا صالحت المرأة زوجها عن نفقة الأولاد صح الصلح ١٠١٦

مادة ٤٠٦ : إذا قضى القاضي للزوجة على زوجها بنفقة ولدها الصغير منه ١٠١٧

الباب الثالث : في النفقة الواجبة للأبوين على الأبناء ١٠١٩

مادة ٤٠٧ : يجب على الولد الموسر كبيرًا كان أو صغيرًا ، ذكرًا أو أنثى

نفقة والديه ١٠١٩

مادة ٤٠٨ : إذا كان الأب زمنيًا أو مريضًا مرضًا يحوجه إلى زوجة تقوم بشأنه ١٠٢٠

مادة ٤٠٩ : المرأة المعسرة المتزوجة بغير أبي الولد نفقتها على زوجها

لا على ولدها ١٠٢١

مادة ٤١٠ : لا يجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير إلا إذا كان

الابن كسوتًا والأب زمنيًا ١٠٢٢

مادة ٤١١ : إذا كان الابن غائبًا وله مال مودع عند أحد أو ذئب عليه

وهو من جنس النفقة ١٠٢٣

- مادة ٤١٢ : نفقة الشيخ الكبير والزمن والمريض على بيت المال إذا لم يكن لهم مال ولا قريب يعولهم
- ١٠٢٦
- مادة ٤١٣ : لا عبءة بالإرث في النفقة الواجبة على الأبناء للوالدين بل تعتبر الجزئية والقرابة
- ١٠٢٧
- الباب الرابع : في نفقة ذوي الأرحام ..**
- ١٠٣١
- مادة ٤١٤ : تجب النفقة لكل ذى رحم محرم فقير تحمل له الصدقة على من يرثه من أقاربه
- ١٠٣١
- مادة ٤١٥ : لا نفقة مع الاختلاف دينًا إلا للزوجة والأصول والفروع الذميين
- ١٠٣٦
- مادة ٤١٦ : لا تجب نفقة على رحم غير محرم مع وجود الرحم المحرم أو عدمه
- ١٠٣٨
- مادة ٤١٧ : إذا استوت الأقارب في المحرمية وأهلية الإرث يترجح الوارث حقيقة
- ١٠٣٩
- مادة ٤١٨ : النفقة المفروضة للأبوين ولذوي الأرحام تسقط بمضي شهر فأكثر
- ١٠٤٠
- الباب الخامس : في ولاية الأب**
- ١٠٤٣
- مادة ٤١٩ : للأب ولو مستورًا الولاية على أولاده الصغار والكبار غير المكلفين
- ١٠٤٣
- مادة ٤٢٠ : إذا بلغ الولد معتومًا ، أو مجنونًا تستمر ولاية أبيه عليه
- ١٠٤٤
- مادة ٤٢١ : إذا كان الأب عدلاً محمود السيرة أو مستور الحال أمينًا على حفظ المال
- ١٠٤٥
- مادة ٤٢٢ : إذا باع الأب المذكور في المادة السابقة من أموال ولده عرضًا أو عقارًا
- ١٠٤٦
- مادة ٤٢٣ : إذا كان الأب فاسد الرأي سئى التدبير فلا يجوز له بيع عقار ولده الصغير ..
- ١٠٤٨
- مادة ٤٢٤ : إذا كان الأب مبذرًا متلفًا مال ولده غير أمين على حفظه فللقاضي أن ينصب وصيًا
- ١٠٤٩

- مادة ٤٢٥ : للأب شراء مال ولده لنفسه ويبيع ماله لولده ؛ فإن اشترى مال ولده فلا يبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضي وصيًا ١٠٥٠
- مادة ٤٢٦ : يجوز للأب أن يرهن ماله من ولده وأن يرتهن مال ولده من نفسه..... ١٠٥٣
- مادة ٤٢٧ : لا يملك الأب إقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه ولا هبة شيء منه ١٠٥٥
- مادة ٤٢٨ : إذا كان للصبي دين لم يباشر أبوه عقده بنفسه فليس له أن يحتال به ١٠٥٧
- مادة ٤٢٩ : إذا اشترى الأب لولده الصغير الفقير شيئًا مما هو واجب عليه فليس له الرجوع ١٠٥٨
- مادة ٤٣٠ : إذا مات الأب مجهلاً مال ولده فلا يضمن منه شيئًا وإن مات غير مجهل ١٠٥٩
- مادة ٤٣١ : إذا بلغ الولد وطلب ماله من أبيه فادعى أبوه ضياعه أو إنفاقه عليه ١٠٦٠
- مادة ٤٣٢ : يملك الأب لا الأم ولا غيرها من سائر الأقارب ولا القاضي بيع غروض ابنه الكبير الغائب... ١٠٦١
- مادة ٤٣٣ : إذا مات الأب فالولاية من بعده على نفس أولاده للجد وعند فقده للأولياء..... ١٠٦٣

رقم الإيداع

2005/18729

I . S . B . N

977 - 342 - 325 - 5

سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (1)

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

محمد قري باشا

(الترقي سنة ١٣٠٦ هـ)

وشرح لمحمد زيد الباياني

مع مائتين قانونين الأحوال الشخصية العربية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د. علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

أ.د. محمد أحمد سراج

استاذ الدراسات الإسلامية بجامعة الأزهر

المجلد الثالث

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

كَافَةُ حُقُوقِ الطَّبْعِ وَالنَّشْرِ وَالتَّرْجِمَةِ مَحْمُوظَةٌ

لِلنَّاشِرِ

دَارُ السَّلَامِ لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوْزِيْعِ وَالتَّرْجِمَةِ

لصاحبها

عَبْدُ الْغَادِرِ مُحَمَّدُ الْبَكَازِ

الطبعة الأولى

١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفى مواز لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران

عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشريبيتي - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (+ ٢٠٢) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (+ ٢٠٢)

المكتبية : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (+ ٢٠٢)

المكتبية : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع

مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (+ ٢٠٢)

المكتبية : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين

هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (+ ٢٠٣)

بريدياً : القاهرة : ص.ب ١٦١ القورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

دَارُ السَّلَامِ

الطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣ م وحصلت

على جائزة أفضل ناشر للتراث ثلاثة

أعوام متتالية ١٩٩٩ م ، ٢٠٠٠ م ،

٢٠٠١ م هي عشر الجائزة تنويهاً لعقد

ثالث مضي في صناعة النشر

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الأول

في الأحكام المختصة بذات الإنسان

الكتاب الخامس : في الوصي والحجر والهبة والوصية

الباب الأول في الوصي وتصرفاته

الفصل الأول في إقامة الوصي

(مادة ٤٣٤)

مَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ ، فَقَبِلَ الْوَصَايَةَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ، لَزِمَتْهُ وَلَيْسَ لَهُ الْخُرُوجُ عَنْهَا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، مَا لَمْ يَكُنْ جَعَلَهُ وَصِيًّا عَلَى أَنْ يُخْرِجَ نَفْسَهُ مِنْهَا مَتَى شَاءَ ^(١) .

(١) قول الخنيفة : جاء في تبين الحقائق (٢٠٦/٦) : « (أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد) أي : عند الوصي ؛ لأن الوصي ليس له ولاية لإزامة التصرف ، ولا غرور فيه ؛ لأنه يمكنه أن يوصي إلى غيره قال الخنيفة : (والألا) أي إن لم يرد عنده بل ردها في غير وجهه لا يرتد ؛ لأن الوصي مات معتمداً عليه ، فلو صح رده في غير وجهه لصار مغروراً من جهته فيرد رده بيقبى وصيًّا على ما كان كالوكيل إذا عزل نفسه في غيبة الموكل ، ولو لم يقبل ، ولم يرد حتى مات الوصي فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء رد ؛ لأن الوصي ليس له ولاية الإلزام بقبي مخيراً » .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٢٢/٤) : « (ولا يصح) قبول الإيصاء ولا رده (في حياته) أي : الوصي (في الأصح) ؛ لأنه لم يدخل وقت التصرف كالوصية له بالمال ، فلو قبل في حياته ثم رد بعد وفاته لغا ، أو رد في حياته ثم قبل بعد وفاته صح ، والثاني : يصح القبول ، والرّد كالوكالة » .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٥٨٩/٩ ، ٥٩٠) : « (وله) أي الوصي (عزل نفسه) عن الوصايا (في حياة الوصي) إن لم يقبلها ، بل (ولو قبل) ، وفي تسمية عدم القبول عزلاً توسع ، و (لا) يكون للوصي عزل نفسه (بعدهما) أي موت الوصي وقبوله ، إذا قبل الوصية في حياة الوصي فلا رجوع له بعد موته ، وله الرجوع قبل موته ؛ لأنه لم يفرضه ، ويقدر على إيصاء غيره ، لو قبلها بعد موت الوصي ، أو حصل منه ما يدل على قبولها من بيع أو اشتراء لهم ما يصلحهم ، أو الاقتضاء لهم ، أو القضاء عنهم لزمته ، (وإن أوى) الوصي (القبول) للوصاية (بعد الموت) للوصى (فلا قبول له) أي : الوصي (بعد) الموت .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٤٦/٦) : « ويصح قبول الوصية وردها في حياة الوصي ؛ لأنها إذن في التصرف ، فصح قبوله بعد العقد ، كالتركي ، بخلاف الوصية له ؛ فإنها تمليك في وقت ، فلم يصح القبول قبل الوقت ، ويجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت ؛ لأنها نوع وصية ، فصح قبولها بعد الموت ، كالوصية له ، ومتى قبل صار وصيًّا ، وله عزل نفسه متى شاء ، مع القدرة والعجز ، في حياة الوصي وبعد موته ، بمشهد منه وفي غيبته ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ، ولا يجوز في حياته إلا بحضرتة ؛ لأنه غره بالترام وصيته ، ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره ، وذكر ابن أبي موسى ، في «الإرشاد» رواية عن أحمد ، ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك ، ولنا : أنه متصرف بالإذن ، فكان له عزل نفسه ، كالوكيل » .

٢٤٠٨ - اعلم أن الشخص إذا أقام غيره مقامه لينظر في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته يقال للشخص المقام موسى إليه .

٢٤٠٩ - وإذا ملك شخصًا شيئًا من أمواله بعد وفاته يقال للمملك موسى له ، وهذا اصطلاح الفقهاء .

٢٤١٠ - وإن ملك التصرف لشخص حال حياته سمي وكيلًا ، ولا كلام لنا في إقامة الوكيل وتصرفاته ، بل موضوعنا خاص بالوصي .

٢٤١١ - فالوصي على العموم هو الشخص الذي أقامه غيره مقامه ليتصرف في تركته بعد وفاته ، أو أقامه القاضي إذا كانت هناك داعية إليه فيؤخذ من هذا التعريف أن الوصي ينقسم إلى قسمين :

٢٤١٢ - الأول : من أقامه الشخص حال حياته .

٢٤١٣ - الثاني : من أقامه القاضي .

٢٤١٤ - فالأول : يسمى وصيًا مختارًا .

٢٤١٥ - والثاني : يسمى وصي القاضي .

الوصي المختار

(مادة ٤٣٥)

مَنْ أَوْصِيَ إِلَيْهِ ، فَرَدَّ الْوَصَايَةَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ، فَإِنْ رَدَّهَا بَعْلِمِهِ صَحَّ الرَّدُّ ، وَإِنْ رَدَّهَا بَعْتَرِ عِلْمِهِ لَا يَصِحُّ (١) .

• • •

٢٤١٦ - إذا أقام شخص وصيًا فهذا الشخص المقام لا يخلو حاله من أحد أمور ثلاثة : إما أن يقبل في حياة الموصي ، وإما أن يرد وإما أن يسكت .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : قال محمد - رحمه الله تعالى - في الجامع الصغير في رجل يوصي إلى رجل قبله في حياة الموصي - فالوصاية لازمة حتى لو أراد الخروج منها بعد موت الموصي ليس له ذلك ، وإن رده في حياته ؛ إن رده في وجهه صح الرد ، وإن رده في غير وجهه لا يصح الرد ، ومعنى قوله : في وجهه بعلمه ، ومعنى قوله : في غير وجهه بغير علمه ، كذا في المحيط .

٢٤١٧ - فإن كان الأول وعلم الموصي بقبوله واستمر على هذا القبول حتى مات الموصي ، لزمته هذه الوصاية ، فليس له أن يخرج نفسه منها بعد موت الموصي إلا إذا كان هناك شرط يجوز ذلك ، كما إذا أقامه وصيًا على أن يخرج نفسه منها متى شاء أو قبل هو بهذا الشرط ورضي به الموصي .

٢٤١٨ - والسبب في ذلك أنه إذا قبل في حياة الموصي واستمر على هذا القبول إلى موته ، فقد فارق الموصي الحياة الدنيا وهو معتمد عليه ، فليس له أن يخرج نفسه بعد موته للتفريغ به وبورثته ؛ ولكن لو كان هناك شرط يبيح له ذلك فلا يكون التفريغ حاصلًا لعلم الموصي بأن إخراجه نفسه في أي وقت أراد جائز بمقتضى هذا الشرط فكان يمكنه إقامة غيره إقامة خالية عن هذا الشرط .

٢٤١٩ - ولما ذكر لو قبل ذلك الموصى له الوصية في حياة الموصي ، ثم ردها بعد موته يصح رده لانتفاء التفريغ ، إذ أن النفع بالوصية عائد إليه بخلاف ما معنا فإن النفع عائد لغيره .

(مادة ٤٣٦)

مَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَقْبَلِ الْوَصَايَةَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي بَلْ رَدَّهَا بِعَلْمِهِ ، ثُمَّ قَبِلَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَا يَصِحُّ قَبُولُهُ (١) .

٢٤٢٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصي : فإما أن يكون هذا الرد بغير علم الموصي ، أو بعلمه .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : « ولو أوصى إلى رجل فقال : لا أقبل فسكت الموصي ومات فقال الموصى إليه : قبلت لا يصح قبوله ، ولو أن الموصى إليه سكت ولم يقل في وجهه : لا أقبل ، ثم قال في غيبته في حياة الموصي ، أو بعد موته بحضرة الجماعة : قد قبلت كان قبوله جائزًا ويكون وصيًا ، سواء كان ذلك بحضرة القاضي ، أو بغير حضرته ، ولو أن القاضي حين قال : لا أقبل أخرجه ، ثم قال : أقبل - لا يصح قبوله » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى (١٨٠/٣) : « (و) يشترط (القبول) أي : قبول الإيصاء ، وفي قيام العمل مقامه وجهان أخذًا من الوكالة ، (ولا يصح) القبول (في حياته) أي : الموصي (في الأصح) كالموصى له ، والثاني يصح كما لو وكله بعمل يتأخر يصح القبول في الحال ، والرد في حياة الوصي على هذين الوجهين ، فعلى الأول لو رد في حياته ، ثم قبل بعد موته جاز ، ولو رد بعد الموت لغا الإيصاء » .

٢٤٢١ - فإن كان الرد بغير علم الموصي بعدما قبل بعلمه فلا يصح ؛ بل يكون الموصى إليه ملزماً بتأدية وظيفته بعد موت الموصي للتغريم من جهة الوصي ، إذ كان يلزمه - والحالة هذه - أن يخبر الموصي بأنه رجع عن قبول الوصاية فيختار من يثق به من الأصدقاء الأماناء فَيُعَيِّنُهُ وصيًا .

٢٤٢٢ - وإن كان الرد بعلم الموصي صح ، فلا يلزم بالوصاية بعد موت الموصي لانتفاء التغريم ؛ إذ يمكنه - والحالة هذه - أن يوصي إلي غيره ، وليس للوصي في هذه الحالة أن يقبل بعد موت الموصي ؛ لأنه بالرد لم يبق للإيجاب أثر ، فلا يصح ترتب القبول على شيء غير موجود .

(مادة ٤٣٧)

مَنْ أَوْصِيَ إِلَيْهِ ، فَسَكَتَ وَلَمْ يُصْرَحْ بِالْقَبُولِ وَعَدَمِهِ ، فَمَاتَ الْمَوْصِي ، فَلَهُ الْخِيَارُ ، إِنْ شَاءَ زُدَّ الرِّصَايَةَ ، وَإِنْ شَاءَ قَبَلَهَا ^(١) .

•••

٢٤٢٣ - وإن كان الثالث وهو ما إذا سكت الموصى إليه بأن لم يصرح بالقبول ولا عدمه يكون مخيراً بعد موت الموصي بين أمرين :

٢٤٢٤ - الأول : أن يقبل الوصاية ، وحيثيذ تجري عليه أحكامها.

٢٤٢٥ - الثاني : أن يردّها ، وحيثيذ لا يلزم بشيء ؛ لأنّ التغريم - والحالة هذه - يكون منتفياً ؛ إذ كان في إمكان الموصي قبل وفاته أن يتثبت من الموصى إليه بأخذ رأيه في القبول ، أو عدمه .

٢٤٢٦ - فإذا لم يفعل واعتمد على أن يقبله بعد موته ، ولم يوص إلى غيره ، فقد قصر في أمره فصار مغتتراً من جهته ، لا مغروراً من جهة الوصي .

٢٤٢٧ - فإن قبل الوصي بعدما رد في هذه الحالة صح هذا القبول ، إن لم يكن

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : « ولو أن الموصى إليه سكت ولم يقل في وجهه : لا أقبل ، ثم قال في غيبته في حياة الموصي ، أو بعد موته بحضرة الجماعة : قد قبلت كان قبوله جائزاً ويكون وصيًا ، سواء كان ذلك بحضرة القاضي أو بغير حضرته ، ولو أن القاضي حين قال : لا أقبل أخرجه ثم قال : أقبل - لا يصح قبوله . »

القاضي أخرجه حين قال : لا أقبل ؛ لأن مجرد قوله : لا أقبل ، لا يطل الإيصاء ؛ لأن فيه ضرراً بالميت فإذا انضم إخراج القاضي له ؛ لعدم قبوله ، بطل الإيصاء فلا يصح القبول ، وهذا هو المعول عليه .

(مادة ٤٣٨)

قَبُولُ الوِصَايَةِ دَلَالَةٌ كَقَبُولِهَا صَرَاحَةً ، فَإِذَا تَصَرَّفَ الوَصِيُّ إِلَيْهِ بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنْ تَرَكَةِ الوَصِيِّ ، أَوْ بِشِرَاءِ شَيْءٍ يَضِلُّحُ لِلوَرَثَةِ ، أَوْ بِقَضَاءِ دَيْنٍ ، أَوْ أَقْبِضَائِهِ ، كَانَ تَصَرُّفُهُ قَبُولًا لِلوِصَايَةِ وَصَحِيحًا ^(١) .

٢٤٢٨ - وإقامة الوصي لا تنقيد بلفظ مخصوص ؛ بل يصح هذا التفويض بكل لفظ يدل على أن الشخص فوض لغيره النظر في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته ، كأنت وكيلى بعد موتي . أنت وصيى ، أسلمت إليك الأولاد بعد موتي . تعهد أولادى بعد وفاتى . قم بلوازمهم بعد موتى ، وهكذا من الألفاظ التي تفيد هذا التفويض .

٢٤٢٩ - وكما أنه لا يشترط في الإيجاب لفظ مخصوص ، كذلك لا يشترط في القبول لفظ مخصوص ، بل الشرط أن يأتي الموصى إليه بلفظ يدل على قبوله ما فوض إليه ، لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ ، بل اللفظ غير شرط ؛ إذ قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة .

٢٤٣٠ - فإذا أقام شخص غيره مقامه وسكت هذا المقام حتى مات المقيم فباع شيئاً من تركته ، أو اشترى للورثة شيئاً من لوازمهم ، أو قضى ديناً على الميت من تركته ، أو أخذ ديناً كان للميت عند غيره كان هذا التصرف رضاً بالوصاية فيعتبر وصياً بأحد هذه التصرفات ، أو غيرها مما يدل على رضاه بها .

٢٤٣١ - وقد نص الفقهاء على أن الوصاية تلزم الوصي بتصرفه في التركة وإن لم يعلم بالإيصاء بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلاً من غير علم ؛ لأن التوكيل إنابة في حال قيام ولاية المُوكَل .

(١) قول الخفعية : جاء في الفتاوى الهندية (١٣٧/٦) : « ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل ، ولم يعلم الوصي بذلك فباع الوصي شيئاً بعد موت الوصي من تركة الوصي جاز بيعه ويلزمه الوصية ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

٢٤٣٢ - وهذا لا يصح من غير علم إما الإيصال فبخلافه ؛ لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كالوراثة ، كذا قالوا فتأمل .

٢٤٣٣ - فقد ظهر لك مما تقدم أن الموصى إليه مخير في أول الأمر بين القبول والرد ؛ لأنه متبرع في الأعمال التي يتولاها ويلحقه ضرر المهدة فلا بد من قبوله ؛ إذ الموصي ليس له ولاية إلزامه بالتصرف ولا إلزام بلا التزام .

(مادة ٤٣٩)

وَصِيَّ الْمَيِّتِ لَا يَقْبَلُ التَّخْصِيصَ ، فَإِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي نَوْعٍ حَاصٍ ، صَارَ وَصِيًّا عَامًّا .
وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى إِلَى أَحَدٍ بِقَضَاءِ ذَنْبِهِ وَإِلَى آخَرَ بِاتِّصَائِهِ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ عَامَّانِ فِي كُلِّ مَالِهِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٦/٦) : « ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في شرح أدب القاضي إذا نصب القاضي وصيًا لليتيم الذي لا أب له كان وصي القاضي بمنزلة وصي الأب إذا جعله القاضي وصيًا عامًا في الأنواع كلها ، فإن جعله وصيًا في نوع واحد كان وصيًا في ذلك النوع خاصة بخلاف وصي الأب ؛ فإنه لا يقبل التخصيص . »

وجاء فيه أيضًا (٤٣٣ ، ٤٣٢/٦) : « رجل جعل رجلًا وصيه في ماله بالكوفة وجعل رجلًا آخر وصيه في ماله بالشام وجعل رجلًا آخر وصيه في ماله ببغداد قال أبو حنيفة رحمه الله : هؤلاء كلهم أوصياء الميت في جميع تركاته بالكوفة ، والشام ، وبغداد وعلى قول أبي يوسف رحمه الله كل واحد منهم يكون وصيًا في المكان الذي أوصى إليه خاصة . »

وقول محمد رحمه الله مضطرب في الكتب ، فالحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله الوصاية لا تقبل التخصيص بنوع واحد ، وبمكان واحد ، وزمان واحد ، بل تعم في الأنواع والأمكنة كلها ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تنخصص بنوع ومكان ، وقول محمد رحمه الله مضطرب ، هكذا ذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني في شرح حيل الحصاص ، وذكر الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام في شرح حيل الأصل قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة وذكر قول محمد أنه يصير وصيًا في المكان الذي خصه ، وفي النوع الذي خصه ، ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله إذا صار كل واحد منهم وصيًا وقيماً في جميع التركة لا ينفرد أحدهم بالتصرف ، وإن كانت الوصاية متفرقة فإن أراد أن يكون كل واحد من الأوصياء وصيًا في جميع التركة وينفرد بالتصرف بالانفاق - فالحيلة أن يجعلهم أوصياء في جميع تركاته على أن من حضر منهم فهو وصي في جميع تركاته ، وعلى أن لكل واحد منهم أن يقوم بوصيته وتنفيذ أمره فيها ، فإذا فعل على هذا الوجه صار كل واحد منهم وصيًا عامًا منفردًا بالتصرف بالانفاق اعتبارًا لشرط الموصي ، فإن أراد الموصي أن يكون كل واحد من الأوصياء وصيًا فيما أوصى إليه خاصة لا يدخل مع الآخر في شيء من الأقاليل ، فالحيلة أن يقول : أوصيت إلى فلان =

٢٤٣٤ - وإقامة الوصي إما أن تكون غير مقيدة بشيء مخصوص ، أو مقيدة ؛ فإن كان الأول كما إذا قال له : أقمتك وصيًا في جميع شؤون التركة ، أو : أقمتك وصيًا ، أو : أنت وصي ، فلا خلاف في أنه يتصرف في جميع أموال التركة بما يخوله حتى الإيضاء له .

٢٤٣٥ - وإن كان الثاني بأن أقامه وصيًا ليتصرف في مال مخصوص أو ليتولى إجارة الأموال ، أو الزراعة ، أو التجارة له ؛ فإما أن يكون المقيم هو القاضي ، أو الأب ؛ فإن كان الأول فلا خلاف في أنه يتخصص بما خصص به ؛ فإذا أقام القاضي وصيًا ليقضي دين الميت أو يقتضيه أي يأخذ دين الميت الذي على الغير أو جعله وصيًا في ماله بمصر مثلاً تخصص هذا المأمور بما أمر به ، فليس له أن يتعده إلى غيره .

٢٤٣٦ - وإن كان الثاني وهو الوصي المختار فقال أبو حنيفة : لا يتخصص بل يكون وصيًا عامًا فإذا قيده بشيء مما ذكر فلا يتقيد ، وقال أبو يوسف : يتخصص الوصي المختار كوصي القاضي .

٢٤٣٧ - وقالوا في الفرق بينهما على قول أبي حنيفة : أن تنصيب القاضي من ولاء قضاء ، والقضاء قابل للتخصيص ووصي الأب لا يقبله لقيامه مقامه ؛ أو لأن وصي القاضي كالوكيل فيتخصص بخلاف وصي الأب .

٢٤٣٨ - وبالتأمل نجد أن في النفس شيئًا من هذا الفرق ، بل الظاهر التسوية بينهما كما قال أبو يوسف ؛ إذ مبنى هذا الفرق على ما يظهر من قولهم بقيامه مقامه أن وصي القاضي لو تصرف فيما أمر به يتصرف القاضي في الباقي ، أو يقيم غيره للتصرف فيه بخلاف وصي الميت فإن الموصي غير موجود حتى يتصرف فيما لم يوص إليه بالتصرف

= في مالي ببغداد خاصة دون ما سواها من البلدان ، وأوصيت إلى فلان آخر في مالي بالشام دون ما سواها من البلدان ، فإذا قال على هذا الوجه تتخصص وصاية كل واحد من الأوصياء بالمال الذي في ذلك المكان الذي عينه لهذا الوصي بالاتفاق اعتبارًا لشرط الوصي .

قال الشيخ - الإمام ، شمس الأئمة - الحلواني رحمه الله : في هذه الحيلة نوع نظر ؛ لأن قوله : « أوصيت إلى فلان » لفظ عام يقتضي ثبوت ولاية التصرف لفلان عامًا ثم تخصيصه بماله ببغداد يكون في معنى الحجر الخاص ، والحجر الخاص إذا ورد على الإذن العام لا يعتبر ؛ فإنه ذكر في المأذون أن المولى إذا أذن لعبده في التجارة إذنًا عامًا ، ثم حجر عليه في بعض التجارات ؛ فإنه لا يصح الحجر ، كذا هنا ينبغي أن لا يصح التخصيص ويصير وصيًا عامًا ، ومسألة أخرى يتردد فيها المشايخ - رحمهم الله تعالى - أن من أوصى إلى رجل وجعله قيمًا فيما له على الناس ولم يجعله قيمًا فيما للناس عليه ، بعض المشايخ على أنه يصح هذا التقيد وأكثرهم على أنه لا يصح ويصير وصيًا في الكل ، فعلم أن في هذه الحيلة نوع شبهة .

فيه ؛ لأن الموصي رضيه متصرفاً في بعض الأمور ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلاً فيكون من رضي بتصرفه في البعض أولى من غيره .

٢٤٣٩ - ولكن لم لا يقال إن القاضي يتصرف في الباقي ، أو يأمر غيره بالتصرف فيه ، إذ الموصي قد يكون له غرض صحيح مسلم لا يقبل النقص ؛ لأن الناس يختلفون في التصرفات ؛ إذ بعضهم قد يكون له دراية بمعرفة شيء ولا يدري في غيره كالتاجر والمزارع فيكون الموصي قد أقام هذا فيما يصلح له وأراد اختيار غيره للشيء الآخر فأدركته منيته قبل الاختيار .

٢٤٤٠ - هذا إذا كان المقام وصياً واحداً ، فإن أقام وصيين كلياً منهما في شيء مخصص يكون قد أقام كلياً فيما يعرفه ؛ فإذا أطلقنا للموصي إليه بشيء مخصص التصرف في جميع شؤون التركة فات غرض الموصي .

٢٤٤١ - وربما يجاب عتياً ورد على التعليل الذي قالوه للفرق عند الإمام الأعظم بأنه إذا أقام وصيين كلا منهما في شيء مخصص فليس لأحدهما أن يتصرف إلا بملاحظة الآخر وأخذ رأيه كما هو رأى الإمام ، وحينئذ لا يفوت غرض الموصي .

٢٤٤٢ - ولكن هذا لا يصلح جواباً فيما لو أقام وصياً واحداً في شيء مخصص ، ولذا كان الظاهر قول أبي يوسف وإن كان بعض الكتب يقول : الفتوى على قول الإمام .

(مادة ٤٤٠)

تَجُوزُ الْوَصَايَةُ إِلَى الزَّوْجَةِ وَالْأُمِّ وَغَيْرِهِمَا مِنَ النِّسَاءِ ، وَإِلَى أَحَدِ الْوَرَثَةِ أَوْ غَيْرِهِمْ ، وَيَجُوزُ جَعْلُ الْأُمِّ أَوْ غَيْرِهَا مُشْرِفَةً ، أُنِي : نَاطِرَةٌ - عَلَى أَوْلَادِهِ مَعَ وُجُودِ الْوَصِيِّ .

• • •

٢٤٤٣ - ولما كان للشخص أن يتصرف في ماله حال حياته كان له أن يعطي هذا الحق لغيره بعد وفاته ممن أراد ما دامت الشروط متوفرة فيه فلا يلزم بإقامة شخص مخصص ؛ بل له أن يقيم زوجته وصية على أولاده ، سواء كانوا منها أو من غيرها ، وسواء كان هذا المقام وارثاً ، أو غير وارث .

٢٤٤٤ - فإذا كان للموصي أخ شقيق ، أو لأب وله ابن وأقام أخاه وصياً صح هذا الإيصاء وإن كان الأخ في هذه الحالة غير وارث ؛ لأنه محجوب بابن الموصي .

٢٤٤٥ - وإذا كانت له بنت والمسألة بحالها صح الإيصاء أيضًا ، والأخ في هذه الحالة وارث ؛ لأن البنت تأخذ النصف بطريق الفرض ، والأخ يأخذ الباقي بطريق التعصيب ، ومثل ذلك ما إذا كانت له أولاد وفيهم صغار وكبار فأقام أحد الكبار وصيًا على الصغار ؛ فإنه يصح هو وارث معهم .

٢٤٤٦ - والوصي هو الذي يتصرف في التركة بدون مراقبة أحد عليه إلا من له الولاية العامة ، وهذا إذا لم يتم الموصي ناظرًا مع الوصي فإن فعل كان له حق المراقبة ؛ فليس للوصي أن يتصرف في التركة إلا باطلاع الناظر ورأيه .

(مادة ٤٤١)

وَصِيَّ أَبِي الصَّغِيرِ أَوْلَى مِنَ الجَدِّ ، فَإِذَا أَقَامَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ، أَوْ غَيْرَهَا وَصِيًّا مِنْ بَعْدِهِ عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَمَاتَ مُصِرًّا عَلَى ذَلِكَ ، فَلَيْسَ لِلجَدِّ حَقٌّ فِي الْوِلَايَةِ عَلَى مَالِ الصَّغِيرِ .
فَإِذَا مَاتَ أَبُو الصَّغِيرِ ، وَلَمْ يُوصِ إِلَى أَحَدٍ ، وَلِلصَّغِيرِ جَدٌّ صَحِيحٌ قَادِرٌ أَمِينٌ ، فَالْوِلَايَةُ لَهُ ^(١) .

٢٤٤٧ - ومتى أقام الأب وصيًا فهو الذي يتصرف ، ولا يزاحمه غيره ولو كان ذلك الغير جدًّا للأولاد ، أي : يكون أبًا للميت ؛ إذ ولاية التصرف للجد في مال أولاد ابنه

(١) قول الحنفية : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٤٥١/٢) : « (وصي الأب أولى من الجد) ؛ لأن وصيه قائم مقامه وهو أولى من الجد فكذا مختاره ؛ ولأن اختياره مع وجود الجد يدل على أن تصرفه أنفع لابنه من تصرف أبيه ، وهو الجد (وإن لم يوص) أي : لم ينصب وصيًا (فالجد مثله) أي : مثل الأب ، وقائم مقامه في التصرفات حتى ملك الإنكاح دون الوصي » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٦٩/٣) : « (فإن لم يوص) الأب أحدًا (فالجد أولى من الحاكم) بقضاء الديون وأمر الأولاد ونحوهما (إلا في تنفيذ الوصايا) فالحاكم أولى ولما ذكر الأصل ذلك قال : كذا نقله البغوي وغيره ، وقال الأذري : إن قول البغوي ومن تبعه الجد أولى بقضاء الديون وهم منهم ، فقد قال القاضي في تعليقه الذي يستمد منه البغوي : أن ذلك إلى الحاكم دون الجد ، (وللأب الوصية إلى غير الجد) في حياته ، وهو بصفة الولاية ويكون أولى من الجد (إلا في أمر الأطفال) ، أو نحوهم فليس له ذلك ؛ لأنه ولي شرعي فليس له نقل الولاية عنه كولاية التزويج ، قال الزركشي : فلو كان الجد غائبًا وأراد الأب الإيصاء بالتصرف عليهم إلى حضوره فقياس ما قاله في تعليق الوصية على البلوغ يجوز ويحتمل المنع ؛ لأن الغيبة لا تمنع حق الولاية » .

مؤخرة عن ولاية وصي الأب .

٢٤٤٨ - فإذا لم يوص الأب إلى أحد وكان له أب يمكنه أن يقوم بشؤون التركة ، بأن كانت شروط الولاية متوفرة فيه فالولاية له ولا مراقبة لأحد عليه إلا من له الولاية العامة ؛ لأن الولاية على أموال الصغار تثبت أولاً للأب ، ثم وصيه ، ثم وصي وصيه وإن بعد ، ثم الجد الصحيح ، ثم وصية ... إلخ ، ثم القاضي ووصيه .

٢٤٤٩ - وقد تقدم لنا قريتنا في شرح مادة (٤٣٤) نقل مذهب الشافعي ودليله في تقديم الجد على وصي الأب وعارضناه بدليلنا .

(مادة ٤٤٢)

يَكُونُ الْوَصِيُّ : مُسْلِمًا ، حُرًّا ، عَاقِلًا ، بَالِغًا ، أَمِينًا ، حَسَنَ التَّصَرُّفِ .
فَإِذَا أَوْصَى الْمَيِّتُ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَأَلْقَاصِي يَغْزَلُهُ وَيَسْتَبِدُّهُ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٢٠٧/٦) : « قال رحمته (وإلى عبد ، وكافر ، وفاسق بدل بغيرهم) أي : إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ، ويستبدل غيرهم مكانهم ، وذكر القدوري رحمته أن القاضي يخرجهم عن الوصية ، وهذا يدل على أن الوصية صحيحة ؛ لأن الإخراج يكون بعد الدخول ، وذكر محمد رحمته في الأصل أن الوصية باطلة قيل معناه سبطل ، وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه ، وفي غيره معناه سبطل ، وقيل في الكافر باطلة أيضًا لعدم ولايته على المسلم ، ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا ، وولاية الكافر في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة مولاه ، وتمكنه من الحجر بعدها ، والمعادة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم ، واتهام الفاسق بالحياة فيخرجهم القاضي عن الوصية ، ويقيم غيرهم مقامهم إتمامًا للنظر ، وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفًا منه على المال ؛ لأنه يكون عذرًا في إخراجهم ، وتبديله بغيره بخلاف ما إذا أوصى إلى مكاتبه ، أو مكاتب غيره حيث يجوز ؛ لأن المكاتب في منافعه الحُرِّ ، فإن عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن ، والصبوي كالقن فلو بلغ الصبي ، وعنت العبد ، وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية ، قال رحمته (وإلى عبده ، وورثته صغار صح) أي : إذا أوصى إلى عبد نفسه ، وورثته صغار جاز الإيصاء إليه ، وهذا عند أبي حنيفة رحمته ، وقال أبو يوسف رحمته لا يجوز ، وهو القياس ؛ لأن الولاية متعمدة لما أن الرق يتأفها ؛ ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع ، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تنجز ، وفي اعتبار هذه الولاية تجزئتها ؛ لأنه لا يملك بيع رقبته ، وهذا خلاف الموضوع ولأبي حنيفة رحمته أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لأحد عليه =

= ولاية فإن الصغار - وإن كانوا ملاًكاً - ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما إذا كان في الورثة كبار أو الإيصاء إلى عبد الغير ؛ لأنه لا يستبد بالتصرف إذ كان للمولى منعه بخلاف الأول ؛ فإنه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعدما ثبت الإيصاء إليه ، وكذا ليس له بيعه ، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظرًا لهم فصار كالمكاتب ، والوصاية قد تنجزأ على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة - رحمهما الله - كما إذا أوصى إلى رجلين أحدهما يكون في الدين ، والآخر : في العين ، يكون كل واحد منهما وصيًا فيما أوصى إليه خاصة ، أو نقول بصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله ، وتغيير الوصف بإبطال عموم الولاية أولى من إبطال أصل الإيصاء ، وقول محمد رحمته فيه مضطرب يروى مع أبي حنيفة رحمته ، ويروى مع أبي يوسف رحمته ، قال رحمته : (وإلا لا) أي : إن لم تكن الورثة صغارًا بأن كان كلهم ، أو بعضهم كبارًا لا يجوز الإيصاء إليه ؛ لأن للكبير أن يئمه ، أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد .

قال رحمته : (ومن عجز عن القيام بها ضم إليه غيره) ؛ لأن في الضم رعاية الحقين حق الموصي ، وحق الورثة ؛ لأن تكميل النظر يحصل به ؛ لأن النظر يتم بإعانة غيره ، ولو شكوا الوصي إليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ؛ لأن الشاكي قد يكون كاذبًا تخفيًا على نفسه ، ولو ظهر للقاضي عجزه أصلًا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ، ولو كان قادرًا على التصرف ، وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجها ؛ لأنه مختار الميت ، ولو اختار غيره كان دونه فكان إبقاؤه أولى ، ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقتة ، فأولى أن يقدم على غيره ، وكذا إذا شكت الورثة ، أو بعضهم الموصي إليه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة ، فانت الأمانة ، والميت إنما اختاره لأجلها ، وليس من النظر إبقاؤه بعد فواتها ، وهو لو كان حيًا لأخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ، ويقم غيره مقامه كأنه مات ، ولا وصي له .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١١٧/٤) : « وأركان الوصاية أربعة : وصي ، وموص ، وموصي فيه ، وصيغة ، وقد شرع في بيان شرط الأول فقال : (وشرط الوصي) أي : الموصي إليه (تكليف) أي : بلوغ وعقل ؛ لأن غيره مولى عليه فكيف يلي أمر غيره ، والوصي كما في الصحاح من أسماء الأضداد يطلق على الذي يوصى ، وعلى من يوصى إليه وهو المراد هنا كما مر (وحرية) ؛ لأن الرقيق لا يتصرف في مال أبيه فلا يصلح وصيًا لغيره وإن أذن له سيده كالمجنون ؛ ولأن ذلك يستدعي فراغًا وهو مشغول بخدمة سيده ، وشمل ذلك القن ، والمبعض ، والمكاتب ، والمدير .

قال ابن الرفة : ومن هذه المسألة يفهم منع الإيصاء لمن أجر نفسه في عمل مدة لا يمكنه فيها التصرف بالوصاية ، وفي مديره ، وأم ولده بخلاف مبني على أن صفات الوصي متى تعتبر ، والأصح عند الموت كما سيأتي فتصح إليهما (وعدالة) فلا تجوز إلى فاسق بالإجماع ؛ لأنها ولاية واتمان وتكفي العدالة الظاهرة كما قاله الهروي في أدب القضاء (وهداية إلى التصرف في الموصي به) ، فلا يصح إلى من لا يهتدي إليه لسفه ، أو مرض ، أو هرم ، أو تغفل ؛ إذ لا مصلحة في تولية من هذا حاله ، (وإسلام) فلا يصح الإيصاء من مسلم إلى ذمي إذ لا ولاية لكافر على مسلم ، ولهفته قال - تعالى - : ﴿ وَكَانَ يَجْمَلُ اللَّهُ الْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ وقال - تعالى - : ﴿ يَتَأْتِيَ الَّذِينَ لَا يَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ ﴾ الآية . (لكن الأصح جواز وصية ذمي إلى ذمي) فيما يتعلق =

= بأولاده الكفار بشرط كونه عدلاً في دينه ، كما يجوز أن يكون ولياً لهم ، والثاني : المنع كشهادته .
تتبعه : تصح وصاية الذمي إلى المسلم اتفاقاً كما تصح شهادته عليه وقد ثبتت له الولاية عليه ، فإن الإمام يلي تزويج الذميات .

قول للملكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٢/٨) : « لمكلف مسلم عدل كاف هذا شروع منه في الكلام على شروط الوصي الذي تسند إليه الوصية منها أن يكون مكلفاً ، فلا تسند الوصية لعمي ، ولا لمجنون ومنها أن يكون مسلماً ، فلا تسند لكافر ، ومنها أن يكون عدلاً ، والمراد بالعدالة الأمانة والرضا فيما يصير إليه ، فلا يقال : إن العدل يعني عن الإسلام ؛ لأن هذا لو أردنا بالعدل عدل الشهادة .

وإن أعمى وامرأة وعبدًا وتصرف بإذن سيده هذا مبالغة في المكلف المستند إليه الوصية أي : ولو كان أعمى ، أو امرأة بشرط أن تكون صالحة لذلك ، وسواء كانت امرأة أجنبية ، أو زوجة للموصي ، أو مستولدة أو مديرة ، وكذلك يصح إسناد الوصية إلى العبد بشرط أن يرضى سيده ، وليس للسيد رجوع بعد ذلك ويدخل في عبدًا مديره ومكاتبه والمبعض ، والمتعت لأجل قوله : وعبدًا ، وأولى الأمة ؛ لأن من شأنها أن تحسن القيام بأولاد سيدها ، وإنما نص على العبد ؛ لأنه المتوهم ، فقوله بإذن ليس متعلقًا بتصرف بل هو متعلق بقبل المقدر قبل تصرف فكان ينبغي أن يقول وقبل بإذن سيده ثم تصرف ، أو متعلق بتصرف ويحمل على ما إذا وقعت من غير إذن في القبول .

قول الاحتمالية : جاء في المغني (١٤٣/٦ - ١٤٦) : « فصل : في من تصح الوصية إليه ، ومن لا تصح . تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجمالاً ، ولا تصح إلى مجنون ، ولا طفل ، ولا وصية مسلم إلى كافر ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما ، فلا يلبان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن شريح ، وبه قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولم يجزه عطاء ؛ لأنها لا تكون قاضية ، فلا تكون وصية ، كالمجنون .

ولنا : ما روي أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة ؛ ولأنها من أهل الشهادة ، فأشبهت الرجل ، وتخالف القضاء ، فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد ، بخلاف الوصية ، وتصح الوصية إلى الأعمى ، وقال أصحاب الشافعي : فيه وجه أنه لا تصح الوصية إليه ، بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه ، فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يسلم لهم ، مع أنه يمكن التوكيل في ذلك ، وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالبصير ، وأما الصبي العاقل ، فلا أعلم فيه نصاً عن أحمد ، فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يصح تصرفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ؛ ولأنه مولى عليه ، فلا يكون ولياً ، كالطفل والمجنون . وهذا مذهب الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله .

وقال القاضي : قياس المذهب صحة الوصية إليه ؛ لأن أحمد قد نص على صحة وكالته ، وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر ، فلا تصح وصية مسلم إليه ؛ لأنه لا يلي على مسلم ؛ ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة ، فلم تصح الوصية إليه ، كالمجنون ، والفاسق ، وأما وصية الكافر إليه ، فإن لم يكن عدلاً =

في دينه ، لم تصح الوصية إليه ؛ لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه ، فمع الكفر أولى ، وإن كان عدلاً في دينه ، ففيه وجهان : أحدهما : تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأنه يلي بالنسب ، فيلي الوصية ، كالمسلم . والثاني : لا تصح ، وهو قول أبي ثور ؛ لأنه فاسق ، فلم تصح الوصية إليه ، كفاستق المسلمين ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم ، فصحح إلا أن تكون تركته خمراً ، أو خنزيراً ، وأما العبد ، فقال أبو عبد الله بن حامد : تصح الوصية إليه ، سواء كان عبد نفسه ، أو عبد غيره ، وبه قال مالك ، وقال النخعي ، والأوزاعي ، وابن شبرمة : تصح الوصية إلى عبد نفسه ، ولا تصح إلى عبد غيره . وقال أبو حنيفة : تصح إلى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد ، وقال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي : لا تصح الوصية إلى عبد بحال ؛ لأنه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب ، فلا يجوز أن يلي الوصية ، كالجنون .

ولنا : أنه يصح استتابته في الحياة ، فصح أن يوصى إليه كالحُر ، وقياسهم يطل بالمرأة ، والخلاف في المكاتب ، والمدر ، والمعق ، بعضه كالحلاف في العبد القن ، وقد نص الحرقني على أن الوصية إلى أم ولده جائزة ، نص عليه أحمد أيضاً ؛ لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال ، وأما الفاسق ، فقد روي عن أحمد ما يدل على أن الوصية إليه لا تصح ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه ، فإنه قال في رواية ابن منصور : إذا كان متهماً ، لم تخرج من يده .

وقال الحرقني : إذا كان الوصي خائناً ضم إليه أمين ، وهذا يدل على صحة الوصية إليه ، ويضم الحاكم إليه أميناً ، وقال أبو حنيفة : تصح الوصية إليه ، وينفذ تصرفه ، وعلى الحاكم عزله ؛ لأنه بالغ عاقل ، فصحت الوصية إليه ، كالعبد ، ووجه الأولى أنه لا يجوز إفرادة بالوصية ، فلم تجز الوصية إليه ، كالجنون . وعلى أبي حنيفة ، لا يجوز إقراره على الوصية ، فأشبهه ما ذكرنا ، ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب ، كالوصية له ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي .

ولنا : أنها شروط لعقد ، فتعتبر حال وجوده ، كسائر العقود . فأما الوصية له ، فهي صحيحة وإن كان وارثاً ؛ وإنما يعتبر عدم الإرث ، وخروجها من الثلث للنفوذ وال لزوم ، فاعتبرت حالة اللزوم ، بخلاف مسألتنا ، فإنها شروط لصحة العقد ، فاعتبرت حالة العقد ، ولا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثاني ، لو كانت الشروط كلها منتفية ، أو بعضها حال العقد ، ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية إليه ، (وإذا كان الوصي خائناً ، جعل معه أمين) ظاهر هذا صحة الوصية إلى الفاسق ، ويضم إليه أمين ، وكذلك إن كان عدلاً فتغيرت حاله إلى الحياة لم يخرج منها ، ويضم إليه أمين ، ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك ، قال : إذا كان الوصي متهماً ، لم يخرج من يده ، ونقل المروذي ، عن أحمد ، في من أوصى لرجلين ليس أحدهما بموضع للوصية ، فقال للآخر : أعطني ، لا يعطيه شيئاً ، ليس هذا بموضع للوصية ، فقليل له : أليس المريض قد رضي به ، فقال : وإن رضي به .

فظاهر هذا إبطال الوصية إليه ، وحمل القاضي كلام الحرقني ، وكلام أحمد في إبقائه في الوصية ، على أن خيانه طرأت بعد الموت ، فأما إن كانت خيانه موجودة حال الوصية إليه ، لم تصح ؛ لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته ، وكذلك بعد موته ، ولأن الوصية ولاية وأمانة ، والفاسق ليس من أهلها ، فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقاً ، فحكمه حكم من لا وصي له ، وينظر في ماله الحاكم .

٢٤٥٠ - ويشترط في الوصي شروط ستة لا بد من وجودها وهي : الإسلام والحرية والعقل والأمانة وحسن التصرف والبلوغ ؛ لأن الإيصاء إلى الغير إنما يجوز شرعاً لئتم به نظر الموصي لنفسه ولأولاده وبالإيصاء إلى من لم تكن متوفرة فيه هذه الشروط لا يتم هذا النظر .

٢٤٥١ - وبيانه : أن الإيصاء لغير المسلم مخالف لقوله تعالى : ﴿ وَكَانَ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ ^(١) . ولا شك في أن الإيصاء من باب التولية والشارع حكيم يضع الأشياء في محلها والإيصاء لغير الحر مضر بالورثة أو فيه قلب للمشروع ؛ لأنه إما أن يكون مملوكاً لغير الموصي أو له .

٢٤٥٢ - فإن كان الأول فلاشتغاله بخدمة مولاه لا يتمكن من مراعاة صالح الورثة .

٢٤٥٣ - وإن كان الثاني ففيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب للمشروع ، وما ذكر في الثاني على عمومه قول الصحابين .

٢٤٥٤ - ولكن فرق أبو حنيفة بين ما إذا كانت الورثة كباراً أو صغاراً ، فوافقهما في الأول لا الثاني ، مستنداً بأن الرقيق مكلف مستقل بالتصرف وليس لأحد عليه ولاية ؛ لأن الصغار وإن كانوا ملائكاً له لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستقلاً بالتصرف مثله بلا ولاية منع لهم بخلاف الكبار فإن لهم ولاية المنع .

= وإن طرأ فسقه بعد الوصية ، زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً ، هذا اختيار القاضي ، وهو قول الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وعلى قول الحزقي : لا تزول ولايته ويضم إليه أمين ينظر معه ، وروي ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية ، فيكون جمعاً بين الحقين ؛ وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين ، تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد ، وأما التفريق بين الفسق الطارئ وبين المقارن ، فبعيد ؛ فإن الشروط تعتبر في الدوام ، كاعتبارها في الابتداء ، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ، ولو لم يكن بد من التفريق ، لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى ، من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية ، فقد رضي به الموصي ، مع علمه بحاله ، وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيائته في ماله ، بخلاف ما إذا طرأ الفسق ، فإنه لم يرض به على تلك الحال ، والاعتبار برضاه ، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد ، جاز له التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين ، لم يجز للواحد التصرف . وأما العدل الذي يعجز عن النظر ، لعله أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه ، ويضم إليه الحاكم أميناً ، ولا يزيل يده عن المال ، ولا نظره ؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة ، فصحت الوصية إليه . وهكذا إن كان قوياً ، فحدث فيه ضعف أو علة ، ضم الحاكم إليه يداً أخرى ، ويكون الأول هو الوصي دون الثاني ، وهذا معاون ؛ لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي . وهذا قول الشافعي ، وأبي يوسف .

٢٤٥٥ - وقد يقال على هذا : إذا لم يكن للورثة الصغار ولاية المنع فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع .

٢٤٥٦ - والجواب عن ذلك : أنه إذا ثبت الإيضاء فلا تثبيت ولاية المنع للقاضي . وفي الإيضاء لغير العاقل ضرر بالورثة لعدم اهتدائه إلى التصرف النافع لهم .

٢٤٥٧ - وفي الإيضاء لغير البالغ عدم مراعاة صالح الورثة أيضاً لقصور نظره في التصرف النافع لهم ؛ ولأن في الإيضاء للخائن وللذي لا يحسن التصرف في المال ضياع حق الورثة ؛ ولأنه لا ولاية للمملوك والصغير وغير العاقل ومن لا يحسن التصرف في ماله على أنفسهم فأولى ألا تكون لهم الولاية في مال غيرهم .

٢٤٥٨ - فإن كان الوصي متصفاً بكل هذه الأوصاف فيها ، وإن فقد واحداً منها بأن أوصى إلى صغير أو خائن أو مبذر في المال بدلهم القاضي بغيرهم ؛ لأنه نصب ناظرًا لمصالح العامة ومصالحة الورثة تقتضي تولية من يصلح حتى لو انتفت الموانع المذكورة بأن بلغ الصغير وزال وصف الحيانة وارتفعت صفة التبذير فحصل الرشد لم يتعرض لهم القاضي .

(مادة ٤٤٢)

يَجُوزُ لِلْمَوْصِي أَنْ يَغْزَلَ الْوَصِيَّ مِنَ الْوَصَايَةِ وَيُخْرِجَهَا عَنْهَا بَعْدَ قَبُولِهِ وَلَوْ فِي غَيْبَتِهِ (١) .

٢٤٥٩ - وبما أن الوصي لم يستفد هذه الولاية إلا من قبل الموصي فللموصي عزل

(١) قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١١٨/٤) : (و) عقد الإيضاء جائز من الطرفين ، وحينئذٍ للموصي والوصي العزل متى شاء) كالوكالة ، هذا إن لم تتعين عليه الوصية ولم يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره وإلا فليس له ذلك ، ولا ينفذ عزله كما بحثه ابن عبد السلام . قال الإسوي : وعلى هذا لو لم يقبل ، هل يلزمه القبول ؟ فيه نظر يحتمل لزوم لقدرته على دفع الظالم بذلك ، ويحتمل خلافه . ١ هـ . والأوجه - كما قال شيخنا - الأول إن تعين طريقاً في الدفع . قال الأذرمي : ولو غلب على ظن الموصي أن عزله لوصيه مضيع لما عليه من الحقوق أو لأموال أولاده باستيلاء ظالم أو لخلو الناحية عن قاضٍ أمين فيظهر أنه لا يجوز له عزله . ١ هـ . وهو حسن .

وقد تسمح المصنف في إطلاق العزل على رجوع الموصي فإن العزل فرع الولاية ، ولا ولاية قبل موت الموصي ، فالأولى التعبير بالرجوع كما في الروضة وأصلها .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٤/٨) : (و) للموصي أن يعزل الوصي ، ولو بلا جريمة توجب ذلك .

من الوصاية وإخراجه عنها في أي وقت شاء ، سواء كان قبل قبوله أو بعده ، وسواء كان الوصي حاضراً أو غائباً وإن لم يعلم وهذا قول الإمام الأعظم .

٢٤٦٠ - وقال أبو يوسف : يبقى الوصي وصياً فتنفذ جميع تصرفاته إلا إذا علم بالعزل .

٢٤٦١ - وينبغي على هذا الخلاف : أن الموصي إذ عزل الوصي حال غيبته ثم مات ولم يعلم الوصي بذلك وتصرف قبل علمه ، فهذه التصرفات تكون غير نافذة على قول الإمام ، وتنفذ على قول أبي يوسف .

٢٤٦٢ - وبالتأمل نجد أن قول أبي يوسف هو الظاهر ؛ لأنه يترتب على قول الإمام أن الوصي ينزل وإن لم يعلم كما استظهره ابن عابدين من العبارة ، وفي ذلك من التفرير بالغير ما لا يخفى إذ الناس عرفوه وصياً وهو عرف نفسه كذلك ولم يحصل لديه ما ينفي هذا الوصف .

٢٤٦٣ - فإذا تصرف بمقتضى هذه الوصاية قبل علمه بالعزل كان هذا التصرف غير نافذ على قول الإمام ، فيتضرر هو ومن تعامل معه ، وهذا غير حاصل على قول أبي يوسف لِنفاذ تصرفه قبل علمه بالعزل .

(مادة ٤٤٤)

إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ الَّذِي اخْتَارَهُ آئِثٌ عَدْلًا قَادِرًا عَلَى الْقِيَامِ بِالْوَصَايَةِ، فَلَيْسَ لِلْقَاضِي عَزْلُهُ .

وَأِنْ كَانَ عَاجِزًا عَنِ الْقِيَامِ بِهَا حَقِيقَةً، يَضُمُّ إِلَيْهِ غَيْرَهُ . وَإِنْ ظَهَرَ لِلْقَاضِي عَجْزُهُ أَضْلًا، يَسْتَبْدِلُهُ . وَإِنْ قَدَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ، يُعِيدُهُ وَصِيًّا كَمَا كَانَ .

وَلَا يُعْزَلُ الْوَصِيُّ بِمُجْرَدِ شِكَايَةِ الزَّوَالَةِ مِنْهُ أَوْ بَعْضِهِمْ، وَإِنَّمَا يُعْزَلُ إِذَا ظَهَرَتْ خِيَاتَتُهُ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (١٩٧/١) : « ليس للقاضي أن يعزل وصي الميت العدل الكافي ؛ لأنه قائم مقام الميت فليس للقاضي ولاية الحجر على العدل الرشيد وكذا من قام مقامه فينفذ كما في الولولجية » .

قول الشافعية : جاء في منعي المحتاج (١١٨/٤) : « (وينعزل الوصي) وقيم القاضي والأب والجد بعد الولاية (بالفسق) بتعدّي في المال ، أو بسبب آخر لزوال الشرط فلا يحتاج لعزل حاكم . تنبيه : أفهم كلامه أن =

٢٤٦٤ - والأوصياء ثلاثة ؛ الأول : عدلٌ كافٍ . والثاني : عدلٌ غير كافٍ .
والثالث : فاسقٌ يخاف منه على المال .

٢٤٦٥ - فإن كان الوصي الذي اختاره الشخص قبل وفاته عدلاً كافياً بأن كان قادراً على القيام بالوصاية فليس للقاضي عزله ، فإن عزله قال بعضهم : ينعزل ويكون القاضي جائزاً ؛ لأن للقاضي سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصاً على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حيّاً .

٢٤٦٦ - وقال بعضهم : لا ينعزل ؛ لأنه متى كان متصفاً بما ذكر يكون في إبقائه مراعاة الحقين حق الموصي وحق الورثة وهو الغرض من الإيصاء الشرعي واختلف عبارتهم في المختار من هذين القولين والظاهر الثاني ؛ لأن سطوة القاضي وولايته لا يستعملهما في الجور .

٢٤٦٧ - وإن كان عدلاً غير كافٍ بأن كان مأموناً على الأموال ولكن لا يمكنه القيام بجميع شؤون التركة وحده فلا يعزله القاضي أيضاً ؛ بل يضم إليه غيره ، فإبقاؤه لاعتماد الموصي عليه لأمانته وصيانيته وضم غيره إليه ليزول ضرر عدم كفايته ففي هذه الطريقة مراعاة الحقين ولكن لا بد أن يكون عاجزاً عن القيام بجميع شؤون التركة حقيقة بأن يثبت ذلك بالبينة لا بمجرد إخباره ؛ لأنه قد يخبر بذلك تخفيفاً على نفسه فلو ضم إليه غيره في هذه الحالة كان فيه إضراراً بالورثة لزيادة الأجر عليهم ، اللهم إلا إذا وجد متبرع وأين هو ؟!

٢٤٦٨ - ولا يقال ذلك عند إقامة البينة ، بل يكون الضرر في عدم ضم غيره إليه . فإن كان عدلاً ولكن لا يمكنه أن يقوم بشيء من شؤون التركة أصلاً استبدله القاضي بغيره ؛ لأن المصلحة في ذلك فإن عادت قدرته على القيام بالأعمال أعاده وصيّاً مراعاة لحق الميت والورثة .

٢٤٦٩ - وإن كان الوصي الذي اختاره الميت فاسقاً ويخاف منه على المال عزله القاضي ونصب آخر بدله ؛ لأن في إبقائه على الوصية إضراراً بالورثة ، والميت لا يقدر

= الوصي لا ينعزل باختلال كفايته وهو كذلك ، لكن يضم القاضي إليه معيّنًا ، بل أفتى السيكي بأنه يجوز للقاضي أن يضم إلى الوصي غيره بمجرد الرية من غير ثبوت خلل . قال : ولم أره منقولا ، وكلام الأصحاب يقتضي المنع ، وفساد الزمان يقتضي الجواز ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَلْمُنْسِفَ بَيْنَ الْمُنْبِجِ ﴾ . ا . هـ . والأوجه ما بحثه الأدرعي من أنه إن قويت الرية بقرائن ظاهرة ضم ، وإلا فلا ، وإن ضعف منصوب القاضي عزله .

على عزله فيقوم القاضي مقامه ؛ لأنه نصب ناظرًا لمصالح العامة .

٢٤٧٠ - فإن استمر وصف العدالة بالنسبة للوصي فلا يعزله القاضي ولو اشتكى منه بعض الورثة ؛ إلا أن يثبت القاضي من صحة الشكوى وتظهر خيانتة وحينئذ يكون له عزله ؛ لأنه استفاد الولاية من الميت وحيث ظهرت الخيانة فأتت الأمانة ، والميت إنما اختاره لأجلها فليس من النظر إبقاؤه بعد فواتها ، ولو كان الوصي حيًا لأخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأن الميت مات ولم يقم وصيًا .

وصي القاضي

(مادة ٤٤٥)

إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَصِيٌّ مُخْتَارٌ ، وَكَانَ عَلَيْهِ أَوْ لَهُ ذَيْنَ أَوْ فِي تَرْكِيهِ وَصِيَّةٌ ، وَلَمْ يُوْجَدْ وَارِثٌ لِإِثْبَاتِ ذَلِكَ وَإِبْقَائِهِ الذَّيْنَ وَاشْتِقَائِهِ وَتَفْذِيلِ الْوَصِيَّةِ ، أَوْ كَانَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ صَغِيرًا ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يُنْصَبَ وَصِيًّا .

وَلَهُ ذَلِكَ أَيْضًا إِذَا كَانَ أَبُو الصَّغِيرِ مُسْرِفًا مُبْذِرًا لِمَالِهِ ، أَوْ اخْتِيجَ إِلَى إِثْبَاتِ حَقِّ صَغِيرٍ أَبَوْهُ غَائِبٌ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً ، أَوْ تَعَثَّتْ الْوَرَثَةُ فِي بَيْعِ الشَّرِكَةِ لِقَضَاءِ مَا عَلَيْهَا مِنَ الدُّيُونِ (١) .

٢٤٧١ - فقد بان لك من هذا أنه إذا أقام الأب وصيًا متوفرة فيه الشروط ولم يظهر

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٢٩٥/٦) : « قال الإمام الحلواني : للقاضي أن ينصب الوصي في مواضع إذا كان في التركة ذين ؛ مهرا كان الدين أو غيره بشرط امتناع الوارث الكبير من البيع للقضاء أو وصية أو صغيرة فينصبه القاضي لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصية أو لحفظ مال الصغير ، وكذا لو كان أبو الصغير مُبْذِرًا متلفًا مال الصغير ينصب وصيًا لحفظ ماله ، ولو اشترى الوارث من مورثه شيئًا ثم اطلع بعد موته على عب نصب القاضي وصيًا حتى يرده الأب عليه ، وقيد الحصاص نصب الوصي فيما إذا كان على الميت دين له وارث كبير غائبًا بانقطاعه عن بلد المتوفى لا يأتي ولا تذهب القافلة ، فإن لم يكن منقطعًا لا ينصب ، وكذا ينصب وصيًا على الصغير عند غيبة أبيه ، واحتج إلى إثبات حق الصغير إن كانت غيبة الأب منقطعة إلا فلا وينصب وصيًا عن المفقود لحفظ حقوقه ولا ينصب عن الغائب . ا هـ . فهذه سبعة مواضع يملك فيها نصب الوصي ، ثم رأيت ثامنًا قال في القنية إذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرس فالقاضي ينصب عنه وصيًا ، وبأمر المدعي بالخصومة معه إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما . ا هـ . قال في البرازية بعدها : وإنما يلي النصب إذا كان مأذونًا بالاستخلاف وينصب عدلًا أمينًا كافيًا لا غريبًا لا يعرف ، ونثبت ذلك بإخبار عدل ، =

عليه ما يُوجب عزله فهو الذي له الولاية على أموال الصغار فإن مات الأب ولم يقم وصيًا .

٢٤٧٢ - فإن كان له أب متوفرة فيه الشروط ثبتت له الولاية ؛ فإن لم يكن الأب وهو جد الأولاد موجودًا أو كان ؛ ولكنه غير أهل للولاية انتقلت إلى القاضي فله أن يتصرف بنفسه في أموال الصغار وله أن يقيم وصيًا ؛ لأنه نصب ناظرًا للمصالح الدينية

= ويشترط في نصب الوصي على اليتيم كونه في ولاية القاضي لا التركة ، وفي الوقف كون المدعى عليه في ولايته هكذا اختاره القاضي ، وفي اختلاف ويملك البيع على المدين لإيفاء دينه على القول المفتي به كما صرحوا به في الحجر ، وله ولاية إقراض اللقطة من الملتقط ، وولاية إقراض مال الغائب وله بيع منقوله إذا خاف عليه التلف إذا لم يعلم مكان الغائب فإذا علم مكانه بعث إليه ؛ لأنه يمكنه حفظ العين والمالية دل هذا على أنه يملك بعث مال الغائب إليه إذا خاف التلف ، وله نصب وكيل في جمع غلات المفقود طلب الوارث أو لا ، له إيفاء ديون الغائب بماله بالحصص وبيع ماله لإيفاء دينه إذا كان دينه ثابتًا عنده ، وله الإرسال خلف من نسب إلى طلاق زوجته الثلاث إذا أخيره عدلان ، وإن لم تطلبه المرأة الكل من البرازية من نوع في ولاية القاضي .

قال : وليس له أن يزوج أم ولد الغائب وله الإذن بالإنفاق على مال الغائب وزوجته وأولاده وأصله من ماله كما قدمناه في التفقات ، وله فرض النفقة على الزوج إذا لم يكن صاحب مائدة وطعام كثير وفي جامع الفصولين للقاضي إيداع مال الغائب وله الإذن في بيع شيء باعه مالكه لرجل وغاب المشتري ليأخذ ثمنه من ثمنه لو من جنسه ، ولو كانت دابة فله الإذن بإيجارتها وعلفها من أجرتها ، وله الإذن ببيع الجارية المغصوبة لو كان مالكها غائبًا ولو من الغاصب فيجلب له وطؤها ، وإن حضر مالكها كان له على ذي اليد ثمنها ، ولا يملك تزويج أمة الغائب والمجنون وقتها وله أن يكاتبهما ويبيعهما ، وله أن يقبض دين غائب من محبوبه ، وله أن يضعه عند عدل وله إطلاق محبوبه بكفيل بنفسه ، وله الإذن ببيع ودعية يخيف فسادها وربها غائب كصوف ، وله بيع دار الميت إذا لم يعلم له وارث ، وإذا علم جاز أيضًا حفظًا ، وله بيع الآبق وله إجارة بيع بيت المفقود لو يخيف خرابه لو لم يسكن ، وله قبض المغصوب الغائب من غاصبه ، وله أخذ ودعية المفقود وإيداعها عند من يثق به . ١ هـ . ما في جامع الفصولين ملخصًا ، وأما إقامة الجمع والأعياد فيملكها القاضي إن كانت في منشوره ، وإلا فلا وقول محمد للقاضي أن يجمع جملة المشايخ على هذا كذا في البرازية من أول القضاء ، وله النظر في الطريق فيمنع متعديًا فيها ببناء وإشراع جناح لا يجوز ، وله نصب القسام كما ذكره في كتاب القسمة ، وله نصب أئمة المساجد ، ولم أر حكم نصبه للمحتسبين ، وينبغي أن يكون له ذلك إن لم ينصب الإمام أحدًا ، وأما نصب العاشر والجاوي للزكوات فالإمام كأخذ الجزية والخراج وما يتعلق بأموال بيت المال . قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٦٢/١١) : « وإذا ثبتت الولاية ، وكانت عامة : استفاد بها النظر في عشرة أشياء : فصل الحصومات ، واستيفاء الحق ، ممن هو عليه ، ودفعه إلى ربه ، والنظر في أموال اليتامى ، والمجننين والسفهاء ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ، والنظر في الوقوف في عمله بإجرائها على شرط الواقف ، وتنفيذ الوصايا ، وتزويج النساء اللاتي لا ولي لهن ، وإقامة الحدود ، وإقامة الجمعة . »

والدنيوية ، ولا شك أن مصلحة الصغار في إقامة شخص ينظر في شؤونهم ، لأنهم لقصر عقولهم لا يهتدون إلى ما فيه صلاح أحوالهم وهذا الشخص يسمى : وصي القاضي .

٢٤٧٣ - وبما أن إقامة القاضي وصيًا منوطة بالاحتياج للمصلحة، فليس له أن يقيم وصيًا في كل وقت بل عند تحقق الحاجة سواء مات الأب ولم يقيم وصيًا أو كان موجودًا ولكنه غير صالح للولاية ، فله أن يقيم وصيًا في المسائل الآتية :

٢٤٧٤ - أولاً : إذا كان على الميت ذَيْن ولم يوجد وارث يخاصمه الدائن في إثبات دينه وأخذه منه ؛ لأنه لو لم يقيم القاضي وصيًا لتضرر الدائن .

٢٤٧٥ - ثانيًا : إذا كان للميت ذَيْن على شخص ولم يوجد وارث يخاصم المدين ليثبت الدَيْن ويستوفيه ؛ لأنه لو لم يقيم وصيًا لتضرر مستحق التركة .

٢٤٧٦ - ثالثًا : إذا أوصى الميت بشيء من أمواله لشخص ولم يجد الموصى له وارثًا يثبت الوصية في وجهه ؛ إذ بعدم إقامة وصي يتضرر الموصى له فلو كان هناك وارث صالح للمخاصمة في جميع هذه المسائل فلا حاجة إلى إقامة الوصي .

٢٤٧٧ - رابعًا : إذا كان في الورثة صغير ، فيقيم القاضي وصيًا يقوم مقامه مع الورثة الكبار ومن باب أولى ما إذا كانت كل الورثة صغارًا .

٢٤٧٨ - خامسًا : إذا كان للصغير مال ورثه عن أمه مثلاً وله أب ولكنه غير أهل للولاية بأن كان مُسرفاً مُبذراً للمال مثلاً ؛ لأن مصلحة الصغير في إقامة شخص لحفظ أمواله من الضياع .

٢٤٧٩ - سادسًا : إذا غاب أبو الصغير غيبة منقطعة بأن لم يعرف مكانه ولا حياته ولا وفاته واحتيج إلى إثبات حق من الحقوق أو حفظ الأموال ؛ لأن المصلحة في إقامة الوصي .

٢٤٨٠ - سابعًا : إذا كانت التركة مديونة وكانت الورثة كبارًا وأمرُوا ببيع شيء من التركة ؛ لقضاء الدين أو بتسديده من مالهم فلم يمثّلوا ؛ لأنه لو لم يخوّل هذا الحق للقاضي في هذه الحالة لتضرر الدائنون .

(مادة ٤٤٦)

إِذَا أَقَامَ الْمَيْتَ وَوَصِيَّيْنِ ، أَوْ اخْتَارَهُمَا قَاضٍ وَاحِدٌ ، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَفَرَّدَ بِالتَّصَرُّفِ . وَإِنْ تَصَرَّفَ ، فَلَا يَنْفَعُ تَصَرُّفُهُ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ، مَا عَدَا الْأَحْوَالَ الْآتِيَةَ ، وَهِيَ : تَجْهِيزُ الْمَيْتِ ، وَالْحُصُومَةُ فِي حُقُوقِهِ الَّتِي عَلَى الْغَيْرِ ، وَطَلَبُ الدُّيُونِ الْمَطْلُوبَةِ لَهُ لَا قَبْضَهَا ، وَقَضَاءُ الدُّيُونِ الْمَطْلُوبَةِ مِنْهُ بِحِنْسِ حَقِّهِ ، وَتَنْفِيذُ وَصِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ لِفَقِيرٍ مُعَيَّنٍ ، وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لِلطِّفْلِ ، وَقَبُولُ الْهَبَةِ لَهُ ، وَتَأْجِيرُ الطِّفْلِ لِعَمَلٍ ، وَإِجَارَةُ مَالِهِ ، وَرَدُّ الْعَارِيَةِ وَالْوَدَائِعِ الْمُعَيَّنَةِ ، وَرَدُّ مَا اغْتَصَبَهُ الْمَيْتُ وَمَا اشْتَرَاهُ بِشِرَاءٍ فَاسِدًا ، وَقِسْمَةُ الْمَكِيلَاتِ وَالْمُزَوَّنَاتِ مَعَ شَرِيكَ الْمَوْصِي ، وَيَبِيعُ مَا يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلْفُ ، وَجَمْعُ الْأَمْوَالِ الصَّابِغَةِ . وَإِنْ نَصَّ الْمَوْصِي عَلَى الْإِنْفِرَادِ أَوْ الْاجْتِمَاعِ ، يُتَّبَعُ مَا نَصَّ عَلَيْهِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٩١/٢ ، ٢٩٢) : (ومن أوصى إلى اثنين لم يجر لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) إلا في أشياء نبينها إن شاء الله ، وقال أبو يوسف : يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف في المال من غير إذن صاحبه في جميع الأشياء ؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فثبت لكل واحد منهما كملًا كولاية الإنكاح للأخوين ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فإراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع وهو شرط مقيد برضا الموصي ولم يرض إلا بالمتنى وليس الواحد كالثنتي بخلاف الأخوين في الإنكاح ؛ لأن السبب هناك القرابة ، وقد قامت بكل واحد منهما كاملًا . (قوله : إلا في شراء الكفن للميت وتجهيزه) ؛ لأن في التأخير فساد الميت وفي انتظار أحدهما لصاحبه في شراء الكفن تأخير لدفنه ونحن مأمورون بتعجيل دفنه قوله : (وطعام الصغار وكسوتهم) يعني الصغار من أولاد الميت ؛ لأنه يخاف موتهم جوعًا أو عريًا فتسقط ولاية الغائب في ذلك قوله (ورد وديعة بغيبتها) وكذا رد العواري والأمانات كلها ، وكذا رد المصوب ، والمشتري شراءً فاسدًا ، وحفظ المال ، وقضاء الديون . قوله (وقضاء ذنن عليه) يعني لأحدهما أن ينفرد بقضاء الدين ؛ لأنه لو أخذ من له الدين بغير إذنها جاز ووقع عن القضاء فكذا إذا أخذه بإذن أحدهما فهو أولى بالجواز وكذا الوديعة لو أخذها صاحبها بغير تسليم منها جاز فكذا إذا أخذها بتسليم أحدهما ، قوله (وتنفيذ وصية بعينها أو عتق عبد بعينه) ؛ لأنه لا يحتاج فيها إلى الرأي ، قوله (والحصومة في حق الميت) ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر ؛ لأنها لا تنأى منها في حالة واحدة ؛ لأنهما إذا تكلمتا معًا لم يفهم ما يقولان ولكن إذا آل الأمر إلى القبض ليس لأحدهما أن يقبض إلا بإذن الآخر وكذا قبول الهبة للصغير ؛ لأن في التأخير جيفة الفوات وكذا بيع ما يخشى عليه التلف ؛ لأن في التأخير خشية التلف وفيه ضرورة .

قال الخجندي : فمن أصحابنا من قال إن الاختلاف في هذه المسائل فيما إذا أوصى إليهما معًا ، أما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة فلكل واحد منهما أن يتصرف دون الآخر إجماعًا ، ومنهم من قال :

= الاختلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على جدة ، أما إذا أوصى إليهما معاً فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف إجماعاً ، والصحيح أن الاختلاف فيهما واحد ، وكذلك هذا الاختلاف في الأبوين ليس لأحدهما أن يتصرف في مال الولد إلا بإذن الآخر إلا في الأشياء المخصوصة التي ذكرناها في الوصيين إلا أن فيه زيادة شيء وهو أن لأحد الأبوين أن يزوجه امرأة إن كان ابناً وإن كانت بنتاً يزوجه وليس للآخر أن يبطله ، م. مات أحد الوصيين لا تنتقل ولايته إلى الآخر حتى أنه ليس له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وصياً آخر أو الوصي الذي مات أوصى إلى الحي أو إلى رجل آخر ، وعن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى الحي لا يجوز له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وصياً آخر ؛ لأن الميت لم يرض برأي أحدهما ، وإنما رضي برأي اثنين ، ولو أوصى إلى رجلين ثم إن أحدهما تصرف في المال في غير الأشياء المعدودة ثم أجازه صاحبه ، فإنه يجوز ولا يحتاج إلى تحديد العقد ، وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصي في تركته وتركه الميت الأول عندنا . وقال الشافعي : لا يكون وصياً في تركه الميت الأول ؛ لأنه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا أنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تعثره المنية قبل تميم مقصوده صار راضياً بإصائه إلى غيره .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٢٢/٤) : (ولو وصى اثنين) ولم يجعل لكل منهما الانفراد بالتصرف بل شرط اجتماعهما فيه أو أطلق كأن قال : أوصيت إلى زيد وعمرو أو إليكما (لم ينفرد أحدهما) بالتصرف عملاً بالشرط في الأول ، واحتياطاً في الثاني ؛ بل لا بد من اجتماعهما فيه (إلا إن صرح به) أي الانفراد كأن يقول : أوصيت إلى كُـل منكما ، أو كل واحد منكما ، وصي أو أنما وصيائي فلكل منهما الانفراد بالتصرف ، قال الأذريعي : وفي الأخيرة نظر ، ورد بأن التنية في حكم تكرير المفرد ، فكأنه قال : كل منكما وصي ، فإذا ضعف أحدهما عن التصرف انفرد الآخر كما لو مات أو جُن ، والإمام نصب من يعين الآخر ، وليس المراد بعدم الانفراد بالتصرف تلفظهما بالعقد معاً ، بل المعتبر أن يصدر عن رأيهما وإن باشره أحدهما أو غيرهما بأمرهما .

تنبيه : محل وجوب الاجتماع عند عدم التصريح بالانفراد في أمر الأطفال وأموالهم وتفرقة الوصايا غير المعينة وقضاء ذنن ليس في التركة جنسه . أما رد الأعيان المستحقة كالمغصوب والودائع والأعيان الموصى بها وقضاء ذنن في التركة جنسه فلا أحدهما الاستقلال به ؛ لأن لصاحب الحق أن يستقل بأخذ ذلك فلا يضر استقلال أحدهما به . وقضيته أنه يباح له ذلك ، وأن المدفوع يقع موقعه ، وهو كذلك وإن توقف الشيخان في جواز الإقدام ، ويرد على إطلاق المصنف ما لو اختلفا في حفظ المال المنقسم فإنه يقسم بينهما نصفين ، فإن تنازعا في تعيين النصف المحفوظ أقرع بينهما على الأصح في الروضة ، وإذا تعين اجتماعهما على التصرف واستقل أحدهما به لم يصح تصرفه وضمن ما أنفق على الأولاد أو غيرهم ، وعلى الحاكم نصب آخر إن مات أحدهما أو جُن أو فسق أو غاب أو لم يقبل الوصاية ليتصرف مع الموجود ، وليس له جعل الآخر مستقلاً في التصرف ؛ لأن الموصي لم يرض برأيه وحده ، ولو ماتا مثلاً جميعاً لزم الحاكم نصب اثنين مكانهما .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٤٥٣/٤ ، ٤٥٤) : (و) إن أوصى (لاثنتين) بلفظ واحد جعلتكما وصيين أو بلفظين في زمن واحد أو زمنين من غير تعقيد باجتماع أو افتراق (حمل على) قصد (التعاون) فلا يستقل أحدهما ببيع أو شراء أو نكاح أو غير ذلك بدون صاحبه إلا بتوكيل منه ، أما إن قيد الموصي في =

= وصيته بلفظ أو قرينة باجتماع أو انفراد عمل به ابن عبد السلام ولم يجعلوا وصيته للثاني ناسخة للأول ، (وإن) مات أحدهما أو اختلفا) في أمر كبيع أو شراء أو تزويج أو غير ذلك (فالحاكم) ينظر فيما فيه الأصلحة ، هل يبقى الحلي منهما ، أو يجعل معه غيره في الأولى أو يرد فعل أحدهما دون الآخر أو يردهما معا في الثانية ؟ .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (١٤٢/٦ ، ١٤٣) : (وإذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى بعده إلى آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد أخرجت الأول) معنى أوصى إلى رجل : أي جعل له التصرف بعد موته ، فيما كان له التصرف فيه ، من قضاء ديونه ، واقتضائها ، ورد الودائع ، واستردادها ، وتفريق وصيته ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده ، والنظر لهم في أموالهم بحفظها ، والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه . فأما من لا ولاية له عليهم ، كالمقلء الراشدين ، وغير أولاده من الإخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد ، فلا تصح الوصية عليهم ؛ لأنه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة ، فلا يكون ذلك لثابته بعد الممات . ولا تعلم في هذا كله خلافاً . وبه يقول مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا : للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل ؛ لأن له ولادة وتعتيها ، فأشبه الأب . ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجد وجهان ؛ أحدهما ، أن لها ولاية ؛ لأنها أحد الأبوين ، فأشبهت الأب .

ولنا : أن الجد يدلي بواسطة ، فأشبه الأخ والعم وفارق الأب ، فإنه يدلي بنفسه ، ويحجب الجد ، ويخالقه في ميراثه وحجبه ، فلا يصح إلحاقه به ، ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلي ؛ لأنها قاصرة لا تلي النكاح بحال ، فلا تلي مال غيرها ، كالعبد ؛ ولأنها لا تلي بولاية القضاء ، فكذلك بالنسب ، إذا ثبت هذا ، فإنه إذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد أخرجت الأول أو قد عزله ؛ لما ذكرنا فيما إذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها ل بكر ؛ ولأنه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما ، فكانا وصيين ، كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة ، فأما إن أخرج الأول انعزل ، وكان الثاني هو الوصي ، كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني .

فصل : ويجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فيقول : أوصيت إلى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف ؛ لأنه جعل كل واحد منهما وصياً منفرداً ، وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد ، وله أن يوصي إليهما ليتصرفا مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ؛ ولأنه لم يجعل ذلك إليه ، ولم يرض بنظره وحده ، وهاتان صورتان لا أعلم فيهما خلافاً ، وإن أطلق ، فقال : أوصيت إليكما في كذا . فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف ، وبه قال مالك ، والشافعي . وقال : أبو يوسف : له ذلك ؛ لأن الوصية والولاية لا تتبع ، فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين في تزويج أختهما . وقال أبو حنيفة ومحمد : يستحسن على خلاف القياس ، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء ذئبه ، وإنفاذ وصيته ، ورؤد الوديعة بعينها ، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام ، وقبول الهبة له ، والحصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه ؛ لأن هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها ، فجاز الانفراد بها .

٢٤٨١ - وقد نصَّ الفقهاء على أن القاضي له أن يقيم شخصًا مقام غيره في مسائل ، وذلك عند تحقق الحاجة لدفع الضرر .

٢٤٨٢ - فمن هذه المسائل : ما إذا كان شخص مدينًا لآخر فطالبه بالدين فحلف له أن يعطيه هذا المبلغ في الوقت المُلاني وجاءه به في الوقت المعين فاختمى الدائن ليقوع عليه اليمين ؛ لأن في عدم إقامة الغير إضرارًا بالمدين لوقوع اليمين عليه .

٢٤٨٣ - ومنها : ما لو كان شخص مدينًا ، فطالبه الدائن بالدين فضمن شخص آخر إحضاره له في وقت معين ، وشرط أنه إن لم يحضره إليه فيه يكون ملزمًا بدفع الدين ثم أحضره في الوقت المتفق عليه فاختمى الدائن حتى يفوت الوقت ؛ لأنه لو لم يقم الغير لتضرر الكفيل بالنفس لإلزامه بالدين المعلق على عدم التسليم في الوقت المعين .

٢٤٨٤ - ومنها : ما لو كان المدعى عليه أحرص أصم ولا ولي له .

٢٤٨٥ - ومنها : ما لو أسلمت زوجة المجنون الكافر ولا أب له ولا أم ليقضي عليه بالفرقة ؛ لأنه لو لم يقم شخصًا عنه لتضررت الزوجة التي أسلمت بانتظارها وقتًا غير معلوم لشفاء زوجها المجنون .

٢٤٨٦ - ومنها : ما لو ادعى الوصي دينًا على الميت ، فينصب القاضي وصيًا في مقدار هذا الدين ليخاصمه الوصي في إثباته .

٢٤٨٧ - والفروع التي من هذا القبيل كثيرة لا يمكن حصرها ، ولكن متى عرفنا السبب في ذلك وهو تحقق الحاجة لدفع الضرر استغنيانا عن سردها .

٢٤٨٨ - فقد بان لك أنه متى أقام الأب وصيًا واحدًا وكان مستوفيًا لكل الشروط وقادرًا على القيام بجميع شؤون التركة فهو الذي يتصرف ولا يزاحمه غيره اتفاقًا فتكون جميع تصرفاته الموافقة للشرع نافذة بلا توقف على إجازة غيره .

٢٤٨٩ - وأما إذا أقام وصيين أو اختارهما قاضٍ واحد فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

٢٤٩٠ - الأول : أن ينص الوصي على الانفراد بأن يقول : أقمكما وصيين ولكل

= ولنا : أنه شرك بينهما في النظر ، فلم يكن لأحدهما الانفراد ، كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف نقول به ، فإنه جعل الولاية إليهما باجتماعهما ، فليست متبعضة ، كما لو وكل وكيلين ، أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا إلا مجتمعين ، ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين ، ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضًا ، وإذا تعذر اجتماعهما ، أقام الحاكم أمينًا مقام الغائب .

منكما أن ينفرد بالتصرف .

٢٤٩١ - والثاني : أن ينص على الاجتماع بأن يقول : أقمتهما وصيين ولا يتصرف أحدهما وحده .

٢٤٩٢ - الثالث : أن يطلق بأن يقول : أقمتهما وصيين .

٢٤٩٣ - فإن كان الأول أو الثاني اتبع ما نص عليه .

٢٤٩٤ - وإن كان الثالث ، فقال أبو يوسف : ينفرد أحدهما بالتصرف ، وقال الإمام الأعظم ومحمد : لا ينفرد .

٢٤٩٥ - وينبغي على هذا : أنه إذا تصرف أحدهما بدون أخذ رأي الآخر كان تصرفه نافذاً عند أبي يوسف وموقوفاً عندهما ، فإن أجاز الوصي الآخر نفذ وإن رده بطل .

٢٤٩٦ - والمختار أن هذا الخلاف جار بينهم ، سواء كان إيصاؤه لهما بعقد واحد كما إذا قال لهما : أقمتهما وصيين أو بعقدين كما إذا قال لواحد : قم بلوازم أولادي بعد موتي ، وقال الآخر بعد ذلك : أقمتك وصياً .

٢٤٩٧ - وقال بعضهم : الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة ، وأما إذا أوصى إليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالإجماع .

٢٤٩٨ - وقال بعضهم : الخلاف إنما هو فيما إذا أوصى إليهما بعقد واحد ، وأما إذا أوصى إلى كل منهما بعقد على حدته فينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع ، واختلفت عبارات الفقهاء في الأرجح من هذه الأقوال ، والظاهر من كلامهم الأول .

٢٤٩٩ - واستدل أبو يوسف : بأن الإيصاء من باب الولاية وهي إذا ثبتت لاثنين شرعاً ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالأخوين في مسألة الزواج فإن لكل منهما الانفراد بالتزويج اتفاقاً وسبب ذلك أن الإيصاء خلافه .

٢٥٠٠ - وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان بوصف الكمال ؛ ولأن اختيار الأب أو الجد لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما .

٢٥٠١ - واستدل أبو حنيفة ومحمد : بأن الولاية ثبتت عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع ؛ لأنه شرط مفيد إذ رأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين ،

ولم يرض الموصي إلا باثنين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلاً ، بخلاف الأخوين في النكاح ؛ لأن السبب هناك القرابة وقد كانت لكل واحد منهما كاملة على انفراده فينفرد .

٢٥٠٢ - وقد استثنى أبو حنيفة ومحمد من قولهما هذه المسائل لو باشرها أحد الوصيين كان تصرفه نافذاً بلا توقف على إجازة الآخر، ومن تتبع هذه المسائل وجدها لا تخرج عن أصليين :

٢٥٠٣ - الأول : المسائل التي يخشى من تأخيرها الضرر .

٢٥٠٤ - الثاني : المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي .

٢٥٠٥ - وينبغي على ذلك أن لأحد الوصيين الانفراد إجماعاً في المسائل الآتية:

٢٥٠٦ - أولاً : تجهيز الميت ؛ لأن في التأخير ضرراً ولا يحتاج فيه إلى الرأي ؛ لأن الكفن المسنون والأمور المجازة شرعاً في هذه الحالة معلومة ؛ بل عند التأمل نرى أن التجهيز ليس من باب الولاية المستفادة من قبل الموصي ولذا يملكه الجيران في الحضر والرفقة في السفر .

٢٥٠٧ - ثانياً : الخصومة في حقوق الموصي التي على الغير ولكن الظاهر أن المراد بالخصومة التي ينفرد بها أحدهما حضوره في مجلس القضاء لرفعة الدعوى والسير فيها بدون أخذ رأي الآخر إذ هذا مما يحتاج فيه إلى الرأي ، وإنما كان الظاهر ما ذكره بدليل أنهم عللوا الانفراد في الخصومة بقولهم ؛ لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين فالتعذر إنما هو الاجتماع على ما قالوا لا أخذ الرأي .

٢٥٠٨ - وبدليل أنهم نصّوا على أنه إذا وُكِّل شخص اثنين بعقد واحد لا ينفرد أحدهما بالتصرف إلا في مسائل منها الخصومة ، وقالوا في تعليل الانفراد ؛ لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي والخصومة .

٢٥٠٩ - وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي مُتَعَذِر ؛ لأنه يؤدي إلى التشويش على القاضي وإلى الشغب والرأي يحتاج إليه سابقاً على الخصومة .

٢٥١٠ - ولما خالف زفر في مسألة الخصومة وقال : لا ينفرد أحدهما فيها ، معللاً ذلك بأنها محتاجة إلى الرأي ورأي الاثنين لا يكون ك رأي الواحد ردوا عليه بقولهم : إن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحريراً للصواب ؛

إذ الإنسان يتلى بالغلط عند كثرة اللفظ وفي الاجتماع إجلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضياً بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وهذا يكون بأن يتنابوا الأمر برأيهما وإنما يفرد أحدهما بالتكلم .

٢٥١١ - فيؤخذ من صريح هذا ما قلناه لما يترتب على غيره من الضرر ؛ لأن الغائب ربما يكون أقوى حجة من الحاضر ، وقد يكون عنده من الأدلة في هذه المسألة ما ليس موجوداً عند الحاضر .

٢٥١٢ - فإذا قلنا بصحة الانفراد في هذه المسألة ، وأنه لا يؤخذ رأي الآخر ، وأقام الخصم الحجة على الحاضر ، ولم يبد ما عند الغائب لعدم علمه به وحكم بمقتضى هذه الحجة ، فلا تسمع عليه دعوى بعد ذلك بخصوص هذه المسألة وفيه من الإضرار بالورثة ما لا يخفى على أحد .

٢٥١٣ - ثالثاً : طلب الديون التي للموصي ؛ لأنه غير محتاج إلى الرأي ولكن لا يجوز له قبضها وحده لاحتياجها بعده إلى الحفظ وهو محتاج إلى الرأي ، وقد يقال إذا لم يملك القبض فما فائدة الطلب ، اللهم إلا أن يقال فائدته الاتفاق مع المدين على إحضار الدّين في وقت معين ويخير صاحبه بالاشتراك معه في استلامه وفي محل حفظه .

٢٥١٤ - رابعاً : قضاء الديون الثابتة المطلوبة من الموصي لكن بشرط أن يكون المدفوع من جنس ما عليه بأن يكون عليه مائة جنية ، فيدفع له مثلها ، فلو أراد أن يعطيه شيئاً آخر في مقابلة هذا الدين فلا بد من أخذ رأي شريكه في الولاية لعدم احتياج الأول إلى الرأي وللاحتياج إليه في الثاني .

٢٥١٥ - خامساً : تنفيذ وصية معينة لفقير معين أو لغير فقير ، فإذا قال : أوصيت لفلان بهذا البيت ، وكانت الوصية نافذة ومستوفية كل الشروط جاز لأحدهما أن يدفع الموصى به إلى الموصى له لعدم احتياجه إلى الرأي .

٢٥١٦ - سادساً : شراء ما لا بد منه للأيتام كالطعام والكسوة ؛ لأن في التأخير لحوق ضرر بهم وأي ضرر أعظم من هذا إذ ربما يموتون جوعاً أو عرياً .

٢٥١٧ - سابعاً : قبول الهبة للموصي عليه ؛ لأن في تأخيره خشية الفوات ولعدم احتياجه إلى الرأي ؛ ولأن القبول يملكه كل من كان الطفل في حجره ، وإن لم يكن وليّاً ولا وصيّاً فليس من باب الولاية .

٢٥١٨ - ثامناً : إجارة ماله والإجارة وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي لكن ربما يكون

في تأخيرها خشية الفوات ولحوق الضرر مأمون لفسخ العقد بتحقيقه ، ومثله يقال في تأجير الطفل لعمل ، والظاهر أن الإجارة من المسائل التي يحتاج فيها إلى الرأي ، فلا ينفرد أحدهما بها ؛ لأن الوصيين كناظري الوقف ، وقد نص في الإسعاف على أنه لا ينفرد أحد الناظرين بالإجارة إلا إذا وُكِّل أحدهما الآخر .

٢٥١٩ - تاسعاً : رد العارية والودائع المعينة فإذا استعار شخص شيئاً لينتفع به ومات قبل رده إلى صاحبه أو أودع شخص عنده شيئاً ومات قبل رده وكان له وصيان ملك أحدهما إعطاء الوديعة والعارية إلى صاحبها ؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي فلو احتيج إلى الرأي بأن كانت الودائع غير معينة اشترط اجتماعهما .

٢٥٢٠ - عاشراً : رد ما اغتصبه الموصي ، أي : أخذه قهراً عن صاحبه ، ورد ما اشتراه شراء فاسداً ، لأن كلاً منهما غير محتاج إلى الرأي .

٢٥٢١ - حادي عشر : قسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصي لعدم التفاوت بين أحدهما ، فلا تحتاج إلى الرأي ، ولذلك لو كانت الشركة في القيميات احتيجت القسمة إليه فلا ينفرد أحدهما بها .

٢٥٢٢ - ثان عشر : بيع كل ما يخشى عليه التلف ؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى .

٢٥٢٣ - ثالث عشر : جمع الأموال الضائعة ؛ لأن في التأخير خشية الفوات ؛ ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية .

٢٥٢٤ - والفروع في هذا المقام كثيرة ولكن متى عرفنا الأصلين المتقدمين في أول شرح المادة سهل علينا التفرع عليهما .

٢٥٢٥ - فظهر من ذلك أن الموصي إما أن ينص على الانفراد أو الاجتماع أو يطلق .

٢٥٢٦ - فإن كان الأول أو الثاني اتبع شرطه اتفاقاً كما مر .

٢٥٢٧ - وإن كان الثالث ففي المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي والتي يخشى من تأخيرها الضرر ينفرد أحدهما اتفاقاً أيضاً وفي غيرها لا ينفرد عند الإمام الأعظم ومحمد وينفرد عند أبي يوسف هذا محصل ما نُصِّوا عليه .

٢٥٢٨ - وبقي أن يُقال : إذا نص على الاجتماع ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالتصرف في المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي والتي يخشى من تأخيرها الضرر ؟

٢٥٢٩ - والظاهر أن له ذلك ؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة ؛ ولأن الشرط لا يعمل

به إلا إذا كان مُفِيدًا . ولم أر ذلك منصوبًا فإن وجدت نصًا صريحًا فاعمل به .
٢٥٣٠ - وكل الأحكام المتقدمة بالنسبة للوصيين تسري على ناظري الوقف .

(مادة ٤٤٧)

إِذَا أَوْصَى الْيَتِيمَ إِلَى اثْنَيْنِ وَمَاتَ ، فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَقْبَلِ الْآخَرَ ، يَضُمُّ الْقَاضِي إِلَيْهِ
غَيْرَهُ إِنْ شَاءَ ، وَإِنْ شَاءَ أَطْلَقَ لِلْقَابِلِ التَّصَرُّفَ .
وَلَوْ جَعَلَ الْمُوصِي مَعَ الْوَصِيِّ مُشْرَفًا ، يَكُونُ الْوَصِيُّ أَوْلَى بِإِمْسَاكِ الْمَالِ ، إِنَّمَا لَا يَجُوزُ لَهُ
التَّصَرُّفُ فِي شَيْءٍ بِدُونِ عِلْمِ الْمُشْرَفِ وَرَأْيِهِ (١) .

• • •

٢٥٣١ - وهذا إذا قبل الوصيان الإيضاء في حياة الوصي فما دام حين فتصرفهما
على الخلاف المتقدم .

٢٥٣٢ - ثم إن حضرت الوفاة أحدهما ، فإن أوصى إلى الآخر فله التصرف في التركة
وحده ، ولا يحتاج إلى نصب القاضي وصيًا آخر ؛ لأن رأى الميت باقي حكمًا برأي من
يخلفه ، وإن أوصى إلى غيره وجب اجتماعهما وإن لم يوص إلى الحي ولا إلى غيره نظر
القاضي في المسألة لما له من الولاية العامة ، فإن وجد الباقي قادرًا على إدارة جميع شؤون
التركة وحده فُوض إليه النظر كله وإن رآه محتاجًا إلى من يعاونه ويساعده ضم إليه آخر .

٢٥٣٣ - وكثير من الفقهاء يقول : لا بد من ضم آخر إلى الحي عند الكل ، أما عند
من يقول بعدم الانفراد فهو ظاهر ؛ لأن الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم
إليه القاضي وصيًا نظرًا للميت عند عجزه ، وأما عند القائل بصحة انفراد أحدهما

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤١/٦ ، ١٤٢) : « رجل أوصى إلى رجل وجعل غيره مشرفًا
عليه يكون الوصي أولى بإمساك المال ولا يكون المشرف وصيًا ، وأثر كونه مشرفًا أنه لا يجوز تصرف الوصي
إلا بعلمه ، كذا في خزنة المفتين » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٢٢/٤) : « ولو جعل الوصي على الوصيين مشرفًا لم يتصرفا إلا
بمراجعته . قال الأذرعى : ومحلّه فيما يحتاج إلى نظر ، لا كإبراء الخبز والبقل ، قال في الكفاية : وليس
للمشرف التصرف ، ذكره في البحر » .

قول المالكية : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٥٣/٤) : « وأما لو أوصى واحدًا وجعل آخر ناظرًا
ومشرفًا عليه فإنما لذلك المشرف المشورة والنظر وليس له رد السداد من تصرف الوصي ولا نزع المال منه » .

بالتصرف وهو أبو يوسف فلان الحي منهما ، وإن كان يقدر على التصرف ولكن الموصي قصد أن يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر .

٢٥٣٤ - وبعضهم يقول : متى كان الباقي منهما قادراً على إدارة جميع التركة ، فلا حاجة إلى إقامة آخر عند أبي يوسف ، وهو الظاهر للاستغناء عنه بقدره الباقي خصوصاً إذا كان يترتب على إقامة آخر زيادة الأجر التي نحن في غنى عنها نظراً لحق الورثة .

٢٥٣٥ - ومثل هذا ما إذا أوصي إلى اثنين ولم يقبلا في حياته وبعده موته قبل أحدهما ولم يقبل الآخر ، فإن القاضي ينظر فإن رأى أن القابل كافٍ وحده أطلق له التصرف وإلا ضم إليه غيره .

٢٥٣٦ - والوصي هو الذي يحفظ المال دون غيره ولو كان مشرفاً ، أي : ناظرًا إقامة الموصي مع الوصي ولكن ليس للوصي أن يتصرف إلا بعد إخبار المشرف بما يريد من التصرفات وأخذ رأيه فيها .

(مادة ٤٤٨)

وَصِيُّ الْوَصِيِّ الْمُخْتَارِ وَصِيٌّ فِي التَّرَكَاتَيْنِ ، وَلَوْ خَصَّصَهُ بِتَرَكِيهِ .
وَوَصِيٌّ وَصِيٌّ الْقَاضِي وَصِيٌّ فِي التَّرَكَاتَيْنِ أَيْضًا إِنْ كَانَتْ الْوِصَايَةُ عَامَّةً (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢٠٩/٦ ، ٢١٠) : (ووصى الوصي وصي التركتين) أي إذا مات الوصي ، وأوصى إلى غيره فهو وصي في تركته وتركته الميت الأول ، وقال الشافعي ^{تلفته} : لا يكون وصيًا في تركته الميت الأول ؛ لأن الميت فوض إليه التصرف ، ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملكه ؛ ولأنه رضي برأيه ، ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فإنه يصير وصيًا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ؛ ولأن العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ، ولا للمضارب أن يضارب فكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال الموصي إليه .

ولنا : أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي ، ولهذا يقدم على الجد ، ولو لم تنتقل إليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل إليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد ، وينزل هو بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً فإذا انتقلت إليه الولاية ملك الإيصاء ، والذي يوضح ذلك أن الولاية التي كانت للموصي تنتقل إلى الجد في النفس ، وإلى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الأب فيما انتقل إليه حتى ملك الإيصاء فيه فكذا الوصي ، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولاية ، وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزله في التركتين ، =

٢٥٣٧ - وما دام الوصي موجودًا فهو الذي يتصرف إذا لم يطرأ ما يستوجب عزله ، فإن مات فإذا لم يوص إلى غيره أقام القاضي وصيًا ، وإن أوصى إلى غيره كان الموصى إليه وصيًا في الترتين أي : تركته وتركه موصيه .

٢٥٣٨ - وقال الإمام الشافعي - رضي الله تعالى عنه - : لا يكون وصيًا في تركه موصيه ، واستدل بأن الموصي الأول فوض إلى وصيه التصرف ، ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملكه .

٢٥٣٩ - ولأنه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل ؛ فإنه يكون وصيًا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ؛ ولأن العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل فكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال من أوصى إليه .

٢٥٤٠ - ودليلنا : أن الوصي تصرف بوصية منتقلة إليه ، فيملك الإيصاء إلى غيره ؛ لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في الترتين

= ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي بل وجد ما يدل عليه ؛ لأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تحتره النية صار راضيًا بإيصائه إلى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده ، وهو تلافى ما فرط فيه بخلاف الوكيل ؛ لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بتوكيل أو إيصاء .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٦٩/٣) : « (ولو قال) لوصيه (أوصيت إلى من أوصيت إليه إن مت أنت) أو إذا مت أنت فوصيتك وصيتي (لم يصح) ؛ لأن الموصى إليه مجهول (والمنصوب لقضاء الدين يُطالب الورثة بقضائه أو تسليم التركة) لتبايع في الدين تبرئة لذمة الموصي ، وكقضاء الدين قضاء الوصايا كما صرح به الأصل (فإن عين) الموصي (لغريمه عبدًا) عرضًا عن ذنبه (تعين) له فليس للورثة إسماكه ؛ لأن في أعیان الأموال أعراضًا (وكذا لو أمر ببيعه له) أي غريمه أي لأجله بأن قال : بعه ، واقض الدين من ثمنه فيتمين ؛ لأنه قد يكون أطيب وأبعد عن الشبهة .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٤٤/٢) : « (ووصي الوصي) الذي أوصاه الأب وإن تسلسل . (كالوصي) في كل ما كان للموصي فعل من نكاح أو غيره . قال خليل : وإنما يوصي للمحجور عليه أب أو وصيه وإن بعد لا غيرهما ، كمقدم قاضٍ أو جد سوى الأم فإن لها الإيصاء بالشروط المتقدمة ، ومثل الوصي في صحة الإيصاء لغیره الخليفة والمجير وإمام الصلاة وناظر الوقف إن جعل له الواقف الإيصاء ، والضابط في ذلك أن كل من ليس له عزل نفسه مما قبل التولية فيه يجوز له الإيصاء به ، ومن له عزل نفسه كالأئمين على الرهن والوكيل والقاضي فليس له الإيصاء ، وفهم من قول المصنف : ووصي الوصي كالوصي أنه يجوز له الإيصاء وهو كذلك كما ذكرنا حيث كان الوصي مُتحدًا ، وأما لو كان متعدّدًا فإنه لا يجوز له الإيصاء بغير إذن صاحبه . قال خليل : ولانثنين حمل على التعاون وإن مات أحدهما أو اختلفا فالحاكم ولا لأحدهما إيصاء ولا لهما قسم المال وإلا ضُمنا .

فينزل الثاني منزلته في الترتين ، ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي ، بل وجد ما يدل عليه ؛ لأنه لما استعان به في ذلك مع علمه بأنه لا يعيش أبدًا ، بل تعثره المنية صار راضيًا بإضافته إلى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوض إليه بخلاف الوكيل ؛ لأن الموكل يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه ، فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بالتوكيل ، ولكن هذا الحكم وهو جعل وصي الوصي وصيًا في الترتين ليس على إطلاقه في كل الصور عندنا بل في بعضها .

٢٥٤١ - وبيانه : أن الوصي عند إقامته وصيًا آخر إما أن يهيم بأن يقول : أقمتهك وصيًا . أو يبين بأن يقول : أقمتهك وصيًا في الترتين ، أو : في تركة موصي ، أو : في تركتي . فإن أبهم أو بين فقال : في الترتين . فهو وصي فيهما إجمالًا .

٢٥٤٢ - وإن بين فقال : في تركة موصي . كان وصيًا بالنسبة إليها بالإجماع أيضًا . وإن قال : أقمتهك وصيًا في تركتي .

٢٥٤٣ - فقال أبو حنيفة : يكون وصيًا فيهما أيضًا ؛ لأن تركة موصيه تركته إذ هو يملك التصرف فيها كما كان يملكه في أمواله الخاصة به فالكل تركة له ؛ لأن اللفظ يتناول الترتين .

٢٥٤٤ - وقال الصحابان : يكون وصيًا في تركته خاصة ، وهو الظاهر لتبادره إلى الذهن عند سماع هذه العبارة ؛ لأن تركة موصيه ليست تركته ؛ إذ لا يملك فيها إلا التصرف وقد انتهى بموته .

٢٥٤٥ - وما تقدم إنما هو بالنسبة للوصي المختار ، وأما وصي القاضي فلا يكون وصيه وصيًا في الترتين ، إلا إذا كانت الوصاية عامة .

الفصل الثاني في تصرفات الوصي

(مادة ٤٤٩)

- إِذَا كَانَتْ الثَّرَكَةُ خَالِيَةً عَنِ الدِّينِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ صِغَارًا ، يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي كُلِّ الْمُتَقَوْلَاتِ بِبَيْعِهَا وَلَوْ بِبَيْسِيرِ العَبْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْإِتِمَامِ حَاجَةٌ لِتَمَتُّهَا .
وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ عَقَارَ الصَّغِيرِ إِلَّا بِمُسُوغٍ مِنَ الْمُسُوغَاتِ الشَّرْعِيَّةِ الْآتِيَةِ ، وَهِيَ :
- أَنْ يَكُونَ فِي بَيْعِهِ خَيْرٌ لِلْيَتِيمِ بِأَنْ يَبِيعَهُ لِرَغْبَةٍ فِيهِ بِضَعْفِ قِيَمَتِهِ .
 - أَوْ يَكُونَ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ لَا وِفَاءَ لَهُ إِلَّا مِنْ ثَمَنِهِ ، فَيُبَاعُ مِنْهُ بِقَدْرِ الدِّينِ .
 - أَوْ يَكُونَ فِي الثَّرَكَةِ وَصِيَّةٌ مُرْسَلَةٌ وَلَا عَرُوضٌ فِيهَا وَلَا نُقُودٌ لِنَفَادِهَا مِنْهَا ، فَيُبَاعُ مِنَ الْعَقَارِ بِقَدْرِ مَا يَنْفَعُ الْوَصِيَّةَ .
 - أَوْ يَكُونَ الْيَتِيمُ مُخْتَاَجًا إِلَى ثَمَنِهِ لِلتَّفَقُّعِ عَلَيْهِ ، فَيُبَاعُ وَلَوْ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ أَوْ بِبَيْسِيرِ العَبْنِ .
 - أَوْ تَكُونَ مَوْتَتُهُ وَخَرَاஜُهُ تَزِيدُ عَلَى غَلَابِهِ .
 - أَوْ يَكُونَ الْعَقَارُ دَارًا ، أَوْ خَانُوتًا آيَلًا إِلَى الْحَرَابِ ، فَيُبَاعُ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَنْقُصَ .
 - أَوْ يَخَافُ عَلَيْهِ مِنْ تَسَلُّطِ جَائِرٍ ذِي سُوْكَةٍ عَلَيْهِ .
- فَإِنْ بَاعَ الْوَصِيُّ عَقَارَ الصَّغِيرِ بِدُونِ مُسُوغٍ مِنْ هَذِهِ الْمُسُوغَاتِ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَلَا تَلْحَقُهُ
الْإِجَارَةُ بَعْدَ بُلُوغِ الْيَتِيمِ .
- وَالشَّجْرُ ، وَالتَّحِيلُ ، وَالْبِنَاءُ دُونَ الْعَرُوضَةِ مَعْدُودَةٌ مِنَ الْمُتَقَوْلَاتِ لَا مِنَ الْعَقَارَاتِ ،
فَلِلْوَصِيِّ بِبَيْعِهَا بِلَا مُسُوغٍ مِنَ الْمُسُوغَاتِ الْمَذْكُورَةِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٣٦/٥) : الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير ، أو اشترى مال الصغير لنفسه ، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر ؛ لا يجوز بالإجماع ، وإن كان فيه نفع ظاهر ؛ جاز عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، وعند محمد لا يجوز ؛ لأن القياس يأبى جوازه أصلًا من الأب والوصي جميعًا ؛ لما ذكرنا من الاستحالة إلا أن الأب لكمال شفقتة جعل شخصه المتحد حقيقة متعددًا ذاتًا ، ورأبنا وعبارة ، والوصي لا يساويه في الشفقة فبقي الأمر فيه على أصل القياس ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما أن تصرف الوصي إذا كان فيه نفع ظاهر لليتم فله قربان ماله على وجه الأحسن فيملكه بالنص ، قوله لا يمكن إلحاق الوصي بالأب لقصور شفقتة ، قلنا : الوصي له شبهان : شبه بالأب ، وشبه بالوكيل ، أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبيًا ، =

= وشبهه بالأب لكونه مرضي الأب ، فالظاهر أنه ما رضي به إلا لوفور شفقتة على الصغير فأثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملاً يشبه الأب وقطعنا ولايته عند عدمه عملاً يشبه الوكيل عملاً بالشبهين بقدر الإمكان .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٢/٢) : « ويتصرف لهما (الولي (بالمصلحة) وجوباً ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ مِنْ أَسْنَى ﴾ وقوله ﴿ وَإِنْ تَحَايَلْتُمْ عَنْهَا فَلَغْوٌ مِنْكُمْ وَرَبُّهُ يَتْلُمُ الظُّلُمَاتِ مِنْ أَسْفَلِ ﴾ ، (ولو وجد بما اشتراه عيباً وبه غبطة أمسكه) لما فيه من الغبطة (ويشترى) الولي (له) أي : لمحجوره جوازاً بل ندباً ، كما قال القاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهما (العقار) بل هو أولى من التجارة إذا حصل من ربه الكفاية هذا (إن لم يخف جوراً) من سلطان ، أو غيره ، (أو خراباً) للعقار (أو) لم يجد به (ثقل خراج وبيع لهما) عقارهما (بالأجر) أي : الطوب المحرق (والطين لا اللبن) أي : الطوب الذي لم يحرق بدل الآجر (والجص) أي : الجبس بدل الطين ؛ لأن اللبن قليل البقاء وينكسر عند الاحتياج إلى النقص بخلاف الآجر والجص كثير المونة ، ولا تبقى منفعة عند النقص بل يلتصق بالطوب فيفسدها بخلاف الطين ، والسفيه كالصبي والمجنون في جميع ما تقرر (واختار كثير) من الأصحاب (البناء) أي جوازه (على عادة البلد) كيف كان ، (ولا يبيع عقاره) أي عقار محجوره ؛ إذ لا حظ له فيه (إلا لثقل خراج أو خوف خراب) والتصريح بخوف الخراب من زيادته وما قبله جملة الأصل من جملة الغبطة الآتية (وله يبيعه لحاجة نفقة وكسوة) ونحوها (إن لم يجد قرضاً ينتظر معه غلة) من العقار ونحوه تقي بالقرض ؛ فإن وجد قرضاً كذلك اقترض له وامتنع بيع العقار وشرطه المذكور أخص من قول أصله إذا لم يجد من يقرضه ، أو لم ير المصلحة في القرض ، (أو لغبطة كزيادة الثمن) الذي أريد يبيع به على ثمن مثله (وهو يجد مثله ببعضه) أو خيراً منه ب كله ، وكالعقار فيما ذكر آتية الفتية من صفر وغيره نقله ابن الرفعة عند البندنجي ، قال : وما عداهما لا يباع أيضاً إلا لغبطة ، أو حاجة ؛ لكن يجوز لحاجة سيرة وبيع قليل لائق بخلافهما ، قال الروائي : ولو ترك عمارة عقاره حتى خرب مع القدرة أتم ، وهل يضمن كما في ترك علف الدابة ، أو لا كما في ترك التلقيح ؟ ، وجهان جاريان فيما لو ترك إيجاره مع القدرة ؛ وأوجهها عدم الضمان فيهما ويفارق ترك العلف بأن فيه إتلاف روح بخلاف ما هنا ، قال القفال : ويضمن ورق الفرساد إذا تركه حتى فات وكأنه قاسه على سائر الأطعمة (ولا يبيع) له (بعرض ونسيئة إلا لمصلحة) يراها فيها لما مر من قوله تعالى : ﴿ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ مِنْ أَسْنَى ﴾ فمن مصالح العرض أن يكون فيه ربح ومن مصالح النسيئة أن تكون بزيادة ، أو لحوف عليه من نهب ، أو إغارة (ويشهد) وجوباً (على النسيئة وزياتها ويرتهن) كذلك بالثمن ، وقال ابن الرفعة : يرتهن إن رآه مصلحة كما في إقراض ماله ، قال الزركشي : وقد يفرق بينهما بأنه متمكن ثم من المطالبة متى شاء بخلافه هنا ، وقد يسرع من عليه الثمن في ضياع ماله ولا يتمكن من مطالبته فاحتجج إلى التوثق بالرهن أي : مطلقاً (رهناً واثناً) به للاحتياط (وإلا) أي : وإن لم يفعل ذلك (ضمن) .

قال السبكي : وبطل البيع على الأصح قال : وقال الإمام : الأصح أنه لا يبطل إذا كان المشتري ملياً انتهى ، وكلام الأصل دال على ذلك (ولا يجزئ الكفيل) عن الارتهان (ولا يلزم الأب والجد الارتهان) من نفسها (له والدين عليهما) كأن باعا ماله لنفسها نسيئة ؛ لأنهما أمينان في حقه وتمييره بما قاله أعم من قول الأصل ، وإذا باع مال ولده لنفسه نسيئة لا يحتاج إلى رهن من نفسه (ويسجل القاضي بيعهما) مال =

= ولدهما أي : يحكم بصحته إذا رفعاه إليه ، (وإن لم يثبتا) أن يعيها وقع (بالمصلحة) ؛ لأنها غير متممين في حق ولدهما (وفي وجوب إثباتهما) أي : إقامتهما البينة (بالعدالة) ليسجل لهما (وجهان) أحدهما لا اكتشاف بالعدالة الظاهرة كشهود النكاح ، والثاني نعم كما يجب إثبات عدالة الشهود ليحكم .

قال ابن العماد : وينبغي أن يكون هو الأصح بخلاف ما مر ؛ لأن ذلك في جواز ترك الحاكم لهما على الولاية وهذا فيما إذا طلبا منه أن يسجل لهما (بخلاف الوصي والأمين) ؛ فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة ، وبدالتهما ، والتصريح بالحكم في عدالتهما من زيادته (ويقبل قوله بعد البلوغ عليهما أنهما باعا) ماله ولو غير عقار (بلا مصلحة) ، فتلزهما البينة (لا على الأب والجد) ؛ فلا تلزمهما البينة بل البينة عليه ؛ لأنها لا يتهمان لو فور شفقتهم بخلاف غيرهما ، وقضيته قبول قول الأم وإن علت إذا كانت وصية ، وكذا من في معناها كتابتها ، وما ذكر في الوصي والأمين ، قال الزركشي : محله في غير أموال التجارة أما فيها فالظاهر قبول قولهما لعسر الإشهاد عليهما (ودعواه على المشتري من الولي كدعواه على الولي) فيقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجد ، لا إن اشترى منهما وسكت عن دعواه على القاضي .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٣٠٠/٥) : « وإنما يباع عقاره لحاجة ، أو غبطة ، أو كونه موظفاً ، أو حصّة ، أو قلت غلته فيستبدل خلفه ، أو بين ذميين ، أو جيران سوء ، أو لإرادة شريكه بقاء ، ولا مال له ، أو لخشية انتقال العمارة ، أو الخراب ، ولا مال له ، أو له والبيع أولى ، الضمير في عقارة يرجع للتيتم الذي لا وصي له وباع الحاكم ، أو له وصي وباع الوصي على أحد المشهورين المتقدم في قوله إلا الربع فبيان السبب ، والمعنى أن الحاكم ، أو الوصي لا يجوز لكل منهما أن يبيع عقار اليتيم إلا بأحد أمور : منها أن تكون حاجة دعت إلى البيع من نفقة أو دين هناك ، ولا قضاء له إلا من ثمنه ، ومنها أن يكون البيع غبطة بأن زاد في ثمنه زيادة لها قدر وبال حدها الغرناطي بالثلث ، وكلام ابن عرفة يفيد أن الغبطة هو الثمن الكثير الحلال الزائد على ثلث القيمة .

ومنها أن يكون موظفاً ، أي : عليه توظيف ، أي : حكر فيباع ويؤخذ له عقار لا توظيف عليه كل سنة ، أو كل شهر ، ومنها أن يكون حصّة فيستبدل غيره كاملاً للسلامة من ضرر الشركة ، ومنها أن يكون المبيع غلته قليلة فيباع ليستبدل ما له غلّة كثيرة ، والذي في توضيحه وقريب منه لابن عرفة ، أو لكونه لا يعود عليه منه شيء ، ومثله في وثائق الغرناطي ، ومنها كونه بين ذميين فيباع ليستبدل خلفه بين المسلمين ، ومنها كونه بين جيران سوء يحصل منهم ضرر في الدين ، أو في الدنيا ، ومنها كونه حصّة وأراد الشريك بيع حصته ، ولا مال لليتيم يشتري به حصّة شريكه ، ومنها خشية انتقال العمارة عنه فيصير منفرداً لا نفع به غالباً ، ومنها خشية خرابه ، ولا مال لليتيم يعمر به ، أو له ما يعمر به ، ولكن البيع أولى من العمارة وترك المؤلف يبعه للخوف عليه من السلطان جائزاً وغيره ، وإن كان يفهم من بعض ما ذكره بالأولى ، واعلم أن قوله فيستبدل خلفه راجع لجميع ما قبله ما عدا مسألة الحاجة ، وذكر أن مسألة الغبطة كذلك وراجع لجميع ما بعده ما عدا مسألة ، أو لإرادة شريكه بقاء ، وقوله : خلافه يشمل غير العقار ، ولكن كلام في شرحه يقتضي تخصيصه بالعقار .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (١٧٥/٢ ، ١٧٦) : « (وحرّم تصرف ولي صغير) وولي ، (مجنون) ، وسفيه (إلا بما فيه حظ) للمحجور عليه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ =

٢٥٤٦ - اعلم أن الوصي مطالب أمام الله وأمام القاضي بالمحافظة على أموال الأيتام وتميئتها بقدر الإمكان ، لأنهم عاجزون عن معرفة ما فيه مصلحتهم فيلزمه أن يراعي ما هو مطالب به أمام الله الذي يعلم سره ونجواه .

٢٥٤٧ - فلا يلبس على القاضي بشيء لا يرضاه الله ليتخلص من العقاب الديني ؛ لأن الله لا تخفى عليه خافية ، فهو وإن نجا في الدنيا فالعقاب الأخروي أشد .

٢٥٤٨ - فيكون دائماً على ذكر ما ورد في الآيات القرآنية : ﴿ وَلِيَحْشَ الَّذِينَ تَوَكَّرُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ضِعْفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَسْتَقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ (١) .
يعني : يا معاشر الأوصياء ، إن أحاكم الذي كان معكم في هذه الدنيا الفانية قد انتقل عنها إلى الدار الباقية وقد صرتم خلفاء على أولاده الذين هم أعز شيء عنده فاسلكوا معهم السبيل الذي تودون أن يسلكه هو مع أولادكم لو فارقتم أنتم الدنيا وولي هو أمور أولادكم ، فاتقوا الله وراقبوه في جميع أعمالكم ولا تقولوا إلا الأقوال السديدة الحقة التي تنجيكم عندي ، فإن خالفتم ذلك عاقبتكم عقاباً شديداً في الدنيا والآخرة ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ آلِهِمْ تَلْمِزًا أَنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا ﴾ (٢) .

٢٥٤٩ - فقد بينت لكم الطريق المستقيم لتبعوه فمن شاء فليتبع ومن شاء فليخالف فكل له جزاء أعدده له يوم أقول : ﴿ لِمَنْ أَلْمَلِكُ الْيَوْمَ لِلَّهِ الْوَجْدِ الْفَهَارِ ﴿١﴾ أَيُّوْمَ تُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ لَا ظُلْمَ الْيَوْمَ ﴾ (٣) .

٢٥٥٠ - ويلزمه أن يراعي ما هو مطالب به أمام القاضي من الأمور الظاهرية التي تبنى عليها الأحكام ، فلا يرتكب أمراً مخالفاً للشرع الشريف ؛ بل يجعل أعماله دائماً دائرة على محور ما سنه الفقهاء من التصرفات التي ، وإن كانت كثيرة جداً .

= أَحْسَنُ ﴿ والسفيه والمجنون في معناه وإذا تبرع الولي بصدقة أو هبة (أو حاي) بأن باع من مال موليه بأنقص من ثمنه أو اشترى له بأزيد (أو زاد) في الإنفاق (على نفقتهما) أي : الصغير والمجنون بالمعروف (أو) زاد في الإنفاق على (من تلزمها مؤننه بالمعروف ضمن) ما تبرع به ، وما حاي به والزائد في النفقة لتفريطه . وللولي تعجيل نفقة مولاه مدة جرت بها عادة أهل بلده إن لم يفسدها (وتدفع) النفقة (إن أفسدها يوماً بيوم فإن أفسدها) أي : النفقة مولى عليه بإتلاف ، أو دفع لغيره (أطعمه) الولي (معاينة) (وإلا كان مفرطاً ؛ وإن أفسد كسوته ستر عورته فقط في بيت إن لم يمكن تحيل) على إبقائها عليه ، و (لو) كان التحيل (بتهديد) فإذا أراه الناس ألبسه فإن عاد نزع عنه ، ويقيد المجنون إن خيف عليه .

(١) النساء : ٩ .

(٢) النساء : ١٠ .

(٣) غافر : ١٦ ، ١٧ .

٢٥٥١ - ولكن من تأمل فيها بعين البصيرة وجدها كلها ترمي لغرض واحد ، وهو المحافظة على الأموال وتمتيتها بقدر الاستطاعة كي يكون ناجتيا في الدارين .

٢٥٥٢ - فمن هذه التصرفات يبع أموالهم فلا بد من مراعاة صالح القصر عندما يريد الوصي بيع شيء من التركة ، وهو يختلف باختلاف الشيء المبيع والسبب الحامل على يبعه ومال الورثة وبيانه أن التركة ، إما أن تكون خالية من الدين والوصية ، أو مشغولة بهما أو بأحدهما وعلى كل ، فإما أن يكون كل الورثة صغارًا ، أو كلهم كبارًا أو بعضهم صغيرًا ، وبعضهم كبيرًا وإن كان فيهم كبير ، فإما أن يكون حاضرًا ، أو غائبًا ولكل من هذه الأحوال حكم يخصه ، وإليك البيان :

٢٥٥٣ - فإن كانت التركة خالية من الدين والوصية والورثة كلهم صغار فإما أن يكون الشيء المراد يبعه منقولاً أو عقارًا .

٢٥٥٤ - فإن كان الأول جاز للوصي أن يبيعه بمثل القيمة مراعيًا المصلحة في ذلك قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (١) .

٢٥٥٥ - سواء كان للأيتام حاجة لثمنه أو لا ؛ لأن حفظ ثمنه أيسر وأبقى ؛ إذ المنقول يتسارع إليه الفساد غالبًا بخلاف النقود فيكون يبعه من باب النظر إلى الصغير بما فيه المصلحة فيجوز .

٢٥٥٦ - هذا إذا كان البيع بمثل القيمة فإن كان في البيع غبن بأن كان الثمن أنقص من القيمة ، فإن كان الغبن يسيرًا وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين صح البيع أيضًا ، وإن كان فاحشًا وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين فلا يصح ومثل البيع الشراء .

٢٥٥٧ - فإن اشترى شيئًا للأيتام فإن كان بمثل القيمة ، أو بغبن يسير بأن كانت هناك زيادة يسيرة في الثمن صح ، وإن كان بغبن فاحش فلا يصح الشراء بالنسبة لهم ؛ لأن ولاية الوصي نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير ؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب التصرفات .

٢٥٥٨ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المبيع عقارًا ، فإما ألا يكون هناك مسوغ للبيع أو لا ، فإن لم يكن هناك مسوغ فلا يجوز يبعه أصلًا ؛ لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع ، وإن كان هناك مسوغ له جاز يبعه والمسوغ ينحصر في وجود منفعة للصغير ، أو اضطرار الوصي لبيعه لقضاء دين مثلاً ، والمسوغات هي الآتية :

٢٥٥٩ - أولاً: أن يكون في بيع العقار منفعة ظاهرة لليتيم بأن يرغب أحد في مشتراه بضعف القيمة لمصلحة له بأن يوصل بيته إلى الشارع العمومي مثلاً ، أو يجعله طريقاً لأرضه ، أو مرمياً لها ، أو فضاء أمام بيته ، فالبيع في هذه الحالة فيه منفعة ظاهرة للصغير أو يمكن الوصي بعد بيعه العقار بضعف قيمته للراغب فيه أن يشتري للضمير عقاراً أنفع من المبيع .

٢٥٦٠ - ثانياً: أن يكون على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمنه فيبيع الوصي في هذه الحالة من العقار بقدر ما يفي ثمنه بالدين المطلوب ، فإن كان في التركة منقول يفي ثمنه بالدين فلا يجوز للوصي بيع العقار .

٢٥٦١ - ثالثاً: إذا كان في التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيبيع الوصي في هذه الحالة من العقار بقدر ما ينفذ الوصية ، والوصية المرسلة هي المطلقة ، وهي التي لم تقيد بجزء من المال كالربع أو الثلث مثلاً ، بأن يقول شخص : أوصيت لفلان بألف جنيه من مالي فإن الوصية = والحالة هذه - مطلقة ؛ لأنها لم تقيد بجزء من المال .

٢٥٦٢ - ففي هذه الحالة إن كان المبلغ الموصى به يخرج من ثلث المال ولم يكن في التركة نقود يدفع الوصي منها الموصى به ، ولم تكن هناك عروض تباع ويدفع المبلغ من ثمنها جاز للوصي أن يبيع من العقار ما يساوي ثمنه المبلغ الموصى به ويدفع الثمن إلى الموصى له ؛ لأن الوصي مضطر إلى البيع - والحالة هذه - بخلاف ما إذا كانت الوصية مقيدة بجزء من المال فليست له ولاية بيع العقار ؛ لأن الموصى له في هذه الحالة شريك الورثة والوصي هو المتصرف فيقاسمه في أعيان التركة ويعطيه ما يستحقه منها ، سواء كان أقل من الثلث ، أو الثلث .

٢٥٦٣ - وهذا المسوغ والذي قبله وإن كانا خارجين من أصل الموضوع ؛ إذ هو خلو التركة عن الدين والوصية ، إلا أنه قصد الإتيان بالمسوغات في حد ذاتها .

٢٥٦٤ - رابعاً: أن يكون اليتيم محتاجاً إلى النفقة وليس في التركة نقود يشتري له منها ما ينفقه عليه ، وليس فيها عروض أيضاً حتى تباع ويشتري له بثمنها ما هو محتاج إليه للنفقة ففي هذه الحالة يبيع الوصي من العقار بقدر ما ينفق على الصغير من ثمنه ويتجدد البيع بتجدد الاحتياج ، لأن الوصي مضطر إلى البيع للإنفاق الذي فيه حياة الصغير .

٢٥٦٥ - خامساً: أن تكون مؤنته وخراجه تزيد على غلاته بأن كان الوصي يباشر

زراعة أرض للصغير ويصرف عليها ما تحتاج إليه الزراعة وبعد حصد الزرع لا يفي ثمن محصوله بالمصاريف التي صرفت عليه والحراج الذي يؤخذ على الأرض ، أو كان لا يباشر زراعتها ولكنه يؤجرها وأجرتها لا تفي بخراجها وما يطلب من الضرائب الأخرى ، وليس هناك من يسمع شكواه في معاينة الأرض وتقدير الحراج المناسب لها ، فله حينئذ ولاية البيع لمنفعة الصغير ؛ إذ في إبقاء العقار بهذه الحالة ضرر .

٢٥٦٦ - سادساً : أن يكون العقار داراً أو حانوتاً آيلاً إلى الخراب فإن المصلحة في هذه الحالة تكون في بيعه خوفاً من أن ينقض ، ولكن يظهر أن هذا مقيد بما إذا لم يكن عند الوصي نفود للصغير تمكنه من ترميم الدار أو الحانوت واستغلالهما ؛ فإن أمكن ذلك فلا يسوغ له البيع لقولهم : إن ولايته نظرية والنظر في إبقاء العقار بهذه الكيفية لا في بيعه ؛ لأنه من أنفس الأموال .

٢٥٦٧ - سابقاً : أن يخاف الوصي على العقار من تسلط جائر ذي شوكة عليه ونزعه من تحت يده ، ولا يمكنه بعد أخذه استرداده بأي طريقة كانت ، والظاهر أن مجرد الخوف بل ولا التحقق من أخذه لا يكون مسوغاً للبيع .

٢٥٦٨ - ولا يشترط في غير المسوغ الأول أن يكون الثمن أزيد من القيمة ، فيصح بمثل القيمة بل وبالغبن اليسير .

٢٥٦٩ - فقد ظهر أن بيع الوصي عقار الصغير بمسوغ جائز فإن باعه بدون مسوغ فالبيع باطل أصلاً فإذا بلغ الصغير وأجازه فلا تصح هذه الإجازة بل يرد البيع ؛ لأن الإجازة لا تلحق الباطل ؛ وإنما تلحق العقد الموقوف .

٢٥٧٠ - وحيث إن العقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر والمنقول بخلافه فحينئذ يكون الشجر والنخيل والبناء دون الأرض القائم عليها من المنقولات ، فيجوز للوصي بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة .

٢٥٧١ - والذي يظهر أن هذا ليس على إطلاقه ؛ إذ كيف يسوغ للوصي إذا كان للصغير بيت يستغله وبنائه متين أن يبيع البناء ويترك الأرض بدونه أو يبيئها من مال الصغير بعد هدم المشتري البناء وأخذه أنقاضه ، أو كيف يسوغ له إذا كانت له أشجار مشمرة ذات إيراد يبيعها ؛ إذ المقبول .

٢٥٧٢ - والمعقول أن البيع في مثل هذه الأحوال لا يجوز ؛ لأن ولاية الوصي نظرية ولا نظر في مثلها فلا بد من مراعاة الظروف والأحوال .

٢٥٧٣ - وهذا إذا كان البيع والشراء لغير الوصي وكان ذلك الغير أجنبيًا منه ومن الوصي ؛ فإن كان لنفسه أو لغير أجنبي منه فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى في شرح مادة (٤٥٦) وما بعدها .

(مادة ٤٥٠)

إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ غَيْرَ مَشْغُولَةٍ بِالذَّيْنِ أَوْ الوَصِيَّةِ ، وَكَانَ الوَرَثَةُ كُلُّهُمْ كِبَارًا حُضُورًا ، فَلَيْسَ لِلوَصِيِّ بَيْعُ شَيْءٍ مِنَ التَّرِكَةِ بِلَا أَمْرِهِمْ ، وَإِنَّمَا لَهُ اقْتِضَاءُ ذِيُونِ المَيْتِ وَقَبْضُ حُقُوقِهِ وَدَفْعُهَا لِلوَرَثَةِ .

فَإِن كَانَ الوَرَثَةُ كُلُّهُمْ كِبَارًا غَيْبًا ، فَلِلوَصِيِّ أَنْ يَبِيعَ العُرُوضَ وَيَحْفَظَ ثَمَنَهَا دُونَ العَقَارِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانُوا كُلُّهُمْ كِبَارًا ، وَيَبْغِضُهُمْ حَاضِرٌ وَالبَعْضُ الآخَرُ غَائِبٌ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا بَيْعُ نَصِيبِ الغَائِبِ مِنَ العُرُوضِ ، وَأَمَّا العَقَارُ فَلَا يَبِيعُ إِلَّا لِذَيْنِ (١) .

• • •

٢٥٧٤ - وإن كانت التركة غير مشغولة بالدين أو بالوصية أيضًا بأن كانت خالية منهما والورثة كلهم كبار ، فأما أن يكون الكل حضورًا ، أو الكل غيبًا ، أو بعضهم حاضرًا ، وبعضهم غائبًا .

٢٥٧٥ - فإن كانوا كلهم حاضرين فليس للوصي ولاية بيع شيء من التركة إلا بأمرهم ورضاهم ؛ لأنهم - والحالة هذه - تكون الولاية على أموالهم لهم لا لغيرهم .

٢٥٧٦ - فإن أذنوه في تصرف من التصرفات جاز وإلا فلا ، وإنما له طلب ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة ؛ لأن هذا من باب إعانتهم على إيصال الحقوق إليهم . والظاهر أن هذا لا يكون إلا برضاهم أيضًا فلو نهوه عن ذلك ، فليس له قبض حقوقهم .

٢٥٧٧ - وإن كانوا كلهم غائبين فللوصي أن يبيع العروض ويحفظ ثمنها ، وأما العقار فليست له ولاية يبيع ؛ لأن الوصي قائم مقام الأب ، والأب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت إليه ولاية الأب وهو الوصي ؛ لأنه مأمور بحفظ التركة وبيع المنقول من باب الحفظ ؛ لأنه مما يخشى عليه التلف .

٢٥٧٨ - وقد يكون حفظ الثمن أيسر وأبقى بخلاف العقار ؛ فإنه محصن بنفسه

محفوظ لا يخشى عليه التلف فمن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شراء العقار .
 ٢٥٧٩ - ولذا قالوا : لو تحقق الوصي من هلاك عقار الغائب ، جاز له بيعه ؛ لأنه من باب الحفظ ، وهذا هو الظاهر من كلامهم ، وإن كانت الآراء متشعبة في هذا الموضوع .
 ٢٥٨٠ - وإن كان بعضهم حاضراً وبعضهم غائباً ، فما عليك إلا مراعاة الأحكام التي تقدمت ، فأجر حكم ما إذا كان الكل حضوراً على البعض الحاضر ، وحكم ما إذا كان الكل غائباً على البعض الغائب .

(مادة ٤٥١)

إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ وَلَا وَصِيَّةٌ ، وَكَانَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ صِغَارًا وَالْبَعْضُ كِبَارًا ، فَلِلْوَصِيِّ وَلَايَةٌ بِيَعِ الْعُرُوضِ وَالْعَقَارِ عَلَى الصِّغَارِ بِأَخْدِ الْمَسْوُوعَاتِ دُونَ الْكِبَارِ ، إِلَّا إِذَا كَانُوا غُيَّبًا ، فَلَهُ بِيَعِ حَصِيَّتِهِمْ مِنَ الْعُرُوضِ دُونَ الْعَقَارِ ^(١) .

• • •

٢٥٨١ - وإن كانت التركة خالية عن الدين والوصية ، ولكن كان بعض الورثة

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٤/٦) : « وصي الأب إذا باع شيئاً من تركة الأب فهو على وجهين : أحدهما : أن لا يكون على الميت دين ولا أوصى بوصية ، والثاني : أن يكون على الميت دين أو أوصى بوصية ؛ ففي الوجه الأول قال في الكتاب : للوصي أن يبيع كل شيء من التركة من المتاع والعروض والعقار إذا كانت الورثة صغارا ، أما بيع ما سوى العقار فلأن ما سوى العقار يحتاج إلى الحفظ ، وعسى يكون حفظ الثمن أسير ويبيع العقار أيضاً في جواب الكتاب .

قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله : ما قال في الكتاب قول السلف ، كذا في فتاوى قاضي خان ، وجواب المتأخرين أنه إنما يجوز بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار أو يكون للصغير حاجة إلى ثمن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى ، كذا في الكافي ، أو يكون في التركة وصية مرسلة يحتاج في تنفيذها إلى ثمن العقار أو يكون بيع العقار خيراً لليتيم بأن كان خراجها ومؤنها يربو على غلاتها ، أو كان العقار حائزاً ، أو داراً يريد أن يتنقل ويتداعى إلى الخراب ، فإن وقعت الحاجة للصغير إلى أداء خراجها ، فإن كان في التركة مع العقار عروض يبيع ما سوى العقار فإن كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار حيث يبيع العقار بمثل القيمة أو بفن يسير ، ولا يجوز بيع الوصي بفن فاحش لا يتفان الناس في مثله ، وكذا لو اشترى الوصي شيئاً لليتيم لا يجوز شراؤه بفن فاحش هذا إذا كانت الورثة كلهم صغارا وإن كان الكل كباراً وهم حضور لا يجوز بيع الوصي شيئاً من التركة إلا بأمرهم فإن كان الكبار غيباً لا يجوز بيع الوصي العقار ويجوز بيع ما سوى العقار ويجوز إجارة الكل ؛ لأن الوصي يملك حفظ مال الغائب ويبيع العروض يكون من الحفظ ، أما العقار فمحفوظ بنفسه إلا أن يكون العقار يهلك لو لم يبيع فحيث يبيع العقار بمنزلة العروض ، وإن كانت الورثة كباراً كلهم بعضهم غائب ، والباقي حضور فإن الوصي يملك بيع نصيب الغائب مما سوى العقار لأجل الحفظ عند الكل فإذا جاز بيعه في =

صغارًا ، وبعضهم كبارًا ، فاتبع الأحكام التي تقدمت في المادتين السابقتين ، وأجر حكم ما إذا كانت كل الورثة صغارًا على البعض الصغير ، وحكم ما إذا كانت كل الورثة كبارًا على البعض الكبير ، سواء كان حاضرًا ، أو غائبًا ، أو البعض حاضرًا والبعض غائبًا ؛ فإن الأحكام لا تختلف .

(مادة ٤٥٢)

إِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ مُشْغُولَةً بِالذِّينِ أَوْ بِالْوَصِيَّةِ ، وَلَا نُفُودَ فِيهَا ، وَلَمْ تُنْفَذِ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ وَلَمْ يَقْضُوا الذِّينَ مِنْ مَالِهِمْ ، يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ إِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ مُشْغُولَةً بِالذِّينِ أَنْ يَبِيعَهَا كُلَّهَا مِنْ مَنقُولٍ وَعَقَارٍ .

وإن لم تكن التركة مشغولة بالدين ، ولا نفوذ فيها لقصائه أو لتنفيذ الوصية ، فله أن يبيع منها في الدين بقدر أدايه كله ، وفي الوصية بقدر التأفد منها ، سواء شاءت الورثة أو أبوا .
يتبعي للوصي أن يتدبى ببيع المنقول ، ويؤدي الدين وينفذ الوصية من ثمنه . فإن لم يف ثمنه بذلك ، يبيع من العقار بقدر الباقي ، وليس له أن يبيع ما زاد على الدين أو الوصية ^(١) .

٢٥٨٢ - وإذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية والورثة كلهم صغار ، فإن

= نصيب الغائب عند الكل جاز يبيع في نصيب الحاضر أيضًا في قول أبي حنيفة رحمته وعند صاحبيه لا يجوز يبيع في نصيب الحاضر هذا إذا لم يكن في التركة دين ، كذا في فتاوى قاضي خان .

(١) قول الخنفي : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٤/٦ ، ١٤٥) : « وإن كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية إن كان الدين مستغرقًا فله أن يبيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته وإن لم يكن الدين مستغرقًا يبيع بقدر الدين ، وهل يبيع الزيادة على قدر الدين ؟ ، فعلى الاختلاف الذي مر قبل هذا وكل جواب عرفته وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم ، وإن كانت الورثة كبارًا كلهم ، فإن كانوا حضورًا ، أو كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم لا يبيع شيئًا من تركتها ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين ، فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب فيما فيه اتفاق وفيما فيه اختلاف ، وإن كانت الورثة صغارًا وكبارًا والكبار غيب فإن كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم يبيع المنقول من تركة الأم حصة الصغار والكبار جميعًا ولا يبيع العقار من تركتها ، حصة الكبار والصغار في ذلك على السواء ، فإن كانت التركة مشغولة بالدين فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب ، وإن كان الكبار حضورًا والتركة خالية عن الدين فإنه يبيع حصة الصغار من المنقول من تركتها ، وهل يبيع حصة الكبار من المنقول ؟ فالمسألة على الخلاف فلا يبيع العقار أصلًا ، وإن كانت التركة مشغولة بالوصية أو بالدين إن كانت مستغرقة فإنه يبيع العقار والمنقول جميعًا ، وإن كانت غير مستغرقة يبيع المنقول جميعًا ويبع العقار بقدر الدين إجماعًا وفيما زاد على قدر الدين اختلاف المشايخ . رحمهم الله تعالى - كذا في المحيط الأصل أن ولاية الوصي ، تنقدر بقدر ولاية الموصي ، وأن ولاية الحفظ تبع لولاية التصرف .

كان الدين مستغرقاً لجميع التركة ثبتت له ولاية بيعها كلها من منقول وعقار ولو بمثل القيمة أو بغبن يسير اتفاقاً ؛ لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأموراً به من جهة الموصي ؛ ولأن وجود الدين من مسوغات بيع العقار .

٢٥٨٣ - وإن كان الدين غير مستغرق للتركة ثبتت له ولاية بيع المنقول ، ولو زاد ثمنه عن الدين .

٢٥٨٤ - وأما العقار فلا يبيع منه إلا المقدار المشغول بالدين عند صاحبين ؛ لأن جواز البيع هنا للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز .

٢٥٨٥ - وقال أبو حنيفة : له أن يبيع كل العقار في هذه الحالة أيضاً ؛ لأن الولاية هنا بسبب الوصاية ، وهي لا تتجزأ فمن ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت له في الباقي ، والمعمل عليه مذهب صاحبين .

٢٥٨٦ - ومثل الدين الوصية فله أن يبيع من العقار بقدر النافذ منها إن لم تكن هناك نقود ولا منقول تنفذ الوصية من ثمنه .

٢٥٨٧ - وهذا إذا كانت الوصية مرسلة فإن كانت مقيدة بشيء كثلث أرض كذا أو البيت الفلاني وكان يخرج من ثلث التركة سلم الوصي الموصى له الموصى به بلا حاجة إلى البيع لأجل الوصية .

٢٥٨٨ - وإن كان بعض الورثة صغيراً وبعضهم كبيراً ، ولكنه غائب أو كان الكل كباراً وهم غائبون كان الحكم كما تقدم بالنسبة لبيع المنقول والعقار .

٢٥٨٩ - وإن كان كل الورثة كباراً ؛ ولكنهم حضور رشد كانت ولاية تسديد الدين وتنفيذ الوصية لهم لا للوصي ، فإن امتثلوا وقاموا بهذا الواجب فيها ، سواء كان ذلك من التركة أو من مالهم ، وإن امتنعوا ثبتت هذه الولاية للوصي فله أن يبيع الكل أو البعض على حسب الحاجة .

٢٥٩٠ - وإن كان الكل كباراً ، ولكن بعضهم حاضر والبعض غائب كان الحكم بالنسبة لكل منهم ما تقدم وفي كل موضع ثبتت فيه ولاية البيع للوصي لا يبيع من العقار شيئاً إلا إذا كانت النقود الموجودة أو ثمن المنقول لا يفي بالمطلوب ؛ لأن المصلحة في ذلك ومع هذا فلا يبيع كل العقار بل بقدر ما شغل بالدين أو بالوصية .

(مادة ٤٥٢)

لَيْسَ لِلْجَدِّ الصَّحِيحِ وَلَا لِوَصِيهِ بَيْعُ الْعَقَارِ وَلَا الْعُرُوضِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ عَنِ الْيَتِيمِ وَلَا لِتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنَّمَا لَهُ بَيْعُهَا لِقَضَاءِ الدَّيْنِ عَنِ الْإِيْتَامِ . وَيَرْفَعُ الْغُرْمَاءُ أَمْرَهُمْ إِلَى الْقَاضِي ، لِيَبْعَ لَهُمْ مِنَ التَّرِكَةِ بِقَدْرِ دُيُونِهِمْ ، وَكَذَا الْمَوْصَى لَهُمْ ^(١) .

• • •

٢٥٩١ - وعندما تثبت الولاية للجد الصحيح على أولاد ابنه فلا يملك ما يملك وصي الأب ؛ لأن وصي الأب يملك بيع المنقول مطلقاً أي : سواء كان للإيتام حاجة لثمنه أو لا ، وسواء كان هناك دين أو لا ، ويملك بيع العقار لقضاء الدين عن الميت أو عن الأيتام .

٢٥٩٢ - وأما الجد فليس له أن يبيع المنقول أو العقار لقضاء الدين عن الميت ، وإنما تثبت له ولاية البيع لقضاء الدين عن الأيتام ومثل الجد وصيه .

٢٥٩٣ - ولكن يقال : إذا كان شخص دائئاً للميت ، أو كان الميت أوصى لشخص بشيء من أمواله وكان الجد هو المتولي أمور التركة فما يصنع الدائن والموصى له ؟

٢٥٩٤ - نقول : يرفع كل منهم الأمر إلى القاضي ليبيع لهم أو يأمر من يبيع من التركة بقدر قضاء الديون وتنفيذ الوصية ، وهذا قول الإمام الأعظم ، وقال محمد : الجد قائم مقام الأب فيما يملكه من التصرفات .

٢٥٩٥ - فقد جعل أبو حنيفة الجد الصحيح أنزل من وصي الأب بالنسبة للتصرفات وجعله محمد أرفق منه ؛ لأن الأب يملك ما لا يملك وصيه ، ولم أر توجيه كل من القولين بعد مراجعة كثير من الكتب ، وكلما أردت توجيه قول الإمام بشيء وجدته معترضاً .

٢٥٩٦ - ولكن قول محمد يمكن توجيهه ؛ لأن كلاً من وصي الأب والجد

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٥/٦ ، ١٤٦) : « وإذا مات الرجل وترك أولاداً صغاراً وأباً ولم يوص إلى أحد كان الأب بمنزلة الوصي في حفظ التركة والتصرف فيها أي : تصرف كان ، فإن كان على الميت دين كثير فإن الأب وهو جد الصغار لا يملك بيع التركة لقضاء الدين ، وكذا الرجل إذا أذن لابنه الصغير المراهق الذي يعقل البيع والشراء فنصرف الابن تصرفاً وركبته الديون ، ثم مات هذا الابن وترك أباً فإن الأب لا يملك التصرف في تركته لقضاء الدين » .

وجاء في الدر المختار (٧١٥/٦) : « ليس للجد بيع العقار والعروض لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا بخلاف الوصي فإن له ذلك انتهى » .

يُشتركان في ثبوت الولاية على أموال الأيتام والجد عنده من الشققة على أولاد ابنه ما ليس موجودًا عند الوصي فيكون أرقى منه في التصرفات .

٢٥٩٧ - نعم ، إن وصي الأب وإن كان مقدمًا على الجد ، ولكن ليس الكلام في التصرف عند اجتماعهما ؛ لأن الجد لا يتصرف أصلًا في هذه الحالة بل الكلام عند ثبوت الولاية للجد ، فانظر لعلك تأتى بتوجيه لا يعترض عليه .

٢٥٩٨ - وبعضهم يقول : يفتى بقول الإمام ؛ ولكن الظاهر مذهب محمد .

(مادة ٤٥٤)

لَيْسَ لَوْصِي الْأُمِّ أَنْ تَتَصَرَّفَ فِي شَيْءٍ مِمَّا وَرَّثَهُ الصَّغِيرُ مِنْ تَرَكَّةٍ غَيْرِ تَرَكَّةِ أُمِّهِ ، سِوَا كَانَ عَقَارًا أَوْ مَنقُولًا بِالذَّيْنِ أَوْ خَالِيًا عَنْهُ ، كَمَا لَا يَتَصَرَّفُ فِيهَا وَرِثَةُ الصَّغِيرِ مِنْ أُمِّهِ إِذَا كَانَ لَهُ أَبٌ أَوْ جَدٌّ حَاضِرٌ أَوْ وَصِيٌّ مِنْ قِبَلِهِمَا .

فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ أَبٌ وَلَا جَدٌّ وَلَا وَصِيٌّ مِنْ جِهَتَيْهِمَا ، جَازَ تَصَرُّفُ وَصِيِّ الْأُمِّ فِي تَرَكَّتَيْهَا ، بِبَيْعِ الْمَنقُولِ وَحِفْظِ ثَمَنِيهِ ، وَشِرَاءِ مَا لَا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنْهُ خَاصَّةً .

وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ الْعَقَارِ ، مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا ذُبُونٌ أَوْ أَوْصَتْ بِوَصِيَّةٍ ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهَا يَبِيعُ الْعَقَارَ الْمَشْغُولَ بِالذَّيْنِ أَوْ الْوَصِيَّةَ لِأَدَاءِ الدَّيْنِ وَتَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ .

وَمِثْلُ وَصِيِّ الْأُمِّ مَنْ يَقُولُ الصَّغِيرُ وَيَكْفُلُهُ ، فَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ عَقَارِهِ وَلَوْ مَعَ وُجُودِ أَخِيهِ الْمُسَوِّغَاتِ الشَّرْعِيَّةِ ، وَإِنَّمَا لَهُ : بَيْعُ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ لِجَاجِبِهِ مِنَ الْمَنقُولَاتِ ، وَشِرَاءِ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ ^(١) .

(١) قول الخفعية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٣/٦) : « وصي الأم يقاسم لولدها الصغير منقولاته التي ورثها من الأم إذا لم يكن للصغير أب ولا وصي الأب ، أما إذا كان أحدهما لا يقاسم هو ولا يملك قسمة عقاراته على كل حال ولا يملك قسمة ما ورثه الصغير من غير الأم - العقار والمنقول في ذلك على السواء وما عرفت من الجواب في وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والمعم » .

وجاء فيه أيضا (١٤٤/٦ ، ١٤٥) : « ووصي الأب يكون بمنزلة الأب وكذلك وصي الجد يكون بمنزلة وصي الأب ، ووصي وصي الجد بمنزلة وصي الجد ووصي القاضي يكون بمنزلة وصي القاضي إذا كان عائلا ، وأما وصي الأم ووصي الأخ إذا ماتت الأم ، وتركت ابنا صغيرا وأوصت إلى رجل ، أو مات الرجل وترك أختا صغيرا وأوصى إلى رجل يجوز بيع هذا الوصي فيما سوى العقار من تركة هذا الميت ، ولا يملك بيع العقار ، ولا يجوز لهذا الوصي أن يشتري شيئا للصغير إلا الطعام والكسوة ؛ لأن ذلك من جملة حفظ الصغير ، كذا في فتاوى قاضي خان وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير من الأب العقار والمنقول والمشغول بالدين والخالي عن الدين على السواء ، وما كان موروثا للصغير من جهة الأم إن كان خاليا عن الدين والوصية يبيع =

٢٥٩٩ - والوصي الذي له ولاية بيع أموال الصغار بالكيفية المتقدمة هو وصي الأب ، وأما وصي الأم فله أحكام تخصه ، وبيانها :

٢٦٠٠ - أن الأموال المملوكة للصغير ، إما أن تكون مورثة له عن أمه أو لا ، وعلى كل فأما أن يكون للصغير أب ، أو جد ، أو وصي من قبل واحد منهما أو لا .

٢٦٠١ - وإليك أحكام كل :

٢٦٠٢ - فإذا ماتت الأم وأقامت وصيًا على أولادها فليس له أن يتصرف في أموالهم التي ليست مورثة لهم عن أمهم مطلقًا ، أي : سواء كان لهم أب ، أو جد ، أو وصي من قبل واحد منهما أو لا ، بل إن كان أحدهم موجودًا فهو الذي يتصرف وإن لم يكن موجودًا فالولاية للقاضي فإن شاء باشر التصرفات بنفسه وإن شاء أقام وصيًا .

٢٦٠٣ - وأما الأموال المورثة لهم من قبل أمهم فإن كان واحد من المذكورين موجودًا ، فليس لوصي الأم أن يتصرف أيضًا ، وإن لم يكن موجودًا ثبتت له ولاية بيع المنقول ؛ لأن له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ ؛ لأن الغالب عليه الهلاك وحفظ ثمنه أيسر وأبقى فيملك بيعه .

٢٦٠٤ - وأما العقار فليست له ولاية بيعه إلا إذا كان على الأم دين أو أوصت بوصية ولا نقود في التركة لسداد الدين وتنفيذ الوصية وليس فيها منقول أيضًا لبيع ويسدد الدين وتنفذ الوصية من ثمنه ، فله في هذه الحالة أن يبيع من العقار بقدر ما يسدد الدين وينفذ الوصية ومثل البيع الشراء ، ولكن لا يشتري لهم إلا الأشياء

= المنقول ولا يبيع العقار ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية إن كان الدين مستغرقًا فله أن يبيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته ، وإن لم يكن الدين مستغرقًا يبيع بقدر الدين ، وهل يبيع الزيادة على قدر الدين ؟! فعلى الاختلاف الذي مرّ قبل هذا وكل جواب عرفته وصي الأم فهو الجواب في وصي الأخ والعم .

وإن كانت الورثة كبارًا كلهم فإن كانوا حضورًا أو كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم لا يبيع شيئًا من تركتها ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين ، فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب فيما فيه اتفاق وفيما فيه اختلاف ، وإن كانت الورثة صغارًا وكبارًا ، والكبار غيب ؛ فإن كانت التركة خالية عن الدين فوصي الأم يبيع المنقول من تركة الأم حصة الصغار والكبار جميعًا ولا يبيع العقار من تركتها ، حصة الكبار والصغار في ذلك على السواء ، فإن كانت التركة مشغولة بالدين ، فالجواب في وصي الأم نظير الجواب في وصي الأب ، وإن كان الكبار حضورًا والتركه خالية عن الدين ، فإنه يبيع حصة الصغار من المنقول من تركتها ، وهل يبيع حصة الكبار من المنقول ؟ ، فالمسألة على الخلاف فلا يبيع العقار أصلًا ، وإن كانت التركة مشغولة بالوصية أو بالدين إن كانت مستغرقة ؛ فإنه يبيع العقار والمنقول جميعًا ، وإن كانت غير مستغرقة يبيع المنقول جميعًا ويبيع العقار بقدر الدين إجماعًا وفيما زاد على قدر الدين اختلاف المشايخ - رحمهم الله تعالى ، كذا في المحيط الأصل أن ولاية الوصي تنقدر بقدر ولاية الموصي وأن ولاية الحفظ تبع لولاية التصرف .

الضرورية التي لا يمكنهم الاستغناء عنها .

٢٦٠٥ - ومثل وصي الأم في جميع ما ذكر وصي الأخ والعم وغيرهما من الأقارب غير الأب والجد ، والفرق بين وصي الأب ، ووصي الأم أن الأب له الولاية على أموال أولاده فكذا من قام مقامه وهو وصيه ، ووصى الأم قائم مقامها ، وهي حال حياتها لا تملك بيع ما يملكه الصغير ، سواء كان عقاراً أو منقولاً ، وسواء كان خالياً عن الدين والوصية أو مشغولاً بهما أو بأحدهما فكذلك وصيها .

٢٦٠٦ - وهذا ظاهر بالنسبة للأموال التي يملكها الصغير من غير أمه وأما ما ورثه الصغير من الأم فلوصيها فيه بيع المنقول إذا لم يكن هناك أب ، أو جد ، أو وصي من قبل واحد منهما ؛ لأن له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ فيملكه .

٢٦٠٧ - وأما العقار فهو محفوظ بنفسه فلا تثبت له ولاية بيعه إذا لم يكن على التركة دين أو فيها وصية .

٢٦٠٨ - أما إذا كان دين ولم يوجد من يسدده فإن كان مستغرقاً فله ولاية بيع الكل .

٢٦٠٩ - وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين وبقدر النافذ من الوصية ويدخل بيع العقار تحت ولايته في هذه الحالة ؛ لأنه طريق قضاء الدين وتنفيذ الوصية وكلاً منهما داخل تحت ولايته .

٢٦١٠ - وهذا السبب بعينه هو السبب بالنسبة لوصي الأخ والعم ؛ لأنه كما لا ولاية للأُم على الصغير في المال ، فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه فيه .

٢٦١١ - وأما من يعول الصغير ويكفله بأن مات شخص له أولاد ولم يبق وصياً ولم يرفع الأمر إلى القاضي ليقيم وصياً فتولى أمورهم شخص بلا ولاية شرعية فهذا الشخص لا يملك بيع عقارهم ولو مع وجود أحد المسوغات الشرعية لبيعه ، وكذلك بيع المنقول فليس له أن يبيع منه إلا ما هو محتاج لثمنه ليشتري به الأشياء الضرورية لهم .

(مادة ٤٥٥)

يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَتَجَرَ بِمَالِ الْيَتِيمِ لِلْيَتِيمِ ، تَنْمِيَةً لَهُ وَتَكْثِيرًا ، وَأَنْ يَغْمَلَ كُلَّ مَا فِيهِ خَيْرٌ لَهُ .
وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَجَرَ لِتَقْسِيمِهِ بِمَالِ الْيَتِيمِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٧/٦) : « وللوصي أن يتجر بمال اليتيم في المبسوط ، =

٢٦١٢ - وبما أن تصرفات الوصي في مال الصغير مقيدة بالمصلحة فله أن يتجر بمال اليتيم لليتيم ، لأن هذا أصلح له ، إذ لا فائدة في إبقاء الأموال بدون استثمار فله استثمارها بالتجارة بأن يتجر فيها بنفسه أو يعطيها لغيره مضاربة أو بضاعة أو يشارك غيره ويدفع رأس مال الشركة من أموال اليتيم ؛ لأن هذه التصرفات وما يمثّلها فيها خير للصغير والوصي له أن يفعل كل ما فيه خير بالنسبة له .

٢٦١٣ - ولكن ليس له أن يتجر في أموال اليتيم لنفسه ، والممول عليه في هذا الزمان أن الوصي ليس له أن يأخذ أموال الصغير مضاربة ؛ فإن فعل وربح ضمن المال الذي أخذه فقط ولا يطيب له الربح فيتصدق به عند أبي حنيفة ومحمد .

٢٦١٤ - وقال أبو يوسف : يطيب له الربح ولا يتصدق بشيء ، وهو ظاهر .

= ولا يجوز للوصي أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو المبت ؛ فإن فعل وربح يضمن رأس المال ويتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - ، كذا في فتاوى قاضي خان .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٤٧/٤) : « في الوصي هل يجوز له أن يعمل بمال يتيمة مضاربة وفي الرهن في المضاربة قلت : فهل يجوز للوصي أن يعمل بمال اليتيم مضاربة هو نفسه في قول مالك ؟ » قال : لا أحفظ قول مالك فيه ، ولا يعجبني ذلك إلا أن يتجر لليتيم فيه ، أو يقارض له من غيره فيتجر له ، قلت : أفعطي مال اليتيم مضاربة ؟ قال : نعم . قلت : أيجوز للرجل أن يعطي مالا مضاربة ويأخذ به رهنا في قول مالك ، قال : لا خير في هذا عند مالك ، قلت : رأيت إن ضاع هذا الرهن ؟ قال : أراه ضامنا ؛ لأنه لم يأخذه على وجه الأمانة .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٤/٤ ، ١٦٥) : « ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم ، فإن أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه ، وجعلته أن لو لم يتيمة أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به ، ويجعل له نصيبا من الربح ، أتيا كان ، أو وصيا ، أو حاكما ، أو أمين حاكم ، وهو أولى من تركه ، ومن رأى ذلك ابن عمر ، والنخعي ، والحسن بن صالح ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي يروى إباحة التجارة به عن عمر ، وعائشة ، والضحاك ، ولا نعلم أحدا كرهه إلا ما روي عن الحسن ، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به ، ولأن خزنه أحفظ له ، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص النبي ﷺ قال : « من ولي يتيما له مال فليتجر ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي ذلك عن عمر بن الخطاب ﷺ وهو أصح من المرفوع ؛ ولأن ذلك أحظ للمولى عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم ، إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يفرز بماله وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ، ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها إن هلك غرمته فمتى تجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم وأجاز الحسن بن صالح وإسحاق أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه ؛ لأنه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه والصحيح ما قلنا ؛ لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه ، فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافق عليه ، أي اتفقا عليه في قولهم جميعا ؛ لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله .

(مادة ٤٥٦)

يَصِحُّ بَيْعُ الْوَصِيِّ مَالِ الْيَتِيمِ غَيْرَ الْعَقَارِ لِأَجْنَبِيٍّ مِنْهُ وَمِنَ الْمَيْتِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ وَيَسِيرِ الْغَنِيِّ لَا بِفَاحِشِيهِ ، وَكَذَا بَشْرَاؤُهُ مَالِ الْأَجْنَبِيِّ مِنْهُمَا عَقَارًا أَوْ مَنْقُولًا لِلْيَتِيمِ بِمَا ذُكِرَ لَا بِفَاحِشِيهِ .
وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ وَصِيِّ الْأَبِ لِيَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، وَلَا لِوَارِثِ الْمَيْتِ إِلَّا بِالْخَيْرِيَّةِ الْآتِيَةِ بَيَانُهَا فِي الْعَقَارِ وَغَيْرِهِ .
فَلَوْ كَانَ وَصِيِّ الْقَاضِي ، لَمْ يَجْزُ لِيَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ لِنَفْسِهِ .

* * *

٢٦١٥ - وعندما يبيع الوصي مال اليتيم لا يخلو الحال من أحد أمرين : الأول : أن يبيعه لغيره ، والثاني : أن يبيعه لنفسه ، وعلى كل فإما أن يكون المبيع عقارًا أو منقولًا ، فإن كان لغيره ، فإما أن يكون ذلك الغير أجنبيًا من الوصي والموصي ، أو ليس أجنبيًا منهما .
٢٦١٦ - والمراد بكونه أجنبيًا من الوصي أن يكون غير وارث له ، وبكونه أجنبيًا من الوصي ألا تقبل شهادته له .

٢٦١٧ - وعلى كل من هذه الأحوال ، فإما أن يكون الوصي وصيًا مختارًا ، أو وصي القاضي ، وكل من الوصيين له أحكام تخصه بالنسبة لبعض هذه الأحوال ، وبيانه :
٢٦١٨ - أنه إن باع الوصي المختار لغيره وكان ذلك الغير أجنبيًا منه ومن الوصي وكان المبيع منقولًا جاز البيع اتفاقًا ، سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير ؛ لأنه لا يستغنى عنه في المعاملات ففي اعتباره سد لباب التصرفات وإن كان الغبن فاحشًا فلا يصح البيع ؛ لأن ولاية الوصي نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش .

٢٦١٩ - وإن كان المبيع عقارًا فلا يصح البيع إلا إذا كان هناك مسوغ من المسوغات الشرعية المذكورة في مادة (٤٥٠) .

٢٦٢٠ - وإن باع لغير أجنبي منه ومن الوصي بأن باع لأبيه ، أو ابنه مثلاً ، أو لوارث الوصي ، قال الإمام الأعظم : لا يصح هذا البيع إلا بالخيرية فلو كان بمثل القيمة لم يصح .
٢٦٢١ - وقال صاحبان : يصح البيع إذا كان بمثل القيمة ؛ لأن الغرض انتفاء الشبهة عن هذا البيع وهي تنتفي بما ذكر فالغبن اليسير لا يغتفر هنا بالإجماع وهذا بالنسبة للمنقول ، وأما العقار فلا بد من مسوغ شرعي لبيعه .

٢٦٢٢ - ومثل البيع فيما ذكر من الأحكام الشراء للوصي المختار أن يشتري للصغير شيئاً من أجنبي ، سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير فلو كان فيه غبن فاحش لم ينفذ على الصغير ، فإن اشترى من غير أجنبي منه ومن الوصي فعلى الخلاف المتقدم بين الإمام وصاحبيه في البيع .

٢٦٢٣ - ولا يخفى أن الغبن في حالة الشراء يكون زيادة في الثمن ، وفي البيع يكون نقصاً منه ، والفرق بين الغبن اليسير والفاحش ؛ أن الغبن اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف الغبن الفاحش ، وكل هذه الأحكام بالنسبة للوصي المختار .

٢٦٢٤ - أما وصي القاضي فلا يجوز له أن يبيع شيئاً من أموال اليتيم لمن لا تقبل شهادته له ، لأنه وكيل القاضي ففعله كفعل الموكل ، وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضي لمن لا تقبل شهادته له ومثل بيع الشراء .

(مادة ٤٥٧)

يُجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَبِيعَ مَالَ الْيَتِيمِ مِنْ أجنبي نسيئةً ، بِشَرطِ ألاَّ يَكُونَ الْأَجَلُ فَاحِشًا ، وَأَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي لَا يَخْشَى مِنْهُ الْجُحُودَ وَالْإِسْتِثْنَاءُ عَنِ الدَّفْعِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ (١) .

• • •

٢٦٢٥ - وإن باع الوصي المختار لنفسه شيئاً من أموال اليتيم صحَّ هذا البيع عند الإمام ، ولكن تشترط الخيرية وهي تختلف باختلاف المبيع ؛ لأنه إما أن يكون عقاراً أو منقولاً .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٧٦/٣) : « الوصي إذا باع مال اليتيم بالنسيئة إذا كان التأجيل فاحشاً بأن لا يباع هذا المال بهذا الأجل لا يجوز وإن لم يكن كذلك ، لكن يخاف عليه الجحود عند حلول الأجل أو هلاك الثمن عليه وكذلك ، وإن كان لا يخاف عليه الجحود ولا هلاك الثمن عليه جاز بيع الوصي . وجاء فيه أيضاً (١٤٦/٦) : « وإذا باع الوصي شيئاً من تركه الميت بالنسيئة فإن كان ذلك ضرراً على اليتيم بأن يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل لا يجوز ، وإن لم يكن ضرراً على اليتيم بأن كان لا يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل يجوز ؛ وعلى هذا قال مشايخنا - رحمهم الله تعالى - : إذا استباح رجل شيئاً من مال اليتيم بألف ، والآخر بألف ومائة والأول أملى ؛ ينبغي للوصي أن يبيعه من الأول ، والذي لا يخشى عليه الجحود والمنع عند الطلب ، وكذلك إذا كان لليتيم دار أراد رجل أن يستأجرها كل شهر بثمانية والآخر بعشرة والذي يستأجرها بثمانية أملى ينبغي أن يؤاجر منه ، وعلى هذا متولي الأوقاف وجميع أمناء الأوقاف ، كذا في الذخيرة » .

٢٦٣٠ - وعندما يبيع الوصي مال اليتيم لا يشترط أن يكون الثمن معجلًا بل يجوز أن يكون نسيئة أي مؤجلًا إلى وقت معلوم .

٢٦٣١ - ولكن يشترط أن لا يكون الأجل طويلًا ، لأن فيه تضييع فائدة أموال اليتيم في هذه المدة بخلاف المدة القصيرة .

٢٦٣٢ - فإن التجارة لا تستغني عنها ويشترط أيضًا أن يكون المشتري قادرًا على دفع الثمن ولا يخشى منه الإنكار والامتناع عن الدفع عند حلول الأجل ، لأن تصرفات الوصي نظرية والنظر فيما ذكر لا في غيره .

(مادة ٤٥٩)

لَا يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ قَضَاءُ ذَنْبِهِ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَا إِقْرَاضُهُ ، وَلَا اقْتِرَاضُهُ لِنَفْسِهِ ، وَلَا زَهْنُ مَالِهِ عِنْدَ الْيَتِيمِ ، وَلَا اِزْتِهَانُ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَهُ زَهْنُهُ مِنْ أَجْنَبِيِّ بَدْنَيْنِ عَلَى الْيَتِيمِ أَوْ عَلَى الْمَيِّتِ ، أَوْ عَلَى نَفْسِهِ ، وَأَخْذُ زَهْنٍ وَكَفِيلٍ بِالذَّنْبَيْنِ الْمَطْلُوبِ لِلْيَتِيمِ وَالْمَيِّتِ .

• • •

= على قول أبي حنيفة كالتفصّل بعضهم قال : أن يبيع من الصبي من مال نفسه ما يساوي ألف درهم بشماعة ويبيع مال الصبي من نفسه ما يساوي شماعة بألف درهم ، وبعضهم قال : أن يبيع من مال نفسه ما يساوي ألفًا بخمسمائة ويبيع من مال الصبي من نفسه ما يساوي خمسمائة بألف ، ثم إذا جاز بيع الوصي من نفسه على قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - هل يكتفي بقوله : بعث أو اشترت كما في الأب أو يحتاج إلى الشطرين لم يذكر هذا الفصل هاهنا وذكر الناطفي في واقعاته أنه يحتاج فيه إلى الشطرين بخلاف الأب وصبي اليتيمين إذا باع مال أحدهما من الآخر لا يجوز ، وكذا لو أذن الوصي لهما بالتصرف فباع أحدهما ماله من الآخر لا يجوز كذا في الذخيرة .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٤٥٣/٤) : (ولا) يجوز له (اشتراء) لنفسه شيئًا (من التركة) ؛ لأنه يتهم على المحاباة أي يكره كما في النقل (وتعقب) أي : يتعقب الحاكم في عمله به قراضًا ، أو بضاعة ، أو اشتراء لنفسه (بالنظر) فيمضي ما فيه مصلحة لليتيم ويرد غيره (إلا) اشتراءه (كحمارين) من التركة (قل ثمهما) الذي انتهت له الرغبات فهما كتلائة دنائير (وتسوق بهما الحضرة والسفر) أي : شهرًا في السوق للبيع هذا مراده وذكر الحضرة والسفر لسؤال وقع فيه ذلك ، فالمراد إلا شيئًا قليلًا انتهت إليه الرغبات بعد شهرته للبيع في سوقه فيجوز اشتراؤه للوصي .

قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإيرادات (١٧٥/٢) : (ولا يصح أن يبيع) ولي صغير ومجنون من مالهما لنفسه (أو يشتري) من مالهما لنفسه (أو يرتهن من مالهما لنفسه) ؛ لأنه مظنة التهمة (غير أب) فله ذلك ، وبلي طرفي العقد ؛ لأنه يلي بنفسه والتهمة منتفية بين الوالد وولده ، إذ من طبعه الشفقة عليه والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه ، بخلاف غيره .

٢٦٣٣ - وإذا كان على الوصي دين فلا يجوز له قضاؤه من مال اليتيم ، فإن فعل يكون ضامناً بلا شك ، وإذا حضر إليه شخص ، وطلب منه أن يعطيه شيئاً من مال اليتيم على سبيل القرض الشرعي بأن يأخذ منه شيئاً من المثليات يستهلكه في حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له إعطاؤه شيئاً منه ؛ لأن فيه تعطيلاً للأموال بدون استثمار والوصي مأمور بتنمية أموال اليتيم ، ولكن لما كان القرض لا يكون إلا لمحتاج ؛ لأن الظاهر أن الشخص لا يطلب من غيره شيئاً إلا إذا كان محتاجاً إليه حث الشارع عليه في مواضع كثيرة .

٢٦٣٤ - ولذا قال الفقهاء : إن الوصي وإن كان لا يجوز له إقراض مال اليتيم ، لكنه لو فعل ذلك لا يعد خائناً ، فلا يعزل من الوصاية ويكون ضامناً لما أقرضه .

٢٦٣٥ - وأما القاضي فيجوز له ذلك ؛ لأنه قادر على تخلص مثله في أي وقت أراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة إليه مطلقاً ، بل هو مقيد بما إذا لم يجد شيئاً موافقاً يشتره لليتيم بهذا المال ويستغله له ، ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة أي : يتجر فيه ، ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذي يتفقان عليه وهو ظاهر ؛ لأنه إذا لم يمكنه استثمار المال بأي طريق .

٢٦٣٦ - فالأحسن إعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضموناً عليه ويرده في الوقت المناسب ، وهو الوقت الذي يرى القاضي أخذه فيه لتنميته ، وهو قادر على ذلك فيملك الإقراض .

٢٦٣٧ - والمعول عليه أن الأب كالموصي لا كالقاضي ، فلا يجوز له إقراض مال ولده ، وكما لا يجوز للوصي إقراض مال اليتيم لغيره كذلك لا يجوز له أخذه قرضاً لنفسه فلو أخذه كان ضامناً لما أخذ ؛ لأنه صار مستهلكاً للأموال فيضمن مثلها لصاحبها ، وقال محمد : أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء فلا بأس به .

٢٦٣٨ - وإذا كان على الوصي دين لليتيم بأن اشترى شيئاً من أموال اليتيم لنفسه وكان في هذا الشراء نفع للصغير أو استهلك شيئاً من أمواله فلا يصح أن يرهن شيئاً من أموال نفسه عند اليتيم بالدين الذي عليه .

٢٦٣٩ - وينبغي على ذلك : أنه لو فعل وهلك الشيء الذي رهنه لم يسقط شيء من دين اليتيم ، بل هو باقي على الوصي فيطالب به .

٢٦٤٠ - ومثل هذا ما إذا كان على اليتيم دين للوصي بأن باع له الوصي شيئاً من

أملاكه وكان في البيع منفعة لليتيم ولم يأخذ ثمنه ، أو اشترى له شيئاً من أجنبي ودفع الثمن من مال نفسه وأشهد على الرجوع فلا يصح أن يأخذ شيئاً من أموال اليتيم يرتبته عنده بهذا الدين .

٢٦٤١ - وليس الأب كالوصي في ذلك فله أن يرهن ماله عند ولده بدين عليه له ، وله أن يرتبته مال ولده إذا كان على الولد دين له .

٢٦٤٢ - وقالوا في الفرق بينهما : إن الأصل أن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن أي : لا يكون رهنًا ومُرتهنًا ، لكننا تركنا ذلك في الأب لوفور شفقتة فنزل منزلة شخصين ونزلت عبارته منزلة عبارتين ، بخلاف الوصي فإن شفقتة قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة .

٢٦٤٣ - وبما أن المانع من رهن مال اليتيم عند الوصي عدم جواز تعدد العاقد فحينئذ يجوز له رهن مال اليتيم عند دائن غيره ، سواء كان هذا الدين على الميت أو على اليتيم أو على الوصي ، فإذا مات شخص مدين لغيره وأقام وصيًا على أولاده فهذا الوصي أن يرهن شيئاً من أموال الأيتام عند دائن الموصي .

٢٦٤٤ - وكذلك لو اتجر لليتيم أو أذن له بالتجارة فركبته ديون أو اشترى الوصي له شيئاً ولم يدفع ثمنه كان الدين على اليتيم ، وإن كان الوصي هو المطالب به فله أن يرهن شيئاً عند الدائن من مال اليتيم ؛ لأن الأولى له التجارة في مال اليتيم تمييزاً له فلم يجد بداً من الارتهان والرهن ؛ لأنه إيفاء واستيفاء وكلاً منهما جائز ، وكذلك لو استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز ؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز .

٢٦٤٥ - وكما يجوز للوصي أن يرهن مال اليتيم بدين على الميت أو اليتيم يجوز له أن يرهنه بدين عليه هو عند الإمام الأعظم ومحمد ؛ لأنه يملك إيداعه عند غيره والرهن انظر منه في حق الصبي ؛ لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة ؛ لأنه لو هلك يهلك مضموناً عليه والوديعة أمانة .

٢٦٤٦ - وقال أبو يوسف وزفر : لا يجوز . وهو القياس اعتبارًا بحقيقة الإيفاء يعني : أنه لا يجوز للوصي أن يقضي دينه من مال اليتيم فلا يجوز له أن يرهنه به .

٢٦٤٧ - وأجاب الإمام محمد عن هذا : بأن هناك فرقاً بين حقيقة الإيفاء والرهن ، لأن في الأول إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الثاني نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فوضح الفرقة .

٢٦٤٨ - وقالوا : إن الظاهر مذهب الإمام ، وإن الخلاف في هذه المسألة مبني على خلاف آخر وهو أنه إذا باع الوصي مال الصغير من دائه تقع المقاصة ويضمنه للوصي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ الوصي الثمن من المشتري ويأخذ المشتري دينه من الوصي .

٢٦٤٩ - وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع إذا باع الشيء الموكل ببيعه من دائه فعندهما تقع المقاصة بنفس العقد ، ويضمن الوكيل الثمن للموكل ، وعنده لا تحصل المقاصة ؛ لأنه إذا كان لا يملك قضاء ذئنه نفسه من مال الصبي بطريق البيع ، فكذلك لا يملكه بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن أيضًا ؛ لأن الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري والخلاف المتقدم بالنسبة للوصي جار في الأب .

٢٦٥٠ - ومن تأمل وجد قول أبي يوسف وجيهاً ؛ لأن هناك فرقاً بين إيداع مال اليتيم ورهنه ؛ إذ المودع له أن يسترد الوديعة في أي وقت شاء بدون أن يلزم بشيء بخلاف الراهن ، فليس له أن يسترد الرهن من المرتهن إلا بعد سداد الدين فلو رهن الوصي مال اليتيم عند دائه وأراد استرداده كان للمرتهن الحق في أنه لا يُسلمه له إلا بعد أن يستوفي ذئنه .

٢٦٥١ - وربما يكون الوصي غير قادر على دفع الدين فتتعطل منفعة هذا الشيء على الصغير .

٢٦٥٢ - وهذا لا يلزم على قول أبي يوسف إذ الوصي لا يملك هذا فيسترد من المرتهن بدون أن يكون له حق في استبقائه تحت يده حتى يستوفي دينه ، وما معنى عدم تجويز قضاء ذئنه من مال اليتيم وحصول المقاصة عند البيع أليس في هذا قضاء ذئنه وتكون حيلة ؟

٢٦٥٣ - وقد يلحق اليتيم ضرر بهذه المقاصة عندما يكون الوصي غير قادر على دفع الدين . اللهم إلا إذا كان جواز الرهن وحصول المقاصة مقيدين بما إذا لم يلحق اليتيم ضرر منهما بدليل تقيدهم جواز إقراض القاضي مال اليتيم بما إذا لم يمكن استثماره في الوقت الذي يبقى فيه عند المستقرض ولكني لم أر هذا القيد .

٢٦٥٤ - ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجوداً عند المرتهن يؤمر الوصي بسداد ذئنه وتخليص الرهن فإن هلك تحت يد المرتهن هلك بالأقل من الأمرين وهما القيمة والدين .

٢٦٥٥ - فإذا فرضنا أن الوصي رهن شيئاً من أموال اليتيم قيمته خمسون جنيهاً ، وكان الدين كذلك ، وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الوصي ، ويلزمه دفع هذا المبلغ إلى الصغير ؛ لأنه صار قاضياً دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين أكثر من خمسين جنيهاً سقط منه بقدر قيمة الرهن ؛ لأنها أقل من الدين ويضمنها إلى الصبي ، ويدفع الزائد إلى الدائن ، وإن كان الدين أربعين جنيهاً فقط سقط كله بهلاك المرهون ؛ لأن الدين أقل من القيمة في هذه الحالة ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدين إلى الراهن ؛ لأن الزائد أمانة وهي لا تضمن إلا بالتعدي والموضوع إنه هلك من غير تعد فلا يضمنه ويلزم الوصي أن يعطي للصغير قدر الدين لا الزيادة .

٢٦٥٦ - وكما يجوز للوصي أن يعطي رهناً بالدين المطلوب من الميت أو اليتيم يجوز له أن يأخذ رهناً بالدين المطلوب لواحد منهما وأن يأخذ كفيلاً أي ضامناً به ؛ لأن في كل منهما منفعة عائدة على الصغير ، والوصي له أن يعمل كل ما فيه خير بالنسبة له .

(مادة ٤٦٠)

يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُؤَكِّلَ غَيْرَهُ بِكُلِّ مَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْمَلَهُ بِنَفْسِهِ فِي مَالِ الْيَتِيمِ ، وَيَتَقَرَّلُ الْوَكِيلُ بِمَوْتِ الْوَصِيِّ أَوْ الصَّبِيِّ ^(١) .

• • •

٢٦٥٧ - وبما أن الوصي له الولاية على أموال اليتيم فله أن يتولى التصرفات الجائزة له شرعاً بنفسه ، وله أن يوكل غيره لياشرها ؛ إذ التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه ولا شك في أن الوصي مالك لهذه التصرفات ، فله أن يملكها لغيره ويتصرف هذا الغير بالنيابة عنه .

(١) قول الخنفي : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢ / ٢٩٠) : « الوصي يملك أن يوكل غيره بكل ما يجوز له أن يعمل بنفسه في أمور اليتيم كما في أدب الأوصياء والأنقروي » .
قول المالكية : جاء في مواهب الجليل (٦ / ١١٠) : « للموصي أن يوصي بما إليه وأن يوكل غيره في حياته ، قال في المتبعية : ولا يجوز لمقدم القاضي على النظر لليتيم أن يوكل - ما جعل إليه - أحداً غيره حي أو مات ولا أن يوصي به إلى أحد وهو خلاف : وصي الأب ، وقاله ابن أبي زنين وابن الهندي وغيرهما من الموثقين وحكى بعض الموثقين أن الذي مضى عليه الحكم إن حكم مقدم القاضي على من قدم عليه كحكم الوصي من قبل الأب في جميع أموره ؛ لأن القاضي أقامه مقام الوصي ، قاله بعض الشيوخ فعلى هذا يكون لمقدم القاضي أن يوكل في حياته من يقوم على المحجور مقامه » .

٢٦٥٨ - وإذا مات الموكل انعزل الوكيل فالشخص الذي وكله الوصي ينعزل بموت الوصي أو اليتيم ؛ لأنه في الحقيقة نائب عنهما .

(مادة ٤٦١)

لَا يَمْلِكُ الْوَصِيُّ إِبْرَاءَ غَرِيمِ الْمَيِّتِ عَنِ الدَّيْنِ ، وَلَا أَنْ يَحْطُ مِنْهُ شَيْئًا ، وَلَا أَنْ يُؤَجِّلَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ الدَّيْنُ وَاجِبًا بَعْدَهُ ، فَإِنْ كَانَ وَاجِبًا بَعْدَهُ صَحَّ الحَطُّ وَالتَّأْجِيلُ وَالْإِبْرَاءُ وَيَكُونُ ضَامِنًا ^(١) .

• • •

٢٦٥٩ - وينبغي على أن تصرفات الوصي في مال اليتيم مقيدة بالمصلحة : أنه إذا كان شخص في ذمته دَيْنٌ لليتيم مستحق للدفع في الحال أو بعد زمن مخصوص فليس له أن يرثه من كل الدين أو بعضه ولا أن يؤجل الدين المستحق الدفع فورًا إلى زمن ، سواء كان طويلًا أو قصيرًا ؛ لأنه لا مصلحة في ترك كل الدين أو بعضه بدون عوض ولا في تأجيله ؛ لأن فيه تعطيل المال لمدة الأجل فلو حصل من الوصي ذلك فلا يصح .

٢٦٦٠ - ويطالب المدين بكل الدين في صورتي إسقاط الوصي كله أو بعضه ويدفعه في الحال في صورة التأجيل وليس للمدين أن يمتنع عن ذلك محتجًا بما صدر من الوصي ؛ لأنه غير صحيح فلا يحتج به .

٢٦٦١ - ولكن محل هذا إذا كان الدين ثابتًا بغير عقد الوصي بأن باع الموصي قبل وفاته شيئًا لشخص ومات ولم يقبض الثمن أو استهلك شخص شيئًا من أموال الصغير وألزم ببده فإن الدَيْنُ مستحق لليتيم ووجوبه بغير عقد الوصي فلا يجوز له التصرف فيه إلا بما يعود بالنفع على اليتيم وهذا بالاتفاق .

٢٦٦٢ - أما إذا كان الدين واجبًا بعقد الوصي كما إذا باع شيئًا من أملاك اليتيم لغيره بثمن مستحق الدفع في الحال ، أو كان الموصي قبل وفاته وكل الوصي ببيع شيء من أملاكه فباعه ولم يقبض الثمن من المشتري حتى مات الموصي .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٩/٦) : « والوصي لا يملك إبراء غريم الميت ولا أن يحط عنه شيئًا ولا يؤجله إذا لم يكن الدين واجبًا بعقد ، فإن كان واجبًا بعقد صح الحط والتأجيل والإبراء في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - ويكون ضامنًا » .

٢٦٦٣ - فقال أبو يوسف : هو كالأول في الحكم .

٢٦٦٤ - وقال الإمام الأعظم ومحمد : يصح إبراء الوصي المدين من كل الدين أو بعضه وتأجيل الدين الحال فتبرأ ذمة المدين من كل الدين أو بعضه ولا يطالب بالدين إلا عند حلول الأجل ، ولكن الدين لا يضيع على اليتيم بل يلزم الوصي دفعه في الحال .
٢٦٦٥ - وتأمل في كل من القولين وانظر ما يوافق مصلحة الصغير لما تقدم لك في شرح مادة (٤٥٨) .

(مادة ٤٦٢)

لِلْوَصِيِّ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ ذَيْنَ الْمَيْتِ وَذَيْنَ الْيَتِيمِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيْتَةٌ وَالْغَرِيمُ مُنْكَرٌ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى أَقَلِّ مِنَ الْحَقِّ إِذَا كَانَ بَيْتَةٌ عَادِلَةٌ أَوْ كَانَ الْغَرِيمُ مُقَرَّبًا بِهِ أَوْ كَانَ مَقْضِيًّا بِهِ عَلَيْهِ .
وَإِنْ أَدْعَى عَلَى الْمَيْتِ أَوْ الْيَتِيمِ حَقًّا ، وَلِدَّعِيهِ بَيْتَةٌ عَلَيْهِ أَوْ كَانَ مَقْضِيًّا لَهُ بِهِ ، جَازَ صَلْحُ الْوَصِيِّ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الْمَدْعَى بِهِ (١) .

٢٦٦٦ - ومما ينبني على أن تصرفات الوصي إن كان فيها مصلحة للصغير نفذت وإلا بطلت صلح الوصي عن الدين المدعى به للموصي أو لليتيم أو عليهما فإن كان في الصلح منفعة للصغير جاز وإلا فلا . وبيانه :

٢٦٦٧ - أنه إذا كان للموصي على آخر ألف جنيه مثلاً ومات قبل أخذها منه فأما أن يكون إثبات هذا الدين ممكنًا لو رفعت الدعوى على المدين أو غير ممكن .

٢٦٦٨ - فإن كان الأول بأن وجدت بينة عادلة لإثباته أو لم توجد ولكن المدين مقر بالدين ، أو انتفى الأمران ولكن الدين مقضي به عليه فإما أن يصالح الوصي المدين على

(١) قول الخفعية : جاء في الفتاوى الهندية (١٤٩/٦ ، ١٥٠) : « ولو صالح الوصي واحدًا عن ذَيْنَ الْمَيْتِ إِنْ كَانَ لِلْمَيْتِ بَيْتَةٌ عَلَى ذَلِكَ أَوْ كَانَ الْحَصْمُ مَقْرَّبًا بِالذَّيْنِ أَوْ كَانَ الْقَاضِي عَلمَ بِذَلِكَ الْحَقِّ لَا يَجُوزُ صَلْحُ الْوَصِيِّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْحَقِّ بَيْتَةٌ جَازَ صَلْحُ الْوَصِيِّ ، وَإِنْ كَانَ الصَّلْحُ عَنِ دِينِ عَلَى الْمَيْتِ أَوْ عَلَى الْيَتِيمِ فَإِنْ كَانَ لِلْمَدْعَى بَيْتَةٌ عَلَى حَقِّهِ أَوْ كَانَ الْقَاضِي قَضَى لَهُ بِحَقِّهِ جَازَ صَلْحُ الْوَصِيِّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَدْعَى بَيْتَةٌ عَلَى حَقِّهِ وَلَا قَضَى الْقَاضِي بِذَلِكَ لَا يَجُوزُ صَلْحُ الْوَصِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لِمَالِهِ وَهُوَ نَظِيرُ مَا لَوْ طَمَعَ السُّلْطَانُ الْجَائِرُ أَوْ الْمُتَغَلَّبُ فِي مَالِ الْيَتِيمِ فَأَخَذَ الْوَصِيَّ وَهَدَّهَ لِأَخْذِ بَعْضِ مَالِ الْيَتِيمِ ، قَالَ نَصِيرُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : لَا يَنْبَغِي لِلْوَصِيِّ أَنْ يَعْطِيَ إِنْ كَانَ كَانَ أَعْطَى كَانَ ضَامِتًا » .

شيء من جنس الدين أو من غير جنسه ، فإن صالحه على جنسه بأن قال له : صالحتك عن الألف التي عليك لموصي على تسعمائة جنيه مثلاً كان هذا الصلح لاغياً ؛ لأنه في هذه الحالة يكون أخذاً لبعض الحق وتاركاً للبعض الآخر ويترتب على إلغائه أن الوصي له مطالبة المدين بكل الدين ويلزم بدفعه غير محتج بالصلح الذي حصل ؛ لأنه غير معول عليه .

٢٦٦٩ - وإن صالحه على غير جنسه بأن قال له : صالحتك عن الألف التي عليك على بيتك الفلاني مثلاً فأما أن يكون البيت يساوي هذا المبلغ أو أكثر منه أو أقل .

٢٦٧٠ - فإن كان الأول أو الثاني فلا كلام في صحته ؛ لأن الصلح في هذه الحالة معاوضة إذ الوصي اشترى البيت من المدين بالدين الذي عليه وهو يملك ذلك خصوصاً في الحالة الثانية لظهور النفع لليتيم .

٢٦٧١ - وإن كان الثالث فأما أن يكون الغبن يسيراً أو فاحشاً فإن كان يسيراً صح أيضاً ؛ إذ الغبن اليسير مغتفر ؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره سد باب التصرفات وإن كان الغبن فاحشاً فلا ينفذ على اليتيم ؛ لأن الوصي وإن كان يملك الشراء له إلا أنه مقيد بعدم الضرر ، والضرر هنا موجود فيلغو بالنسبة لليتيم .

٢٦٧٢ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان إثبات الدين غير ممكن بأن لم يكن هناك طريق من طرق الإثبات المتقدمة جاز للوصي أن يصالح عن الدين على أقل منه ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ؛ لأن منفعة الصغير - والحالة هذه - في الصلح إذ أخذ بعض الحق وترك البعض الآخر أصلح ولا شك من ضياع الكل .

(مادة ٤٦٣)

لَا يَصِحُّ إِفْرَازُ الْوَصِيِّ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ أَوْ وَصِيَّةٍ عَلَى الْمَيِّتِ ^(١) .

• • •

٢٦٧٣ - وكل ما قيل بالنسبة للدين الذي ثبت للموصي ومات قبل استيفائه يقال بالنسبة للدين الذي ثبت أولاً لليتيم ، فإذا تعدى شخص على شيء من أموال اليتيم وأهلكه صار بدله دَيْتًا في ذمته له ؛ والوصي هو المطالب به فإذا صالحه الوصي عن هذا

(١) قول الخليفة : جاء في مجمع الضمانات (ص ٤١٥) : « إقرار الوصي على الميت بدَيْنٍ أو عين أو وصية

الدين على شيء فالتفصيل والأحكام المتقدمة تجري هنا أيضًا بلا خلاف .

٢٦٧٤ - ولكن هذا إذا وجب الدين بغير عقد الوصي فإن وجب بعقده ، فقال الإمام ومحمد : يجوز الصلح ، ولو كان المصالح عليه أقل من الدين وكان الدين ثابتًا ويضمن الوصي النقص . وقال أبو يوسف : لا يصح أصلًا .

٢٦٧٥ - ومثل ما قيل في الدين المدعى به للميت أو لليتيم يقال في الدين المدعى به على واحد منهما ، فإذا ادعى شخص أن له في ذمة الميت مبلغ كذا أو أن اليتيم استهلك له كذا وطالب الوصي بالدين أو يبدل المستهلك .

٢٦٧٦ - فإن كان غير ثابت فلا يجوز للوصي مصالحة المدعي ولو بأقل مما ادعى به للحقوق الضرر بالصغير ، وإن كان ثابتًا جاز له الصلح ، سواء كان المصالح عليه أقل من المدعى به أو مساويًا له .

٢٦٧٧ - ومحل سريان هذه الأحكام في الصلح إذا كان بدل الصلح من مال اليتيم ، فإن كان من مال الوصي صح الصلح مطلقًا ، أي : سواء كان الدين ثابتًا أو غير ثابت ، وسواء كان بدل الصلح أقل من الدين أو مساويًا له أو أكثر ؛ لأن الوصي له أن يتصرف في ملكه بما شاء لمن أراد .

٢٦٧٨ - فظهر لك مما تقدم أن طرق إثبات الدين المدعى به للميت أو لليتيم ثلاث البينة وقضاء القاضي وإقرار المدعى عليه ، وأما طرق إثبات الدين المدعى به على الميت أو على اليتيم فاثنتان : البينة وقضاء القاضي ، أما الإقرار فلا يثبت به هذا الدين .

٢٦٧٩ - والسبب في ذلك أن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه إلى غيره والمدعى عليه في الأول من أهل الإقرار ، فإذا أقر بشيء لزمه بخلافه في الثاني ؛ لأن الميت غير موجود والصغير ليس من أهل الإقرار والوصي .

٢٦٨٠ - وإن كان قائمًا مقام الوصي وله الولاية على أموال اليتيم ؛ إلا أنه لا يصح إقراره عليهما لما عرفته من أن الإقرار حجة قاصرة فلا يتعدى المقر إلى غيره ولذا لا يصح إقرار الوصي بدين أو عين أو وصية على الميت ، فإذا قال : إن فلانًا يستحق عند موصي مائة جنيه (مثلًا) .

٢٦٨١ - فلا يثبت المقر به بهذا الإقرار ولو كان في التركة بيت فقال : إن هذا البيت الذي تمهدون أنه من تركة موصي ليس له وإنما هو لفلان لم يصح هذا الإقرار أيضًا ، وكذا إذا قال : إن موصي أوصى لفلان بربيع أمواله كان هذا الإقرار لاغيًا للسبب

المذكور فلا يثبت كل ذلك إلا بحجة غير إقرار الوصي .

(مادة ٤٦٤)

إِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الْوَرَثَةِ بِذَيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ ، صَحَّ إِقْرَارُهُ فِي حِصَّتِهِ لَا فِي حِصَّةِ غَيْرِهِ مِنْ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ ، وَيَأْخُذُ الْمُقَرَّرُ لَهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا يَخُصُّهُ ، وَهُوَ الْأَزْفَقُ .
وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّ لَهُ بِالْوَصِيَّةِ بِالثَّلَاثِ ، لَزِمَتْهُ فِي ثَلَاثِ حِصَّتَيْهِ (١) .

٢٦٨٢ - هذا حكم إقرار الوصي على الميت . وأما إقرار الوارث على المورث فإنه يؤاخذ به لو كان من أهل الإقرار ، فإذا أقرت الورثة بذَيْنِ أو بوصية على مورثهم ، وكان الكل من أهل الإقرار ، نفذ عليهم .

٢٦٨٣ - فإن أقرَّ أحدهم وهو من أهله فإن صدقه الباقي في هذا الإقرار نفذ عليهم أيضًا وإن لم يصدقه فلا خلاف في أن إقراره يسري عليه فقط ؛ إذ الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه إلى غيره إلا بتصديق منه ، وإنما الخلاف في أنه هل يأخذ المقر له بالدين جميع المقر به من نصيب المقر إن كان يفي به أو يأخذ منه بقدر ما يخصه .

٢٦٨٤ - وينبغي على هذا : أنه إذا ترك شخص ثلاث بنين ويتركه تساوي أربعة آلاف وخمسمائة جنيه فادعى شخص أن له ذَيْنًا على مورثهم وقدره ألف وخمسمائة جنيه .

٢٦٨٥ - فإن صدقه الكل وهم من أهل التصديق أخذ كل الدين من التركة وبعد ذلك يقتسمون الباقي بينهم ؛ لأن الإرث مؤخر عن قضاء الدين وإن صدق المدعي أحدهم ولم يوافقه الباقي .

٢٦٨٦ - قال بعضهم : يأخذ المقر له جميع نصيب المقر إن كان يفي بدينه ، وإن كان نصيبه أقل من المقر به كما إذا كانت التركة في هذا المثال ثلاثة آلاف جنيه أخذ جميع نصيبه فقط .

٢٦٨٧ - وقال بعضهم : يأخذ المقر له من نصيب المقر ما يخصه في هذا الدين وهو

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٠٧/٤) : « رجل ادعى ذَيْنًا على ميت بحضرة أحد الورثة فأقر هذا الوارث صح إقراره ويلزمه جميع ذلك في حصته من الميراث ، وقال شمس الأئمة رحمهم الله : هذا إذا قضى القاضي على هذا الوارث بإقراره ، أما بمجرد إقراره فلا يلزمه الدين في نصيبه ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

في هذا المثال خمسمائة جنيه .

٢٦٨٨ - واحتج الأول بأن المقر مؤاخذ بإقراره فيعمل به في حق نفسه وقد تضمن إقراره أنه لا يستحق شيئاً من تركة مورثه إلا بعد قضاء الديون فيؤخذ منه كل ما يستحقه في التركة أن يوفي بالدين ، وإن لم يوف فلا يؤخذ منه الباقي ؛ لأن الشخص إذا توفي وعليه ديون لا تفي تركته بها فلا يلزم الوارث بسداد الباقي بعد التركة .

٢٦٨٩ - ووجه الثاني كلامه بأن قولهم : المقر مؤاخذ بإقراره مقيد بما إذا كان هذا الإقرار على نفسه فإن كان على الغير فلا يسري عليه إلا بقدر ما يخصه وأحد الورثة هنا لم يقر على نفسه ؛ بل أقر بدين على المورث ليؤخذ من كل التركة .

٢٦٩٠ - وبما أنه أخذ جزء منها فقط فيؤخذ منه بقدر ما يخص ذلك الجزء من الدين ، ويلزم على أخذ الكل من حصته الإضرار به فيؤدي ذلك إلى إنكاره الدين إن كان يعلم به ؛ لأن إقراره يعود عليه بالضرر .

٢٦٩١ - والذي يؤخذ من كلامهم ترجيح الأول ، ولكن من تأمل وجد القول الثاني أرفق وأعدل وأبعد عن الضرر فليكن الموعول عليه .

٢٦٩٢ - ومحل هذا إذا لم يعلم هذا الدين إلا بطريق إقرار أحد الورثة فإن علم بالبينة ولو كان المقر أحد الشاهدين قبل القضاء عليه بالإقرار لزم الدين كل الورثة ؛ لأن البينة حجة متعددة .

٢٦٩٣ - أما لو كان بعد القضاء عليه فلا تقبل شهادته ؛ لأن فيها فائدة له بإلزامه ببعض الدين بعد أن كان ملزماً بالكل على القول الأول ، ولو أراد المدعي أن يقيم بينة على المقر يقبل منه ذلك ؛ لأن في إقامتها فائدة له وهي إلزام الكل بالدين فهذا من المواضع التي تسمع البينة فيها على المقر .

٢٦٩٤ - وهذا الخلاف إنما هو بالنسبة للإقرار بالدين فإذا كان الإقرار بالوصية فاتفقوا على أن مُدعي الوصية لا يأخذ من نصيب المقر إلا بقدر ما يخصه .

٢٦٩٥ - فإذا توفي شخص وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف جنيه وأخذ كل ابن ألفاً فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد البنين فقط يؤخذ منه ثلث ما في يده ؛ لأن المقر أقر بألف شائع في الكل ثلث ذلك في يده وثلثاه في يد شريكه فما كان إقرار فيما في يده قبل وما كان إقرار فيما في يد غيره لا يقبل فيجب أن يسلم إلى الموصى له ثلث ما في يده وهو حسن .

(مادة ٤٦٥)

يُنْبَغِي لِلْوَصِيِّ أَلَّا يُقْتَرَّ وَلَا يُسْرِفَ فِي التَّقْفَةِ عَلَى الْيَتِيمِ ، بَلْ يُوسِّعْ عَلَيْهِ فِيهَا بِحَسَبِ مَالِهِ وَحَالِهِ لِيَكُونَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي التَّقْفَةِ الْمَقْرُوضَةَ إِنْ كَانَتْ غَيْرَ كَافِيَةٍ .

•••

٢٦٩٦ - وبما أن كل شخص يمدح شرعاً وعرفاً إذا اعتدل في النفقة بلا إسراف ولا تقتير ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ﴾ (١) . فلو خالف ذلك ترتب عليه ما أوعده الله تعالى به : ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا ﴾ (٢) .

٢٦٩٧ - والوصي هو القائم بأمر اليتيم ، فينفق عليه لا على وجه الإسراف ولا على وجه التضيق بل يراعي الحال ، وذلك متفاوت بقلة مال الصغير وكثرته واختلاف حاله ، فينظر فيها وينفق عليه قدر ما يليق به ولو فرض تقدير النفقة لليتيم بشيء ورأى الوصي أنه لا يكفي فيه فله أن يزيد على قدر الكفاية وهو ظاهر .

(مادة ٤٦٦)

إِذَا اخْتِجَ الْيَتِيمُ لِلتَّقْفَةِ ، وَلَهُ مَالٌ غَائِبٌ أَوْ لَا مَالَ لَهُ ، وَلَمْ يَكُنِ الْوَصِيُّ مِنْ تَجِبِ نَفَقَةِ الصَّغِيرِ عَلَيْهِ فِي ضُورَةٍ كَوْنِهِ لَا مَالَ لَهُ أَضَلًّا ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ الْوَصِيُّ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ فِي لَوَازِمِهِ الضَّرُورِيَّةِ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ (٣) .

•••

٢٦٩٨ - والصغير لا يخلو حاله بالنسبة لما له من ثلاثة أحوال :

٢٦٩٩ - الأول : أن يكون له مال حاضر عند الوصي .

(١) الفرقان : ٦٧ . (٢) الإسراء : ٢٩

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٥٥/٦) : « الوصي إذا اشترى كسوة للصغار أو يشتري ما ينفق عليهم من مال نفسه ، فإنه لا يكون متطوعاً ، وكذا لو قضى دين الميت من مال نفسه بغير أمر الوارث وأشهد على ذلك لا يكون متطوعاً ، وكذلك إذا اشترى الوارث الكبير طعاماً أو كسوة للصغير من مال نفسه لا يكون متطوعاً وكان له الرجوع في مال الميت والتركة ، وكذا الوصي إذا أدى خراج البيت أو عُشْرَهُ من مال نفسه لا يكون متطوعاً ، ولو كفن الوصي الميت من مال نفسه قبل قوله في ذلك ، كذا في فتاوى قاضي خان . »

- ٢٧٠٠ - الثاني : أن يكون له مال غائب .
- ٢٧٠١ - الثالث : أن لا يكون له مال أصلاً .
- ٢٧٠٢ - فإن كان الأول أنفق عليه الوصي منه مُراعياً ما ذكر من اعتبار ماله وحاله .
- ٢٧٠٣ - وإن كان الثاني واشترى له الوصي شيئاً ودفع ثمنه من مال نفسه ثم أراد أخذه من مال الصغير بعد حضوره ، فإن كان الشيء الذي اشتراه له ضرورياً كالطعام والكسوة ، قال بعضهم : لا يكون مُتطوعاً فله أن يرجع بهذا الحق أشهد على ذلك أو لم يشهد .
- ٢٧٠٤ - وقال بعضهم : يكون متطوعاً في الإنفاق استحساناً ؛ إلا أن يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه ؛ لأن قول الوصي لا يقبل في الرجوع فيشهد لذلك . وإن كان الشيء الذي اشتراه له غير ضروري كَبَيْت أو فرس ثبت له الرجوع أشهد أو لم يشهد .
- ٢٧٠٥ - وإن كان الثالث ، وهو ما إذا لم يكن له مال أصلاً فإن كانت نفقة الصغير واجبة على الوصي كأن يكون عتماً أو خالاً للصغير واشترى له شيئاً من لوازمه الضرورية كالطعام والكسوة فليس له الرجوع على الصغير بعد أن يصير ذا مال ؛ لأنه واجب عليه وإن لم تكن نفقة الصغير واجبة عليه ففيه الخلاف المتقدم .
- ٢٧٠٦ - وأما إذا كان الشيء الذي اشتراه له ليس ضرورياً كعشرة أفدنة مثلاً ثبت له الرجوع على الصغير ، سواء كانت نفقته واجبة عليه أو غير واجبة .
- ٢٧٠٧ - هذا بالنسبة للوصي أما الأب ، فقال بعضهم : هو كالوصي .
- ٢٧٠٨ - وقال بعضهم : إنه يخالفه ، فلا يثبت له حق الرجوع على ابنه في كل صورة من الصور ؛ إلا إذا أشهد ولم يكن الشيء المشتري واجباً عليه .
- ٢٧٠٩ - وعند أبي حنيفة : أن الأب إذا اشترى لابنه شيئاً ليس بواجب عليه ، ولم يكن له مال أصلاً فليس له حق في الرجوع عليه بثمنه عندما يصير ذا مال وإن أشهد . والأم في ذلك كالأب .
- ٢٧١٠ - وقالوا : إن هذه الأحكام بالنسبة للقضاء ، وأما الديانة فيكفي كلاً منهما النيّة .
- ٢٧١١ - وبالجملة فقد اضطربت الأقوال وتشعبت الآراء واختلفت النقول في هذا الموضوع ، والذي يظهر أن الشيء المشتري إما أن يكون واجباً على الأب والوصي أو لا .
- ٢٧١٢ - فإن كان الأول فلا رجوع لكل منهما وإن أشهد .
- ٢٧١٣ - وإن كان الثاني ثبت هذا الحق للوصي وإن لم يشهد ، وأما الأب فلا يثبت

له إلا إذا أشهد ؛ لأن الغالب من شفقة الوالد الإنفاق على الأولاد وتمليكهم شيئاً للبر والصلة لا للرجوع بخلاف الوصي الأجنبي فلا يحتاج في الرجوع إلى الإشهاد .

(مادة ٤٦٧)

إِذَا قَضَى الْوَصِيُّ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ بِلَا بَيِّنَةٍ مِنَ الْغَرِيمِ وَقَضَاءِ الْقَاضِي وَلَا تَصْدِيقٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ بَيِّنَةٌ أَيْضًا عَلَى ثُبُوتِ الدَّيْنِ ، وَخَلْفَ الْوَارِثِ عَلَى عَدَمِ عِلْمِهِ بِالذَّيْنِ ^(١) .

• • •

٢٧١٤ - وبما أن الوصي قائم مقام الموصي فيما له ، وعليه يكون هو المطالب بما على الموصي فإذا ادعى شخص على الميت دَيْنًا فالخصم في هذه الدعوى هو الوصي فله أن يقضيه من التركة لما لهُ من الولاية عليها ولا يلزم برده إلى التركة ولكن على التفصيل الآتي .

٢٧١٥ - وبيان ذلك : أن الدين المدعى به على الميت إما أن يكون ثابتاً أو غير ثابت ، فإن كان ثابتاً وقضاه من التركة ، فلا يضمه من ماله وثبوته يكون بأحد أمور ثلاثة :

٢٧١٦ - أولاً : إذا أقيمت بينة عادلة لا شبهة فيها في وجه الوصي وألزمه القاضي بدفعه .

٢٧١٧ - ثانياً : إذا كان مقضياً به على الموصي قبل وفاته ولم يدفعه .

٢٧١٨ - ثالثاً : إذ صدقت الورثة المدعي بالدين في دعواه وهم من أهل التصديق

ففي هذه الأحوال إذا قضى الدين من التركة فلا يضمن بدله من ماله بالإنفاق .

(١) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٣٠٦ ، ٣٠٥/٢) : « (سئل) فيما إذا مات رجل عن زوجة وابن صغير منها ، وعن أخ وصي على الصغير وخلف تركة تحت يد الوصي ثم مات الابن عن من في المسألة وطلبت الأم نصيبها من التركة من الوصي فادعى أنه قضى به دينا على الميت ولم تصدقه الأم على ذلك فهل لا يقبل قوله في ذلك ؟

(الجواب) : نعم ، وفي الفتاوى الظهيرية ترك ألفاً فجاء آخر يدعي عليه ألفاً فدفعه الوصي إليه قضاءً للدين بغير قضاء فكبر اليتيم وأنكر الدين على أبيه يضمن الوصي ما دفعه إلى الغريم إن لم يكن للغريم بَيِّنَةٌ عليه ، قلت : ولو لم يكن للوصي بينة على ثبوت الدين وحلف الوارث حين حلقه الوصي على عدم علمه بدين المورث فإنه ذكر مولانا نظام الدين في فوائده أن الوصي إذا أدى دَيْنًا على الميت وأنكر الورثة ثبوته على المورث فللوصي إقامة البَيِّنَةِ عليهم وإن لم يكن للوصي بينة فله أن يحلفهم آداب الأوصياء من فصل الضمان .

٢٧١٩ - وإن كان غير ثابت بأحد هذه الثلاثة ولو كان الوصي يعلم به كأن أقرَّ الوصي قبل وفاته بين يدي الوصي بأن فلائاً يستحق عنده كذا أو عاين الوصي أن الموصي استهلك مال إنسان ولم يدفع بدله حتى مات .

٢٧٢٠ - فقال بعضهم : له أن يقضي ذلك الدين . وقال البعض الآخر : ينبغي للوصي ألا يقضيه ويظهر أن هذا الخلاف بالنسبة للقضاء ، أما بالنسبة للديانة فله ذلك اتفاقاً كما يعلم من فروع كثيرة معلومة للمطلع على كتب الفقه .

٢٧٢١ - ويتفرع على ذلك : أن الوصي لو قضى هذا الدين ولم ترفع المسألة للقاضي فلا يلزم الوصي برد مثل الدين إلى التركة ويكون ناجياً عند الله تعالى اتفاقاً ؛ لأنه قضى دَيْناً واجباً على الموصي قَصْرَ في أدائه .

٢٧٢٢ - أما إذا رفعت المسألة إلى القاضي ألزمه بدفع بدله متبعمًا قول من لا يجوز له قضاء الدين في هذه الحالة ؛ لأنه المعول عليه ومحل ذلك إذا لم يكن للوصي بينة على ثبوت الدين .

٢٧٢٣ - فإن أراد إقامة البينة أجيب إلى طلبه ؛ لأنه يدفع عن نفسه الضمان فإن لم تكن له بينة وادعى أن الورثة يعلمون هذا الدين سئلوا فإن صدقوه وهم من أهل التصديق فيها ، وإن أنكروا فله تحليفهم على نفي العلم بهذا الدين لا على نفي ثبوته دفعا للضرر عنهم .

٢٧٢٤ - فإن حلفوا أنهم لا يعلمون بأن هذا الدين على مورثهم ضمنه الوصي ، وإن امتنعوا عن اليمين حكم القاضي ببراءة ذمته ؛ لأن امتناعهم بذل أو إقرار .

(مادة ٤٦٨)

لِلْوَصِيِّ إِذَا عَمِلَ أَجْرَةً مِثْلَ عَمَلِهِ إِنْ كَانَ مُحْتَاجًا ، وَإِلَّا فَلَا أَجْرَ لَهُ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٣٠٢/٢ ، ٣٠٣) : (سئل) في الوصي المختار إذا عمل في تركة الوصي أعمالاً شتى ولم يكن الموصي جعل له شيئاً فهل له أجر مثل عمله ؟ (الجواب) : نعم له أجر مثل عمله استحساناً لو محتاجاً كما في الحائنية ، والبرازية وهو المأخوذ به كما في الحبرية وحواشي الأشباه للحموي . (أقول) تقييده بقوله لو محتاجاً موافق لما في الآية الشريفة : ﴿ وَمَنْ كَانَ قَرِيْبًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ونص عبارة الحائنية هكذا ؛ وعن نصير للوصي أن يأكل من مال اليتيم ويركب دوابه إذا ذهب في حوائج اليتيم ، وقال بعضهم لا يجوز وهو القياس ، وفي الاستحسان يجوز أن يأكل بالمعروف إذا كان محتاجاً بقدر ما سعى . ا . ه . ا .

= ونحوه في البرازية وهذا صريح في أن الاستحسان أن له قدر أجر مثل عمله لو محتاجا وظاهره أن له ذلك وإن لم يفرض له القاضي أجرة لكن في جامع الفصولين عن شرح الطحاوي ولا يأكل الوصي ولو محتاجا إلا إذا كان له أجرة فيأكل قدر أجرته . ١ هـ . والظاهر أن هذا مبني على القياس من أنه ليس له الأكل قال في أدب الأوصياء : والقياس أن لا يأكل ؛ لمعوم قوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ غُلْمًا تَلْمِزًا يَكُونُونَ فِيهَا لَمَّعًا ﴾ . الخ . قال الفقيه : ولعل قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ قَبِيْرًا ﴾ نسخ بهذه الآية قلت : فكأنه يبيل إلى اختيار الثاني وهو قول الإمام قال في القنية : قال أبو ذر وهو الصحيح ؛ لأنه شرع في الوصاية متبرعا فلا يوجب ضمنا . ١ هـ . قال الإسيجاني في شرحه إلا إذا كان له أجر معلوم فيأكل بقدره . ١ هـ . فقد ظهر بهذا أن الاستحسان هو أن له الأكل لو محتاجا ولو لم يفرض له أجر وأن القياس أن لا يأكل مطلقا إلا إذا فرض له أجر على ما قاله الإسيجاني في شرح الطحاوي وأن القياس هو قول الإمام وصحبه أبو ذر ومال إليه الفقيه وقد أفضى بذلك الحخير الرملي حيث سئل في رجل أقامه القاضي وصييا على يتيم ولم يفرض له إذ ذاك نفقة ثم فرض له أجرا في مقابلة عمله فتناوله عن المدة الماضية الحالية عن الفرض هل له ذلك أم لا ؟ (أجاب) : ليس له ذلك لشروعه متبرعا ، وهذا مما لا يشك في حرمة ذو فهم سليم ، وانظر إلى قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ ﴾ ، والله تعالى أعلم . ١ هـ . لكن قال في جواب سؤال آخر : هذه المسألة فيها اختلاف قياس واستحسان ففي الحانية ، والبرازية له ذلك لو محتاجا استحسانا ، وفي القنية صحح أن لا أجر له ، وقد تقرر أن المأخوذ به الاستحسان إلا في مسائل ليست هذه منها وإذا كان الاستحسان أن له ذلك بدون تعيين القاضي فتعيينه أولى وأنت خيرير بأن نقل القنية لا يعارض نقل قاضي خان فإن قاضي خان من أهل الترجيع كما صرح به الشيخ قاسم في تصحيحه ، والله تعالى أعلم . ١ هـ .

ولا يخفى أن ما في القنية لم يقيد بالاحتياج فلا يخالف ما في الحانية على أن الذي في القنية يحتمل أن يكون مبنيًا على القياس الذي هو قول الإمام ، ومال إليه الفقيه فهو تصحيح للقول الآخر نقله عن غيره تأمل ، وقال الحخير الرملي أيضا في حاشيته على الأشباه في أواخر كتاب الأمانات بعد كلام طويل : ولا يخفى أن وصي الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر لا يجبر على العمل ؛ لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع فإذا رأى القاضي أن يعمل له أجرة المثل ، فما المانع منه وهي واقعة الفتوى ؟ وقد أفتيت به مرارا . ١ هـ . وقد علمت أن الاستحسان إما هو فيما إذا كان محتاجا لا مطلقا ؛ فغير المحتاج لا أجر له ؛ لأنه دخل في الوصاية متبرعا من أول الأمر وهو وإن كان لا يجبر على التجارة في مال اليتيم وعلى اقتضاء ديونه لكنه إذا فعل شيئا من ذلك يكون قد فعل ما التزم أن يفعله متبرعا حين قبوله الوصاية من الميت حتى كانت لازمة له فلا يملك عزل نفسه ولا يملك القاضي عزله في الصحيح إلا بخيانة ظاهرة أو فسق ظاهر وهذا في وصي الميت ، أما وصي القاضي فله عزل نفسه لكن في البرازية ينبغي أن يشترط علم القاضي بعزله وللقاضي عزله أيضا ، وعلى هذا فينبغي التفصيل بأن يقال : إن وصي الميت لا أجر له إلا إذا كان محتاجا فله الأكل من مال اليتيم بقدر عمله وللقاضي أن يفرض له ذلك لكن للمستقبل لا لما مضى لشروعه فيه متبرعا ، وأما وصي القاضي فإن كان محتاجا فكذلك وإلا فإن نصبه القاضي وجعل له أجرة المثل جاز ، وكذا إذا امتنع بعد النصب عن العمل حتى يجعل له أجرة ؛ لأن وصايته غير لازمة ؛ لأن له أن يعزل نفسه كما علمت فله أن يمتنع عن المضي في العمل إلا بأجر . =

٢٧٢٥ - من حيث إن الوصي يصرف زمنًا من عمره في شؤون الصغير ولو صرفه في شؤون نفسه لازدادت ثروته فهو يستحق أجره على هذا العمل ولكن هذا ليس متفقًا عليه ؛ لأن بعضهم يفصل قائلًا الوصي إما أن يكون محتاجًا أو غير محتاج .
٢٧٢٦ - فإن كان الأول فله طلب الأجرة .

٢٧٢٧ - وإن كان الثاني فليس له ذلك مُستدلاً بقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١) .

= وفي الغنية : الوصي إذا نصبه القاضي وعين له أجرًا بقدر أجر المثل جاز ، وأما وصي الميت فلا أجر له على الصحيح . ا هـ . فقله : على الصحيح إما مبني على تصحيح ما هو القياس كما قدمنا أو على الاستحسان وأن المراد لا أجر له إذا كان غير محتاج وعلى كل فلا يخالف ما تقدم عن الحائنة كما مرّ هذا ، وقد صحح في الحائنة أن الوصي لو أجر نفسه من اليتيم لم يصح ، وفيها أيضًا قال : لك أجر مائة على أن تكون وصي اختلافوا فيه ، قال نصير : الإجارة باطلة ، ولا شيء له ، وقال أبو سلمة : الشرط باطل ، والمائة وصية له ويكون وصيًا وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث . ا هـ . فإذا كان استتجار الأب له باطلاً فاستتجار القاضي أولى إلا إذا كان محتاجًا لكن الظاهر أن بطلان الإجارة إنما هو لموت الأب فإن الإجارة تبطل بالموت هذا غاية ما تحرر لي في هذه المسألة .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٧٤/٣) : (وإن خاف الوصي على المال) من استيلاء ظالم (فله تخليصه بشيء منه) ﴿ وَاللَّهُ يَتَمَنَّوْنَ الْمُنْسِيَةَ بَيْنَ الْمَمْلُوكِ ﴾ . قال الأذري : ومن هذا ما لو علم أنه لو لم يبذل شيئًا لقاضي سوء لأتزع منه المال وسلّمته لبعض خوخته وأدى ذلك إلى استتصاليه ويجب أن يتحرى في أقل ما يمكن أن يرضى به الظالم ، والظاهر تصديقه إذا نازعه المحجور عليه بعد رُشده في بذل ذلك ، وإن لم تدل القرائن عليه ، قال : ويقرب من هذا قول ابن عبد السلام يجوز تعيب مال اليتيم والسفيه والمجنون لحفظه إذا خيف عليه الغصب كما في قصة الحِضْر رضي الله عنه قال - أعني الأذري - : فلو نازعه المحجور عليه بعد رُشده في أنه لم يفعله لهذا الغرض ، فهل يصدق ؟ ينظر إن دلت الحال على صدقه ، نعم ، وإلا فلا ، وفيه احتمال انتهى ، والأوجه التسوية بين هذا وما قاله آنفًا في أنه لا فرق ؛ لأن ذلك لا يعلم إلا منه غالبًا .
قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك (٣٦٧/٢) : (ما قولكم) في الوصي أو المقام على أموال أيتام ، هل له أن يأخذ أجره منها أم كيف الحال ؟

فأجبت بما نصه : الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ، نعم له أن يأخذ أجره منها بنظر القاضي . قال ابن سلمون : وللقاضي أن يفرض للوصي أجره على نظره إذا كان ذلك سببًا للأيتام . ا هـ . والله أعلم .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٤٦/٦) : (ويجوز أن يجعل للوصي جُفلاً ؛ لأنها بمنزلة الوكالة ، والوكالة تجوز بجعل ، فكذلك الوصية . وقد نقل إسحاق بن إبراهيم ، في الرجل يوصي إلى الرجل ، ويجعل له دراهم مسماة ، فلا بأس . ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة ؛ لأنه نائب عنهم ، ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز ؛ لأنه ليس بنائب عنه . (١) النساء : ٦ .

٢٧٢٨ - وبعضهم يقول : له أجر مُطلقاً ، أي : سواء كان محتاجاً أو غير محتاج إذا طلب ذلك ؛ لأنه إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر فلا يجبر على العمل ؛ لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع وهذا هو الظاهر والأجر لا يقدر بشيء معين بل يكون على قدر عمله .

(مادة ٤٦٩)

إِذَا كَبِرَ الصَّغَارُ ، فَلَهُمْ مُحَاسَبَةُ الْوَصِيِّ وَمَصَارِفُهَا عَلَيْهِمْ . لَكِنْ لَوْ اشْتَعَّ عَنِ التَّفْصِيلِ ، لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِبَيْتِهِ فِيمَا أَنْفَقَ . هَذَا إِنْ عُرِفَ بِالْأَمَانَةِ .
وَالْأَجْبَرُ عَلَى التَّفْصِيلِ بِإِحْضَارِهِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً وَتَحْوِيلِهِ بِلَا حَبْسٍ إِنْ لَمْ يُفْضَلْ ، بَلْ يُكْتَفَى بِبَيْتِهِ فِيمَا لَا يُكَدِّبُهُ الظَّاهِرُ بِمَا هُوَ مُسَلِّطٌ عَلَيْهِ شَرْعاً (١) .

• • •

(١) قول الخلفية : جاء في الدر المختار (٧٢٠/٦ ، ٧٢١) : « يقبل قول الوصي فيما يدعيه من الإنفاق بلا بينة إلا في بُنْتِي عشرة مسألة على ما في الأشباه : ادعى قضاء دين الميت ، وادعى قضاءه من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها ، أو أن اليتيم استهلك مالا آخر فدفعت ضمانه ، أو أذن له بتجارة فركبه ديون فقضاها عنه ، أو أدى خراج أرضه في وقت لا يصلح للزراعة ، أو جعل عبده الأبق أو فداء عبده الحائني أو الإنفاق على محرمه أو على رقيقه الذين ماتوا أو الإنفاق عليه مما في ذمته وكذا من مال نفسه حال غيبة ماله وأراد الرجوع أو أنه زوج اليتيم امرأة ودفعت مهرها من ماله وهي ميتة . الثانية عشرة : اتجر وبيع ثم ادعى أنه كان مضاربتاً والأصل أن كل شيء كان مسلطاً عليه فإنه يصدق فيه وما لا ، فلا ينصب القاضي وصياً في سبعة مواضع مبسوطه في الأشباه : منها إذا كان له دين أو عليه أو لتنفيذ وصيته . »

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٧٢/٣) : « (فرع : يقبل قول الوصي) يمينه إذا نازعه الولد بعد كماله (في دعوى التلف والإنفاق) عليه وعلى مُتُونِهِ (وعدم الإسراف) في الإنفاق عليهم بأن ادعى ما يليق بحالهم ؛ لأن الأصل عدم الحيانة ولسر إقامة البينة في الأخيرين (لا إن عين) قَدَّر ما ادعاه من الإنفاق (وكذبه الحس) فلا يقبل قوله بل يقبل قول الولد في الزائد (ولا يقبل) قول الوصي (في تاريخ موت الأب) كأن قال : مات من ست سنين ، وقال الولد من خمس واتفقا على الإنفاق من يوم موته ؛ لأن الأصل عدم الموت في الوقت الذي يدعيه ولسهولة إقامة البينة على الموت ومثله ما لو نازع الولد الوالد أو الوصي أو القيم في أول مدة ملكه للمال الذي أنفق عليه منه (ولا في) دعوى (رد المال) إليه بعد كماله ؛ لقوله تعالى ﴿ فَاتَّشِدُّوا عَلَيْهِمْ ﴾ ولو قبل قوله لما احتجج إلى الإشهاد ؛ ولأن الأصل عدم الرد لسهولة إقامة البينة عليه . (و) لا في (بيعه حاجة أو غبطة) ؛ لأن الأصل عدمهما واستمرار ملكه وتقدم هذا مع زيادة في كتاب الحجر وقيم الحاكم كالوصي فيما ذكر صرح به الأصل وكذا الأب والجد إلا في دعوى البيع لما ذكر فيصدقان يمينهما لوفور شفقتهما كما مر في كتاب الحجر أيضاً ، وأما الحاكم ، فقال القسولي : إنه كالوصي وقال السبكي مرة : إنه يقبل قوله بلا يمين إن كان باقياً على ولايته وإلا ففيه نظر وإطلاق صاحب التنبيه يقتضي أنه كالوصي وفي كلام الجرجاني إشارة إليه ثم قال مرة =

٢٧٢٩ - بما أن أموال الصغار تحت يد الوصي فهو الذي يقوم بجميع لوازمهم من هذه الأموال إلى أن يبلغوا رشدهم ، فإذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف شُلِّمَتْ إليهم الأموال ؛ لأن المانع قد زال .

٢٧٣٠ - ولما كانت الأموال المملوكة لهم لا تبق بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص ، احتيج إلى المحاسبة عليها ليستلموها على ما هي عليه الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة ؛ لأنه قائم مقامهم والمصاريف اللازمة للمحاسبة تكون في مالهم لا في مال الوصي ؛ لأنها في فائدتهم وكل شيء يدعيه الوصي حال المحاسبة يحسب من مالهم إن صدقوه ؛ لأن الأموال ملكهم فلهم أن يقرؤا على ما يدعيه .

٢٧٣١ - وإن كذبوه ورفعوا الأمر إلى القاضي أحضره وسأله عن مقدار المال الذي صرفه في مدة صغرهم فعد جوابه إما أن يجمل أو يفصل ، فإن كان الأول بأن قال : صرفت عليهم خمسمائة جنيه (مثلاً) ، فإما أن يكون معروفًا بالأمانة أو لا .

٢٧٣٢ - فإن كان معروفًا بها وكان الظاهر لا يكذبه فيما يدعيه صدق قوله بيمينه .

٢٧٣٣ - وإن كان الظاهر يكذبه كما إذا كان المبلغ الذي يدعيه يزيد عن لوازمهم في تلك المدة ، فإن ادعى سببًا مقبولًا كأن قال : اشتريت لهم طعامًا فسرق أو كسوة فاحتقرت فاشتريت لهم بدل ما ذكر . صدق أيضًا إن لم يدع تكرار ذلك مرارًا .

= أخرى في فتوى بعد ذكره ما قاله في المرة الأولى : والذي يظهر لي الآن وهو الحق أنه يقبل قوله ، وإن لم يقبل على ولايته ؛ لأنه حين تصرف كان نائب الشرع وأمينه مثله انتهى فعنده يقبل قولهما بلا بين ، والأوجه أنه لا يقبل بدونها كالأب والجد (وإن بلغ) الصبي (مجنونًا أو سفيفًا استمرت ولاية الوصي) .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٩٥/٨) : « والقول له في قدر النفقة يعني أن الوصي إذا تنازع مع محجوره في قدر النفقة ، فإن القول قول الوصي ؛ لأنه أمين ، ولا بد من بينه حيث أشبه وكان في حضائه ومثله ما إذا كان في كفالة أمه وهي فقيرة وكان أثر النعمة ظاهرًا على الولد ويحتمل أن الضمير في له للوصي الشامل لوصي الوصي وهو المتبادر من كلامه ومثله مقدم القاضي والحاضن والكافل . لا في تاريخ الموت ، ولا في دفع ماله بعد بلوغه يعني أن الوصي إذا تنازع مع الصبي في تاريخ الموت ، فقال الوصي مات منذ سنتين مثلاً والنفقة واصله ، وقال الصبي : بل مات من نصف سنة مثلاً ، فإن القول في ذلك قول الصبي ، ولا يقبل قول الوصي إلا بينة ، وإنما لم يقبل قوله : في تاريخ الموت ، وإن كان يرجع إلى قلة النفقة وكثرتها ؛ لأن الأمانة لم تتناول الزمان المتنازع فيه ، وكذلك لا يقبل قول الوصي إذا تنازع مع الصبي بعد بلوغه ورشده ، فقال الصبي : ادفع إلي مالي الذي عندك ، وقال الوصي : قد دفعته إليك بعد بلوغك ورشدك إلا بينة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ أي : لتلا ترموا على المشهور أو لتلا تحلفوا وظاهره ، ولو كانت المنازعة بعد طول فقوله بعد بلوغه متعلق بدفع ، وأما قبل البلوغ ، فلا يصدق ، ولو وافقه .

٢٧٣٤ - وإن كان غير معروف بالأمانة فلا يكتفى منه بالإجمال ، بل يجبر على التفصيل بالطرق التي يراها القاضي مؤدية لذلك .

(مادة ٤٧٠)

إِذَا مَاتَ الْوَصِيُّ مُجْهَلًا مَالَ النَّيِّمِ ، فَلَا ضَمَانَ فِي تَرْكِهِ .
فَإِنْ مَاتَ غَيْرَ مُجْهَلٍ مَالَ النَّيِّمِ ، وَكَانَ الْمَالُ مَوْجُودًا فَلَهُ أَخْذُهُ بِعَيْتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ
بِعَيْتِهِ بِأَنْ كَانَ مُسْتَهْلِكًا ، فَلَهُ أَخْذُ بَدَلِهِ مِنْ تَرْكَةِ الْوَصِيِّ ^(١) .

• • •

٢٧٣٥ - محل هذه الأحكام إن كان الوصي حيًا ، وحوسب على الأموال . فإن مات قبل المحاسبة فإما أن يبين أموال الصغير أو يجهلها فإن كان الأول بأن بين كل ما يستحقه الصغير عنده من نقود وغيرها فإما أن توجد كل الأشياء التي بينها أو لا .
٢٧٣٦ - فإن وجدت كانت كلها مملوكة للصغير وإن لم توجد أخذ بدلها من تركته .
٢٧٣٧ - وإن كان الثاني بأن لم يبين فالأشياء التي توجد من أموال الصغير يستحقها ، والتي لم توجد لا تكون مضمونة في تركته .

٢٧٣٨ - وانظر هذا مع قولهم : إن الوصي أمين . وقولهم : الأمين يضمن بموته مجهلاً الأمانة كما إذا أودع شخص عند غيره شيئاً ومات المودع ولم يبين الوديعة ولم توجد في تركته أو استأجر شخص من آخر شيئاً أو استعار ومات كل منهما مجهلاً المستأجر والمستعار ولم يوجد في الأشياء التي تركها فإن هذه الأشياء التي تركها فإن هذه الأشياء تكون مضمونة في تركه المودع والمستأجر والمستعير ، فيؤخذ البديل من التركة قبل القسمة على الورثة ؛ لأن قضاء الديون مُقدم على استحقاق الورثة .

٢٧٣٩ - وقد يجاب عنه : بأن الوصي وإن اشترك مع من ذكروا في أن كلاً منهم أمين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو أن الوصي له أن يتصرف في أموال الصغير بما يراه

(١) قول الخلفية : جاء في مجمع الضمانات (ص ٤١٨) : « إذا مات الوصي مجهلاً فلا ضمان عليه وكذا القاضي إذا مات مجهلاً أموال اليتامى عند من أودعها لا ضمان عليه ؛ إذ المودع غيره وللقاضي ولاية الإبداء ، ولو وضع القاضي مال اليتيم في بيته ومات مجهلاً ضمن ؛ لأنه مودع وكذا الأب إذا مات مجهلاً مال ابنه لا ضمان عليه ، وقيل يضمن من الفصولين ومعنى موته مجهلاً أن لا يبين حال الأمانة ومعنى ضمانها صيرورتها دَينًا في تركته كذا في الأمانة » .

صالحاً بخلاف من ذكروا فيحمل على أنه تصرف فيها وهلك ثمنها أو ضاعت بدون تعدد منه ولم أر خلافاً في هذا الموضوع .

(مادة ٤٧١)

يُصَدَّقُ الْوَصِيُّ بِبَيْعِهِ فِيمَا هُوَ مُسَلِّطٌ عَلَيْهِ شَرْعًا مِنَ التَّصَرُّفَاتِ (١) .

• • •

٢٧٤٠ - [إذا أوجب الوصي عند محاسبته على [التفصيل بالطرق التي يراها القاضي مؤدية لذلك ، ولكن لا يجسه فإن بين لكل جهة مقداراً من المال ، فإما أن يكون مسلطاً شرعاً على الصرف في تلك الجهات أو لا يكون . فإن كان الأول صدق إن لم يكذبه الظاهر، كما إذا قال صرفت في سنة كذا مائة وخمسين مجنيهاً ، ثمانون منها للنفقة ، وعشرون للتعليم ، والأولاد صالحة له ، وثلاثون لخراج الأرض وعشرون لعوائد الأملاك، وكان الظاهر لا يكذبه في كل ذلك صدق أيضاً ؛ لأنه مسلط شرعاً على مثل هذه التصرفات .

(١) قول الحنفية : جاء في غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمود الحموي (٣ / ٢٦٢) : « ويقبل قول الوصي فيما يدعيه من الإنفاق بلا بينة إلا في ثلاث ، في واحدة اتفاقاً وهي فيما إذا فرض القاضي نفقة ذي الرحم المحرم على اليتيم فادعى الوصي الدفع كذا في شرح المجمع معللاً بأن هذا ليس من حوائج اليتيم وإنما يقبل قوله فيما إذا كان من حوائجه (انتهى) . فينبغي أن لا تكون نفقة زوجته كذلك ؛ لأنها من حوائجه . ولا يشكل عليه قبول قول الناظر فيما يدعيه من الصرف على المستحقين بلا بينة ؛ لأن هذا من جملة عمله في الوقف ، وفي اثنتين اختلاف . لو قال : أدبت خراج أرضه ، أو مجعل عبده الأبق . قال أبو يوسف رحمته : لا بيان عليه . وقال محمد رحمته : عليه البيان ، كما في المجمع . والحاصل أن الوصي يقبل قوله فيما يدعيه إلا في مسائل : الأولى : ادعى قضاء ذئب الميت . الثانية : ادعى أن اليتيم استهلك مال آخر فدفع ضمانه . الثالثة : ادعى أنه أدى مجعل عبده الأبق من غير إجارة . الرابعة : ادعى أنه أدى خراج أرضه في وقت لا تصلح للزراعة . الخامسة : ادعى الإنفاق على محرم اليتيم . السادسة : ادعى أنه أذن لليتيم في الإجارة ، وأنه ركبته ديون فقضاها عنه . السابعة : ادعى الإنفاق عليه من مال نفسه حال غيبة ماله ، وأراد الرجوع . الثامنة : ادعى الإنفاق على رقيقه الذين ماتوا . التاسعة : اتجر وربح ثم ادعى أنه كان مُضارباً . العاشرة : ادعى فداء عبده الجاني . الحادية عشرة : ادعى قضاء ذئب الميت من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها . الثانية عشرة : ادعى أنه زوج اليتيم امرأة ودفع مهرها من ماله وهي ميتة . الكل في خاوى العتاي من الوصايا ، وذكر ضابطاً وهو أن كل شيء كان مسلطاً عليه فإنه يصدق فيه وما لا فلا .

(مادة ٤٧٢)

لَا يَصْدُقُ الْوَصِيُّ بِبَيْنِهِ فِي التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي لَمْ يَكُنْ مُسَلِّطًا عَلَيْهَا شَرْعًا ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ (١) .

٢٧٤١ - وإن كان الثاني وهو ما إذا ادعى شيئاً لم يكن مُسَلِّطًا عليه شرعاً فلا يقبل قوله ، ولو حلف إلا إذا أقام بينةً وهذا يتحقق في مسائل كثيرة :

٢٧٤٢ - منها : ما إذا ادعى أنه قضى دين الميت بلا أمر قاضٍ فإنه في هذه الحالة يكون ضامناً إلا إذا أقام بينة على ذلك ولكن لا بد من أن يقيمها على أن الدين ثابت ودفعة من مال الصغير ، أما مجرد إقامة البينة على قضاء الدين فليس كافياً في عدم الضمان وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٤٦٨) فارجع إليه إن شئت .

٢٧٤٣ - ومنها : ما إذا ادعى أنه قضى دَيْتًا على اليتيم من مال نفسه ويريد أخذه من مال الصغير الآن ، فلا يصدق في ذلك إلا إذا أقام بينة على أدائه من ماله ليرجع به في مال الصغير وقد تقدم هذا أيضاً في شرح مادة (٤٦٧) وما فيه من الخلاف والظاهر من كلامهم فيه فراجعهم .

٢٧٤٤ - ومنها : ما لو قال الوصي لليتيم : إنك استهلكت مال لفلان في صفرِكَ فأديت بدله من مالك فقال الصغير : لم أستهلك شيئاً . فلا يصدق الوصي إلا إذا أقام بينة على استهلاكه للمال ودفع بدله للمالك ، وكذا لو ادعى في هذه الحالة أنه دفع بدله من مال نفسه وأراد أخذه من مال الصغير فلا بد من إقامة البينة على الاستهلاك وعلى أنه دفع من ماله ليرجع على ما تقدم من الخلاف في هذه المسألة .

٢٧٤٥ - ومنها : ما إذا قال الوصي : فرض القاضي لأخيك الذي يستحق النفقة في مالك كل شهر كذا فأديت له منذ خمس سنين (مثلاً) . وهو ينكر ففي هذه المسألة لا يقبل قول الوصي فيكون ضامناً ما لم يقيم البينة على فرض القاضي وإعطاء المفروض للأخ ؛ لأن هذا ليس من حوائج اليتيم والوصي إنما يقبل قوله فيما كان من حوائجه .

٢٧٤٦ - ومنها : ما إذا ادعى أنه أذن له في التجارة فخرس وصرار مديناً فقضي

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

الديون التي لزمته من ماله فإن لم يقره الصغير على ذلك فلا يصدق إلا إذا أقام بينة .
 ٢٧٤٧ - ومنها : ما إذا ادعى أنه أدى خراج الأرض ولكن هذا ليس على إطلاقه بل هو مقيد بما إذا كان ادعاؤه في وقت لا تصلح الأرض للزراعة أما لو كانت الأرض صالحة لها كان القول له بلا إقامة بينة ؛ لأن الحال شاهد له بخلاف الأول ويظهر أن هذا مقيد بما إذا كان الاختلاف في دفع خراج هذه السنة ؛ لأنها لو كانت صالحة الآن وكانت الدعوى بعدم صلاحيتها للزراعة قبل هذا التاريخ والوصي يدعي دفع الخراج في الوقت الذي كانت غير صالحة فيه .

٢٧٤٨ - فمتى أثبت ذلك بالبينة قبلت ولكن بعد إثباته أنه بذل كل ما في وسعه لرفع الظلم ولم يرتفع بأن قرر من عاين الأيطان من قبل الحكومة إنها تستغل فيدفع عنها الخراج فعارض في ذلك ولم تسمع شكواه فإنه - والحالة هذه - يكون مُضطرباً في الدفع فيقبل قوله متى أثبتته ، وما على الصغير بعد بلوغه رشده إلا أن يرفع ظلامته إلى الاختصاص ليرد إليه ما أخذ من أمواله ظلماً .

٢٧٤٩ - فالظاهر أنه لا ينظر إلى أن الأرض صالحة للزراعة أو غير صالحة وقت الخصومة بل ينظر إليها في الوقت المدعى دفع الخراج فيه وظروف الدعوى وأحوالها وإثباتها وعدمه .

٢٧٥٠ - ومنها : ما إذا ادعى أنه زوجه امرأة في صغره ودفع له المهر ولكن إن كانت المرأة حية صدق ؛ لأن وجودها أقوى شاهد على ما يدعيه فإن كانت المرأة ميتة فلا يقبل قوله إلا إذا أقام بينة .

٢٧٥١ - وانظر هذا مع ما تقدم لك في مادة (٣٨) من أن الوصي لا يجوز له أن يزوج اليتيم واليتيمة .

٢٧٥٢ - ولو أوصى إليه الأب بذلك اللهم إلا أن يكون هذا جارياً على الرواية القائلة بأن الوصي يملك التزويج أو أوصى إليه الأب به أو تكون المسألة مفروضة في وصي له الولاية على النفس من جهة القرابة كالأخ والعم .

٢٧٥٣ - ومنها : ما إذا ادعى الوصي أنه يستحق في مال الصغير خمسين جنيهاً ؛ لأنه تجر في خمسماية جنية منها فربح مائة وإن هذه التجارة لم تكن للصغير خاصة ؛ بل الوصي له نصف الربح ؛ لأنه كان مضارباً ، أي : آخذاً مال الصغير يتجر فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين .

٢٧٥٤ - فإذا لم يصدقه الصغير في ذلك فلا يصدق قوله ولو حلف فإن ، أقام بينة قبلت واستحق نصف الربح . ولا بد من تخريج هذه المسألة على قول من يجوز أخذ الوصي مال اليتيم مضاربة أما على رأي من لا يجوز ذلك وهو المعول عليه في هذا الزمان كما نصّ عليه الفقهاء في مواضع كثيرة فلا يستحق من الربح شيئاً ولو أقام البينة على أنه كان مضارباً .

٢٧٥٥ - ومن هذا النوع فروع كثيرة تعلم من مراجعة الدر المختار في الجزء الخامس صحيفة (٧٠٤) وما بعدها والفتاوى الهندية في الجزء السادس صحيفة (١٥٥) وما بعدها .

(مادة ٤٧٣)

لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ فِيمَا يَكْذِبُهُ الظَّاهِرُ (١) .

• • •

٢٧٥٦ - تقدم في شرح المادة (٤٦٨) أنه إن كان الظاهر يكذب الوصي، كما إذا كان المبلغ الذي يدعيه يزيد عن لوازم أوصيائه في تلك المدة ، فإن ادعى سبباً مقبولاً ، كأن قال : اشتريت لهم طعاماً فسرق ، أو كسوة فاحترقت ، فاشتريت لهم بدل ما ذكر صدق أيضاً ، وإن لم يدع تكرار ذلك مراراً .

(مادة ٤٧٤)

يُقْبَلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنَ التُّصْرُفِ فِيمَا يَتَّعَلَقُ بِالنِّبِيمِ أَوْ مُوَرِّثِهِ إِلَّا فِي مَسَائِلَ ، مِنْهَا :
مَا إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ قَضَى ذَيْنَ الْمَيْتِ بِلَا أَمْرِ قَاضٍ .
أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ قَضَاهُ مِنْ مَالِهِ .
أَوْ أَنَّ النِّبِيمَ اسْتَهْلَكَ فِي صِغَرِهِ مَالًا لِآخَرٍ ، فَأَدَاهُ عَنْهُ مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ أَوْ مَالِ النِّبِيمِ .

(١) قول الخفنية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٢٨٩/٢) : « أنه ويقبل قول الوصي يمينه في قدر الإنفاق حيث كان نفقة المثل في مدة تحمله ولا يكذبه الظاهر كما صرح بذلك علماؤنا - رحمهم الله تعالى - كما في يروع أدب الأوصياء ودعوى الأشباه . وفي فتاوى العلامة ابن نجيم من أول كتاب الوصايا ، سئل في الوصي إذا أنفق على اليتيم من ماله بلا تقدير من الحاكم ، هل له ذلك ويصدق يمينه ، أجاب : نعم ، له ذلك ، ويصدق يمينه فيما يصدقه الظاهر . ا . ه . »

أَوْ أَنَّهُ أَتَّفَقَ عَلَى مَحْرَمٍ لِلْيَتِيمِ .
 أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَدَّى خَرَجَ أَزْوَاجِهِ ، وَكَانَ ادِّعَاؤُهُ فِيهِ وَقْتُ لَا تَصْلُحُ الْأَرْضُ لِلزَّرَاعَةِ .
 أَوْ أَنَّهُ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فَرَكِبْتُهُ ذُبُونًا فَقَضَاهَا عَنْهُ .
 أَوْ أَنَّهُ زَوَّجَهُ امْرَأَةً وَدَفَعَ لَهُ مَهْرَهَا مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَالْمَرْأَةُ مَيْتَةٌ .
 أَوْ اتَّجَرَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ وَزَيَّجَ ، وَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ مُضَارِبًا .
 فَبِمَا فِي هَذِهِ الصُّورِ كُلِّهَا إِذَا أَنْكَرَ الْيَتِيمُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، ضَمِنَ الْوَصِيُّ مَا لَمْ يُقِمِ الْيَتِيمَةُ عَلَى دَعْوَاهُ .

٢٧٥٧ - [تقدم قبول قول الوصي فيما يدعيه من التصرفات إن صدقه الظاهرة ، واحتمله ظروف الوصي عليهم ، وقد تقدم كذلك عدم قبول قوله فيما يكذبه الظاهر ، كما في هذه المسائل الواردة في هذه المادة] .

(مَادَّة ٤٧٥)

يَنْبَغِي لِلْوَصِيِّ أَلَّا يَدْفَعَ لِلصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيَّةِ مَا لَهَا بَعْدَ الْبُلُوغِ إِلَّا بَعْدَ تَجَرُّبَتَيْهِمَا وَاخْتِيَارِهِمَا فِي التَّصَرُّفَاتِ . فَإِنَّ أَنْتَسَ مِنْهُمَا رُشْدًا وَصَلَاحًا دَفَعَ إِلَيْهِمَا الْمَالَ ، وَإِلَّا فَلَا ^(١) .

(١) قول الخليفة : جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٧٠١/٢) : « لا ينبغي أن يستعمل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه ، بل يجرب بالتأني فإذا تحقق كونه رشيدًا تدفع إليه أمواله حينئذٍ . إذا بلغ الصبي مجهول الحال ، فيما أنه لا يتحقق رُشده بمجرد بلوغه كما يستفاد من المادة الآتية ، فلا ينبغي أن يستعمل في إعطائه ماله عند بلوغه بل يُجرب رُشده ، ويجب أن لا يفهم من قوله (يُجرب) أن يكون ذلك على الاختيار بل يلزم عدم إعطائه ماله إذا لم يثبت رُشده . لكن ترك التجربة لا يوجب الضمان بناء على ما أفاد صاحب التنقيح من الإيضاحات ويوجب الضمان بناء على ظاهر بيان اللؤلؤية ، والعلامة الشبلي . وعليه فإذا تحقق كون ذلك الصبي رشيدًا تدفع إليه أموال حينئذٍ ويكفي لإعطائه ماله علم الوصي برُشده وصلاحه ، حتى إنه لو شوهدت حال كهذه في الصبي قبل بلوغه ، فلو وصي أن يسلم الصغير أمواله ولا يلزم الوصي بعد ذلك ضماناً .

(مادة ٤٧٦)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ عَاقِلًا ، فَجَمِيعَ تَصَرُّفَاتِهِ نَافِذَةٌ ، وَنَلْزَمُهُ أَحْكَامَهَا ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُ وَالِيهِ أَوْ وَصِيِّهِ إِنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْحَجْرُ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ .

• • •

٢٧٥٨ - وبما أن أموال الصغير ما سُلمت للوصي لحفظها وتمتيتها واستثمارها إلا لكون الصغير عاجزًا عن ذلك ؛ لأنه لا يهتدي إلى ما فيه نفعه فلا يحسن التصرف فيها ، فإذا انتفى هذا الوصف عن الصغير بأن صار قادرًا على إدارة شؤون أمواله بنفسه محسنًا للتصرف فيها فقد انتهت مأمورية الوصي ومتى كان هذا الوصف موجودًا فولايته مستمرة ، سواء كان بعد البلوغ أو قبله .

٢٧٥٩ - وينبغي على ذلك المسائل الآتية :

٢٧٦٠ - أولًا : إذا بلغ الصغير رشيدًا أي مُحسنًا للتصرف في ماله فما على الوصي إلا تسليمه إليه .

٢٧٦١ - ولما كان ظهور الرشد لا يعلم إلا بالتجربة والاختبار ، فالواجب على الوصي أن لا يدفع له المال إلا بعدهما بأن يدفع إليه شيئًا من ماله ، ويأذن له بالتجارة فيه ، فإن أحسن التصرف فيه سُلم إليه الباقي ، وإلا فلا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (١) .

٢٧٦٢ - فمتى بلغ الولد متصفيًا بهذا الوصف وباشر أي عقد من العقود فإنه يكون نافذًا بلا توقف على إجازة الولي أو الوصي ، فإذا باع شيئًا من أملاكه أو اشترى شيئًا من آخر وامتنع من له الولاية على أمواله ، سواء كان الوصي أو غيره من تسليم المبيع للمشتري أو تسليم الثمن إلى البائع من أموال الصغير مدعيًا أنه محجور عليه فنفاذ مثل هذه العقود متوقف على إجازته فلا يقبل قوله ، بل يجبر على تسليم ما ذكر إلا إذا كان محجورًا عليه بأمر الحاكم .

(مادة ٤٧٧)

إِذَا بَلَغَ الْوَالِدُ غَيْرَ رُشِيدٍ ، فَلَا يُسَلِّمُ الْمَالَ إِلَيْهِ حَتَّى يَتَلَعَّ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً ، مَا لَمْ يُؤْتَسَّرْ رُشْدُهُ قَبْلَهَا (١) .

٢٧٦٣ - ثانيًا : إذا بلغ الصغير غير رُشد فلا يسلم الوصي المال إليه إلا إذا ظهر رشده ولو استمر طول عمره ولكن هذا ليس متفقًا عليه بل هو مذهب الصحابين .

٢٧٦٤ - وقال الإمام الأعظم - رضي الله تعالى عنه - : إذا بلغ غير رشيد فلا

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٦/٥) : « اليتيم إذا بلغ بالسن رشيدًا وماله في يد وصيه أو وئيه ، فإنه يدفع إليه ماله ، وإن بلغ غير رشيد لا يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة ، فإذا بلغ خمسًا وعشرين سنة عند أبي حنيفة رحمته يدفع إليه ماله يتصرف فيه ما شاء ، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - : لا يدفع إليه ماله بل يجمع عنه ، وإن بلغ سبعين سنة أو تسعين ما لم يؤس منه الرشد ، وإن بلغ اليتيم سفهيًا عند أبي حنيفة رحمته تنفذ تصرفاته ؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ ، وعند صاحبيه بعدما حجر عليه القاضي لا تنفذ تصرفاته ؛ إلا أن القاضي يمضي من تصرفاته ما كان خيرًا للمحجور بأن ربح فيما باع والتمن قائم في يده أو حوي فيما اشترى ، فإن بلغ اليتيم مصلحًا فأنجر بماله وأقر بديون وهب وتصدق وغير ذلك ثم فسد وصار بحال يستحق الحجر ، فما صنع من التصرفات قبل الفساد تكون نافذة ، وما صنع بعدما فسد تكون باطلة عند محمد رحمه الله تعالى ، حتى لو رفع إلى القاضي يمضي ما فعل قبل الفساد ويطل ما فعل بعد الفساد ، وعلى قول أبي يوسف رحمته بنفس الفساد لا يصير محجورًا ما لم يحجر عليه القاضي ، حتى لو رفع ذلك إلى القاضي يحجر عليه ويمضي ما فعل قبل الحجر وهو عنده بمنزلة الحجر بسبب الدين ، كذا في فتاوى قاضي خان . »

وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية (٢١٤/٢٢ ، ٢١٥) : « وإذا بلغ غير رشيد وكان عاقلًا كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه عند أبي حنيفة إلا أنه لا تسلم إليه أمواله ، بل تبقى في يد وليه أو وصيه حتى يثبت رُشده بالفعل ، أو يبلغ خمسًا وعشرين سنة ، فإذا بلغ هذه السن سُلمت إليه أمواله ، ولو كان ميزانًا لا يحسن التصرف ؛ لأن منع المال عنه كان على سبيل الاحتياط والتأديب ، وليس على سبيل الحجر عليه ؛ لأن أبا حنيفة لا يرى الحجر على السفهية ، والإنسان بعد بلوغه هذه السن وصلاحيته لأن يكون جَدًّا لا يكون أعلًّا للتأديب . وقال المالكية والشافعية والحنابلة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية : إن الشخص إذا بلغ غير رشيد كملت أهليته ، ولكن لا ترتفع الولاية عنه ، وتبقى أمواله تحت يد وليه أو وصيه حتى يثبت رشده ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَلَّلَ اللَّهُ لَكُمْ لِذِكْرِنَا وَنَزَّلْنَاهُمْ مِيبًا وَأَنْتُمْ هُمْ وَيَا أَكْفَرْتُمْ وَتَوَلَّوْا لَهُمْ فَلَا تَنصُرُوهُمْ ۖ وَإِن تَعْنُوا فَعَنَاءٌ وَإِن تَعْفُوا فَعَفَا ۚ إِنَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ، فإنه منع الأولياء والأوصياء من دفع المال إلى السفهية ، وناط دفع المال إليهم بتوافر أمرين : البلوغ والرشد ، فلا يجوز أن يدفع المال إليهم بالبلوغ مع عدم الرشد . »

يسلم إليه المال في الحال ينتظر فإن صار رشيدًا بعد البلوغ قبل أن يصير عمره خمسًا وعشرين سنة سُلم إليه وإلا فلا .

٢٧٦٥ - فإن بلغ هذا السن سلم إليه المال وإن كان غير رشيد (والرشد هنا حسن التصرف في المال) .

٢٧٦٦ - واستدل الصحابان بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ ^(١) ، وبقوله تعالى : ﴿ وَأَبْلُوا إِلَيْكُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(٢) . فإنه نهانا عن الدفع إليه ما دام سفيهاً وأمرنا بالدفع إذا وجد منه الرشد ، فلا يجوز تسليم المال إليه قبل وجوده .

٢٧٦٧ - وإن منع ماله عنه لعله السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة ؛ لأن الحكم يدور معها وجودًا وعدمًا . واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ وَأَتُوا إِلَيْكُمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ ﴾ ^(٣) . والمراد به بعد البلوغ وإنما سُمي بيتما لقربه منه .

٢٧٦٨ - ولأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الضبا فقد رناه بخمس وعشرين سنة ؛ لقول أهل الطبائع : من بلغ خمسًا وعشرين سنة ، فقد بلغ رُشده . ألا ترى أنه قد بلغ سببًا يتصور أن يكون فيه جدًّا .

٢٧٦٩ - ولأن منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب فإذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال بعده .

٢٧٧٠ - وهذا مبني على الخلاف في جواز الحجر على السفه وعدمه ، فالصحابان يقولان بالحجر عليه والإمام لا يراه ، والظاهر والمفتى به مذهب الصحابين ، وسيأتي لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٤٨٧) .

(مادة ٤٧٨)

إِذَا بَلَغَ الْوَلَدُ مُفْسِدًا بِأَلِيهِ وَهُوَ فِي حِجْرِ وَصِيِّهِ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ عَالِمًا بِفَسَادِهِ عِنْدَ الْبُلُوغِ ، وَضَاعَ الْمَالَ ، ضَمِنَهُ الْوَصِيُّ .

وَكَمَا يَضْمَنُ بِالْذَّفْعِ إِلَيْهِ وَهُوَ مُفْسِدٌ ، فَكَذَا قَبْلَ ظَهْوَرِ رُشْدِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ حَيْثُ عَلِمَ عَدَمَ

رُشْدِهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ (١) .

٢٧٧١ - وبينني على ما ذكر : أنه إذا بلغ الولد غير رشيد وسلم إليه الوصي المال قبل بلوغه خمسًا وعشرين سنة أو قبل أن يظهر رُشْدُه فضاع المال عنده ضمن الوصي مثل ما سلَّمه له ؛ إذ بتسليمه له وهو غير رشيد يكون قد أعطاه لغير من هو أهل لحفظه فيكون مُتَعَدِّيًا فيضمن .

٢٧٧٢ - فإن كان التسليم بعد بلوغه هذا السن مع استمرار عدم الرشد ضمن المال إذا ضاع الصاحبين وهو المعول عليه لا عند الإمام .

(مَادَّة ٤٧٩)

إِذَا ظَهَرَ رُشْدُ الْغُلَامِ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ الْوَصِيُّ الْمَالَ ، فَضَاعَ عِنْدَهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْوَصِيِّ (٢) .

٢٧٧٣ - ثالثًا : إذا ظهر رُشْدُ الولد قبل البلوغ فسلَّم الوصي إليه المال فضاع عنده فلا ضمان عليه ؛ لأنه سلَّمه إلى مالكة بعد انتفاء السبب الموجب لعدم التسليم ، وهو عدم الاهتداء إلى التصرف فيه بظهور الرشد وهو حسن التصرف في المال .

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الضمانات (ص ٤٣٨) : « يتيم أدرك مفسدًا غير مصلح وهو في حجر وصيه فسأل وصيه أن يدفع إليه المال فدفعه فضاع المال في يده ضمن الوصي ، حجر عليه القاضي أو لم يحجر - من قاضي خان - وكذلك لو أودعه إياه . ذكره في الوجيز » .

(٢) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (١٤٧/٢ ، ١٤٨) : « وفي المنح عن الخانية : يتيم أدرك مفسدًا غير مصلح وهو في حجر وصيه حجر عليه القاضي أو لم يحجر فسأل وصيه أن يدفع إليه ماله فدفع إليه وضاع المال في يده ضمن وصيه ؛ لأن دفع المال إليه مع علمه بأنه مضيع تضييع فيضمن ، ولو دفع إليه وهو وصي مصلح وأذن له في التجارة فضاع في يده لم يضمن ا هـ . فهذا كله يدل على أن علم الوصي بصلاحه ورشده يكفي في جواز دفع المال إليه ولو قبل البلوغ فلا يضمن الوصي وأنه لو علم عدم رشده لا يجوز ويضمن ، نعم ، لو ادعى الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصي لا يؤمر الوصي بتسليم المال إليه ما لم يثبت رشده » .

(مادة ٤٨٠)

إِذَا ادَّعَى الصَّبِيُّ الرُّشْدَ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، وَأَنْكَرَهُ الْوَصِيُّ ، فَلَا يُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ ، مَا نَمَّ يَثْبُتُ رُشْدُهُ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ .
وَإِذَا ثَبَّتَ الرُّشْدُ ، وَحُكِمَ لَهُ بِهِ ، وَطَلَبَ مِنَ الْوَصِيِّ مَالَهُ ، فَمَتَّعَهُ مَعَ تَمَكُّبِهِ مِنْ دَفْعِهِ ، وَهَلَكَ فِي يَدِهِ صَمْنَتُهُ ^(١) .

٢٧٧٤ - فقد ظهر من هذا أنه متى وجد حُسن تصرف الولد في ماله سُلِّمَ إليه ، سواء كان قبل البلوغ أو بعده . ومتى لم يوجد فلا يُسَلَّمُ إليه وإن صار شيخاً على ما هو معمول عليه .

٢٧٧٥ - ولما كان الرشد غير محسوس بل يستدل عليه بالتصرفات كان لا بد من إثباته بحجة شرعية ؛ فإذا ادعاه الولد بعد بلوغه مريداً أخذ ماله والوصي ينكره .

٢٧٧٦ - وينبغي على هذا : أن الوصي لا يؤمر بتسليم المال إليه قبل إثبات الرشد فإن ثبت وحكم به القاضي وطلب الولد ماله من الوصي أجبر على التسليم .

٢٧٧٧ - فإن هلك منه شيء بعد المنع فإن كان قادراً على التسليم بأن كان المال حاضراً وهو متمكن من إعطائه له ضمن ما هلك ؛ لأنه متعد في المنع وإن كان غير قادر بأن كان المال غير حاضر وجد في إحضاره ليسلمه ولكن قبل حضوره هلك من غير تعديه فلا يضمن .

(١) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (١٤٨/٢) : « لو ادعى الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصي لا يؤمر الوصي بتسليم المال إليه ما لم يثبت رشده » .

الباب الثاني في الحَجَرِ والمراهقة والبلوغ

الفصل الأول في الحَجَرِ

(مادة ٤٨١)

يُحَجِّرُ عَلِيٌّ : الصَّغِيرِ ، وَالجُنُونِ ، وَالمَغْتَوِّهِ ، وَذِي الغَفْلَةِ ، وَالسَّفِيهِ ، وَالمَذْيُونِ (١) .

٢٧٧٨ - اعلم الله تعالى خلق بني آدم على أشرف خلقه وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام وهو العقل ، وبه يسعد من سعد ، فمن من الله عليه بكماله ، أدرك نتيجة أعماله فيتبصر ويتدبر قبل الشروع في أي عمل يريد .

٢٧٧٩ - فإن كانت النتيجة محمودة أقدم وإلا أحجم ، وهذا لا ينازعه أحد في

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤/٥) : قال القدوري : الأسباب الموجبة للحجر الصغر ، والجنون ، والرق ، وهذا بالإجماع ، هكذا في العيني شرح الهداية .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٥/٢ ، ٢٠٦) : « والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ الآية وقوله : ﴿ إِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا ﴾ الآية والسفيه المبذر ، والضعيف الصبي ، والذي لا يستطيع أن يمل المغلوب على عقله ، والحجر نوعان : نوع شرع لمصلحة الغير كالحجر على المفلس للفرما والراهن للمرتهن في المهر ، والمرضى للورثة في ثلثي ماله ، والعبد لسيدته ، والمكاتب لسيدته ولله - تعالى ، والمرتب للمسلمين ، ولها أبواب تقدم بعضها ، وبعضها يأتي ، ونوع شرع لمصلحة المحجور عليه وهو ثلاثة حجر الجنون ، والصبا ، والسفه ، وكل منها أعم مما بعده وقد ذكرها بقوله : (والمحجور عليهم لمصلحتهم ثلاثة : المجنون ، والصبي ، والسفيه) .

قول المالكية : جاء في منح الجليل (٨٣/٦) : « المجنون محجور للإفاقة ، والصبي لبلوغه بشمان عشرة ، أو الحلم ، أو الحيض ، أو الحمل ، أو الإنبات ، وهل إلا في حق الله تعالى ؟ ! ، تردد وصدق إن لم يرب » . قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣١٨/٥) : « المحجور عليه لحظه ، وهو الصبي ، والمجنون ، والسفيه ، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن) ، وهذا المذهب في الجملة ، وعليه الأصحاب ، وظاهره : إن هبة الصبي لا تصح ، ولو كان مميزًا ، وهو صحيح ، وهو المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب ، وسئل الإمام أحمد بثلثة : متى تصح هبة الغلام ؟ قال : ليس فيه اختلاف إذا احتلم ، أو بصير ابن خمس عشرة سنة ، وذكر بعض الأصحاب رواية في صحة إرثه ، فالهبة مثله ، وبأني : هل تصح وصيته وغيرها ، أم لا ؟ .

تصرفاته ، أما من كان فاقد العقل أو ناقصه ، فإنه من غير شك لا يهتدي إلى النافع والضار ؛ ولذا لم يتركه الشارع وشأنه ؛ بل حَجَّر عليه فمنعه من التصرفات على الطريقة التي سنتلقى عليك، وجعل كامل العقل قوَّامًا عليه رحمة به ، إذا لولا ذلك لاستنفد من يعامله جميع ماله باحتياله الكامل ، إذن نعرف لك معنى الحَجْر وأسبابه فنقول :

معنى الحَجْر

٢٧٨٠ - الحَجْر له معنيان معنى في اللغة ، ومعنى في الاصطلاح ، فمعناه في اللغة : المنع مطلقاً ، أي : سواء كان منقاً عن التصرفات أو غيرها ، ومن هذا المعنى سمي العقل : حَجْرًا ؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح ، قال تعالى : ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾ ^(١) . أي : لذي عقل .

٢٧٨١ - ومعناه في اصطلاح الفقهاء : منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص ، أو عن نفاذه .

٢٧٨٢ - وبيانه : أنه بالنسبة للمجنون والصبي الغير المميز منع عن أصل التصرفات القولية مطلقاً ، وبالنسبة للصبي المميز والمعتوه منع عن أصل التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، كالهبة وعن نفاذ التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء ، وبالنسبة للسفيه منع عن نفاذ التصرفات التي تحمل الفسخ ويطلها الهزل ، كالبيع والإجارة ، وبالنسبة للمدين منع عن التصرفات التي تضر بحقوق الدائنين ، وستعرف كل ذلك مفصلاً عند التكلم على أسبابه .

أسباب الحَجْر

٢٧٨٣ - أسباب الحَجْر على ما ذكره هنا ستة وهي : الصغر ، والجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه ، والدُّنْ ، فكل شخص متصف بوصف من هذه الأوصاف يحَجْر عليه .

٢٧٨٤ - وحيثُذِ يحَجْر على الصغير ، والجنون ، والمعتوه ، وذو الغفلة ، والسفيه ، والمديون ، ولكن الثلاثة الأول متفق على الحَجْر بوجودها والباقي مختلف فيه ومع ذلك فليسوا سواء في المنع من التصرفات ، بل هم مختلفون بحسب الصفات وإليك البيان :

الحَجْر على الصغير والمجنون

(مادة ٤٨٢)

الصَّغِيرُ الَّذِي لَا يَعْقِلُ تَصَرُّفَاتُهُ الْقَوْلِيَّةُ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ ، وَمِثْلُهُ الْمَجْنُونُ الْمَطْبُوقُ الَّذِي لَا يُفْقَهُ بِحَالٍ .
وَأَمَّا مَنْ يُجِنُّ وَيُفْقَهُ ، فَتَصَرُّفَاتُهُ فِي حَالِ إِفَاتِيهِ حُكْمُهَا حُكْمُ تَصَرُّفَاتِ الْعَاقِلِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٧١/٧) : « أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها ، فلا يجوز طلاقه وعقاقه وكتابته وإقراره ، ولا يتعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة ، ولا يصح منه قبول الهبة ، والصدقة ، والوصية ، وكذا الصبي الذي لا يعقل ؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ، ولا أهلية بدون العقل » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٤٤/٣ ، ١٤٥) : « (ولو فسق) مع صلاح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيداً (لم يخجر عليه في الأصح) ؛ لأن الأولين لم يخجروا على الفسقة ، والثاني : يخجر عليه كالاستدامة وكما لو بذر ، وفرق الأول بين استدামته بالفسق المقترن بالبلوغ وبين ما هنا بأن الأصل ثم بقاؤه ، وهنا ثبت الإطلاق ، والأصل بقاؤه ، وبينه وبين الحَجْر يعود التبذير بأن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه بخلاف التبذير (و) على أنه لا بد من حَجْر القاضي في عود التبذير (من حَجْر عليه لسفه) أي : سوء تصرف (طراً ، فولية القاضي) ؛ لأنه الذي يعيد الحَجْر عليه ؛ إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت فينظر من له النظر العام (وقيل وليه في الصغر) كما لو بلغ سفيهاً ، ومحل الخلاف ما إذا قلنا : يعود الحَجْر بنفسه وإلا لم ينظر إلا القاضي قطعاً قاله الروياني ، ولو شهد عدلان بسفه رجل وفسرا قبلت شهادتهما حسبة (ولو طراً جنون فولية وليه في الصغر) وهو الأب ، ثم الجدة (وقيل) وليه (القاضي) والفرق بين التصحيحين أن السفه مجتهد فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم بخلاف الجنون ، (ولا يصح من المحجور عليه لسفه بيع) ولو بغبطة (ولا شراء) ولو في الذمة لمنافاة الحَجْر ، (ولا إعتاق) في حال حياته ولو بعوض كالكتابة لما مر ، أما بعد الموت كالتبذير والوصية فالذهب للصحة ولو لزمه كفارة بين أو ظهر صام كمعسر لثلا يضيع ماله ، وأما كفارة القتل ، فالصحيح في المطلب أن الولي يعتق عنه فيها ؛ لأن سببها فعل وهو لا يقبل الدفع ، بخلاف كفارة اليمين والظهار ، وقضية الفرق أنه يكفر في كفارة الجماع بالمال .

قال السبكي : وكل ما يلزمه في الحج من الكفارات الخيرية لا يكفر عنه إلا بالصوم ، وما كان مرتباً يكفر عنه بالمال ؛ لأن سببه فعل أي : مع ترتبه ، وإلا فما قبله سببه فعل أيضاً ، وقضيته أنه يكفر عنه في كفارة الجماع بالمال وهو الأوجه كما قاله شيخنا : (و) لا هبة) منه ، أما الهبة له ، فالأصح في زوائد الروضة صحتها ؛ لأنه ليس بتفويت بل تحصيل ، ولا يصح قبول الوصية كما اقتضاه كلام أصل الروضة ، وجزم به ابن المقرئ ؛ لأنه تصرف مالي ، وجزم الماوردي ، والروياني ، والجرجاني بالصحة لقبول الهبة ، والمعمد الأول ، والفرق بينهما - كما قال شيخني - أن قبول الوصية تملك ، بخلاف قبول الهبة ، وأيضاً قبول الهبة يشترط فيه الفور وربما يكون الولي غائباً فتفوت ، بخلاف الوصية .

قال الماوردي : وإذا صححتنا قبول ذلك لا يجوز تسليم الموهوب والموصى به إليه ، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب ؛ لأنه ملك الموصى به بقوله بخلاف الموهوب (و) لا (نكاح) يقبله نفسه (بغير إذن وليه) ؛ لأنه إتلاف للمال ، أو مظنة إتلافه ، وقوله : بغير إذن وليه ، قال الشارح : قيد في الجميع ، وقال غيره : يعود إلى النكاح فقط ؛ فإنه الذي يصح بالإذن دون ما قبله كما سيأتي ، وإنما قال الشارح ذلك لأجل الخلاف الآتي وإلا فكلام غيره أنسب ، أما قبول النكاح بالوكالة فيصح كما قاله الرافعي في الوكالة ، وأما الإيجاب فلا يصح مطلقاً لا أصالة ولا وكالة ، أذن الولي أم لا (فلو اشترى أو اقترض) من رشيد (وقبض) بإذنه ، أو إقباضه (وتلف المأخوذ في يده) قبل المطالبة له برده (أو أتلفه فلا ضمان في الحال ، ولا بعد فك الحجر ، سواء علم من عامله أو جهل) ؛ لأن من عامله سلطه على إتلافه بإقباضه إياه وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته ، وظاهر كلام المصنف كالروضة وأصلها أنه لا يضمن ظاهراً ، ولا باطناً وبه صرح الإمام والغزالي ، والذي نص عليه في الأم في باب الإقرار أنه يضمن بعد انفكك الحجر عنه ، وهذا هو الظاهر ، أما لو قبضه من غير رشيد ، أو من رشيد بغير إذنه وإقباضه ، أو تلف بعد المطالبة ، فإنه يضمنه كما نقل القطع به في الصورتين الأولين في الروضة عن الأصحاب ، وجزم به ابن المقرئ في الثالثة وفقاً لتصريح الصيدلاني ، ولا معنى لاقصر المصنف على الشراء والقرض ، فإنه لو نكح بلا إذن ووطئ لم يلزمه شيء ، كما صرح به المصنف في باب النكاح ، ولو بقيت العين في يده حتى صار رشيداً وتمكن من ردها ثم تلفت ولم يردّها ضمنها كما لو استغل بإتلافها ، قاله الدارمي في شرح المختصر ، قال في المهمات : وهو ظاهر . تبييه : قوله ، سواء علم من عامله أو جهل ، قال ابن شعبة : لغة شاذة ، والمعروف أعلم أم جهل بزيادة الهمزة مع علم وبأم موضع أو ، ولا يتنافى ذلك قول الشارح في غير هذا الموضع سمع : سواء علي قمت أو قعدت (ويصح بإذن الولي نكاحه) على ما سيأتي في باب النكاح ، فإن المصنف أعاد هذه المسألة هناك بشروطها ، وستتكلم عليها هناك إن شاء الله تعالى (لا التصرف المالي في الأصح) ؛ لأن عبارته مسلوقة كما لو أذن لصبي ، والثاني : يصح كالنكاح ، وقال الإمام في كتاب النكاح : إنه المذهب ، وفرق الأول بأن المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح ، ومحل الوجوهين إذا عين له الولي قدر الثمن وإلا لم يصح جزئاً ، ومحلها أيضاً فيما إذا كان بعوض كالبيع ، فإن كان خالياً عنه كعتق وهبة لم يصح جزئاً ، واستثنى من إطلاقه مسائل منها ما لو وجب عليه قصاص فصالح بغير إذن وليه على الدبة أو أكثر فليس للولي منعه ، ومنها : عقد الجزية ، فإنه يصح منه مباشرته بدنان وإن لم يأذن له الولي ، ولا يصح منه ولا من الولي بزيادة عليه ، وفرق بينه وبين المصالحة على أكثر من الدبة بأن صيانة الروح عن القصاص قد لا تحصل إلا بزيادة عليه بخلاف عقد الذمة ، فإن الإمام يجب عليه العقد عند إعطاء الدنبار ، وعقد الهدنة كالجزية ، ومنها : ما لو وجب له قصاص فإن له العفو على مال وكذا مجاناً على المذهب كما ذكره المصنف قبيل كتاب الديات ، ومنها : ما لو سمع قاتلاً يقول : من ردّ عليّ عيدي فله كذا فردّه استحق الجعل كما يأتي في الجمالة ؛ لأن الصبي يستحقه ، فالبالغ السفيه أولى ، ومنها : ما لو قبض دينه بإذن وليه ، قال الرافعي : اعتد به في أرجح الوجوهين عند الخطاطي ، ومنها : ما لو وقع في أسر فقدى نفسه بمال فإنه يصح كما يصح منه عقد الجزية . ومنها ما لو فتحنا بلدًا للسفهاء على أن تكون الأرض لنا ويؤدون خراجها فإنه يصح كالجزية ، ومنها : ما لو =

= أجر نفسه بما له التبرع به من منافعه ، وهو ما ليس عمله مقصوداً في كسبه فإنه يصح . ومنها ما لو انتهى الأمر في المطاعم إلى الضرورة .

قال الإمام : الوجه عندي القطع بتجوز تصرفاته (ولا يصح إقراره) بالنكاح كما لا يصح نشوئه ، ولا (بدین) في معاملة أسند وجوبه إلى ما (قبل الحَجْر أو) إلى ما (بعده) كالصبي ، ولا يقبل إقراره بعين في يده في حال الحَجْر (وكذا بإتلاف المال) ، أو جناية توجب المال (في الأظهر) كدين المعاملة ، والثاني : يقبل ؛ لأنه إذا باشر الإتلاف بضمن ، فإذا أقر به قبل ، ورد بأن الصبي بضمن بإتلافه ولا يقبل إقراره به جزماً .
تبيه : أفهم تعبيره بعدم الصحة أنه لا يطالب به في حال الحَجْر ولا بعد فكه ، ومحله في الظاهر ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيجب عليه بعد فك الحَجْر أداؤه إذا كان صادقاً في إقراره كما نص عليه في الأم ، ولو أقر بعد رشده أنه كان أتلف مائلاً لزمه الآن قطعاً ، كما نقله في زيادة الروضة في باب الإقرار عن ابن كج (ويصح) إقراره (بالحد والقصاص) لعدم تعلقهما بالمال ولبعد التهمة ، ولو كان الحد سرقة قطع ، ولا يلزمه المال ولو عفا مستحق القصاص بعد إقراره على مال ثبت ؛ لأنه تعلق باختيار غيره لا بإقراره (و) يصح (طلاقه) ورجعته (وخلعه) زوجته بمثل المهر وبدونه ، (و) يصح (ظهاره) وإبلاؤه ، وإيلاده (ونفيه النسب) لما ولدته زوجته (بلعان) ولما ولدته أمته بحلف ؛ لأن هذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلق لها بالمال الذي حَجْر لأجله ، وأما الخلع ؛ فلهذا إذا صح طلاقه مجاناً فبعوض أولى ، إلا أن المال يُسلم إلى وليه وهو خاص بالرجل كما تقرر للمعنى المذكور وصرح به المصنف في باب الخلع وإن كان مطلقاً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيانه في النكاح تسرى جارية إن احتاج إلى الوطء فإن كرهها أبدلت .

تبيه : لو حذف قوله : بلعان لكان أخصر وأعم لشموله نفي ما يلحقه من أمته ، فإن السيد لا يلاعن بل يحلف على النفي كما مر ، ويصح استلحاقه النسب وينفق عليه من بيت المال ، قال في زيادة الروضة : ولو أقر باستيلاء أمته لم يقبل قوله . ١ هـ . نعم ، إن ثبت أن الموطوءة فراش له وولدت لمدة الإمكان ثبت الاستيلاء ، قاله السبكي ، لكنه في الحقيقة لم يثبت بإقراره (وحكمه في العادة) الواجبة مطلقاً والمندوبة البدنية (كالرشيد) لاجتماع الشرائط فيه ، أما المندوبة المالية كصدقة التطوع فليس هو فيها كالرشيد (لكن لا يفرق الزكاة بنفسه) ؛ لأنه ولاية وتصرف مالي ، نعم إن أذن له الولي وعين له المدفوع إليه صح صرفه كتنظيره في الصبي المعيز ، وكما يجوز للأجنبي توكيله فيه ، ولا بد أن يكون ذلك بحضرة الولي أو من ينوب عنه كما بعثه الأدرعي ؛ لأنه قد يتلف المال إذا خلا به ، أو يدعي صرفه كاذباً ، وكالزكاة في ذلك الكفارة ونحوها ، ويصح نذره في الذمة بالمال لا بعين ماله ، والمراد بصحة نذره فيما ذكر ثبوته في الذمة إلى ما بعد الحَجْر (وإذا أحرم) حال الحَجْر (بحج فرض) أصلي ، أو قضاء ، أو منذور قبل الحَجْر وكذا بعده إذا سلكتنا به مسلك واجب الشرع وهو الأصح (أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه) ولو بأجرة ، أو يخرج الولي معه كما مر في كتاب الحج خوفاً من تفريطه فيه ، وظاهر أن الحكم كذلك إذا أراد السفر للإحرام ، وأن العمرة كاللحج فيما ذكر ، ولو أفسد حججه المفروض بالجماع في حال سفهه لزمه المضي فيه والقضاء ويعطيه الولي نفقة القضاء كما هو مقتضى إطلاق المصنف ، ومقتضى إطلاقهم كما قال الإسئوي : أن الحج الذي استؤجر قبل الحَجْر على أدائه له حكم ما تقدم .

= تبييه : كان الأولى حذف اللام من الثقة ؛ لأن أعطى يتعدى إلى مفعولين بنفسه .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٣٨٧/٣ ، ٣٨٨) : (والسفيه كذلك) : أي مثل الصبي المميز في جميع ما تقدم من قوله : « وللولي رد تصرف مميز » إلى هنا ، واستثنى من ذلك استثناء منقطعاً - ؛ لأن غالبه لا يدخل في أحكام الصبي - قوله : (إلا بطلاقه) ، فإنه يلزمه بخلاف الصبي فلا يلزمه ، وللولي رده وله هو إن رشد كما تقدم (و) إلا (استلحاق نسب) بأن يقول : هذا ولدي (ونفيه) أي : النسب بلعان فلازم له ليس لوليه رده (و) إلا (عتق مستولده) فلازم له ويتبعها مالها ، ولو كثر على الأرجح ، وهذه الثلاثة لا تتصور في الصبي . (و) إلا (قصاصاً) ثبت عليه بالينة فيلزمه ويقتض منه بخلاف الصبي ؛ فالدية على ما تقدم كالمجنون (و) إلا (عفواً) عن قصاص ثبت له على جان عليه أو على وليه فإنه يلزمه ولا يرد . وأما الخطأ والعمد الذي يتعين فيه المال كالجائفة فليس له العفو ؛ لأنه من المال بخلاف الصبي فليس له عفو مطلقاً ، (و) إلا (إقراراً بعقوبة) أي : بموجب عقوبة كأن يقول : أنا جنيت على زيد أو قذفته ، فيلزمه الحد . (بخلاف المجنون) : في الجميع فلا يلزمه شيء من ذلك كالصبي ، والدية إن بلغت الثلث فأكثر على عاقلتهما وإلا فعليهما كالمال .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٣٠٧/٤) : (وإن أقر بدين ، لم يلزمه في حال حجبته) وجملته أن السفيه إذا أقر بمال ، كالدين ، أو بما يوجب ، كجناية الخطأ وشبه العمد ، وإتلاف المال ، وغصبه ، وسرقته ، لم يقبل إقراره به ؛ لأنه محجور عليه لحظه ، فلم يصح إقراره بالمال ، كالصبي والمجنون ، ولأننا لو قبلنا إقراره في ماله ، زال معنى الحجب ؛ لأنه يتصرف في ماله ، ثم يقر به ، فيأخذ المقرر له ؛ ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه ، فلم ينفذ كإقرار الراهن على الرهن ، والمفلس على المال ، ومقتضى قول الخنزي ، أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجب عنه ، وهو الظاهر من قول أصحابنا ، وقول أبي ثور ؛ لأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجب عنه ، كالعبد يقر بدين والراهن يقر على الرهن ، والمفلس على المال .

ويحتمل أن لا يصح إقراره ، ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه محجور عليه ، لعدم رشده ، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجب عنه ، كالصبي والمجنون ؛ ولأن المنع من نفوذ إقراره في الحال ، إنما ثبت لحفظ ماله عليه ، ودفع الضرر عنه ، فلو نفذ بعد فك الحجب ، لم يقد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالته ، وفارق المحجور عليه لحق غيره ، فإن المانع تعلق حق الغير بماله ، فيزول المانع بزوال الحق عن ماله ، فثبت مقتضى إقراره .

وفي مسألتنا انتفى الحكم لخلل في الإقرار ، فلم يثبت كونه سبباً ، وبزوال الحجب لم يكمل السبب ، فلا يثبت الحكم مع اختلاف السبب ، كما لم يثبت قبل فك الحجب ؛ ولأن الحجب لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذمهم فأمكن تصحيح إقرارهم في ذمهم على وجه لا يضر بغيرهم ، بأن يلزمهم بعد زوال حق غيرهم والحجب هاهنا لحظ نفسه ، من أجل ضعف عقله ، وسوء تصرفه ، ولا يتدفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكلية ، كالصبي والمجنون ، فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى ؛ فإن علم صحة ما أقر به ، كدين لزمه من جنابة ، أو دين لزمه قبل الحجب عليه ، فعليه أداءه ؛ لأنه علم أن عليه حقاً ، فلزمه أداءه ، كما لو لم يقر به ، وإن علم فساد إقراره ، مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه ، أو بجنابة لم توجد منه ، أو أقر بما لا يلزمه ، مثل إن أتلف مال من دفعه إليه بقرض أو بيع ، لم يلزمه أداءه ؛ لأنه يعلم أنه لا دين عليه ، فلم يلزمه شيء ، كما لو لم يقر به .

٢٧٨٥ - ليس الغرض المقصود من الحَجْر على الأشخاص المذكورين واحدًا ، إذ بعضهم تكون فائدة الحَجْر عائدة إليه كالصغير والمعتوه ، وبعضهم تعود الفائدة على غيره كالمديون ، والصغير إما أن يكون مميزًا أو غير مميز ، والمميز إما أن يكون غير مأذون له في التجارة أو مأذونًا له فيها .

٢٧٨٦ - والتصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

٢٧٨٧ - الأول : تصرفات نافعة نفقًا محضًا ، كقبول الهبة والوصية .

٢٧٨٨ - والثاني : تصرفات ضارة ضررًا محضًا ، كإعطاء شيء من ماله بلا مقابل والطلاق ، والعتاق ، والقرض .

٢٧٨٩ - الثالث : تصرفات مترددة بين النفع والضرر ، كالبيع ، والشراء ، والإجارة ، والصلح فإذا كان الصبي غير مميز فجميع تصرفاته باطلة ، ومثله المجنون الذي لا يفيق ؛ لأن صحة العبارة بالتمييز ، ولا تمييز عند واحد منهما فإن كان لمجنون يفيق في بعض الأحيان فتصرفاته وقت الإفاقة كتصرفات العقلاء .

(مادة ٤٨٣)

تَصَرُّفَاتُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَالْمَعْتُوهِ الْقَوْلِيَّةُ غَيْرُ جَائِزَةٍ أَصْلًا إِذَا كَانَتْ مُضِرَّةً لَهَا ضَرَرًا مَحْضًا ، وَإِنْ أَجَازَهَا الْوَلِيُّ ، أَوْ الْوَصِيُّ ^(١) .

(١) قول الخنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٧١/٧) : « وأما بيان حكم الحَجْر فحكمه يظهر في مال المحجور ، وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فأما المجنون ، فإنه يمنع عنه ماله مادام مجنونًا ، وكذلك الصبي الذي لا يعقل ؛ لأن وضع المال في يد من لا عقل له إتلاف المال .

(وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله إلى أن يؤنس منه رشده ، ولا بأس للولي أن يدفع إليه شيئًا من أمواله ، ويأذن له بالتجارة للاختيار عندنا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى ﴾ أذن للوالدين في ابتلاء اليتامى ، والابتلاء الاختيار ، وذلك بالتجارة فكان الإذن بالابتلاء إذنًا بالتجارة ، وإذا اختبره فإن آتس منه رشدًا دفع الباقي إليه ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تَأَمَّنْتُمْ بَيْنَهُمْ تُشْكَاءُ فَأَدْخُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ والرشد هو : الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمته يمنع منه ماله ولا يجوز للولي أن يدفع شيئًا من أمواله إليه ، وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ ، والمسألة نذكرها في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى ، وإن لم يأنس منه رشدًا منعه منه إلى أن يبلغ ، فإن بلغ رشيدًا دفع إليه ، وإن بلغ سفيهاً ، مفسدًا ، مبذرًا ، فإنه يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين بالاجماع ، فإذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع إليه عند أبي حنيفة رحمته وعندهما لا يدفع إليه ما دام سفيهاً . (وأما) الرقيق : فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحَجْر في حقه في المال ؛ وإنما يظهر في التصرفات ، هذا حكم =

= الحَجْرُ في مال المحجور .

(وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو إما أن يكون من الأقوال ، وإما أن يكون من الأفعال ، (أما) التصرفات القولية فملئ ثلاثة أقسام : نافع محض ، وضار محض ، ودائر بين الضرر والنفع .

(أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته وإقراره ، ولا يتعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجازة ، ولا يصح منه قبول الهبة ، والصدقة ، والوصية ، وكذا الصبي الذي لا يعقل ؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل .

(وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع ، كالبيع ، والشراء ، والإجارة ونحوها فيتعقد عندنا موقوفاً على إجازة وليه فإن أجاز جاز ، وإن رد بطل وعند الشافعي يُتَقَدَّرُ لا يتعقد أصلاً وهي مسألة تصرفات الصبي العاقل ، وقد مرت في موضعها .

(وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة ، والصدقة ، والوصية ، وكذا يصح طلاقه وإقراره بالحدود والقصاص ، (وأما) إقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ، ويصح في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق ، (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع ، فلا ينفذ بل يتعقد موقوفاً على إجازة المولى ، ودلائل هذه المسائل ذكرت في موضعها ، (وأما) التصرفات الفعلية وهي الغصب والإتلافات فهذه العوارض وهي : الصبا ، والمجنون ، والرق لا توجب الحَجْرَ فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيئاً ، فضمناه في مالهما ، وكذا العبد إذا أتلف مال إنسان فإنه يؤاخذ به لكن بعد العتاق .

(وأما) السفهية فعند أبي حنيفة - عليه الرحمة - ليس بمحجور عن التصرفات أصلاً وحاله وحال الرشيد في التصرفات ، سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد : وهو أن الصبي إذا بلغ سفياً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة ، وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله ، (فأما) في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفياً ومنع عنه ماله نفذ تصرفه ، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده ، (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل ، والبالغ المعنوه ، سواء فلا ينفذ بيعه ، وشراؤه ، وإجارته وهبته ، وصدفته وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل التقض والفسخ .

(وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء ، فيجوز طلاقه ، ونكاحه ، واعتاقه ، وتديره ، واستيلائه ، ونجب عليه نفقة زوجته وأقاربه ، والزكاة في ماله ، وحجة الإسلام ، وينفق على زوجته وأقاربه ، ويؤدي الزكاة من ماله ، ولا يمنع من حجة الإسلام ولا من العمرة ، ولا من القرابين ، وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة ، والكراء ، والهدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق ، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيها ، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص ، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله ، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد ، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة ، وإذا أعنت عبده يسمى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد - رحمهما الله - أنه رجع عن ذلك ، وقال : يعتق من غير سعاية ، فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ، ولو باع السفهية ، أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيراً أجاز وما كان فيه مضرة رده .

قول المالكية : جاء في انشرح الصغير (٣ / ٣٨٤) : (وللولي) أب ، أو غيره (رد تصرف) سفية ، أو صبي =

(مادة ٤٨٤)

التَصَرُّفَاتُ الَّتِي تَصُدَّرُ مِنَ الصَّبِيِّ الْمَمْتَرِ وَالْمَعْتَوَةِ ، وَتَكُونُ نَافِعَةً لَهُمَا نَفْعًا مَحْضًا جَائِزَةً ، وَلَوْ لَمْ يُجْزَها الْوَلِيُّ أَوْ الْوَصِيُّ ^(١) .

• • •

(مادة ٤٨٥)

الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا مُمْتَرًا كَانَ ، أَوْ كَبِيرًا مَعْتَوًا إِذَا عَقَدَ عَقْدًا مِنَ الْعُقُودِ الْقَوْلِيَّةِ الدَّائِرَةِ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرْرِ ، تَوَقَّفَ نَفَاذُهُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ أَوْ الْوَصِيِّ ، فَإِنْ أَجَازَهُ ، وَكَانَ قَابِلًا لِلْإِجَازَةِ ، نَفَذَ ، وَإِنْ لَمْ يُجْزَها ، أَوْ أَجَازَهُ وَكَانَ غَيْرَ قَابِلٍ لِلْإِجَازَةِ ، فَلَا يَنْفَذُ أَصْلًا .

• • •

٢٧٩٠ - وإذا كان الصبي مميّزاً غير مأذون له في التجارة ، فتصرفاته المضرة له ضرراً محضاً غير جائزة ، وإن أجازها من له الولاية على ماله ؛ لأن تصرفات الولي منوطة بالمصلحة ولا مصلحة في الإجازة فتلغو وتصرفاته النافعة له نفعاً محضاً جائزة ، ولو لم يجزها الولي أو الوصي .

٢٧٩١ - وأما تصرفاته المترددة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة من له الولاية على ماله ، فإن أجازها وكانت قابلة للإجازة ، بأن لم يكن فيها غبن فاحش وكان المبيع والبائع والمشتري موجودين والضمن أيضاً إن كان من العيان نفذت .

٢٧٩٢ - وإن لم يجزها ، أو أجازها وكانت غير قابلة للإجازة ، بأن فقد شرط من هذه الشروط لغت ، لأن التصرفات إن كانت بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقدة مصلحة وأن يكون فيه ضرر والذي يدرك أحد هذين الشئيين هو الولي فيرى رأيه فيه ، فإن رأى النفع في الإجازة أجاز وإلا نقض ، والمعته مثل الصبي في جميع التصرفات المتقدمة .

= (مميز بمعاوضة) بلا إذن وليه ؛ كبيع ، وشراء ، وهبة ثواب . (وإلا) يكن بمعاوضة : كهبة وصدقة وعتق (تعين) على الولي رده (كإقرار) من المحجور (بدني) في ذمة (أو إتلاف) لمال يتعين رد الإقرار بذلك ، فإن ثبت عليه بالبينه جرى .

وانظر تعليقنا على المادة السابقة .

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة والتي قبلها .

٢٧٩٣ - والوصي المميز هو الذي يعقل معنى العقود بأن يعرف أن البيع سالب للملك المبيع جالب للملك الثمن والشراء بالعكس ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة .

٢٧٩٤ - واختلفوا في تفسير المتونه اختلافًا كثيرًا ، وقالوا : أحسن ما قيل في تعريفه : هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون .

(مادة ٤٨٦)

الوصيُّ مَوْأَخَذٌ بِأَفْعَالِهِ ، فَإِذَا جَنَى جَنَايَةً مَالِيَةً أَوْ نَفْسِيَّةً ، أَدَّى ضَمَانَهَا مِنْ مَالِهِ بِلَا تَأْخِيرٍ إِلَى الْبُلُوغِ . وَالْمَغْتَوَةُ كَالْصَّبِيِّ ^(١) .

(١) قول الخلفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (١٥١/٢ ، ١٥٢) : « سئل) في الوصي العاقل إذا باع من آخر حصة له من دار ثم بلغ رشيدًا فهل يتوقف البيع على إجازته ؟ (الجواب) : نعم إذا بلغ فأجازته نفذ والله تعالى أعلم (وتحقيق هذا المقام) أن الوصي العاقل يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز ويشبه طفلاً لا عقل له من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطأ وفي عقله قصور ولهذا يثبت للغير عليه ولاية ، فالق بالبالغ في النفع المحض ، وبالطفل في الضرر المحض ، وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن ، وبالبالغ عند الإذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن لكن قبل الإذن يكون منعقداً موقوفاً على إجازة الولي ؛ لأن فيه منفعة لصيرورته مهنتياً إلى وجوه التجارات حتى لو بلغ فأجازته نفذ عندنا خلافاً لرفر ؛ لأنه يتوقف على إجازة وليه فصار ولياً بنفسه منح من المأذون ، ومثله في الدر ، والأصل عندنا أن العقد يتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز حالة العقد وإن لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف وبطل ... إلخ فصول العمادية من الرابع ، والعشرين في تصرفات الفضولي فعلى هذا يحمل ما هنا على ما إذا كان له ولي ولم يجزه ولا بطل كما هو المفهوم من العمادية وغيرها .

(أقول) : الذي يظهر لي أنه لا يبطل وإن لم يكن للوصي المذكور ولي ؛ لأن المراد من قولهم إذا كان له مجيز حالة العقد أي : من يقدر على إمضاء العقد من ولي ، أو قاض فلو عقد الوصي عقداً ولا ولي له يتوقف ؛ لأن له مجيزاً وهو القاضي إذا كان الوصي تحت ولاية قاضٍ وكان العقد قابلاً للإجازة وإلا فهو باطل ، كذا كنت أفهم هذا المحل ثم راجعت فتحقق لي ذلك طبق ما كنت أفهمه ، قال الإمام الأرسوشي في كتابه أحكام الصغار في مسائل النكاح ما نصه « وفي فوائد صاحب المحيط بفتح صبية زوجت نفسها من كف وهي تعقل النكاح ولا ولي لها فالعقد يتوقف على إجازة القاضي فإن كانت في موضع لم يكن فيه قاض إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة بنعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضي وإن كان في موضع لا يكون تحت ولاية القاضي فإنه لا ينعقد ، وقال بعض المتأخرين بنعقد ، ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ . هـ .

= فهذا صريح في أنه ليس المراد بالمجيز الولي الخاص بل ما يعم القاضي ، لكن بشرط أن يكون ذلك العقد قابلاً للإجازة احترازًا عما لو طلق الصبي امرأته ونحو ذلك ؛ فإنه لا يتوقف بل يبطل وإن كان له ولي خاص ؛ لأنه لا مجيز له أي : لا يقبل الإجازة ؛ لأنه لو فعله الوصي نفسه لم يصح فكذا لا تصح إجازته ويدل عليه أيضًا تمام عبارة العمادية في بيان الأصل المذكور وذكر ذلك في جامع الفصولين أيضًا في الرابع والعشرين ، فقال بيانه : أن الصبي المحجور لو تصرف تصرفًا يجوز عليه لو فعله وليه في صفره ، كبيع ، وشراء ، وتزوج ، وتزويج أمته ، وكتابة فقه ، ونحوه فإذا فعله الصبي بنفسه يتوقف على إجازة وليه ما دام صبيًا ، ولو بلغ قبل إجازة وليه فأجازته بنفسه جاز ولم يجر بنفس البلوغ بلا إجازة ولو طلق الصبي امرأته ، أو خلعها ، أو حرر فقه مجانًا ، أو بعوض ، أو وهب ماله ، أو تصدق به ، أو زوج فقه امرأة ، أو باع ماله محاباة فاحشة ، أو شرى شيئًا بأكثر من قيمته فاحشًا ، أو عقد عقدًا مما لو فعله وليه في صباه لم يجر عليه فهذه كلها باطلة وإن أجازها الصبي بعد بلوغه لم تجز ؛ لأنه لا مجيز لها وقت العقد فلم تتوقف على الإجازة إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ ما يصلح لابتداء العقد فيصح ابتداءه لا إجازة كقوله : أوقعت ذلك الطلاق ، أو العتق فيقع ؛ لأنه يصلح للابتداء . ا هـ . كتب الحير الرملي في حاشيته على قوله لو فعله وليه في صفره ما نصه : « يدخل في الولي القاضي فافهم . ا هـ . فهذا صريح فيما قلناه أيضًا ، وقد صرح بذلك أيضًا في فتح القدير حيث ذكر الأصل المذكور وبيانه الذي نقلناه ثم قال ، وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقًا ولا بالولي ، إذ لا يوقف في هذه الصور وإن قبل فضولي آخر ، أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضاها . ا هـ . فقوله بمن يقدر على إمضاء العقد أفاد به أن المراد من له ولاية إمضائه من ولي خاص أو قاض لا مطلق قابل ، سواء كان فضوليًا أو وليًا ولا مجرد وجود الولي ، سواء كان العقد قابلاً للإجازة ، كالباع بتمن المثل ، أو غير قابل كالطلاق ، والخلع ، هذا وقد رأيت حين كتابتي هذا المجل بخط شيخ مشايخنا منلا علي التركماني على جامع الفصولين عبارة طويلة عن زواهر الجواهر على الأشباه والنظائر حاصلها أنه هل المراد بذلك الأصل أن يكون العقد قابلاً للإجازة شرعًا ؟ حتى لو زوجت الصغيرة نفسها ولا ولي لها من كفء وبمهر المثل يتوقف على إجازتها بعد بلوغها ، أو المراد وجود ولي يملك الإجازة وقت العقد ، وقع كلام بين بعض الأفاضل الخفية في ذلك في عصرنا ، فذهب بعض إلى الأول ، وبعض إلى الثاني ، ثم استشهد لكل من الفريقين ثم نقل عبارة عن الخانية .

وقال : إنها تفيد أن المراد ما هو أعم منها ، ولم يحرر المقام ، وقد علمت تحريره بعون الملك العلام وأنه ليس المراد الأول ؛ لأن كون العقد قابلاً للإجازة لا بد فيه من شرط آخر وهو أن يكون له مجيز وقت صدوره من ولي خاص أو عام كالقاضي حتى لو لم يكن في ولاية قاض ، كما لو زوج الصغير نفسه في دار الحرب مثلاً بمهر المثل لم يتوقف على إجازته ؛ لأن هذا العقد وإن كان قابلاً للإجازة لكنه لا مجيز له وقت صدوره وليس المراد الثاني أيضًا إن كان مراده الولي الخاص ، كما يتبادر من عبارة زواهر الجواهر ، بل المراد بالولي ما يشمل القاضي بشرط أن يكون العقد قابلاً للإجازة كما علمت ، وليس المراد أيضًا ما هو أعم من الاحتمالين وليس في كلام الخانية ما يفيد بل فيه ما يدل على ما قرناه وعبارة الخانية هكذا صبي تزوج بالغة ثم غاب فلما حضر تزوجت المرأة بآخر وقد كان الصبي أجاز بعد بلوغه النكاح الذي باشره في الصغر فإن كانت المرأة =

٢٧٩٥ - والحجر على المذكورين إنما يتأتى في الأقوال لا الأفعال ، إذ الحجر في التصرفات القولية المتقدمة ممكن ، وذلك بعدم إجازتها فتلغو ولا يعمل بمقتضاها كانتقال ملكية المبيع في البيع إلى المشتري وتملك المستأجر منفعة المؤجرة في الإجارة .

٢٧٩٦ - وأما الأفعال فلا يتأتى فيها ذلك إذا الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه وينبغي على ذلك أن كلاً من الصبي ، والمجنون ، والمعته مؤاخذ بأفعاله ، فإذا أتلف واحد منهم مال غيره أو أتلف عضواً من أعضائه أخذ البديل ، أو الأرض من ماله والذي يطالب بدفعه هو المتصرف فيها .

(مادة ٤٨٧)

إِذَا اسْتَفْرَضَ الصَّبِيُّ أَوْ الْمَغْتَوَةُ بِلَا إِذْنٍ وَلِيِّهِ أَوْ وَصِيِّهِ مَالًا ، فَأَتْلَفَهُ ، أَوْ أَتْلَفَ مَا أُوْدِعَ عِنْدَهُ ، أَوْ مَا أُعِيرَ إِلَيْهِ ، أَوْ مَا بَاعَ لَهُ بِلَا إِذْنِ الْوَالِيِّ أَوْ الْوَصِيِّ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، مَا لَمْ تَكُنِ الْوَدِيعَةُ نَفْسًا فَعَلَيْهِ ضَمَانُهَا .

= تزوجت آخر قبل إجازة الصبي جاز الثاني ؛ لأنها تملك الفسخ قبل إجازة الصغير ، وإن كان النكاح الثاني بعد إجازة الصغير ينظر إن كان النكاح في الصغر بمهر المثل ، أو بما يتغابن الناس في مثله يجوز النكاح ؛ لأنه كان موقوفاً فينفذ بإجازة الصبي بعد البلوغ وإن كان بمهر كثير لا يتغابن الناس فيه وللصغير أب أو جد ، فكذلك لأنهما يملكان النكاح عليه بمهر كثير فيتوقف عقد الصغير على إجازتهما فينفذ بالإجازة بعد البلوغ وإن لم يكن للصغير أب ، أو جد جاز النكاح الثاني من المرأة ؛ لأن عقد الصغير على هذا الوجه لم يتوقف فلا تلحقه الإجازة . ١ هـ . وقوله ؛ لم يتوقف أي ؛ وإن كان تحت ولاية قاض ؛ لأنه لا يملك تزويج الصغير بغين فاحش إلا الأب والجد فلا يملكه القاضي فيكون لا مجيز له فلا يتوقف فيجوز النكاح الثاني من المرأة ، ونقل في زواهر الجواهر عن فتح القدير ما نصه « فعلى هذا قوله ؛ ولا مجيز له أي ؛ ما ليس له من يقدر على الإجازة يطبل كما إذا كان تحته أي ؛ تحت رجل حرة وزوجه الفضولي أمة ، أو أخت امرأته ، أو خامسة ، أو معتدة ، أو مجتونة ، أو صغيرة يتيمة في دار الحرب إذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم المجيز الذي يقدر على الإمضاء حالة العقد ؛ لأن دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليتمكن تزويجه يتيمة فكان كالملك الذي في دار الإسلام ليس له حاكم ولا سلطان ؛ فإنه أيضاً يتعذر تزويج الصغار فيه اللاهي لا عاصب لهن فوقع باطلاً حتى لو زال المانع يموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لا ينفذ أما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء . ١ هـ . .

وقوله ؛ أما إذا كان أي وجد سلطان أو قاض صريح أيضاً فيما قلناه من أن مرادهم بالمجيز من له ولاية إمضاء ذلك العقد مع قبول ذلك العقد للإمضاء في نفسه فاغتنم هذا التحريم العدم النظير ، فإنك لا تكاد في غير هذا الكتاب ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فَإِنْ قَبِلَ الْوَدِيعَةَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ وَصِيِّهِ فَأَتْلَفَهَا ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا ^(١) .

٢٧٩٧ - ولكن محل ضمانهم لما أتلفوه من مال الغير إذا لم يكونوا مسلطين على الشيء الذي أهلكوه من قبل مالكه ؛ فإن كان كذلك فلا ضمان .

٢٧٩٨ - وينبغي على ذلك أنه إذا أعطى شخص للصغير ، أو المعتوه مبلغاً من النقود أو كمية من المكيلات ، أو الموزونات على سبيل القرض الشرعي (السلفة) ، أو أعطاه شيئاً ليحفظه له وهي الوديعة ، أو سلمه شيئاً لينتفع به ويرده إليه وهي العارية ، أو باع له شيئاً وكان كل من هذه التصرفات بلا إذن الولي ، أو الوصي فأتلف كل منهما الأشياء المذكورة فلا ضمان عليه ؛ لأن إتلافه ما حصل إلا بعد التسليط من المالك والمسلط غير أهل للحفاظ فيكون التقصير من جهة المالك فلا ضمان فلو انتفى التقصير بأن لم يعامل كلاً منهما بشيء مما ذكر إلا بعد التصريح له من ولي أمره ثبت الضمان .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٦٠/٥) : « ولو أن صبيّاً محجوراً استقرض مالا ليعطي صدق المرأة صح استقرضه ، فإن لم يعط المرأة وصرف المال في بعض حوائجه لا يؤاخذ به ، لا في الحال ، ولا بعد البلوغ والعبد المحجور إذا استقرض مالا واستهلكه لا يؤاخذ به في الحال ، ويؤاخذ بعد العتق ، ولو أودع إنسان عبداً محجوراً فأقر المحجور أنه استهلكه لا يصدق ، ولو صار مصلحاً بعد ذلك يسأل عما أقر به ، فإن قال : ما أقررت به كان حقاً يؤاخذ به في الحال ، وإن قال : كان باطلاً لا يؤاخذ به ، كذا في فتاوى قاضي خان . ولو أن المحجور عليه بسبب السفه أودعه رجل مالا فأقر أنه استهلكه لم يصدق على ذلك ، فإن صلح بعد ذلك سئل عن إقراره ، فإن أقر أنه استهلكه في حال فساده لم يضمن شيئاً ، في قياس قول أبي حنيفة رحمته لو كان يرى الحجر في السفه وهو قول محمد رحمته ، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمته يضمن ، وإن أقر أنه استهلكه في حال صلاحه ضمن ذلك ، كذا في المحيط . »

وينظر تعليقتنا على المادة السابقة .

الحَجْر على السفية

(مادة ٤٨٨)

إِذَا أُقِيمَتِ الْبَيْتَةُ عَلَى حُرِّ مُكَلَّفٍ ، وَثَبَّتْ لَدَى الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ أَنَّهُ سَفِيهٌ ، يَحْجَرُ عَلَيْهِ ، وَيُنْفَعُ مِنْ جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَيُنْطَلِقُهَا الْهَزْلُ ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِيهَا كَحُكْمِ الصَّغِيرِ .

وَلَا تَنْفَعُ عُقُودُهُ بَعْدَ الْحَجْرِ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ . وَأَمَّا تَصَرُّفَاتُهُ قَبْلَ الْحَجْرِ فَهِيَ جَائِزَةٌ نَافِذَةٌ ^(١) .

•••

٢٧٩٩ - لما كان السفه يؤدي بصاحبه يوماً من الأيام إلى سوء العاقبة فيصير عالة على غيره بعد أن كان ذا مال كثير بشهادة قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسِطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ﴾ ^(١) . رتب الفقهاء عليه حكماً لمصلحة من اتصف به وهو الحَجْر .

٢٨٠٠ - وعرفوا السفه بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو كان في سبيل الخير كبناء المساجد والأوقاف والقناطر فالسفيه يعمل بخلاف موجب الشرع والعقل بل يتبع الهوى ويترك ما يدل عليه الحجى فهو يتصرف تصرفاً لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً مثل دفع المال إلى المغني واللعب وشراء الحمام الطيارة بثمان غال والغبن الفاحش في التجارة من غير محمدة وغير ذلك من التصرفات الفاشية في هذا الزمان .

٢٨٠١ - ولكن الفقهاء لم يتفقوا على ترتيب الحَجْر على السفه بل القائل به أبو يوسف ومحمد وغيرهما من الأئمة . وأما أبو حنيفة فلا يترتب عليه حَجْرًا ولكل أدلة .

٢٨٠٢ - أما الصاحبان ومن وافقهما فقد استدلوا بأدلة نقلية وعقلية فمن النقلية قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ ﴾ ^(٢) .

(١) قول الخنيفة : جاء في غمز عيون البصائر (٢٨١/١) : « ومنها : جواز الحَجْر على البالغ العاقل الحر عند أي حنيفة تكاثرت في ثلاث : المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكاري المفلس ؛ دفقا للضرر العام . ومنها : جوازه على السفه عندهما وعليه الفتوى ؛ دفقا للضرر العام » .

٢٨٠٣ - فهذه الآية تفيد صريحا إثبات الحجر على السفية بطريق النظر له فإنه أثبت فيها للولي مباشرة التصرف في مال السفية ولا يكون هذا إلا بعد منعه من التصرفات وليس هذا سيوى الحجر .

٢٨٠٤ - وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُجِبَلَ هُوَ فَلْيَسْبِلْ وَلَا يُلْبَسْ بِالْمَسَدِ ﴾ (١) .

٢٨٠٥ - فهذه الآية تفيد أيضا إثبات الولاية على السفية وأنه مولى عليه وذلك لا يكون إلا بعد الحجر .

٢٨٠٦ - وما روي أن عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات حتى اشتري دارا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك الإمام على ابن أبي طالب - كرم الله وجهه - فقال : لأتبن عثمان ولأسأله أن يحجر عليه . فاهتم بذلك عبد الله وجاء إلى الزبير وأخبره بذلك فقال : أشركني فيها . فأشركه ثم جاء عثمان رضي الله عنه فسأله أن يحجر فقال : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير !

٢٨٠٧ - وإنما قال ذلك لأن الزبير كان معروفاً بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته في الشركة على أنه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب .

٢٨٠٨ - ومن الأدلة العقلية : أن النظر لهذا واجب خوفاً من سوء المنقلب وليس من النظر أن يمكن من التصرف على وجه لا يقتضيه العقل والحكمة ، فيحجر عليه نظراً له .

٢٨٠٩ - ولأننا لو قسناه على الصبي لوجدناه مشتركاً معه في علة الحجر بل هي فيه أولى وذلك أن الصبي إنما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق التبذير منه .

٢٨١٠ - ولهذا لو بلغ الصبي غير رشيد منع ماله في الابتداء إجماعاً بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد ؛ لأن مانع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظراً له .

٢٨١١ - واستدل أبو حنيفة : بأن السفية كامل العقل بدليل أنه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فإنهما ناقصا العقل ، ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما .

٢٨١٢ - ولو كان الحجر عليه نظراً له لكان رفع التكليف عنه أولى بذلك مع أن الشارع كلفه فعلم أنه لم ينظر إليه لهذا السبب فلا يسعنا إلا اتباع الشارع ؛ ولأن في

الحَجْر عليه إلحاقاً له بالبهايم وإهداراً لآدميته وهو أشد ضرراً من التبذير ومن الأمور المتفق عليها أنه لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى ، ولذا لو كان في الحَجْر على شخص دفع ضرر عام حَجْر عليه كالحَجْر على المتطيب الجاهل ؛ لأن دفع الضرر العام واجب ، وإن كان فيه إلحاق الضرر بالخاص ولا يصح أن نقيس الحَجْر على السفية بمنع مال الصبي عنه إذا بلغ غير رشيد لعدم الاستواء ؛ لأن الحَجْر أبلغ في العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد ؛ لأنه أكثر ما يتلف بتصرفاته بأن لا يهتدي فيها إلى الصالح لسلامة قلبه فيغني في البياعات فيخسروا بأن يهب أو يتصدق أو يجمع أصحابه من أهل الفسق والشرور ويطمعهم ويسقيهم ويسرف في الإنفاق عليهم فإذا لم يسلم إليه ماله لم يتمكن من ذلك وقال إن الآية الأولى وهي : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ ^(١) إلخ . ليست نصاً في الاحتجاج لهم ؛ لأن المراد أموالنا لا أموال اليتامى بدليل أنه أضافها إلينا لا إليهم .

٢٨١٣ - وحيث يكون المراد من السفهاء الصبيان ؛ لأن المال إذا سلم إليهم ضيعوه فيكون المراد بالآية : أن نطمعهم ونكسوهم من أموالنا ولا تسلمها إليهم .

٢٨١٤ - وكذلك الآية الثانية وهي : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ﴾ ^(٢) إلخ . فإنه يحتمل أن يكون المراد بها الصبيان والمجانين ؛ لأن السفية في اللغة هو الخفيف وذلك بنقصان العقل كالصبي المميز أو بعدهم كالحجنون والصغير الذي ليس له تمييز ومتى وجد الاحتمال سقط الاستدلال .

٢٨١٥ - على أننا لو أردنا بالسفية ما أرادوا يمكننا أن نقول إن هذه الآية تقتضي نفاذ تصرف السفية فإن الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى في أول الآية : ﴿ يَتَأْتِيهَا الذِّبْنَ ءَأَمْوًا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَكَّنٍ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَيَسْتَلِبِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾ ^(٣) . يعنى الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا ﴾ . أي : الحق الذي لزمه بمداينته ، ﴿ فَلْيَسْتَلِبْ وَلِيَهُ ﴾ .

٢٨١٦ - وهذا ظاهر فإن بعض الأشخاص يستدين ويعجز عن الإلمال لعدم هدايته إلى الحساب أو لقلته ممارسته للإلمال ؛ لأنه يحتاج فيه إلى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يمل عنه غيره بإخباره هو وإقراره على نفسه وأكثر الناس على هذا اليوم ، فإن الذي عليه الحق لا يؤلف كلاماً يمله وإنما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب ومع هذا فقد قالت العلماء أن المفتى به مذهب الصاحبين ومن وافقهما لقوة ما استدلوا به .

٢٨١٧ - ومع اتفاق صاحبين على الحجر على السفهيه اختلفا في وقته فقال أبو يوسف : لا يصير محجورًا عليه إلا بحكم القاضي ولا ينفك حتى يطلقه . وقال محمد : يُحجر عليه من وقت السفه ففساده في ماله يحجره وإصلاحه فيه يطلقه .

٢٨١٨ - واستدل أبو يوسف : بأن السفه ليس بشيء محسوس وإنما يستدل عليه بالغبن في تصرفاته وذلك محتمل ؛ لأن لا يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المتعاملين .

٢٨١٩ - وإذا كان مترددًا بين هذين الأمرين فلا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الصغر والجنون والعتة ؛ ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه إلا بالقضاء بمزلة الحجر بسبب الدين ؛ ولأن الحجر على نفسه متردد بين الضر والنفع ؛ لأن إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليرجع أحد الجانبين على الآخر .

٢٨٢٠ - واستدل محمد : بأن العلة في الحجر هي السفه فمتى تحقق ترتب عليه موجه بغير قضاء مثل الصبا والجنون . والجامع بين كل أن الحجر لمعنى في نفسه ، والقضاء إنما يكون عند الخصومة ولا خصومة لأحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين ؛ لأنه لحق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعه .

٢٨٢١ - ولكن القاضي له عليه الولاية فيتوقف على قضائه المتوقف على طلبهم ، ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو إبرؤوه أو أوفاهم حقهم لم يحجر عليه .

٢٨٢٢ - وينبغي على هذا الخلاف : أن تصرفاته التي باشرها قبل القضاء عليه بالحجر نافذة عند أبي يوسف وموقوفة عند محمد لاحتمال أن يكون فيها مصلحة .

٢٨٢٣ - فإذا رأى القاضي فيها المصلحة نفذها ؛ وإلا ردها كتصرف الصبي والمعتوه ومذهب محمد ظاهر المراد ؛ لأنهما متفقان على أن الحجر عليه إنما هو لفائدة تعود إليه وهي حفظ ماله حتى لا يصبح عالة على غيره ، فإذا لم يكن الحجر عليه من وقت السفه انعدمت تلك الفائدة ؛ إذ ربما يتصرف الشخص في جميع أمواله يبعًا بأبخس الأثمان وهبة بلا مقابل ويشتري شيئًا بأضعاف قيمته ويؤجر شيئًا من أملاكه بأجر زهيد ويستأجر ملك غيره بأجرة فاحشة ويتمادى على مثل هذه التصرفات حتى يرفع الأمر إلى القاضي الذي يريد أن يستكمل الأمور الشرعية لصحة الدعوى والبحث وراء الحقيقة وهذا بلا شك يستغرق زمانًا ليس بالقليل فعند الحجر عليه قد لا يكون عنده

شيء أصلاً أو عنده ولكنه لا يستحق الذكر بالنسبة لما كان يملكه وتصرف فيه .
 ٢٨٢٤ - وحينئذٍ تنعدم فائدة الحَجْر وهذا غير لازم على مذهب محمد ، فإنه يلغى جميع تصرفاته التي من هذا القبيل فتحفظ عليه أملاكه بدون شيء أو برد أخذ من الأثمان القليلة التي يكفي لسدادها بيع شيء واحد مما تصرف فيه .

(مادة ٤٨٩)

لَا يُحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ الْبَالِغِ الْحُرِّ فِي التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَلَا يُبْطَلُهَا الْهَزْلُ ، فَتَجُوزُ لَهُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ كَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ ، وَتَزْوُلُ عَنْهُ وِلَايَةُ الْأَبِّ أَوْ الْجَدِّ ، وَيَصِحُّ إِفْرَازُهُ عَلَى نَفْسِهِ بِوَجُوبِ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ أَوْ فِيمَا دُونَهَا ، وَتَصِحُّ وَصَايَاهُ فِي سَبِيلِ الْحَنْبَرِ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٧١/٧) : « وأما السفية فعند أبي حنيفة - عليه الرحمة - ليس بمحجور عن التصرفات أصلاً وحاله وحال الرشيد في التصرفات ، سواء لا يختلفان إلا في وجه واحد : وهو أن الصبي إذا بلغ سفيهاً يمنع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة ، وإذا بلغ رشيداً يدفع إليه ماله . فأما في التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيهاً ومنع عنه ماله نفذ تصرفه ، كما ينفذ بعد أن دفع المال إليه عنده . وأما عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه ، سواء فلا ينفذ بيعه ، وشراؤه ، وإجارته وهبته ، وصدقته ، وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحمل النقص والفسخ . وأما فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد ، سواء ، فيجوز طلاقه ونكاحه واعتاقه وتدييره واستيلاده ، وتجب عليه نفقة زوجته وأقاربه ، والزكاة في ماله ، وحجة الإسلام ، وينفق على زوجته ، وأقاربه ، ويؤدي الزكاة من ماله ، ولا يمنع من حجة الإسلام ولا من العمرة ، ولا من القرابين ، وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكراء والهدي على يد أمين لينفق عليه في الطريق ، ولا ولاية عليه لأبيه وجده ووصيها ، ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص ، وتجوز وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله ، وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد ، إلا أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة ، وإذا اعتق عبده يسمى في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن ذلك ، وقال : يعتق من غير سعاية فأما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ، ولو باع السفية أو اشترى نظر القاضي في ذلك فما كان خيراً أجاز وما كان فيه مضرة رده . »

قول الشافعية : جاء في شرح الهبة الوردية (١٢٥/٣ ، ١٢٦) : « ثم (ثم) الطفل بعد بلوغه سفيهاً محجور عليه أيضاً من (تصرفاته المالية) كالبيع ، والشراء ولو في الذمة ، والإعتاق ، والهبة ، والكتابة وغيرها مما هو في مظنة الضرر المالي وإن أذن له ولية ؛ لأن تصحيحها يؤدي إلى إبطال معنى الحَجْر وقد قال تعالى : ﴿ وَلَا تُوَدُّوا أَسْهَابَكُمْ أَسْهَابَكُمْ لِقَوْلِهِ ﴾ أي أموالهم لقوله : ﴿ وَأَزْوَاجُهُمْ ﴾ وقال : ﴿ خذوا على أيدي سفهانكم ﴾ رواه =

= الطبراني بإسناد صحيح بخلاف الاحتطاب ونحوه ، والطلاق ، والخلع ، والظهار ، ونفي النسب ، واستلحاقه ، وينفق على الولد المستلحق من بيت المال (واستثنى) من منعه من التصرفات المالية (التدبير ، والوصية) فلا يمنع منهما لصحة عبارته واحتياجه للثواب وفقد المعنى الذي لأجله حُجِرَ عليه بخلاف المجنون ، والطفل ولو ميِّزاً ، إذ لا عبارة لهما واستثنى أيضاً عقد الجزية بدينار وصلحه من قود لزمه على الدية ، أو أكثر منها صيانة للروح ، وقبضه دينه من غريمه بإذن وليه كما في الرافعي عن الحناطلي قال في المطلب : وهو ما يفهمه نص الأم ويصح توكيله في قبول النكاح دون إيجابه كما صححه الرافعي وسيأتي في بابه أنه يصح نكاحه بإذن وليه ؛ لأن المال فيه تبع ولو قبل الهبة ، أو الوصية لنفسه فوجهان صحح النووي منهما الصحة في الهبة ، واقتضى كلامه كالرافعي تصحيح عدم الصحة في الوصية لكن الذي جزم به الماوردي وغيره الصحة فيها أيضاً ، وقال الإمام : إنه الذي عليه الأكثرون واختاره السبكي والإسنوي ، قال الإمام : وإذا انتهى إلى الضرورة في المطاعم فالوجه عندي القطع بجواز تصرفه (وكل إقرار به) أي الطفل بعد بلوغه سفياً محجور عليه من تصرفاته المالية ومن كل إقرار بتصرف مالي ولو إتلافاً كإقراره بدين معاملة ، أو بإيلاد ، أو بجناية توجب مالاً كالطفل بخلاف إقراره بغير ذلك كإقراره بما يوجب قوداً ، أو حثماً لعدم تعلقه بالمال ولانتفاء التهمة فلو أقر بسرقة قبل في القطع دون المال ، ولو عفا مستحق القود على مال لزمه ؛ لأنه يتعلق باختيار غيره لا بإقراره ومحل عدم صحة إقراره بالمال في الظاهر ، أما في الباطن فيلزمه أداءه بعد فك الحُجْر عنه إن كان صادقاً فيه . وحكمه في العبادة كالرشيد لكن لا يفرق الزكاة بنفسه ؛ لأنه تصرف مالي . نعم إن أذن له الولي فهو كما لو أذن للطفل وتقدم بيانه (حتى صلح) أي ويستمر الحُجْر عليه إلى صلاحه (في أمر ديناه) بأن لا يكون ميِّزاً (و) في أمر (دين) له (في الأصح) بأن لا يرتكب محرماً يسقط العدالة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تَوَلَّوْا مِنْهُمْ فَعِدْلَةٌ قَدْ أَفْتَوْا أَيَّتُمْ أَنْزَلْتُمْ ﴾ وفسره الشافعي بصلاح الدين ، والمال فيقول به الحُجْر عنه بلا فك قاض ؛ لأنه لم يثبت به كتحجّر المجنون ، نعم إن أنكر وليه دعواه أنه بلغ رشيداً لم يزل الحُجْر ولا يحلف الولي كالتقاضي ، والوصي ، والقيم بجماع أن كلاً أمين ادعى انزاله ؛ ولأن الرشد يوقف عليه بالاختيار فلا يثبت بقوله : وإن وأخذناه بإقراره في رفع ولايته .

قال الأذرعى : ولأن الأصل بمعضد قوله : بل الظاهر أيضاً ؛ لأن الغالب في قريبي العهد بالبلوغ عدم الرشد فالقول قوله : في دوام الحُجْر إلا أن تقوم بينة بالرشد ومقابل الأصح المزيد على الحاوي أنه يستمر إلى صلاحه في أمر ديناه فقط ومال إليه ابن عبد السلام ، قال ابن الرقمة : وكان ابن رزين يقضي به ويحتج له بإجماع المسلمين على جواز معاملة من تلقاه من الغرباء مع أن العلم محيط بأن الغالب على الناس عدم الرشد في الدين ، والمال . وجميع ما تقرر في الطفل إذا بلغ سفياً يأتي في المجنون إذا أفاق سفياً وعبارة الناظم وأصله تشمله .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٢٩٥/٥ ، ٢٩٦) : « وتصرفه قبل الحُجْر محمول على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم وعلبهما العكس في تصرفه إذا رشد بعده يعني أن أفعال السفيه الذكر البالغ المهمل المحقق السفه إذا تصرف ولو بغير عرض كعتق ونحوه محمولة على الإجازة عند مالك وكبراء أصحابه كابين كنانة وابن نافع وشهره ابن رشد في مقدماته ؛ لأن المانع الحُجْر عليه ولم يوجد ومحمولة على المنع عند ابن القاسم ؛ لأن علة المنع عنده السفه وهي موجودة فلو رشد بعد الحُجْر عليه وتصرف بعد رشده وقبل الحكم بإطلاقه =

٢٨٢٥ - والسفيه وإن اشترك مع الصبي المميز في الحجر على القول المفتى به ، إلا أنه ليس مثله في جمع الأشياء بل يخالفه في بعضها فيكون مثله بالنسبة للتصرفات التي تحتمل الفسخ ويطلها الهزل ، كالبيع ، والشراء ، والإيجار والاستئجار ، والرهن والارتهان ، وحيثئذ إذا باشر تصرفاً من هذه التصرفات يكون موقوفاً على إجازة القاضي أو من ولاه عليه ؛ لأن فائدة الحجر عدم النفاذ فإن كانت فيه مصلحة أجازته وإلا رده .

= فالحكم المتقدم للمالك وابن القاسم ينمكس هنا ، فمالك يمنع أفعاله لوجود الحجر عليه وهو علة المنع عنده ، وابن القاسم يجيز أفعاله لوجود الرشد وهو علة لجواز التصرف عنده ، وحملنا كلامه على البالغ ؛ لأن الصبي المهمل تصرفاته كلها مردودة قبل الحجر ولو كان ذكراً وعلى الذكر ؛ لأن الأنثى المهملة تصرفاتها مردودة أيضاً إلا أن تنص ، أو يمضي لدخول زوجها بها العام فتجوز أفعالها حيث علم رشدها ، أو جهل حالها ، وأما إن علم سفهها فنرد أفعالها وبعبارة وتصرفه أي السفيه ، الذكر ، البالغ ، العاقل ، المهمل ، المعلوم السفه ، وأما المهمل الحال وهو الذي لا يعلم له رشد من سفه فأفعاله على الإجازة باتفاق ويأتي محترز القيد الأول في قوله : وزيد في الأنثى إلخ ، وتقدم محترز الثاني في قوله : والصبي ، والثالث في قوله : المجنون ، والرابع في قوله : إلي حفظ مال ذي الأب ولم يقل المؤلف وفي إجازة أفعاله قبل الحجر وردها قولان إشارة إلى أن المشهور عنده قول مالك . وزيد في الأنثى دخول زوج وشهادة العدول على صلاح حالها ، أي : فيزد ما ذكر على ما مر في كل واحد فذات الأب يزد لها مع حفظ المال ، والبلوغ دخول زوج بها وشهادة العدول على صلاح حالها إن لم يرشدها الأب قبل ذلك وذات الوصي ، والمقدم يزد لها مع البلوغ وحفظ المال وفك الوصي ، أو المقدم دخول زوج شهادة العدول على صلاح حالها إن لم يرشدها قبل ذلك على الخلاف ، ولا يدخل في كلامه المهمل خلافاً للشيخ عبد الرحمن ؛ لأنه قال وزيد ، أي : على ما مر في الذكر من حفظ مال ذي الأب وفك وصي ، أو مقدم وقد مر ما يخرج به من الحجر ، والمراد بالعدول ما زاد على الواحد على المشهور .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٠٢/٤ ، ٣٠٣) : « فإن عاود السفه ، حجر عليه » وجملته ، أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ، ودفع إليه ماله ، ثم عاد إلى السفه ، أعيد عليه الحجر . وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبو ثور وأبو عبيد ، وأبو يوسف ، ومحمد وقال أبو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل ، وتصرفه نافذ . وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي ؛ لأنه حُرِّم مكلف ، فلا يخبر عليه كالرشيدي .

ولنا : إجماع الصحابة ، وروى عروة بن الزبير ، أن عبد الله بن جعفر ابتاع يثما ، فقال علي عليه السلام لآتين عثمان ليحجر عليك . فأتى عبد الله بن جعفر الزبير ، فقال : قد ابتاع يثما ، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان ، فيسأله الحجر علي . فقال الزبير : أنا شريكك في البيع . فأتى علي عثمان ، فقال إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا ، فاحجر عليه . فقال الزبير : أنا شريكه في البيع . فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير .

قال أحمد : لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي . وهذه قصة يشتهر مثلها ، ولم يخالفها أحد في عصرهم ، فتكون إجماعاً ؛ ولأن هذا سفيه ، فيحجر عليه ، كما لو بلغ سفيهاً ؛ فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفهه ، وهو موجود ؛ ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه ، فإذا حدث ، أو جب انتزاع المال كالجنون . وفارق الرشيد ؛ فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه .

ويخالفه في أشياء :

٢٨٢٦ - منها : التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يطلها الهزل ، فيجوز له التزوج فإن لم يسم شيئاً أو سمي وكانت التسمية فاسدة وجب مهر المثل ، وأما إن سمي لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل ؛ لأن التزوج من حوائجها الأصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه مقدار مهر المثل وما زاد عليه إنما يلزم بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال فلا يلزمه وإن طلق يقع طلاقه ؛ لأن الفرض أن السفية كامل العقل والطلاق لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه .

٢٨٢٧ - ومنها : وجوب الإنفاق على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله ؛ لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجها الأصلية والإنفاق على ذي الرحم المحرم واجب عليه حقاً لقرابته ، والسفه لا يطل حقوق الناس .

٢٨٢٨ - ومنها : زوال ولاية أبيه أو جده على أمواله ، فليس لواحد منهما أن يبيع عليه ماله ولا يشتري له إلا بإذن الحاكم وهذا بخلاف الذي لم يبلغ فإن كلاً من الأب والجد والوصي يملك ذلك .

٢٨٢٩ - ومنها : صحة إقراره بالعقوبات فإذا أقرَّ على نفسه بوجوب القصاص في نفس أو فيما دونها عوقب بمقتضى إقراره .

٢٨٣٠ - ومنها : صحة وصاياه في سبيل الخير ، ولكن لا تنفذ الوصايا من كل المال بل من الثلث ، ومحل ذلك إن كان له وارث ولم يجز الوصاية فإن لم يكن أو كان وأجاز نفذت من كل المال .

٢٨٣١ - واستعرفه هذا الكلام بما لا مزيد عليه في الوصية وصحة وصاياه مأخوذ فيها بالاستحسان والقياس عدم الصحة ؛ لأن الوصية تبرع وإن كان التملك لا يكون إلا بعد الوفاة فكما لا تجوز تبرعاته حال حياته كذلك لا تصح بعد وفاته . ووجه الاستحسان الحجة عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلاً على غيره وذلك يكون حال حياته فيما إذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من الثلث أو من الكل بعد وفاته أي : حال استغنائه عن ماله خصوصاً أن الوصية في أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل .

٢٨٣٢ - ومنها : وجوب العبادات ، سواء كانت بدنية محضة كالصلاة أو مالية محضة كالزكاة ، أو مركبة منهما كالحج ؛ لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى والسفيه

مكلف بخلاف الصبي ، فالفقه لا يبطل حقوق الله تعالى ولا حقوق العباد إلا أن القاضي يدفع إليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء ؛ لأن الواجب عليه الإيتاء وهو عبارة عن فعل يفعل هو عبادة ولا يحصل ذلك إلا بنيتة ولكن يأمر القاضي أميناً يراقبه كي لا يصرفها في غير مصرفها بخلاف النفقة الواجبة عليه لغيره ، فإن القاضي يسلمها إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقها ؛ إذ لا يحتاج فيها إلى النية فاكفى فيها بفعل الأمين .

(مادة ٤٩٠)

يَمْنَعُ الْمُفْتِيَّ الْمَاجِنَ الَّذِي يُعَلِّمُ النَّاسَ الْحِيلَ الْبَاطِلَةَ أَوْ يُفْتِي عَنْ جَهْلٍ ، وَالطَّبِيبَ الْجَاهِلُ ، وَالْمُكَارِيَ الْمُفْلِسَ ، وَمَنْ يَخْتَكِرُ الْحَرْفَ (١) .

٢٨٣٣ - فالذي علم أن الإمام الأعظم لا يقول بالحجر على السفية ، مستدلاً بأن في الحجر عليه إهدار آدميته وإحاقه بالبهائم وهذا أشد ضرراً من التبذير ولا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى ولذا لو كان في منع شخص عما يرتكبه دفع ضرر عام فإنه يوافق الصاحبين في الحجر ولو ترتب عليه إلحاق ضرر خاص به .

٢٨٣٤ - وينبغي على ذلك : منع الأشخاص الآتية عما يرتكبون اتفاقاً .

٢٨٣٥ - فالمفتي الماجن يمنع عن الفتوى وهو الذي يفتي عن جهل أو يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة وكتعليم شخص صاحب مال هبة ماله قبل حولان الحول يوم مثلاً لمن يتق منه برده إليه ليسقط بذلك حق الفقراء الذي فرضه الله عليه وهو الزكاة لضرره بالدين .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤/٥) : « قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - : لا يحجر القاضي على الحر العاقل البالغ إلا من يتعدى ضرورة إلى العامة ، وهم ثلاثة : الطبيب الجاهل الذي يسقي الناس ما يضرهم ويهلكهم وعنده أنه شفاء ودواء ، والثاني : المفتي الماجن وهو الذي يعلم الناس الحيل أو يفتي عن جهل ، والثالث : المكاري المفلس ، وعند صاحبيه يجوز الحجر بما قال أبو حنيفة بثلاثة أسباب آخر وهي : الدين ، والسفه ، والغفلة ، هكذا في فتاوى قاضي خان .

وللمكاري المفلس أن يتقبل الكراء ويؤجر الإبل وليس له إبل ولا ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب ، فالناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه ويصرف هو ما أخذ منهم في حاجته ، فإذا جاء أوان الخروج يخفي هو نفسه فيذهب أموال المسلمين ، وربما يصير ذلك سبباً لتفادهم عن الخروج إلى الحج والغزو ، كذا في الذخيرة .

٢٨٣٦ - والمتطبيب الجاهل يمنع عن تعاطي صنعة الطب لإضراره بالأبدان ، وهو الذي يسقي الناس دواء مهلكاً أو إذا قوى عليهم الدواء فلا يقدر على إزالة ضرره .

٢٨٣٧ - والمكاري المفلس يمنع من تعاطي هذه الصنعة ، وهو الذي يتقبل الكراء ، ويؤجر الدواب ، وأدوات النقل لحمل الأثقال في زمن مخصوص وليس له دواب يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه ويصرف هو ما أخذه منهم في قضاء حاجته فإذا جاء الوقت المعين لذلك يختفي فتذهب أموال الناس وتفوت حاجتهم ، وإذا أراد شخص الاشتغال بحرفة وهو مُتَقِنٌ لها أو أراد تعلمها فتعرض له بعض أهل تلك الحرفة منع التعرض ؛ لأن احتكار الحرف غير جائز .

٢٨٣٨ - وبالتأمل نرى أن هذا ليس من الحَجَرِ المصطلح عليه ؛ لأنه ليس منعاً لنفاذ التصرفات وإنما هو منع حسي بدليل أن المفتي لو أفتى بعد الحَجَرِ وأصاب جازت فتواه ، وكذلك الطبيب لو باع الأدوية نفذ بيعه وحيثئذ يكون في منع هؤلاء المفسدين للأديان والأبدان والأموال دفع لإضرار بالخاص والعام فهو من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولذا لا يقتصر في هذا الموضوع على هذه الأشياء بل يكون داخلياً فيه ما إذا تعدوا في البيع القيمة فإن الحاكم ينظر ويمنع الناس من ذلك ، وكذا المحتكر للطعام والناس في احتياج إليه وكل ما هو من هذا القبيل

(مادة ٤٩١)

يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَأْذَنَ لِلصَّبِيِّ بِالتَّجَارَةِ إِذَا حُرِّبَهُ فَرَأَهُ يَفْعَلُ أَنْ النَّبِيْعَ لِلْمَلِكِ سَالِبٌ وَأَنَّ الشَّرَاءَ لَهُ جَائِزٌ ، وَأَنَّهُ يَعْرِفُ الْعَبْنَ الْيَسِيْرَ مِنَ الْفَاحِشِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ غَيْرُ خَافٍ عَلَى مَنْ يَفْعَلُ (١) .

•••

(مادة ٤٩٢)

يَجُوزُ لِلصَّبِيِّ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ النَّبِيْعَ وَالشَّرَاءَ وَلَوْ بِفَاحِشِ الْعَبْنَ وَالتَّوَكُّلَ بِهِمَا وَالزَّهْنَ وَالِازْتِهَانَ وَالْإِعَارَةَ ، وَأَخَذَ الْأَرْضَ إِجَارَةً وَمُسَافَاةَ وَمُزَارَعَةَ ، وَالْإِيْجَارَ وَالْإِفْرَازَ بِالْوَدِيْعَةِ وَبِالذَّنِّ وَالْحَطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِعَيْبٍ ، وَالْحَابَاةَ وَالتَّاجِيْلَ وَالصَّلْحَ .
وَلَيْسَ لِلْمَأْذُونِ أَنْ يَفْرُضَ وَلَا يَهَبَ وَلَا يَكْفُلَ وَلَا يَتَزَوَّجَ إِلَّا بِإِذْنِ وِلِيِّهِ فِي النِّكَاحِ .
وَلَا يَمِيعُ الْوَلِيِّ أَوْ الْوَصِيِّ فِي التَّصْرَفِ فِي مَالِهِ .

•••

٢٨٣٩ - وإن كان الصبي المميز مأذوناً له في الاتجار فكل تصرف يحتاج إليه التجارة يجوز له تولية وينبغي على ذلك أن له البيع والشراء لكن إذا كان كل منهما يمثل قيمة أو بغين يسير وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين جاز اتفاقاً ، أما لو كان بغين فاحش وهو الذي لا يدخل تحت التقويم بأن باع شيئاً من أملاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئاً من غيره بأزيد من قيمته وكان كل من النقص والزيادة فاحشاً ففيه خلاف . فالصاحبان يقولان بعدم الجواز والإمام الأعظم يخالفهما .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهره النيرة (٣٦٩/١) : (وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء) حتى ينفذ تصرفه ، ذكر الولي ينتظم الأب والجد عند عدمه والوصي والقاضي ، ومن شرطه : أن يكون يعقل كون البيع سائلاً للملك جالئاً للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام ثبت في الصبي فيصير مأذوناً بالسكوت كما في العبد ، ويصح إقراره بما في يده من كسبه ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد .

٢٨٤٠ - واستدل الصحابيان بأن الغبن الفاحش جار مجرى التبرع بدليل أن المريض مرض الموت إذا باع أو اشترى بغير فاحش اعتبر من ثلث المال وأيضاً لا يجوز لكل من الأب والوصي والقاضي أن يبيع شيئاً من أملاك الصغير أو يشتري له شيئاً بغير فاحش والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز ؛ ولأن المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده ؛ لأنه إتلاف .

٢٨٤١ - واستدل الإمام بأنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جرياً على قضية إطلاق اللفظ ، ولا يجوز تقييده بالعرض ؛ لأن اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة ، على أنا لا نسلم خلوه من الغرض فإن التاجر في العادة كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل إلى غرض لا طريق له إلا يبيع ما عنده ، وربما لا يشتري ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عند ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته إلى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح منه وهذا معهود بين التجار .

٢٨٤٢ - وبالتأمل في الدليلين نرى دليل الصحابين ظاهر المراد اللهم إلا إذا فرضت مسألة يتحقق فيها ما قاله الإمام من وجود منفعة مترتبة على البيع بالغبن الفاحش كما هو قضية آخر دليبه .

٢٨٤٣ - ومن حيث إن له أن يتولى البيع الشراء بنفيه فله أن يوكل بهما من شاء ؛ لأنه من توابع التجارة إذ ربما لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج إلى المعين وليس هذا خاصاً بالبيع والشراء بل كل تصرف له أن يتولاه بنفسه يصح أن يوكل فيه ؛ لأن التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه وكما أنه يملك البيع والشراء ويملك الرهن والارتهان فله أن يرهن شيئاً من أملاكه بدين عليه وأن يأخذ شيئاً من مدينه ؛ ليكون رهناً عنده حتى يستوفي دينه ؛ لأن كل منهما من توابع التجارة ؛ إذ الرهن إيفاء للدين والارتهان استيفاء له .

٢٨٤٤ - وإن كان ذلك لا يتقرر إلا بهلاك المرهون وكما يملك الرهن يملك الإعارة فله أن يعير غيره شيئاً من أملاكه بأن يعطيه له لينتفع به زمناً بلامقابل ؛ لأن الشجار لا يستغنون عن ذلك عادة وله أن يأخذ أرض غيره إعارة بأن يزرعها ويكون كل المحصول له ويدفع له عن كل فدان مبلغاً معلوماً من النقود لكل سنة ، وله أن يأخذ الكرم مساقاة بأن يقوم بجميع لازمه حتى يدرك ثمره ويكون له جزء معلوم منه على

حسب الشرط ، وله أن يأخذ أرض غيره مزارعة بأن يزرعها ويكون عاملاً على الزرع حتى يدرك فيقسم المحصول بينهما حسب الاتفاق وله أن يعطي أرضه لغيره بالإجارة ويؤجر نفسه أيضاً ؛ لأن ذلك كله يراد به تحصيل المال ، وهو من صنيع التجارة وإذا أقر بأن لفلان عنده كذا وديعة أو ديناً صح إقراره ؛ لأن الإقرار من توابع التجارة ؛ لأنه متى مَلَكَ التجارة مَلَكَ ما هو من ضرورتها ، وملك الإقرار بالديون من ضرورات التجارة ؛ لأنه يبيع ويشترى فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج إلى أن يقر بذلك ؛ لأن من مَلَكَ شيئاً مَلَكَ الإقرار به ولأنه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه بثمن مؤجل خوفاً من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدي إلى انقطاع تجارته فوجب أن يملك ضرورة مالكيته التجارة وهذا ظاهر في ديون التجارة أو ما هو في معناها كالغصب والاستهلاك ؛ لأنه في معنى دَين التجارة إذ هو دَين يلزمه بعوض فلو كان إقراره في غير هذه الديون كما إذا أقر بشيء من تركه أبيه لإنسان ففي رواية الحسن ابن أبي حنيفة لا يقبل هذا الإقرار لعدم الحاجة إلى القبول ؛ لأنه ليس من باب التجارة ، وفي ظاهر الرواية يقبل ؛ لأن فك حَجْرَة بالإذن كأنفكاه بالبلوغ في حق الأموال ورواية الحسن هي الظاهرة .

٢٨٤٥ - ولكن يقال إذا كان الولي لا يملك الإقرار عليه فكيف يملكه وهو مع أنه ولايته مستفادة منه وأجابوا عن ذلك بأنه لما انفك الحجر عنه بالإذن صار كأنه انفك بالبلوغ فيقبل إقراره على نفسه بخلاف إقرار الولي ؛ لأنه إقرار على غيره فلا يقبل .

٢٨٤٦ - وإذا باع الصبي المأذون له في التجارة شيئاً ووجده المشتري معيباً وأراد رده فللصبي أن يسقط من الثمن بقدر النقص الذي يحدثه العيب في المبيع ؛ لأنه من صنيع التجارة وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب فلو كان الحط من غير عيب أو أكثر من العادة فلم يجز ؛ لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجارة فلا ضرورة إليه فإذا باع أو اشتري أو أجر أو استأجر بمحابة أي بأنقص من القيمة بالنسبة للبيع وبأزيد منها بالنسبة للشراء وبنقص في الأجرة عند الإيجار وبزيادة فيها عند الاستئجار جاز له ذلك إن كان الغبن يسيراً اتفاقاً ؛ لأن هذا لا يمكن التحرز منه ، فلو كان الغبن فاحشاً فالإمام يجيزه والصاحبان يلغيانه وقد تقدم دليل كل عند الكلام على البيع والشراء ، وإذا كان له دَين مستحق الدفع في الحال جاز له أن يؤجل أخذه إلى زمن معلوم . ويجوز له أن يصالح عن دَين له بأن يسقط منه جزءاً ويأخذ الباقي ؛ لأن كلاً من التأجيل والصلح من عادات التجار وكل تصرف هذا شأنه ينفذ إن باشره ، فإن كانت تصرفات لا تحتاج إليها التجارة فلا تجوز له مباشرتها .

٢٨٤٧ - وينبغي على ذلك أن الصبي المأذون له في التجارة ليس له أن يفرض بأن يعطي شخصًا شيئًا من المثليات ينتفع به ويرد إليه مثله بعد زمن معلوم ؛ لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملكه ولا أن يهب بأن يعطي شيئًا من أمواله بلا عوض ؛ لأنه تبرع محض ، فلو كانت الهبة بعوض لم يجز ذلك أيضًا كما قالوا وينبغي أن يجوز على قول من يجعل الهبة بعوض مشروط في العقد معاوضة ابتداء وانتهاء وهو الظاهر كما ستعرفه في شرح مادة (٥٢٦) .

٢٨٤٨ - وإذا كان شخص مدنيًا لآخر فليس للمأذون له أن يضمن ذلك الدّين بأن يتعهد للدائن بدفعه ؛ لأن هذا لا فائدة فيه إذ لو صح ذلك لثبت للدائن مطالبته بالدين المضمون ويُجبر على دفعه إذ امتنع وربما يكون المدين مُعسرًا فلا يتمكن من أخذه منه فيعود عليه بالضرر فألغوا الكفالة ، وكذا لو تزوج لم ينفذ بل يكون موقوفًا على إجازة من له ولاية التزويج ؛ لأن عقد الزواج ليس كغيره من باقي العقود ؛ إذ هو يعقد للعمر لما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية فلا بد أن يكون الاختيار مُصادقًا محلّه حتى يعيشا آمنين وهذا لا بد له من نظر تام في العواقب ولا يقدر على ذلك إلا صاحب العقل الكامل وهو الولي .

٢٨٤٩ - والذي يملك الإذن للصبي بالتجارة من له ولاية التصرف في المال وهو الأب ، ثم وصيه ، ثم الجد الصحيح ، ثم وصيه ، ثم القاضي أو وصيه ، وغير هؤلاء كالمع ، والأخ ، والأم ، ووصي كل لا يملك الإذن والسبب في ذلك إنه ليس لهم أن يتصرفوا في ماله بالتجارة فكذلك لا يملكون الإذن فيها ، والأولون يملكون التصرف في ماله بها فكذا يملكون الإذن فيها ، فإن قام كل من الأب أو الجد أو الوصي بالإذن بعد صلاحية الصبي للتجارة فيها ، وإلا فللقاضي أن يأذن له فإن كانت ولايته مؤخره عن ولايتهم والسبب في ذلك أن الإذن في التجارة حق الصبي قبل الولي ؛ لأنه مما ينتفع به إذ يهتدي به إلى التجارات فإذا امتنع عن الإذن من له الولاية على أمواله صار مانعًا له من حقه فتنقل الولاية إلى القاضي ومثل هذا الولي في باب النكاح فإنه إذا امتنع من التزويج بدون سبب مقبول انتقلت الولاية إلى القاضي .

٢٨٥٠ - وينبغي على ذلك : إنه لو حجر عليه أحد من هؤلاء بعد إذن القاضي له فحجره باطل ؛ لأن الحجر فسخ للإذن والإذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غيره ، فإن حجر عليه القاضي الذي أذن له بعد عزله يكون هذا الحجر لاغيًا ؛ لأنه إنما يصح منه الحجر بولاية القضاء ، فإذا انتفت هذه الولاية انتفت ولاية الحجر ، فإن حجر

القاضي الذي قام مقامه عمل خجّره ؛ لأن الثاني نائب عن الإمام الأكبر فكما يصح الخجّر منه يصح من الذي قام مقامه .

٢٨٥١ - والآذن للصبّي إما أن يكون غير القاضي أو القاضي فإن كان الأول يبطل الإذن بموته ويصير الصبي محجوراً عليه ؛ لأنه يتصرف بولايته ورأيه وقد زالت تلك الولاية بالموت وإن كان الثاني فلا يلغو الإذن ؛ لأن إذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا لو كان الآذن حيّاً ومنع الصبي من التصرف صار محجوراً عليه إذا كان أهلاً للولاية على أمواله .

٢٨٥٢ - ومن له الولاية على الصبي له أن يتصرف في ماله ولو في حال الإذن له ؛ لأن ولايته لا تنقطع بالإذن والمعتوه المأذون له كالصبي في جميع هذه الأحكام .

٢٨٥٣ - والذي علم مما تقدم بالنسبة للخجّر على الصغير والمجنون والمعتوه أن تصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

٢٨٥٤ - القسم الأول : تصرفات ضارة ضرراً مَحْضاً : كالهبة ، والصدقة ، والعتاق ، والطلاق .

٢٨٥٥ - الثاني : نافعا نفعاً مَحْضاً : كقبول الهبة والوصية .

٢٨٥٦ - الثالث : مترددة بين النفع والضّرر .

٢٨٥٧ - والصبّي إما أن يكون غير مميز أو مميز ، والمميز إما أن يكون مأذوناً له في التجارة أو لا .

٢٨٥٨ - فالصبّي الغير المميز لا تصح منه التصرفات بجميع أقسامها ، ومثله المجنون والمطبق ؛ لأن صحة العبارة بالتمييز ولا تمييز عند واحد منهما ، والصبّي المميز إذا كان غير مأذون له في التجارة تصح تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً ولو لم يجزها الولي ، وتلغو الضارة له ضرراً محضاً وإن أجازها الولي ، وأما المترددة بين النفع والضّرر فإنها تكون موقوفة على إجازة من له ولاية على أمواله .

٢٨٥٩ - ومثله المعتوه والصبّي المميز المأذون له في التجارة تنفذ تصرفاته التي هي من صنيع التجار ومثله المعتوه المأذون له ، والسبب في ذلك أن الصبي المميز يشبه البالغ من حيث أنه عاقل مميز ، ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث أنه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ في التصرف النافع ، وبالمجنون في الضار ، وفي المتردد بالمعتوه قبل الإذن ، وبالعاقل البالغ بعده .

الحَجْر على المدين

٢٨٦٠ - اعلم أن الخلاف الجاري بين الإمام وصاحبيه في الحَجْر على السفية جار في الحَجْر على المدين أيضًا ، فإذا كان شخص مدينًا وطلب الدائون ديونهم وأثبتوا بأبي طريق من طرق الإثبات وطلبوا من القاضي الحَجْر عليه .

٢٨٦١ - فالإمام الأعظم يرى أن القاضي لا يجيئهن إلى هذا الطلب ، بل إن كان له مال أمره بأداء ما عليه فإن امتثل فيها ، وإن لم يمتثل حبسه ليتولى هو بيع ماله ويقضي الدين من ثمنه ؛ لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه القاضي دفعا لظلمه وإيصالا للحق إلى مستحقه ، ولا يكون ذلك إكراها على البيع ؛ لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأبي طريق كان إن شاء يبيع أمواله وإن شاء بسبب آخر ، فلا يكون ذلك إكراها على البيع عينا .

٢٨٦٢ - واستدل الإمام بأن في الحَجْر عليه إهدار أهليته وإحاقه بالبهائم ، وهذا ضرر عظيم فلا يجوز إحاقه به لدفع ضرر خاص ، ولا يتصرف الحاكم في ماله ؛ لأن هذا ليس سوى الحَجْر عليه وقد منعه خصوصًا وأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي .

٢٨٦٣ - وقال الصحابيان : يجيئهم القاضي إلى هذا الطلب لما روي أن معاذًا ركبه ذئب ، فباع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بالخصم بين غرمائه ؛ ولأن في الحَجْر عليه نظرًا للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يقر به لإنسان ثم ينتفع به من جهته على ما كان ؛ ولأن البيع واجب عليه لإيفاء دينه ؛ ولذا يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في تلاعنه وغيرها ، ولا يخفى عليك ما تقدم لك من الأدلة أن مذهب الصحابين هو الظاهر .

٢٨٦٤ - والحَجْر على السفية والمدين وإن كان الغرض منه حفظ المال ، إلا أنه يختلف بالنسبة للأشياء الآتية :

٢٨٦٥ - أولًا : أن الحَجْر على السفية مراعى فيه حق الشخص نفسه ، والحَجْر على المدين إنما هو لحق الغير وهم الدائون .

٢٨٦٦ - ثانيًا : الحَجْر على السفية يكون في كل التصرفات التي تحتل الفسخ ويطلها الهزل كما عرفته في مبحثه ، وأما الحَجْر على المدين ؛ فإتاما يكون بالنسبة للتصرفات التي تضر بصالح الغرماء ؛ كالهبة ، والوصية ، وبيع شيء من أملاكه بأقل

من قيمته ، وشرائه شيئاً بأكثر من القيمة .

٢٨٦٧ - ثالثاً : الحجر على السفه يتناول المال الموجود وقت الحجر ، والمال الذي اكتسبه بعده ؛ ولكن الحجر على المدين لا يكون إلا بالنسبة لماله الموجود وقت الحجر .

٢٨٦٨ - وينبغي على ذلك : أنه إذا أقر بدين في حالة الحجر لزمه ذلك لكن لا يؤخذ إلا بعد قضاء الديون أنه تعلق بالمال الموجود وقت الحجر حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار به لغيرهم بخلاف ما إذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك ، لأن الاستهلاك فعل حسي ولا تحجر في الأفعال الحسية ؛ لأنه لا يتأتى رفعها بعد وقوعها والسبب مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الإقرار ؛ لأن اعتباره شرعي فأمكن الحجر فيه .

٢٨٦٩ - ولأنه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذباً فيرد إقراره للتهمة حتى لو انتفت بأن كان السبب وجوب الدّين المقر به ثابتاً عند القاضي بعلمه ، أو بشهادة الشهود شارك المقر له الغرماء ويؤخذ من هذا أنه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه ؛ لأن الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر ؛ لا بالمستفادة بعده وبعدهما يحجر القاضي على المدين بأمره بقضاء دينه بأي طريق كان .

٢٨٧٠ - فإن امتثل فيها ، وإن لم يمثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضي عليه من أمواله ما يفي بدينه .

٢٨٧١ - فإن كانت أمواله لا تفي بالديون باع القاضي جميعها وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسيبية ؛ بأن يأخذ كل من الدائنين من ثمن ما يباع بنسبة دينه .

٢٨٧٢ - فإذا فرض أن شخصاً مدين بألفي جنيه مثلاً لثلاثة أشخاص ؛ لأحدهم ألف ، وللآخر ستمائة ، وللثالث أربعمائة وجميع أمواله لا تساوي إلا ألف جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم .

٢٨٧٣ - وطريق معرفة ذلك : أن تقسم ما عنده من المال على جميع الديون ، وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم ، فالخارج هو ما يخص ذلك الدائن .

٢٨٧٤ - ففي المثال المتقدم : بلغ جميع الديون ألفي جنيه ، وأمواله التي يمتلكها ألفين ، فبقسمته على ألف ؛ يكون خارج القسمة ، وبضربه في دين كل منهم ، يحصل لكل منهم نصف دينه ، هكذا :

$$2/1 = 50/25 = 500/250 = 1000/500 = 2000/1000$$

$$500 = 1/500 = 2/1000 = 1000 \times 2/1$$

٢٨٧٥ - فيكون هذا نصيب الدائن بألف ، ونصيب الدائن بستمائة ، وكذا نصيب الدائن بأربعمائة ينتج بمثل هذا العمل ، وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل .

٢٨٧٦ - ولك أن تقول من أول الأمر : حيث إن جميع أمواله تساوي نصف الديون فكل يأخذ نصف دينه ؛ فإن كان يساوي الثلث فكل يأخذ ثلث دينه وهكذا ، فاتبع ما يسهل عليك فإن الغرض الوصول إلى المقصود بأي طريق كان .

٢٨٧٧ - ومن حيث إن القاضي نصب ناظرًا ، فينبغي أن ينظر للمدين كما نظر إلى الدائن وينبغي على ذلك أنه يبدأ ببيع ما هو أنظر للمدين فيبيع أولاً العروض بادئًا بما يخشى عليه التلف ثم بما لا يخشى عليه منه ؛ لأن العروض قد تعدد للتقليب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر يبيعه فلا يبيعه إلا عند الضرورة .

٢٨٧٨ - ولكن عندما يبيع القاضي أمواله لقضاء دينه فلا يبيعها كلها ولو كانت مستغرقة بالدين ؛ بل يترك له النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته ، سواء كان زوجة أو غيرها ؛ ولا شك في أن النفقة تشمل السكنى ، والكسوة ، والطعام فيترك له بيتًا يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته في الهيئة الاجتماعية ، ومن الثياب كذلك ، ومن الطعام ما يكفيه إلى أن يحصل على شيء آخر بحسب ما هو مستعد له من الكسب .

٢٨٧٩ - فإن كان كسبه يوميًا ، أو أسبوعيًا ، أو شهريًا ، أو سنويًا ترك له ما يكفيه هذه المدة ؛ لأنه بعد مضيتها يحصل على شيء جديد ينفق منه ؛ ولا شك أن كل هذه الأحكام إذا كان المدين عنده مال ، سواء كان وافيًا بديونه ، أو غير وافي بها ؛ فإن ثبت لدى القاضي أنه لا يملك شيئًا من الدائنين من التعرض له لثبوت عسرته فوجب ، إنظاره لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (١) .

الحَجْر على صاحب الغفلة

٢٨٨٠ - صاحب الغفلة : هو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجعة لسلامة قلبه فيغبن في تصرفاته ، وهذا لا يحجر عليه أيضًا عند الإمام الأعظم .

٢٨٨١ - وقال الصحابان ومن وافقهما : يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرًا له ، ولأنه كان في زمن النبي ﷺ رجل يسمى : منقذ بن عمرو ؛ وكان يغبن في البيع فرفع أهله أمره إلى النبي طالبين الحَجْر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ، بل أحضره ونهاه عن البيع فقال : يا نبي الله ، إني لا أصبر عن البيع ، فقال : « إن كنت في غير تارك له فبايع وقل : لا خلافة ولي الخیار ثلاثًا » (١) .

٢٨٨٢ - فلو لم يكن الحَجْر مشروعًا لما أقرهم على هذا الطلب ، والإمام الأعظم يقول : إن هذا الحديث لا يدل على الحَجْر بل على عدمه ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى طلبهم ؛ وإنما قال له قل : « لا خلافة » الحديث ، ولو كان الحَجْر مشروعًا لأجابهم إليه ، ومذهب الصحابين ظاهر المراد والدليل العقلي يشهد له ، وكذا الدليل النقلى بعد تأمل اللبيب في مغازي الحديث .

(١) سنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : الحَجْر على من يفسد ماله / ٢٣٥٥) .

الفصل الثاني في سن التمييز والمراهقة والبلوغ

(مادة ٤٩٣)

سُنُّ التَّمْيِيزِ لِلْوَالِدِ سِتْعَ سِنِينَ فَأَكْثَرَ ، فَإِذَا بَلَغَ سِنُ الْغُلَامِ سِتْعَ سِنِينَ ، يُنْزَعُ مِنَ الْحَاضِنَةِ وَتَنْتَهِي مُدَّةُ حَضَانَتِهِ .

وفي الأثنى تنتهي ببلوغها حد الشهوة ، وقدر يتسع سنين ، وهو سن المراهقة لها . وسن المراهقة للغلام : اثنتا عشرة سنة ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥٤٢/١) : « والأم والجدة أحق بالغلام حتى يستغني ، وقدر سبع سنين ، وقال القدوري : حتى يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويستتجى وحده ، وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين ، والفتوى على الأول والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ، وفي نوادر هشام عن محمد بن عيسى إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق وهذا صحيح هكذا في التبيين » .

وجاء في رد المحتار (٣٥/٣) : « سن المراهقة وأقله للأثنى تسع ، وللذكر اثنا عشر » .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٢٠٧/٤ ، ٢٠٨) : « وحضانة الذكر للبلوغ ، والأثنى كالفنقة للأم يعني أن الحضانة ثابتة وكاتبة للأم كان المحضون ذكراً ، أو أثنى لكن حضانة الذكر المحقق من ولادته للبلوغ من غير شرط على المشهور ، وعند ابن شعبان حتى يبلغ عاقلاً غير زمن وإن صدر به ابن الحاجب لكنه متعقب والأثنى لدخول الزوج بها ولا تكفي الدعوة إلى الدخول ولا يعتبر هنا البلوغ بالإنبات ، وقولنا : « المحقق » احترازنا به عن الخنثى المشكل ؛ فإنه لا يخرج عن الحضانة ما دام مشكلاً ، وبما قررنا أن الدعاء للدخول غير معتبر بخلاف وجوب الفنقة على الزوج فتعتبر علمت ما في التشبيه في كلام المؤلف » .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٤٣٠/٩) : « (وإذا بلغ الغلام سبع سنين : خير بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما) هذا المذهب بلا ريب ، وقال في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والقواعد الأصولية ، وغيرهم : هذا المذهب قال في القواعد الفقهية : هذا ظاهر المذهب ، قال الزركشي : هذا المشهور في المذهب وجزم به الحزقي ، والهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب والحلاصة ، والكافي ، والهادي ، والعمدة ، والوجيز ، وإدراك الغاية ، والمنور ، ومنتخب الأدمي ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم ، وقدمه في المستوعب ، والمغني ، والشرح ، والنظم ، وعنه : أبوه أحق ، قدمه في المحرر ، والرعايتين ، والحاوي ، لكن قالوا : المذهب الأول ، وعنه : أمه أحق ، قال الزركشي : وهي أضعفهما ، وأطلقهن في الفروع .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يخير لدون سبع سنين ، وهو صحيح ، وهو المذهب وعليه الأصحاب ونقل أبو داود بن عيسى : يخير ابن ست أو سبع ، قلت : الأولى في ذلك : أن وقت الحيرة إذا حصل له التمييز ، والظاهر : أنه مرادهم ؛ ولكن ضبطوه بالسن ، وأكثر الأصحاب يقول : إن حد سن التمييز سبع سنين ، كما

٢٨٨٣ - لما كان للوصي والوصية أحكام تخالف أحكام البالغ منهما وزمن الصبا ليس في حكم بين الفقهاء أطوار الصبا لينبوا على كل طور منها الأحكام المناسبة له فجعلوا أدوار الولد ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً قبل البلوغ ثلاثة : الدور الأول : عدم التمييز ، الدور الثاني : دور التمييز ، الثالث : المراهقة .

٢٨٨٤ - فما دام الولد ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً لم يبلغ سبع سنوات يكون في الدور الأول وفي هذه المدة لا تصح جميع تصرفاته ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً ؛ لأن صحة العبارة تبني على التمييز ، ولا تمييز عنده فتلغو جميع تصرفاته كالمجنون ، ولو فرض أن لبعض الصبيان تمييزاً جيداً لم يعتبر أيضاً ؛ إذ المدار على بلوغ هذا السن لانضباطه ، فتعلق به الحكم وكون البعض عنده ذلك التمييز لا يبنى الفقه باعتباره ، لأنه إنما يتعلق بالمظان الكلية .

٢٨٨٥ - وما دام الولد في هذه المدة لا ينزع من الحاضنة ويسلم للأب ؛ لأنه في هذا الدور يحتاج إلى من يقوم بخدمته وتربيته ، ولا شك أن الأم أو غيرها من الحاضنات أقدر على القيام بشئونه ما دام كذلك فتكون مصلحته في البقاء عندها .

٢٨٨٦ - فإذا بلغ سبع سنين فقد دخل في الدور الثاني فيعتبر مميزاً وحينئذ تكون له أحكام تخالف أحكامه في الدور الأول فتنفذ تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً ، كقبول الهبة والصدقة وإن لم يجزها الولي ، أو الوصي وتتوقف عقوده الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء على إجارة الولي ، أو الوصي وتلغو عقوده المضرة له ضرراً محضاً ، كالهبة ، والوصية وكل من البيع والشراء .

٢٨٨٧ - وإن وقع في بعض الأحيان نفعاً محضاً بأن باع شيئاً بضعف قيمته ، أو اشترى شيئاً بنصف قيمته مثلاً ، إلا أن العبرة بأصل الوضع دون ما يعرض باتفاق الحال وكل منهما في أصل وضعه متردد بين النفع والضرر بخلاف الهبة ؛ لأنها ضرر محض بحسب أصلها فلا ينظر إلى ما يعرض لها في بعض الأوقات من أنها قد تكون نفعاً محضاً بحسب ما يترتب عليها ؛ لأن الفقه إنما يبنى على المظان الكلية .

تقدم ذلك في كتاب الصلاة قوله : (وإن عاد فاختر الآخر : نقل إليه ، ثم إن اختار الأول رد إليه) هذا المذهب ، ولو فعل ذلك أبداً وعليه الأصحاب ، وقال في الترغيب ، والبلغة : إن أسرف تبين قلة تمييزه ، فيقرع ، أو هو للأم ، قاله في الفروع وقال في الرعاية : وقيل : إن أسرف فيه ، فبان نقصه : أخذته أمه ، وقيل : من قرع بينهما .

٢٨٨٨ - ومتى بلغ الولد هذا السن فإن كان مذكراً انتهت مدة حضانته فيؤخذ من الحاضنة ويسلم إلى أبيه ، وإن كان مؤنثاً ترك عندها إلى أن تبلغ تسع سنوات فتزور منها وتسلم إلى الأب .

٢٨٨٩ - والسبب في ذلك أن الولد له حقوق على الوالدين ، ومن حقوقه مراعاة مصلحته ، ومصلحته تقتضي ذلك إذا الولد متى صار مميزاً واستغنى عن خدمة النساء دخل في دور الاستعداد لما يلزمه في مستقبل الأيام .

٢٨٩٠ - فإن كان مذكراً سلم إلى الأب لينظر فيما هو مستعد له من تعلم علم أو صنعة ويوجهه إليه ؛ إذ هو أقدر من الحاضنة على ذلك .

٢٨٩١ - وإن كان مؤنثاً احتاجت إلى تعلم الأمور المنزلية التي ستكلف بها في المستقبل الأيام ؛ ولا شك أن الحاضنة أقدر على هذه الأشياء من الأب ، أو غيره من العصابات .

٢٨٩٢ - ومتى بلغ المذكر اثنتي عشرة سنة ، والأنثى تسع سنين كان كل منهما مراهقاً أي : مدانياً للحلم ، فالمرهقة : القرب من الشيء يقال : رهقه رهقاً أي : دنا منه ، ومن هذا المعنى قوله ﷺ : « إذا صلى أحدكم إلى ستره فليرهقها » .

٢٨٩٣ - فإن ادعى كل منهما البلوغ بالاحتلام ، وكان الظاهر لا يكذبه بأن كان بحال يحتلم مثله فيها قبل قوله ، لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهته فيقبل فيه قوله كما يقبل قول امرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض .

٢٨٩٤ - ولكن عندما يدعي البلوغ يسأله القاضي ويستفسر منه عن كل شيء يوصله إلى الحقيقة احتياطاً ، كما هو الشأن في كل دعوى ؛ لأنه من الجائز أن يلحق الإقرار لفائدة تعود على الملقن ، كما هو شأن كثيرين في هذا الزمان ، ومتى ثبتت الدعوى وحكم القاضي كانت أحكامهما أحكام البالغين .

(مادة ٤٩٤)

بَلُوغُ الْغُلَامِ بِ: الْاِخْتِلَامِ ، وَالْإِنْزَالِ ، وَالْإِحْتِبَالِ . وَبَلُوغُ الْبُنْتِ بِ: الْحَيْضِ ، وَالْحَيْضِ ، وَالْاِخْتِلَامِ مَعَ الْإِنْزَالِ .
فَإِنْ لَمْ تَطْهَرْ هَذِهِ الْاَعْلَامَاتِ ، يُحْكَمُ بِبَلُوغِهِمَا إِذَا بَلَغَا مِنَ السَّنِّ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٦١/٥) : « بلوغ الغلام بالاحتلام ، أو الإحبال ، أو الإنزال ، والجارية بالاحتلام ، أو الحيض ، أو الحبل ، كذا في المختار ، والسن الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية إذا انتهيا إليه خمس عشرة سنة عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - وهو رواية عن أبي حنيفة رحمته وعليه الفتوى ، وعند أبي حنيفة رحمته ثمانى عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للجارية ، كذا في الكافي » .
قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٢٩١/٥ ، ٢٩٢) : « ولما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولية إلى غيرها ، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد فجعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصولها أشار المؤلف إلى أنها خمس منها مشترك ، ومختص ، وعطفها بأو ، لتلا يتوهم أن العلامات مجموعها أولها السن وهو مشترك بين الذكر ، والأنثى بقوله بثمانى عشرة سنة ، أي : بتمام ثمانى عشرة سنة على المشهور وشهر غير المؤلف ستة عشر ، ولابن وهب خمسة عشر سنة ، ثم إن العلامات ليست منحصرة فيما ذكر المؤلف ؛ لأن منها فرق أربعة المارن ، وتنن الإبط ، وغلظ الصوت ، ومن ذلك أن تأخذ خيطاً وتشنيه وتدريه برقبته وتجمع طرفيه في أسنانه ؛ فإن دخل رأسه منه فقد بلغ ، وإلا فلا ، أو الحلم أشار بهذا إلى ثاني المشترك وهو الحلم اتفاقاً وهو الإنزال في النوم ويدخل بقياس الأحروية الإنزال يقظة وأشار للثالث ، والرابع المختصين بالأنثى بقوله ، أو الحيض ، أو الحمل ، والمراد بالحيض الذي لم يتسبب في جلبيه ، وإلا فيكون علامة ، وللخامسة المشتركة وإنما أخرها لقوة الخلاف فيها بقوله ، أو الإنبات للعانة ، وإن لم يكن إنزال ، ولا بلوغ سن ، والمراد به الحشن لا الرغب وقوله ، أو الإنبات ، أي : للعانة لا الإبط ، أو اللحية ؛ لأنه يتأخر عن البلوغ ، ثم إن المراد بالإنبات النبات ؛ لأن النبات هو إنبات الله تعالى لا اطلاع لنا عليه فلو عدل عن المصير المرید إلى المجرى لكان أولى بمراده ، وهل إلا في حقه تعالى تردد يعني : أن الإنبات المذكور ، هل هو علامة للبلوغ مطلقاً في حقوق الله تعالى من صلاة وصوم ونحوهما ؟ ، مما لا ينظر فيه الحكماء وحقوق الآدمي من حد ، وطلاق ، وقصاص ونحوها مما ينظر فيه الحكماء ، وهو ظاهر كلام المازري وغيره ، أو هو علامة في حقوق الآدمي ، وأما حقوق الله فهو علامة في الظاهر كلزوم الطلاق ، والعناق ونحوهما ، وأما مثل وجوب الصلاة وشبهها ؛ فإنه لا يكون علامة ، قاله ابن رشد وإلى ذلك أشار بالتردد وصدق إن لم يرب ، أي : وصدق مدعي البلوغ ، أو عدمه طالبا كان ، أو مطلوباً في الاحتلام ، أو الإنبات كما لو ادعى على الصبي البلوغ لإقامة حد جنائية فأنكر ، أو ادعى هو البلوغ ليأخذ سهمه في الجهاد مثلاً ؛ فإنه يصدق في الوجهين إن لم يرب في قوله ، وإلا فلا يصدق ، فالضهير في وصدق للصبي أي : وصدق في ادعاء البلوغ إثباتاً ونفيًا طالبا ، أو مطلوباً إن لم يرب هذا إذا ادعى البلوغ بالاحتلام ، أو الحيض ، أو الإنبات ، وأما إذا ادعاه بالسن =

= فلا بد من إثبات ذلك بالعدد ، أو بالحمل فلا يلتفت لقولها حيث لم يكن ظاهراً وينتظر الأمر في ذلك حتى يظهر ، وفي عبارة وصدق الصبي في بلوغه إن لم يرب فإن حصلت رية فلا يصدق طالبا ، كما لو ادعى أنه بلغ ليأخذ سهمه في الجهاد ونحوه ، أو مطلوبا كما إذا جنى جنابة وادعى عليه البلوغ ليقام عليه الحد فأنكر ذلك كما في الشارح ، لكن المعتمد تصديقه فيما إذا كان مطلوبا في هذا الفرض المذكور ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات وفي كلام المواق ما يفيد .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٢٩٧/٤ ، ٢٩٨) : « البلوغ يحصل في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء ، وفي حق الجارية بشيتين يختصان بها ، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى ، فأولها خروج المني من قبله ، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد ، فكيفما خرج في بقضة ، أو منام ، بجماع ، أو احتلام ، أو غير ذلك ، حصل به البلوغ ، لا نعلم في ذلك اختلافاً ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنَّا بَلَّغُ الْأَطْفَالَ مِنكُمْ الْأَنثَىٰ فَهِيَ حُرَّةٌ ﴾ وقوله : ﴿ وَالَّذِينَ تَرَ يُبَتِّلُوا لَكُم مِّنْكُمْ ﴾ ، وقول النبي ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ؛ عن الصبي حتى يحتلم » . وقوله ﷺ : « خذ من كل حالم ديناراً » ، رواهما أبو داود ، وقال ابن المنذر وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها .

وأما الإنبات فهو أن يبيت الشعر الخشن حول ذكر الرجل ، أو فرج المرأة ، الذي استحق أخذه بالموسى ، وأما الزغب الضعيف ، فلا اعتبار به ؛ فإنه يبيت في حق الصغير ، وبهذا قال مالك والشافعي في قول ، وقال في الآخر : هو بلوغ في حق المشركين ، وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ ، فيه قولان ، وقال أبو حنيفة : لا اعتبار به ؛ لأنه نبات شعر ، فأشبهه نبات شعر سائر البدن .

ولنا : أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة ، حكم بأن تقتل مقاتلتهم ، وتسي ذراريهم ، وأمر أن يكشف عن مؤازرتهم ، فمن أنبت ، فهو من المقاتلة ، ومن لم يبيت ، ألحقوه بالذرية ، وقال عطية القرظي : عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة ، فشكوا في ، فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي ، هل أنبت بعد ؟ ، فنظروا إلي ، فلم يجدوني أنبت بعد ، فألحقوني بالذرية ، متعلق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله ؛ أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي ، وروى محمد بن يحيى بن حبان ، أن غلاماً من الأنصار شيب بامرأة في شعره ، فرفع إلى عمر ، فلم يجده أنبت ، فقال : لو أنبت الشعر لحددتك ؛ لأنه خارج بلازمه البلوغ غالباً ، ويستوي فيه الذكر والأنثى ، فكان علماً على البلوغ ، كالاختلام ؛ ولأن الخارج ضربان ، متصل ، ومنفصل ، فلما كان من المنفصل ما يبيت به البلوغ ، كان كذلك المتصل . وما كان بلوغاً في حق المشركين ، كان بلوغاً في حق المسلمين ، كالاختلام ، والسن ، وأما السن ، فإن البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الأوزاعي ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال داود : لا حد للبلوغ من السن ، لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبي حتى يحتلم » ، وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر ، وهذا قول مالك وقال أصحابه : سبع عشرة ، أو ثمان عشرة .

وروي عن أبي حنيفة في الغلام روايتان ، إحداهما : سبع عشرة ، والثانية : ثمان عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال ؛ لأن الحد لا يبيت إلا بتوقيف ، أو اتفاق ، ولا توقيف في ما دون هذا ، ولا اتفاق .

= ولنا : أن ابن عمر قال : « عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني في القتال ،

٢٨٩٥ - فقد علمت أنه متى بلغ سن الغلام اثنتي عشرة سنة ، والأثنى تسع سنين فقد دخل كل منهما في دور يحتمل أن يبلغ فيه ؛ ولذا يقبل قوله إذا ادعاه بالطريقة المتقدمة .

٢٨٩٦ - والبلوغ له علامات تختلف بحسب الذكورة والأنوثة .

٢٨٩٧ - فبالنسبة للمذكر يعرف بالاحتلام مع الإنزال ، أو بالإنزال بأى سبب كان أو بالإحبال ، والأصل هو الإنزال فإن الاحتلام لا يعتبر إلا معه ، والإحبال لا يتأتى إلا به .

٢٨٩٨ - وبالنسبة للأثنى يعرف بالحيض ، أو الحبل ، أو الاحتلام مع الإنزال .

٢٨٩٩ - فإن ظهر شيء من هذه العلامات حكم ببلوغ كل منهما وإن لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما إلا بالنسبة اتفاقاً ، ولكن اختلفوا في مقدار ذلك السن فقال الإمام الأعظم : هو للغلام ثمانى عشرة سنة ، وللأثنى سبع عشرة سنة .

٢٩٠٠ - وقدره الصحابان بخمس عشرة سنة بالنسبة لكل منهما واستدل الصحابان بما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال : عرضت على رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني - أي : في المقاتلة - ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني ^(١) .

= وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة ، فأجازني . متفق عليه .

وفي لفظ : عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردي ، ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة ، فأجازني ، فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز ، فكتب إلى عماله : أن لا تغرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة ، رواه الشافعي في « مسنده » ، ورواه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح ، وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال : « إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه ، وأخذت منه الحدود » ؛ ولأن السن معنى يحصل به البلوغ ، يشترك فيه الغلام والحارثية ، فاستويا فيه ، كالإنزال ، وما ذكره أصحاب أبي حنيفة ، فقيما رويناه جواب عنه ، وما احتج به داود لا يمنع إنبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل ، ولهذا كان إنبات الشعر علماً ، وأما الحيض : فهو علم على البلوغ ، لا نعلم فيه خلافاً ، وقد قال النبي ﷺ : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » ، رواه الترمذي وقال : حديث حسن ، وأما الحمل فهو علم على البلوغ ، لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة ، قال الله تعالى : ﴿ تَنْكِحُ الْإِنْسَانُ يَمَّ حَيْضٍ ۖ سَلْبٌ مِنْ تَلَوِّ دَائِحٍ ۖ تَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ أُمَّتَيْهِ وَالرَّأْيِ ۖ ﴾ ، وأخبر النبي ﷺ بذلك في الأحاديث ، فمتى حملت ، حكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه .

(١) صحيح البخاري (كتاب : الشهادات / باب : بلوغ الصبيان وشهادتهم / ٢٦٦٤) ، وصحيح مسلم (كتاب : الإمارة / باب : بيان سن البلوغ / ١٨٦٨) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الحدود / باب : من لا يجب عليه الحد / ٢٥٤٣) .

٢٩٠١ - فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزه إلا لأنه بلغ ولم يرده إلا لأنه لم يبلغ ؛ ولأن البلوغ لا يتأخر عن هذا السن عادة وهو إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه .

٢٩٠٢ - واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ (١) ، وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس .

٢٩٠٣ - وقيل : أكثر من ذلك ، فأقل ما قيل هو المذكور ، فوجب تعليق الحكم به للاحتياط ، غير أن الإناث نشوهن وإدراكهن أسرع فزدنا في حق الغلام سنة ؛ لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها الزواج لا محالة فيقوى فيه ، وقول الصاحبين هو المفتى به .

(مادة ٤٩٥)

إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ وَالصَّبِيَّةُ رَشِيدَيْنِ ، تَزَوَّلَ عَنْهُمَا وَلِأَيِّ الْوَالِدِيْنَ أَوْ الْوَصِيِّ ، وَيَكُونُ لَهُمَا التَّصَرُّفُ فِي شُئُونِ أَنْفُسِهِمَا ، وَلَا يُجْبِرَانِ عَلَى النِّكَاحِ ، إِلَّا إِذَا كَانَ بِهِمَا عَتَّةٌ أَوْ جُنُونٌ .
وَلَا تَزَوَّلُ عَنْهُمَا وَلِأَيِّ الْوَالِدِيْنَ أَوْ الْوَصِيِّ فِي الْمَالِ بِمَجْرَدِ الْبُلُوغِ ، بَلْ بِظُهُورِ الرُّشْدِ وَحُسْنِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ (٢) .

• • •

(١) الأنعام : ١٥٢ .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٥/٥٦) : « اليتيم إذا بلغ بالسن رشيداً وماله في يد وصيه أو وليه ؛ فإنه يدفع إليه ماله ، وإن بلغ غير رشيد لا يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمستا وعشرين سنة ، فإذا بلغ خمستا وعشرين سنة عند أبي حنيفة ﷺ يدفع إليه ماله يتصرف فيه ما شاء ، وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - : لا يدفع إليه ماله بل يمنع عنه ، وإن بلغ سبعين سنة ، أو تسعين ما لم يؤنس منه الرشد ، وإن بلغ اليتيم سفيها عند أبي حنيفة ﷺ تنفذ تصرفاته ؛ لأنه لا يرى الحَجْرَ على الحر العاقل البالغ ، وعند صاحبيه بعدما حَجْرَ عليه القاضي لا تنفذ تصرفاته ، إلا أن القاضي يمضي من تصرفاته ما كان خيرا للمحجور بأن يبيع فيما باع والتمن قائم في يده أو حويي فيما اشترى ، فإن بلغ اليتيم مصلحا فاتجر بماله وأقر بديون ووهب وتصدق وغير ذلك ، ثم فسد وصار بحال الحَجْر ، فما صنع من التصرفات قبل الفساد تكون نافذة ، وما صنع بعدما فسدت تكون باطلة عند محمد ﷺ ، حتى لو رفع إلى القاضي يمضي ما فعل قبل الفساد ويبطل ما فعل بعد الفساد ، وعلى قول أبي يوسف ﷺ بنفس الفساد لا يصير محجورا ما لم يخجر عليه القاضي ، حتى لو رفع ذلك إلى القاضي يخجر عليه ويمضي ما فعل قبل الحَجْر ، وهو عنده بمنزلة الحَجْر بسبب الدين ، كذا في فتاوى قاضي خان . »

= قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٧/٢ ، ٢٠٨) : « فرع لا بد من الاختيار (لرشد الصبي في المال ليصرف رشده وعدم رشده (فليختبر ولد التاجر في الماكسة) في البيع والشراء ، بأن ينقص عما طلبه معاملة أو بزيادة عليه (وولد الزراع) وفي نسخة الزراع (في الإنفاق على القوام بها) وهم الذين استؤجروا على القيام بمصالح الزرع كالحرث ، والحصد ، والحفظ (والمرأة في القطن والغزل) أي : فيما يتعلق بهما من حفظ ، أو غيره (وصوت الأطمعة عن الهرة والفأرة) ونحوهما (وحفظ متاع البيت) وولد الأمير ونحوه في الإنفاق مدة في خبز ، وماء ، ولحم ، ونحوها وكل ذلك على العادة في مثله (مرات) يعني مرتين فأكثر فلا يكفي مرة ؛ لأنه قد يصيب فيها اتفاقاً (وكل) من المذكورين وغيرهم يختبر (بما يليق به) لو قدم هذا كاصله على قوله فليختبر كان أولى (حتى) وفي نسخة بحيث (يغلب على الظن بالرشد وذلك) أي : الاختيار (قبل البلوغ) لآية ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتِيمَ ﴾ ، واليتيم إنما يقع على غير البالغ ؛ ولأنه لو كان بعده لأدى إلى أن يختبر على البالغ الرشيد إلى أن يختبر وهو باطل (ويسلم إليه المال ليماكس لا ليعقد) ؛ لأنه لا يصح عقده فإذا أراد العقد عقد الولي (فإن تلف) المال (في يده لم يضمه الولي) ؛ لأنه مأمور بالتسليم إليه .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٢٩٦/٤ ، ٢٩٧) : « لا يدفع إليه ماله قبل وجود الأمرين ، البلوغ ، والرشد ولو صار شيخاً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز ، والعراق ، والشام ، ومصر ، يرون الحجر على كل مضيع لماله ، صغيراً كان أو كبيراً ، وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وروى الجوزجاني ، في كتابه ، قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال ، فلا يجوز له أمر في ماله دونه ؛ لضعف عقله ، قال ابن إسحاق : رأيت شيخاً يخضب ، وقد جاء إلى القاسم بن محمد ، فقال : يا أبا محمد ، ادفع إلي مالي ؛ فإنه لا يولي على مثلي فقال : إنك فاسد ، فقال : امرأته طالق ألبتة ، وكل مملوك له حر ، إن لم تدفع إلي مالي ، فقال له القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع إليك مالك على حالك هذه ، فبعثت إلى امرأته ، وقال : هي حرة مسلمة ، وما كنت لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها ، فأرسل إليها فأخبرها ذلك ، وقال : أما رقيقك فلا عتق لك ، ولا كرامة ، فحبس رقيقه .

قال ابن إسحاق : ما كان يعاب على الرجل إلا سفهه ، وقال أبو حنيفة : لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة ، وإن تصرف نفذ تصرفه ، فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة ، فك عنه الحجر ، ودفع إليه ماله ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ ، وهذا قد بلغ أشده ، ويصلح أن يكون جدياً ، ولأنه حر بالغ عاقل مكلف ، فلا يختبر عليه ، كالرشيد ، ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتِيمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا الْبِكَاخَ فِإِنَّ مَأْسُومَهُمْ رَبُّهُمْ شَرٌّ فَإِن كَانُوا فَاعِلِينَ ﴾ ، علق الدفع على شرطين ، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما ، وقال الله تعالى : ﴿ وَلَا تُوَفُّوهُنَّ أُكُفَّهُنَّ مَا كُفَّهْنَ ﴾ ، يعني أموالهم ، وقول الله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِنَ لَحَمٌ مِّنْهُنَّ أُورَثَهُنَّ مِمَّا رَسَسْنَ فِى بُحْرَانٍ أَوْ كَانَ مَسْكُوتًا ﴾ ، فأنبت الولاية على السفية ، ولأنه مبذر لماله ، فلا يجوز دفعه إليه ، كمن له دون ذلك .

وأما الآية التي احتج بها ، فلإنما يدل بدليل خطابها ، وهو لا يقول به ، ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع ، لعلة السفه ، وهو موجود بخمس وعشرين ، فيجب أن تخص به أيضاً ، كما أنها لما =

٢٩٠٤ - ومتى ثبت بلوغ الولد ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً بإحدى العلامات المتقدمة ، أو بالسن ، فإما أن يكون كل منهما غير عاقل أو عاقلاً ، وإن كان عاقلاً ؛ فإما أن يكون رشيداً أي : محسناً للتصرف في ماله أو لا .

٢٩٠٥ - فإن كان غير عاقل بأن كان مجنوناً أو معتوهاً فلا تزول عنه الولاية ؛ بل

= خصصت في حق المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين ، خصت أيضاً بخمس وعشرين ، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدلل به من المفهوم المخصص ، وما ذكره من كونه جدياً ليس تحته معنى يقضي الحكم ، ولأنه أصل يشهد له في الشرع ، فهو إثبات للحكم بالتحكم ، ثم هو متصور في من له دون هذه السن ، فإن المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة ، وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة ، وما أوجب الحَجْر قبل خمس وعشرين يوجه بعدها ، إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه ، ولا إقراره .

وقال أبو حنيفة : يصح بيعه وإقراره ، وإنما لا يسلم إليه ماله ؛ لأن البالغ عنده لا يحجر عليه ، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية ، وقال أصحابنا في إقراره : يلزمه بعد فك الحَجْر عنه ، إذا كان بالغا .

ولنا : أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده ، فلا يصح تصرفه وإقراره ، كالصبي ، والمجنون ، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله ، ولم يفد منه من ماله شيئاً ؛ ولأن تصرفه لو كان نافذاً ، لسلم إليه ماله ، كالرشيد ؛ فإنه إنما يمنع ماله حفظاً له ، فإذا لم يحفظ بالمنع ، وجب تسليمه إليه بحكم الأصل .

وجاء فيه أيضاً (٣٠١/٤) : « وَإِنَّمَا يَعْرِفُ رَشْدَهُ بِاخْتِيَارِهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ سَخَّ إِذَا يُلْقُوا إِلَيْكَ ﴾ ، يعني اختبروهم ، كقوله تعالى : ﴿ يَبْتَلُواكُمْ إِنَّكُمْ لَسَعْلَاءُ ﴾ أي : يختبركم ، واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله إليه ؛ فإن كان من أولاد التجار ففوض إليه البيع ، والشراء ، فإذا تكررت منه ، فلم يخفن ، ولم يضع ما في يديه ، فهو رشيد ، وإن كان من أولاد الدهاقين ، والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق ، رفعت إليه نفقة مدة ، لينفقها في مصالحه ، فإن كان قبيماً بذلك ، بصرفها في مواقعها ، ويستوفي على وكيله ، ويستقصي عليه ، فهو رشيد .

والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت ، من استجار الغزالات ، وتوكيلها في شراء الكتان ، وأشباه ذلك ، فإن وجدت ضابطة لما في يديها ، مستوفية من وكيلها ، فهي رشيدة ، ووقت الاختبار قبل البلوغ ، في إحدى الروايتين ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ سَخَّ إِذَا يُلْقُوا إِلَيْكَ فَإِن تَأْسَمْتُمْ مِنْهُمْ مُشْكًا فَأَدْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ، فظاهر الآية أن ابتلاعهم قبل البلوغ ، لوجهين ؛ أحدهما : أنه سماهم بتامى ، وإنما يكونون بتامى قبل البلوغ ، والثاني : أنه مد اختيرهم إلى البلوغ بلفظة (حتى) ، فدل على أن الاختيار قبله ، ولأن تأخير الاختيار إلى البلوغ مؤد إلى الحَجْر على البالغ الرشيد ؛ لأن الحَجْر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده ، واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك ، فكان أولى ، لكن لا يختبر إلا المراهق المميز ، الذي يعرف البيع والشراء ، والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه فتصرف ، صح تصرفه ، على ما ذكرنا فيما مضى .

وقد أوما أحمد في موضع إلى اختباره بعد البلوغ ؛ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو ما ذكرنا فيما مضى من الروايتين .

يكون صاحب الولاية على النفس والمال متصرفاً كما كان قبل البلوغ وإن كان عاقلاً ، ولكنه غير محسن للتصرف في ماله زالت عنه الولاية على النفس من حيث الزواج وبقيت ولاية المال ويترتب على هذا أن الولد له أن يزوج نفسه بدون مدخل للولي ، ولكن المقام فيه تفصيل .

٢٩٠٦ - ويانه : أن الولد إن كان مذكراً فله أن يتزوج من شاء وليس للولي حق الاعتراض .

٢٩٠٧ - وإن كان مؤنثاً فإن زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل نفذ العقد ولزم ، وليس للولي حق الاعتراض أيضاً ؛ لأنه لا يلحقه ضرر في هذه الحالة وإن تزوجت بكفء ولكن المهر أقل من مهر المثل كان للولي العصبية حق الاعتراض على الزواج ، فإما أن يتمم مهر المثل ، وإما أن يرفع الولي الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد .

٢٩٠٨ - وإن تزوجت بغير كفء ولو كان المهر أكثر من مهر المثل كان العقد غير صحيح ، إلا إذا رضي الولي قبل العقد بزواجها منه ، وقد تقدم لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادتي (٥١ ، ٥٢) فارجع إليه إن شئت .

٢٩٠٩ - وأما الولاية على المال فلا تزول في هذه الحالة بل تبقى مستمرة إلى أن يظهر رشده ولو بلغ من السن ما بلغ عند الصاحبين .

٢٩١٠ - وقال الإمام : تستمر إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها فيسلم إليه ماله ولو كان مبدراً ، وقد عرفت هذا المقام في شرح مادة (٤٧٨) ؛ وإن كان عاقلاً محسناً للتصرف في ماله زالت الولايتان .

(مادة ٤٩٦)

لَا حِيَازَ لِلْوَلَدِ بَيْنَ أَبَوَيْهِ قَبْلَ الْبُلُوغِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى .

•••

٢٩١١ - وإذا كان الولد قبل البلوغ لا يمكنه أن يميز الضار من النافع له تماماً لنقص عقله ، نظر إليه الشارع وهو أعلم بمصالحه نظر حكيم فلم يجعل له تصرفاً في نفسه ؛ بل حكم بأن يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام ببلوازمه في هذا الدور وهي الأم .

٢٩١٢ - فإذا بلغ سن التمييز وذلك هو الدور الثاني فإن كان مذكراً سلم إلى الأب ليعده إلى ما ينفعه في مستقبله ، وإن كان مؤنثاً أقام عند الأم سنتين لتستعد فيها إلى ما هي مطالبة به في المستقبل ، وبعدهما تسلم للأب لقدرته على صيانتها بعد بلوغ حد الشهوة ، ولهذا لا يخير الولد قبل البلوغ ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ليقيم عند من يختاره منهما ، بل يكون عند كل واحد منهما في الدور الذي رأى الشارع فيه مصلحته ولو خالف رأيه ، لأن رأيه غير معتد به والشارع حكيم وضع الأشياء في محلها .

(مادة ٤٩٧)

إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ رَشِيدًا ، وَكَانَ مَأْمُونًا عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، فَإِنْ شَاءَ أَقَامَ عِنْدَ مَنْ يَخْتَارُهُ مِنْهُمَا ، وَإِنْ شَاءَ انفردَ عَنْهُمَا ^(١) .

٢٩١٣ - فإذا بلغ الغلام فيما أن يكون غير مأمون على نفسه ، وإما أن يكون مأموناً ؛ فإن كان الأول فلا خيار له أيضاً بل يبقى عند الأب ؛ إذ هو أقدر على ملاحظته وصيانته وإن كان الثاني خيراً في الإقامة وحينئذٍ تتبع مشيئته ، فإن اختار الإقامة عند أحد أبويه أوجب إلى طلبه ، وإن رغب الانفراد اتبعت رغبته .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٤٣/٤) : « وأما التي للرجال فأما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام إلى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية إذا كانت عند الأم أو الجدتين ، وإن كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعاً إلى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وإنما توقفت هذا الحق إلى وقت بلوغ الصغير والصغيرة ؛ لأن ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ ، كولاية المال غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فلا بد أن يضمه إلى نفسه ، ولا يخلي سبيله كي لا يكتسب شيئاً عليه وليس عليه نفقته إلا أن يتطوع ، فأما إذا بلغ عاقلاً واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه ؛ فلا حق للأب في إمساكه ، كما ليس له أن ينعم من ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء ، والجارية إن كانت ثيباً وهي غير مأمونة على نفسها ، لا يخلي سبيلها ويضمها إلى نفسه وإن كانت مأمونة على نفسها ؛ فلا حق له فيها ويخلي سبيلها وترك حيث أحببت ، وإن كانت بكراً لا يخلي سبيلها ، وإن كانت مأمونة على نفسها ؛ لأنها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع » .

(مادة ٤٩٨)

إِذَا بَلَغَتِ الْأُنثَى مَبْلَغَ النِّسَاءِ ، فَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا شَابَةً أَوْ ثِيْبًا غَيْرَ مَأْمُونَةٍ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا وَلَا يَبِهَا أَوْ جَدُّهَا صَمَّهَا إِلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا ، وَدَخَلَتْ فِي السِّنِّ ، وَاجْتَمَعَ لَهَا زَائِيٌّ وَعَقْفَةٌ أَوْ ثِيْبًا مَأْمُونَةٌ عَلَى نَفْسِهَا ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْ أَوْلِيَائِهَا صَمُّهَا إِلَيْهِ ^(١) .

• • •

٢٩١٤ - وإن بلغت الأنثى فإما أن تكون ثيبًا ، وإما أن تكون بكراً ؛ فإن كانت ثيبًا فحكمها حكم الغلام ، وإن كانت بكراً ، فإما أن تكون مأمونة على نفسها أو لا .
٢٩١٥ - فإن لم تكن مأمونة فلا خيار لها بل تلزم بالإقامة عند الأب إن كان موجوداً ؛ فإن لم يكن فالجد ثم العصباء بالترتيب إذا كانوا مأمونين عليها ، وإن كانت مأمونة على نفسها فما دامت شابة صالحة للرجال فلا تخير أيضاً ، بل تلزم بالمقام عند من ذكروا .

٢٩١٦ - وأما إذا صارت مسنة بأن صارت عجوزاً شوهاء ، كما يظهر من كلامهم ومن تعريف المسن في كتب اللغة ، وكانت عفيفة فلا تجبر على الإقامة عندهم ، بل يتبع رأيها ، وإنما اختلف حكم البكر والثيب ؛ لأن العار الذي يلحق الأقارب من وقوع ما يشين عرض البكر أسوأ مما يلحقهم من جهة الثيب والمحافظة على الأعراض فوق كل محافظة .

الباب الثالث

في الهبة

الفصل الأول

في أركان الهبة وشرائطها

(مادة ٤٩٩)

تَصِحُّ الْهَبَةُ بِإِجَابٍ مِنَ الْوَاهِبِ وَقَبُولٍ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْقَبْضُ يَقُومُ مَقَامَ الْقَبُولِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١١٥/٦ ، ١١٦) : « أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس يركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، وفي قول ، قال : القبض أيضاً ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل أنه يحث استحساناً ، وعند زفر لا يحث ما لم يقبل ، وفي قول ما لم يقبل ويقبض وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحث ، وعلى هذا الخلاف إذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشيء منك فلم يقبل ، فقال المقر له : لا بل قبلت فالقول قول المقر عدنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على أنه لو قال : بعث هذا الشيء منك فلم تقبل ، فقال المقر له : لا بل قبلت أن القول قول المقر له . (وجه) القياس أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم ، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً لهذا يمكن الإيجاب بدون القبول تبعاً كذا هذا . (وجه) الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول ، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام ، والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة » أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة ، وروي أن الصعب بن جثامة أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام جمار وحش وهو بالأبواء وفي رواية يودان فردّه النبي عليه الصلاة والسلام وقال : « لولا أنا حُرِّمٌ وإلا لقبنا » فقد أطلق الراوي اسم الإهداء بدون القبول والإهداء من ألفاظ الهبة . وروي أن سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها : إني كنت نحلكت جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتبه ولا حرزته وإنما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النحلى بدون القبض ، والنحلى من ألفاظ الهبة ثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشرعية على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد لا يتسم التصرف بسمه البيع ؛ ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الإيجاب ؛ لأنه فعل الواهب =

= فيقدر على منع نفسه عنه .

(فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والمملك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى شاء العبد أو أتى فلا يتصور منع النفس عنه أيضاً بخلاف البيع فإنه وإن منع نفسه عن فعله وهو الإيجاب إلا أن الإيجاب هناك لا يصير تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعاً فالإيجاب هو : أن يقول الواهب : وهبت هذا الشيء لك ، أو ملكته منك ، أو جعلته لك ، أو هو لك ، أو أعطيتك ، أو نحلته ، أو أهديته إليك ، أو أطعمتك هذا الطعام ، أو حملتك على هذه الدابة ، ونوى به الهبة .

(أما) قوله وهبت لك ؛ فصريح في الباب ، وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضاً ؛ لأن تملك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة ، وكذا قوله : جعلت هذا الشيء لك وقوله هو لك ؛ لأن اللام المضاف إلى من هو أهل للملك للتمليك فكان تملك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة ، وكذا قوله : أعطيتك ؛ لأن العطية المضافة إلى العين في غرف الناس هو تملكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الإعطاء استعمال الهبة يقال : أعطاك الله كذا وهبك بمعنى ، والنحلة هي العطية يقال : فلان نحل ولده نحلى أي : أعطاه عطية ، والهبة بمعنى العطية وقوله : أطعمتك هذا الطعام في معنى أعطيتك ، وقوله : حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فإنه روي أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه

حمل رجلاً على دابة ثم رآها ثبأت في السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم : لا ترجع في صدقتك ؛ فاحتمل تملك العين واحتمل تملك المنافع فلا بد من النية للتعين . ولو قال منحتك

هذا الشيء ، أو قال هذا الشيء لك منحة فهذا لا يخلو إما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك . وإما أن يكون ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، فإن كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار ، والثوب ، والدابة ، والأرض ، بأن قال هذه الدار لك ينحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو

هذه الأرض فهو عارية ؛ لأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة ، أو ما له حكم المنفعة ، وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة ؛ لأن منفعة الأرض زراعتها فكان هذا تملك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الإعارة . وكذا إذا قال لأرض بيضاء هذه الأرض لك طعمة كان عارية ؛ لأن عين الأرض مما لا يطعم وإنما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الأرض زراعتها ، فكان ذلك حينئذ إعارة ولصاحبها أن يأخذها إذا لم يكن فيها زرع وإن كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع

كالبناء والغرس ، وفي الاستحسان يترك إلى وقت الحصاد بأجر المثل وسنذكر وجهها في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوتاً ، أو ناقة حلوتاً ، أو بقرة حلوتاً ، وقال : هذه الشاة لك ينحة ، أو هذه الناقة ، أو هذه البقرة كان عارية وجزا له الانتفاع بلبنها ؛ لأن اللبن وإن كان عيناً حقيقة فهو معدود من المنافع عُرفاً وعادة فأعطي له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن ، فيجوز له الانتفاع بلبنها . وكذلك لو منحه جدباً أو عناقاً كان له عارية ؛ لأن الجدي بعرض أن يصير فحللاً والعناق حلوتاً وإن عنى بالمنحة الهبة في هذه المواضع فهو على ما عنى ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، وفيه تشديد على نفسه . وإن كان ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك

كالمأكول ، والمشروب ، والدرهم ، والدنانير ، بأن قال : هذا الطعام لك ينحة ، أو هذا اللبن ، أو هذه الدراهم والدنانير ، كان هبة ؛ لأن المنحة المضافة إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك لا يمكن حملها =

= على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين ، وهي تملكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تغيير الهبة .
 قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٥٦١ ، ٥٦٠/٣) : « (وشرط الهبة) لتتحقق عاقدان كالبائع ، وهذا هو الركن الأول ، ولهما شروط ، فيشترط في الواهب الملك ، وإطلاق التصرف في ماله ، فلا تصح من ولي في مال محجوره ، ولا من مكاتب بغير إذن سيده ، ويشترط في الموهوب له أن يكون فيه أهلية الملك لما يوجب له من تكليف وغيره ، وسيأتي أن غير المكلف يقبل له وله فلا تصح لحمل ولا لبهمة ولا لرقيق نفسه ، فإن أطلق الهبة له فهي لسيده ، و (إيجاب وقبول لفظاً) من الناطق مع التواصل المعتاد كالبائع . وهذا هو الركن الثاني ، ومن صريح الإيجاب : وهبتك ومنحتك وملكتك بلا ثمن ، ومن صريح القبول قبلت ورضيت ، ويستثنى من اعتبارهما مسائل : منها الهبة الضمنية كأن يقول لغيره : أعتق عبدك عني ، ففعل فيدخل في ملكه هبة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول .

ومنها ما لو وهبت المرأة نوبتها من ضررتها لم يحتج لقبولها على الصحيح كما سيأتي إن شاء الله تعالى في القسم والنشوز .

ومنها ما يخلعه السلطان على الأمراء والقضاة وغيرهم لا يشترط فيه القبول كما بحثه بعض المتأخرين لجرمان العادة بذلك . ومنها ما لو اشترى حلياً لولده الصغير وزينه به فإنه يكون تملكاً له بخلاف ما لو اشترى لزوجه فإنه لا يصير ملكاً لها كما قاله الغفال والفرق بينهما أن له ولاية على الصغير بخلاف الزوجة كذا ذكره السبكي وتبعه ابن الملقن ، ويرد هذا قول الشيخين وغيرهما ، فإن وهب للصغير ونحوه ولي غير الأب والجد قبل له الحاكم ، وإن كان أباً أو جدياً تولى الطرفين ، فلا بد من الإيجاب والقبول .

ومنها ما لو قال : اشتر لي بدهامتك لحماً فاشتره وصحنتاه للسائل ، فإن الدرهم تكون هبة لا قرصاً ، ويقبل الهبة للصغير ونحوه ممن ليس أهلاً للقبول الولي ، فإن لم يقبل اتزول الوصي ومثله القيم وأثما لتركهما الأحمق ، بخلاف الأب والجد لكامل شفقتهما ويقبلها سقيه نفسه وكذا الرقيق لا سيده وإن وقعت له . أما الأخرس فيكفيه الإشارة المفهمة ، وفي الذخائر أن انعقاد الهبة بالكتابة مع النية وبالاستيجاب على الخلاف في البيع : أي فتصح ومن الكتابة الكتابة ، واختار في المجموع صحتها بالمعاطة ، وقوله لغيره : كسوتك هذا الثوب كتابة في الهبة ، فإن قال الواهب : لم أردا صدق ؛ لأنه يصلح للعارية فلا يكون صريحاً في الهبة كالبائع ، وهل يصح قبول بعض الموهوب أو قبول أحد شخصين نصف ما وهب ؟ لهما وجهان : أوجههما ، كما قال شيخنا تباً لبعض اليمانيين الصحة بخلاف البيع فإنه لا يصح ؛ لأنه معاوضة بخلاف الهبة فاعتذر فيها ما لم يفتقر فيه ، وإن قال بعض المتأخرين . إن هذا الفرق ليس بقادح .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٠٥/٧ ، ١٠٦) : « وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه وبطلت إن تأخر لدين محيط يعني أن الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن في ذلك فإن أتى الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب ؛ لأن الهبة تملك بالقول على المشهور ، قال ابن عبد السلام : القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط ، قال ابن عرفة : وحقيقة الحوز في عطية غير الابن رفع تصرف المعطي في العطية بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه كالحبس انتهى .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٢/٥) : « قول الحرقي : (إذا قبل) يدل على أنه إنما يستغني عن القبض في =

٢٩١٧ - اعلم أن العقد وإن كانت أقسامه كثيرة ، إلا أنه يمكننا أن نقسّمه بحسب المراد هنا إلى أربعة أقسام ؛ لأنه إما أن يكون بعبوض أو بغيره وعلى كل فإما أن يكون وارداً على تملك نفس الشيء وإما أن يكون وارداً على تملك المنفعة ، فإن وردَ على تملك الشيء وكان بعبوض فهو بيع ، وإن ورد على تملك المنفعة وكان بعبوض أيضاً فهو إجارة ، وإن وردَ على تملك الشيء بغير عبوض فهو الهبة ، وإن ورد على المنفعة بغير عبوض شُمي إجارة ، والموضوع الآن هو الهبة ومن حيث إن كل عقد لا بد له من تعريف ، وأركان ، وشروط وحكم ، والهبة عقد فتحتاج إلى ذلك .

= موضع وجد فيه الإيجاب والقبول . والإيجاب أن يقول : وهبتك ، أو أهديت إليك ، أو أعطيتك ، أو هذا لك . ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى . والقبول أن يقول : قبلت ، أو رضيت ، أو نحو هذا . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، أن الهبة والعطية لا تصح كلها إلا بإيجاب وقبول ، ولا بد منهما ، سواء وجد القبض أو لم يوجد وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد تملك ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول ، كالنكاح . والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ، ولا يحتاج إلى لفظ . وهذا اختيار ابن عقيل ؛ فإن النبي ﷺ كان يهدي ويُهدى إليه ، ويُعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ، ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ، ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ، ولا أمر به ولا تعليمه لأحد ، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً ، وكان ابن عمر على بعير لعمر ، فقال النبي ﷺ لعمر : بعنيه . فقال : هو لك يا رسول الله . فقال رسول الله ﷺ : هو لك يا عبد الله بن عمر ، فاصنع به ما شئت . ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ، ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ولو كان شرطاً لفعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر ، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله روى أبو هريرة : « أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه ، فإن قالوا : صدقة . قال لأصحابه : كلوا . ولم يأكل ، وإن قالوا : هدية . ضرب بيده ، فأكل معهم . »

ولا خلاف بين العلماء ، فيما علمناه ، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل ، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله ؛ ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك ، فاكفينا به ، كما لو وجد الإيجاب والقبول ، قال ابن عقيل : إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق ، وعدم العرف القائم بين المعطي والمُعطى ؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا ، فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل ، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع ، واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام ، وهو إجارة وبيع أعيان ، فإذا اكتفينا في المعاوزات مع تأكدها بدلالة الحال ، وأنها تنقل الملك من الجانيين ، فلأن نكتفي به في الهبة أولى .

تعريف الهبة

٢٩١٨ - الهبة لها معنيان : معنى في اللغة ومعنى في الاصطلاح ؛ فمعناها في اللغة : هو التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً ، أي : سواء كان مالاً أو غير مال بدليل قوله تعالى : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(١) . وقال جل شأنه : ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَّمَا يَتَّبِعُ لِمَن يَشَاءُ الذِّكْرُ ﴾ ^(٢) أو يَرْزُقُهُمْ ذِكْرًا وَإِنَّمَا يَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾ ^(٣) . ولما كان التفضل على الغير مأخوذاً في مفهومها لغة كانت من صفات الكمال ، ولذا وصف الله تعالى بها نفسه فقال : ﴿ أَمْ عِنْدَهُ خِزْيَانٌ رَّحْمَةً رَبِّكَ الرَّعِيذِ الْوَهَّابِ ﴾ ^(٤) .

٢٩١٩ - ومن باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم ، وإزالة شح النفس ، وإدخال السرور على الموهوب له ، وتوثيق عرى المودة والمحبة بينهما ، وإزالة الضغينة والحسد . قال عليه الصلاة والسلام : « تهادوا تحابوا » ^(٥) .

٢٩٢٠ - والفعل يتعدى بنفسه ، وباللام ، وبمن فيقال : وهبه كذا ، وهب له . ومنه كما ورد التصريح بذلك في أحاديث كثيرة وهي في الأصل مصدر محذوف الأول عُوض عنه هاء التأنيث ، فأصلها : وهب بتسكين الهاء وتحريكها .

٢٩٢١ - ومعناها في اصطلاح الفقهاء : تملك العين في الحال مجاناً .

٢٩٢٢ - ومن القواعد المقررة أن التعريف يجب أن يكون جامعاً لجميع أفراد المعروف مانعاً من دخول الغير فيه . وهذا التعريف كذلك ؛ فإن العقود التي تدخل في شيء من هذا التعريف تخرج عنه بقيد آخر فيه ؛ إذ الوصية وإن كان فيها تملك العين مجاناً .

٢٩٢٣ - لكن ليس التملك في الحال بل هو مضاف إلى ما بعد الموت والإجارة وإن كان فيها التملك ؛ إلا أنه وارد على المنفعة ومع ذلك فهو يعوض وهو الأجرة والتمليك في البيع ليس مجاناً ؛ بل هو في مقابلة الثمن وليس التملك في العارية وارداً على العين بل على المنفعة .

٢٩٢٤ - وبهذا ظهر أن التعريف مانع من دخول غير المعروف فيه وهو جامع لجميع

(١) الأنعام : ٨٤ .

(٢) الشورى : ٤٩ .

(٣) ص : ٩ .

(٤) موطأ مالك (كتاب : الجامع / باب : ما جاء في المهاجرة / ١٦٨٥) .

أفراد المعروف أيضًا ؛ لأن الظاهر أن الهبة بشرط العوض يبع ابتداء وانتهاء كما ستعرفه في شرح مادة (٥٢٨) .

أركان الهبة

٢٩٢٥ - أركان كل عقد اثنان وهي : الإيجاب والقبول ؛ فالإيجاب هو : ما صدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، والقبول هو : ما صدر ثانياً من كلام الآخر ومن حيث إن الهبة عقد فأركانها ما ذكر ولا يشترط للإيجاب في كل عقد ألفاظ مخصوصة إذا الغرض الإتيان بما يدل على تعين العقد .

٢٩٢٦ - وينبغي على ذلك : أنه إذا قال شخص لآخر : وهبتك هذا الشيء ، أو ملكته لك بدون مقابل ، أو جعلته لك ، أو أعمرتك كذا ، أو أطعمتك هذا الطعام .

٢٩٢٧ - وما في معنى هذه الألفاظ كان كل ذلك هبة ؛ لأن وهبت صريح فيها وملكت وإن كان محتملاً لها وغيرها مثل البيع ؛ إلا أن قوله بعد ذلك بدون مقابل ينفي غيرها ؛ ولأن اللام في قوله : جعلته لك . للتملك فصار كأنه قال : ملكتك هذا الثوب ، ولم يشترط بدلاً ولقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعمار عمري فهو للمعمر له ولورثته من بعده » ^(١) .

٢٩٢٨ - ولأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يُراد به التملك بغير عوض وليس هذا سيوى الهبة بخلاف ما إذا أضيف إلى شيء ينتفع به مع بقائه مثل : أطعمتك هذه الأرض .

٢٩٢٩ - فيكون المراد به ما يُستغل منها فيحمل على العارية ، وكما أنه لا يشترط للإيجاب ألفاظ مخصوصة فكذلك القبول ، فإذا صدر من الموهوب له بعد الإيجاب من الواهب لفظ يدل على رضاه به ، مثل : قبلت أو أخذت أو رضيت اعتبر ذلك قبولاً ، بل اللفظ غير شرط ؛ إذ القبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل وهو القبض .

٢٩٣٠ - ولا يكون القبض معتبراً يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها وهو الملك إلا إذا كان بإذن المالك والإذن تارة يثبت نصاً وصريحاً ، وتارة يثبت دلالة ، وإن كان

(١) صحيح مسلم (كتاب : الهبات / باب : العمرى / ١٦٢٥) ، وسنن النسائي (كتاب : العمرى / باب : ذكر الاختلاف على الزهري فيه / ٣٧٤٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : في العمرى / ٣٥٥١) .

الحكم ليس واحدًا ؛ لأن الواهب إما أن يأذن الموهوب له بالقبض صريحًا كاقبضه أو ينهائه عن قبضه أو يسكت .

٢٩٣١ - فإن كان الأول وقبضه في المجلس أو بعد الافتراق عنه صحَّ القبض .

٢٩٣٢ - وإن كان الثاني فلا يصح ، سواء كان في المجلس أو بعده .

٢٩٣٣ - وإن كان الثالث فإن قبضه في المجلس صح وبعده لا يصح .

٢٩٣٤ - والقبض يكون في كل شيء بما يناسبه فهو يختلف باختلاف الموهوب ؛ لأنه إن كان منقولًا وليس داخل شيء يكون بأحد أمرين وهما : المناولة والتخلية ، وإن كان داخل شيء كما إذا كان في صندوق مثلاً يكون بدفع المفتاح إلى الموهوب له إن لم يكن مفتوحًا وإن كان عقارًا فلا يتأتى إلا بالتخلية ، وهي أن يخلي الواهب بين الموهوب ، والموهوب له على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع من الاستيلاء عليه ، وبعضهم يقول : القبول ليس بركن في الهيئة ولكن الظاهر إنه ركن كباقي العقود فلا تتم بدونه (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٠٧) أ - الهيئة هي : تملك غير بلا عوض في حال حياة المالك .

ب - إذا شرط في الهيئة عوض معلوم صارت بيتًا يجري فيها أحكامه .

المادة (٢٠٨) أ - أركان الهيئة : الصيغة ، الواهب ، الموهوب له ، الموهوب .

ب - تنعقد الهيئة بالإيجاب والقبول ولا تلزم إلا بالقبض .

المادة (٢٠٩) أ - يصح إيجاب الهيئة بكل ما يدل على تملك المال بدون عوض من لفظ ، أو كتابة ، أو إشارة مفهومة .

ب - تنعقد الهيئة بالتعاطي .

المادة (٢١٠) أ - يقوم القبض في الهيئة مقام القبول لفظًا سواء كان القبض قبل الهيئة أو بعدها .

ب - القبض الحقيقي في العقار يكون بالتخلية المقررة بالحيازة أو الاستيلاء على الموهوب أو التصرف فيه بما يدل على الملكية .

ج - القبض الحقيقي في المنقول يتم بالحيازة .

د - القبض الحكمي في العقار يتم بالتخلية المفضية إلى الاستيلاء بلا مانع أو التسجيل لدى الجهات المختصة .

شروط الهبة

(مادة ٥٠٠)

يُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ الْهَبَةِ أَنْ يَكُونَ الْوَاهِبُ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مَالِكًا لِعَيْنِ الثِّيِّ بِتَرْغُ بِهَا (١).

(١) قول الخنفية : جاء في بدائع الصنائع (١١٨/٦ ، ١١٩) : « وأما ما يرجع إلى الواهب فهو أن يكون ممن يملك التبرع ؛ ولأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون ؛ لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دنيوي فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف ؛ لأن المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ؛ ولأنه لا يقابله نفع دنيوي ، وقد قال الله عز شأنه : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ ؛ ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضرراً محضاً وترك الرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « من لا يرحم صغيرنا فليس منا » ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة . وإن شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمته : يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والأصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض ، والأصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض .

(وجه) قول محمد أن الهبة تمليك فإذا شرط فيها العوض كانت تملياً بعوض ، وهذا تفسير البيع وإنما اختلفت العبارة ولا عيرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك . (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعاً ابتداء ثم تصير تبثاً في الانتهاء بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت تبثاً من حين وجودها لما توقفت الملك فيه على القبض ؛ لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل أنها وقعت تبرعاً ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير تبثاً بعد ذلك .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٠٣/٧) : « ممن له تبرع بها هذا هو الركن الثاني وهو الواهب قال ابن عرفة : والذي له التبرع من لا تحجر عليه بوجه فيخرج من أحاط الدين بماله والسكران ويدخل المريض إذا تبرع بثقه ؛ إذ لا تحجر عليه فيه ، وكذلك الزوجة فلها أن تبرع بثقتها لكن هبة الزوجة ومن أحاط الدين بماله صحيحة موقوفة على إجازة الزوج والغريم ، وأما هبة الصغير والسفيه فباطلة ، وكذلك المرتد ، وهذا التفصيل في مفهوم قوله ممن له تبرع بها وإذا كان كذلك فلا يعترض به على إطلاقه البطلان في الجميع والضمير في بها عائد على الهبة ، والمراد بالتبرع غير الهبة فالمنع أن من له أن يتبرع بما يريد أن يهبه يصح له أن يهبه ومن لا فلا ، فالمرضى والزوجة إذا أرادا هبة لثقلهما يصح لهما ؛ لأن لهما أن يتبرعا به فلو لم يأت المؤلف بها لورد عليه الزوجة والمريض ؛ لأنهما ليس لهما التبرع دائماً الظاهر من كلامه لو لم يأت بما ذكر .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٢٢٩/٤) : « (ويعتبر) في الهبة (أن تكون من جائز التصرف) فلا تصح من صغير ، ولا سفیه ، ولا عبد ، ونحوهم كسائر التصرفات . »

٢٩٣٥ - من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أي عقد إلا إذا كان هناك عاقدان ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفياً لجميع ما يلزم لصحته ، فشروط الهبة أنواع منها ما يرجع إلى الواهب ، ومنها ما يرجع إلى الموهوب ، ومنها ما يرجع إلى الموهوب له ، ومنها ما يرجع إلى نفس الركن .

٢٩٣٦ - فالشروط التي ترجع إلى نفس الواهب هي أن يكون من أهل التبرع ولا يكون كذلك إلا إذا كان حراً عاقلاً بالغاً مالِكاً للموهوب ؛ لأن الرقيق لا يملك شيئاً فلا يتأتى أن يملك ؛ ولأن عبارة المجنون غير صحيحة إذ صحة العبارة تنبني على التمييز وهو غير مميز ، والمتعوه مثله في الهبة ؛ لأنها من التصرفات المضرة له ضرراً محضاً .

٢٩٣٧ - ولأن البلوغ شرط في صحة عقود التبرعات والصغير إن كان غير مميز فهو كالمجنون ، وإن كان مميزاً فلهية من العقود الضارة ، وهي لا تصح منه .

٢٩٣٨ - وإنما اشتروا يملك الواهب للمَوْهُوب ؛ لأن تمليك ما ليس بمملوك له باطل ولكن هذا ليس شرطاً للصحة بل هو شرط للنفاذ ؛ إذ لو وهب شخص ملك غيره صحت الهبة وكانت موقوفة على إجازة المالك فإن شاء ألقاها وإن شاء أمضاها ^(١) .

(مادة ٥٠١)

لَا يَثْبُتُ مِلْكُ الْعَيْنِ الْمَوْهُوبَةِ إِلَّا بِقَبْضِهَا قَبْضًا كَامِلًا كَمَا هُوَ مُبَيَّنٌّ فِي مَادَّةِ (٥٠٥)
وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، مَلَكَهَا بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ بِدُونِ قَبْضٍ جَدِيدٍ ، بِشَرْطِ الْقَبُولِ ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢١٣) يشترط في الواهب :

أ - أن يكون كامل الأهلية بالغاً عاقلاً مختاراً لا محجور عليه ولا مريضاً مرض الموت .

ب - أن يكون مالِكاً للموهوب .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٧٧/٤) : « ولا يتم حكم الهبة إلا قبوضة ويستوي فيه الأجنبي والولد إذا كان بالغاً ، هكذا في المحيط . والقبض الذي يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها القبض بإذن المالك ، والإذن تارة يثبت نصاً وصريحاً وتارة يثبت دلالة ، فالصريح أن يقول : قبضه إذا كان الموهوب حاضراً في المجلس ويقول : اذهب واقبضه إذا كان غائباً عن المجلس ، ثم إذا كان الموهوب حاضراً ، وقال له الواهب : قبضه قبضه في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس صح قبضه وملكه قياساً واستحساناً ، ولو نهاء عن القبض بعد الهبة لا يصح قبضه لا في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس ، وإن لم يأذن له بالقبض وصریحاً ولم ينه عنه إن قبضه في المجلس صح قبضه استحساناً لا قياساً ، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه قياساً واستحساناً ، ولو كان الموهوب غائباً فذهب وقبض : إن كان القبض بإذن الواهب جاز استحساناً لا قياساً ، وإن كان بغير إذنه لا يجوز قياساً واستحساناً ، هكذا في الذخيرة » .

٢٩٣٩ - والموهوب له لا يملك إلا بالقبض . وقال الإمام مالك وابن أبي ليلى من الحنفية : يثبت الملك له قبل القبض كالمشتري فإنه يملك المبيع قبل قبضه متى كان البيع صحيحاً نافذاً لازماً وعلى هذا الخلاف الصدقة .

٢٩٤٠ - واستدللت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » .

٢٩٤١ - والمراد نفي الملك لا أصل الجواز ويقول سيدنا أبي بكر الصديق للسيدة عائشة رضی الله عنهما في مرضه : كنت نحللتك جداد عشرين وسقاً مما لي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه ، وإنما هو مال الورثة . ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ؛ ولأن فيه إلزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز .

٢٩٤٢ - وفرقوا بين الهبة والوصية إذ الموصى له يملك الموصى به قبل القبض مع أن كلاً منهما عقد تبرع بأن المتبرع في الوصية قد مات والورثة ليسوا متبرعين بخلاف الهبة ، فليس فيه إلزام المتبرع بما تبرع به ولا يكون القبض معولاً عليه ؛ إلا إذا كان كاملاً ولا يكون كذلك إلا إذا كان الموهوب متميزاً عن غيره بأن يكون غير مشاع إذا كان مما يحتمل القسمة ولا يكون متصللاً بغيره كما يأتي لك إيضاحه في شرح مادة (٥٠٧) .

٢٩٤٣ - ولكن محل اشتراط القبض في الملك إذا لم يكن الموهوب في يد الموهوب له فلو كان مقبوضاً في يده وقبل الهبة لم يحتج إلى قبض جديد ، سواء كان غير مضمون عليه بهذا القبض كالوديعة والإجارة والعارية أو مضموناً ، سواء كان مضموناً بنفسه كالمغصوب ، أو بغيره كالمرهون ؛ لأن القبض ثابت فيها وهو الشرط المطلوب ، فلا حاجة إلى تجديده بعد الهبة ، والفرق بين المضمون بنفسه والمضمون بغيره أن الأول يجب على من هو تحت يده أن يردده إلى مالكه ما دام موجوداً فإذا هلك أو استهلك تلزم قيمته بالغة ما بلغت وأن الثاني إذا هلك بدون تعد لا تلزم قيمته ، بل شيء آخر وهو بالنسبة للرهن الأقل من قيمته ومن الدين .

٢٩٤٤ - فقد علمت أن هذا الشرط وهو القبض ليس شرطاً لصحة الهبة وإنما هو شرط لملك الموهوب له ، فهو وإن كان راجعاً إلى الموهوب لكنه ليس لصحة الهبة .

٢٩٤٥ - أما الشروط التي يلزم وجودها في الموهوب لصحة الهبة فهي أن يكون موجوداً وقت العقد ، فلو وهب ما تُشِير نخيله العام أو ما تَلِد أغنامه السنة ونحو ذلك لم تصح الهبة .

٢٩٤٦ - وأن يكون مالاً مُتَقَوِّماً فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً كاليتة والخنزير

ولأما ليس متقوم كالخمر .

٢٩٤٧ - وأن يكون مملوكًا في ذاته فلا تجوز هبة المتأحات ؛ لأن تملك ما ليس بمملوك باطل .

٢٩٤٨ - وأما يلزم وجوده لصحة الهبة في الموهوب له فهو كونه موجودًا وقت الهبة ، فلو وهب لابنه فلان وليس له ابن كانت لاغية ولو ولد له بعد ذلك .

٢٩٤٩ - وأما يلزم وجوده من الشروط لصحة الهبة في الركن فهو أن يكون منجزًا فلا تصح الهبة المعلقة على شرط ، ولكن هذا فيه تفصيل ، لأن مدلول فعل الشرط إن كان محققًا وقت التكلم به صحت الهبة ، وإن كان غير محقق أي تارة يحصل وتارة لا يحصل فلا تصح .

٢٩٥٠ - وأن يكون غير مضاف إلى زمن مستقبل فلو قال : وهبت هذا الشيء لك بعد شهر مثلاً لم تصح الهبة .

٢٩٥١ - وإما اقتران الهبة بشرط فينظر فيه إن كان الشرط ملائمًا ، كما إذا قال : وهبتك هذا على أن تعوضني كذا . صحت الهبة والشرط وإن كان الشرط غير ملائم صحت الهبة وبطل الشرط .

حكم الهبة

٢٩٥٢ - حكم العقد قد يطلق عند الفقهاء على الأثر المترتب عليه فمتى حصل عقد الهبة مستوفيًا شرائطه ترتب عليه الحكم ، وهو أنها لا تفيد الملك قبل القبض وبعده تفيده غير لازم .

٢٩٥٣ - ولذا يجوز للواهب الرجوع فيها وإن كره تحريمًا كما استعرفه في باب الرجوع في الهبة ، وهي مخالفة لباقي العقود كالبيع والإجارة ؛ لأن كلاً منهما متى كان صحيحًا نافذًا لازمًا فلا يجوز الرجوع فيه ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢١٤) بشرط في الموهوب له أن يكون إنسانًا موجودًا على قيد الحياة فلا تصح الهبة للحمل .

المادة (٢١٥) يشترط في الموهوب أن يكون مالا متقومًا موجودًا وقت الهبة مملوكًا للواهب .

المادة (٢١٦) لا يجوز تعليق الهبة على شرط يُبْغِي مقتضاها وإلا صحت الهبة وبطل الشرط .

(مادة ٥٠٢)

يَجُوزُ لِكُلِّ مَالِكٍ إِذَا كَانَ أَهْلًا لِلشَّرْعِ أَنْ يَهَبَ فِي حَالِ صِحَّتِهِ مَالَهُ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ لِمَنْ يَشَاءُ ، سِوَاكَ كَانَ أَصْلًا لَهُ أَوْ فَرْعًا أَوْ قَرِيبًا أَوْ أجنبيًّا مِنْهُ ، وَلَوْ مُخَالِفًا لِذِيهِ بِشُرُوطِهِ .

• • •

٢٩٥٤ - فقد علمت من الشروط أن الواهب متى كان أهلاً للتبرع بأن يكون محرراً عاقلاً بالغاً مالاً للموهوب صحت الهبة ولكنك لم تعرف هل تكون الهبة صحيحة ولو استغرقت جميع ماله أو لا تصح إلا إذا كان الموهوب بعض المال .

٢٩٥٥ - ولنبين لك ذلك حتى تعرف الأحكام فنقول : الشخص إن كان أهلاً للتبرع فإما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون مريضاً مرض الموت ، فإن كان الأول فله أن يهب ما شاء لمن شاء وحينئذ تكون هبته صحيحة ، ولو استغرقت جميع ماله ، سواء كان الموهوب له أجنبيًّا منه أو قريباً له ، وسواء كان القريب أصلاً له أو فرعاً أو غيرهما ، وسواء كان موافقاً لذمته أو مخالفاً له بشرط جواز بره .

٢٩٥٦ - فيؤخذ من هذا أنه إذا وهب جميع أمواله وهو في حال الصحة لبعض أولاده تاركاً البعض الآخر يندب حظه ، صح ذلك فلا يعارضه أحد وكل هذا منصوص عليه ولكن في هذا من الإجحاف ببعض الأولاد ما لا يخفى .

٢٩٥٧ - ولذا قال العلماء : إنه يكون آثماً بهذا العمل إن قصد به الإضرار فيعاقب عليه في الآخرة ولا ينقض تصرفه ولما نظر بعضهم إلى أن العقاب الأخرى لا يفيد من لم يأخذ شيئاً .

٢٩٥٨ - قال : يرد عليه قصده ويجعل متروكه ميراثاً لكل الورثة وهو ظاهر لمراد فإذا كان هذا حاله بالنسبة لإعطائه بعض الأولاد جميع المال وحرمانه الآخر مع إن الآخر قريب إلى الشفقة على إخوته فيعطيه من هذا المال شيئاً أو يلزم بنفقتهم إن احتاجوا إلى ذلك فما بالك إذا وهب جميع ماله الأجنبي لا شك في أن يكون أقوى من هذا في المنع ولم أر لهم غير هذا البحث به .

٢٩٥٩ - ويمكننا البحث من طريق آخر بأن نقول : إن الشخص إذا وهب جميع ماله لغيره وسلمه له وامتنع عن الرجوع في الكل أو البعض فأصبح بذلك كلاً على غيره يتكفف الناس لمعيشته الضرورية ، فهل يقال : إنه بهذا الفعل يكون سفيهاً ويحجر عليه

ويكون الحَجْر من وقت السفه على مذهب الإمام محمد فتلغى هذه الهيئة وتُرد له أمواله من الموهوب له أو لا يقال ذلك ، انظر فلعلك توافق .

٢٩٦٠ - وإن كان الثاني وهو ما إذا كان مريضاً مرض الموت فيما أن تكون الهيئة لوارث أو لغير وارث وعلى كلِّ فيما أن تكون بأقل من الثلث أو به أو بأكثر ، وعلى كلِّ فيما أن تُجيزها الورثة أو لا .

٢٩٦١ - فإن كانت الهيئة لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة ولو كانت بأقل من الثلث وإن كانت لغير وارث .

٢٩٦٢ - فإن كان الموهوب أقل من الثلث أو الثلث نفذت وإن لم تجز الورثة وإن كان أكثر منه فلا تنفذ في الزائد إلا بإجازتهم وسيأتي ذلك مفصلاً بأسبابه وحكمه في تصرفات المريض .

(مادة ٥٠٢)

الْمُعْمَرُ جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ .

وهي : جعل نحو داره للمُعْمَرِ لَهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ ، بِشَرْطِ أَنْ يَزِدَّهَا عَلَى الْمُعْمَرِ أَوْ عَلَى وَرَثَتِهِ إِذَا مَاتَ الْمُعْمَرُ لَهُ أَوْ الْمُعْمَرُ . وَنَحْوَهُ قَوْلُهُ : أَعْمَرْتُكَ دَارِي هَذِهِ حَيَاتِكَ ، أَوْ : وَهَبْتُكَ هَذِهِ الْعَيْنَ حَيَاتِكَ ، فَإِذَا مِتَ فَهِيَ لِوَرَثَتِي . فَتَصِحُّ وَيَتَطَلَّ شَرْطُ الرُّدِّ عَلَى الْمُعْمَرِ أَوْ وَرَثَتِهِ . وَالرُّقْبَى غَيْرُ جَائِزَةٍ بِمَعْنَى عَدَمِ إِفَادَتِهَا الْمَلِكَ .

وَهُوَ : أَنْ يَقُولَ : دَارِي لَكَ رُقْبَى ، إِنْ مِتَّ قَبْلَكَ فَهِيَ لَكَ ، وَإِنْ مِتَّ قَبْلِي فَهِيَ لِي . وَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ تَكُونُ غَارِبَةً ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٠٣/٥) : « وصح العمري للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته ، وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه لا الرقبي أي إن مات قبلك فهي لك) وهذا تفسير الرقبي أن يقول ذلك له لما روي عن زيد بن ثابت أنه عليه الصلاة والسلام قال : « من أعمار عمري فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » رواه أحمد وأبو داود والنسائي وفي لفظ : « جعل الرقبي للذي أرقبها » رواه أحمد والنسائي ؛ ولأن معنى العمري هو التملك في الحال ويجعلها له مدة عمره ، ثم إذا مات ترجع إليه فصح التملك وبطل الشرط لما بينا أن الهيئة لا تبطل بالشرط الفاسدة ، وبطل الشرط ، ومعنى الرقبي : أن يملكها له بعد موته فيكون تملكاً مضافاً إلى زمان وهو من الارتقاب ، وهو الانتظار كأنه =

= ينتظر موته فلا يصح لعدم التملك في الحال ، وقال أبو يوسف رحمته : تصح الرقبي أيضاً بناء على أنها تملك في الحال واشترط للاسترداد بعد موته عنده كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له ، وقد روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : « العمرى جائزة لمن أعرها والرقبي جائزة لمن أرقبها » رواه أحمد والنسائي ، فحاصله أنه متى وجد التملك في الحال واشترط الرد في المال يجوز بالإجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط ؛ بل الشرط يبطل ومتى كان التملك مضافاً إلى زمان في المستقبل لا يجوز بالإجماع فكان الخلاف بينهم مبنيًا على تفسير الرقبي فمن قال : إنه تملك في الحال أجزأه ، ومن قال : إنه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح الصائبات وفي فساد الصوم بالإقطار في الإحليل وفي وجوب الدم إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي ولبس الثوب المصبوغ بمصفر فإذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعتين أمكن التوفيق بين الأخبار فما ورد من النهي عن الرقبي محمول على أن المراد به إبطال شرط الجاهلية ، وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الإطلاق محمول على أنه جائز ، والشرط باطل ومثله جاء النهي عن العمرى أيضاً وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لا تمروا ولا ترقبوا فمن أعر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته » رواه أحمد والنسائي ، وقال عليه الصلاة والسلام : « العمرى جائزة لأهلها والرقبي جائزة لأهلها » رواه أبو داود والترمذي والنسائي وفيهما أخبار كثيرة بعضها يتمتعها وبعضها يجيزهما وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٥٦٦/٣ ، ٥٦٢) : « ولا يصح تعليق الصيغة وتوقيتها إلا ما استثناء بقوله (ولو قال : أعرمتك هذه الدار) مثلاً : أي جعلتها لك عمرتك أو حياتك أو ما عشت أو حيث أو نحو ذلك (فإذا مت) بفتح التاء (فهي لورثتك) أو لعقبك كما في الروضة (فهي هبة) حكمتا ، ولكنه طول العبارة فيعتبر الإيجاب والقبول وتلزم بالقبض ، فإذا مات كانت لورثته فإن لم يكونوا فليت المال ولا تعود للوهاب بحال لخبر مسلم : « أيما رجل أعر عمرى فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاهما » (ولو اقتصر على) قوله : (أعرمتك) هذه الدار مثلاً ولم يتعرض لما بعد موته (فكذا) هي هبة (في الجديد) لحديث الصحيحين : « العمرى ميراث لأهلها » وليس في جعلها له مدة حياته ما ينافي انتقالها إلى ورثته ، فإن الأملاك كلها مقدرة بحياته والقديم بطلانه كما لو قال : أعرمتك سنة (و) على الجديد (لو قال) مع قوله أعرمتكها : (فإذا مت عادت إلي) أو إلى وارثي (فكذا) هي هبة وإعمار صحيح (في الأصح) وبه قطع الأكثرون كما في الروضة ويبلغ ذكر الشرط لإطلاق الأحاديث الصحيحة . فإن قيل : هذا شرط فاسد فهلا بطلت العمرى كالبيع . أجييب بأن شروط البيع تقابل ببعض الثمن ، فإذا بطلت يسقط ما يقابلها فيصير الثمن مجهولاً يبطل ، والعمرى لا ثمن فيها فلذلك صحت ، وبأن هذا الشرط يقتضي فسحاً منتظراً ولا يضر الهبة بدليل هبة الأب لابنه ويضر البيع . قال السبكي : وقضية الجواب الأول أنه لو قيد الهبة بالشرط المذكور صحت كالعمرى وهو كذلك .

فائدة : قال البلقيني : ليس لنا موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط الفاسد المنافي لمقتضاه إلا هذا . والثاني : يبطل العقد لفساد الشرط ، وعلى القديم يبطل من باب أولى كما ذكره في المحرر .
تبيه : قد يقتضي كلام المصنف أنه لو قال جعلتها لك عمري أو عمر زيد فإنه يبطل وهو الأصح لخروجه عن =

= اللفظ المعتاد لما فيه من تأنيت الملك ، فإن الواهب أو زيدًا قد يموت أولاً بخلاف العكس ، فإن الإنسان لا يملك إلا مدة حياته فكأن لا توقيت ، ولا يصح تعليق العمرى كإذا مت أو جاء فلان أو رأس الشهر ، فهذه الدار لك عمرك ، فلو قال : إن مت فمهي لك عمرك فوصية يعتبر خروجها من الثلث (ولو قال : أرقبتك) هذه الدار مثلاً (أو جعلتها لك رقبى) وفسر المصنف مدة طول ذلك بقوله (أي إن مت قبلي عادت إلي ، وإن مت قبلك استقرت لك فالذهب طرد القولين الجديد) وهو الصحة ويلغو الشرط (والقديم) وهو عدم الصحة ، ومقابل المذهب القطع بالبطلان ، ولا يحتاج للتفسير في عقد الرقبى بل يكفي الاقتصاد على أرقبتك . نعم إن عقدها بلفظ الهيئة كوهبتها لك عمرك احتيج للتفسير المذكور . والعمرى والرقبى كانا عقدين في الجاهلية في عطييتين مخصوصتين ، فالعمرى من العمر ؛ لأنه يجعلها عمره ، والرقبى من الرقوب ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه .

قال السبكي : وصحة العمرى والرقبى بعيد عن القياس . لكن الحديث مقدم على كل أصل وكل قياس ، وقد ورد فيهما أمر ونهي ، فلو قيل بتحريمهما للنهي وصحتهما للحديث ، كما قلنا في طلاق الخائض لم يعد وبسط ذلك ، ولا بد في الرقبى من القبول والقبض كما مر في العمرى ، ولو جعل رجلان كل منهما داره للآخر رقبى على أن من مات قبل الآخر عادت للآخر رقبى من الجانبين .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١٦٢/٢ ، ١٦٣) : « العمرى بضم العين وسكون الميم وهي بالقسر مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفاً لها ، وعرفها ابن عرفة بقوله : هي تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء ، فيخرج إعطاء الذات ويخرج بحياة المعطى الحبس والعمارة والمعطى في كلامه بفتح الطاء ، وأما تمليك المنفعة حياة المعطى بالكسر فهي عارية حقيقة ، وإن أطلق عليها لفظ العمرى فعلى جهة المجاز ، ويخرج بقوله : بغير عوض الإجارة الفاسدة ، ويخرج بإنشاء الحكم باستحقاق العمرى وحكمها الندب كالهبة والصدقة ، وهي من الأركان كالهبة وصيغتها أعمرتك وأسكنتك ، وتجاوز في الدور والريق وغيره من سائر الحيوانات والحلي والنبات فقال : (ومن أعمر رجلاً) أو امرأة (حياته داراً) أو غيرها ليتفتح بسكناها مدة عمره صح ذلك (ورجعت بعد موت الساكن ملكاً لربها) إن كان حياً (وكذلك) ترجع ملكاً لربها إن كان حياً (إن أعمرها عقبه) أي ذلك الرجل بأن قال : أعمرت أولادك فقط (فانقضوا) وكذلك لو أعمره وعقبه بأن قال : أعمرتك ووارثك فإنها تكون لوارثه بعد موته ، وبعد انقراض وارثه ترجع ملكاً لربها ، والصور ثلاثة : إعمارها فقط ، عقبه فقط ، إعمارها مع عقبه . (بخلاف الحبس) فإنه لا يرجع بعد موت المحبس عليه ملكاً لربه بل يستمر حبساً .

قال خليل : ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصابة المحبس وامرأة لو رحلت لعصبت (فإن مات المعير) بكسر الميم (يومئذ) أي يوم موت المعير بفتح الميم أو مات العقب إن كان هو المعير بفتح الميم . (كانت) أي الدار (لورثته) أي المعير بكسر الميم (يوم موته) لا يوم المرجع إذا مات عن ابن رقيق أو كافر وأخ أو عم سحر مسلم ، ولم يمت المعير بفتح الميم حتى عتق أو أسلم الابن ، فإنها تكون للأخ لا لابن ؛ لأنه لم يكن وارثاً حين موته ، وقوله (ملكاً) بالنصب على الحال في الموضعين من الضمير المستتر العائد على الدار لتأوله بمملوسة ، أو على المفعول المطلق على حذف مضاف أي رجعت رجوع ملك .

(تنبيهان) الأول : قصد ببيان صفة رجوع العمري ملكًا الرد على من قال : المعقبة لا ترجع بعد انقراض العقب مطلقاً ، أو على من قال : ترجع المعقبة مراجع الأحياس ، وأما ما في الموطأ من قوله عليه الصلاة والسلام : « أيما رجل أعمار رجلا عمري له ولعقبه » فإنها للذي يعطاها لا ترجع للذي أعطائها أبداً ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارثة ، فلم يأخذ به مالك ؛ لأن عمل أهل المدينة على خلافه . الثاني : علم مما قررنا أن العمري لا تنقيد بالعقار ، كما لا تنقيد بعمر المعمر بفتح الميم ولا بلفظ أعمرتك ، فلو قال له : وهبت لك غلتها مدة عمرك كانت عمري .

وجاء في الشرح الكبير (١٠٩/٤ ، ١١٠) : « (الرقبى) بضم الراء وسكون القاف وبالباء الموحدة فلا تجوز في حبس ولا ملك وهي من المراقبة كأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وأفاد المصنف تفسيرها بالتمال بقوله (كذوي دارين) أو عبيدين ، أو دار وعبد (قالوا) أي قال كل منهما لصاحبه في عقد واحد (إن مت قبلي فهما) أي دارك وداري (لي ، والا) بأن مت قبلك (فلك) ولا يخفى أن دار كل ملك له فالمراد إن مت قبلي فدارك لي مضمومة لداري ، وإن مت قبلك فداري لك مضمومة لدارك وإنما منع لما فيه من الخروج عن وجه المعروف إلى المخاطرة ، فإن وقع ذلك واطلع عليه قبل الموت فسخ ، وإن لم يطلع عليه إلا بعد الموت رجعت لوارثه ملكاً ولا ترجع مراجع الأحياس لفساد العقد ، وشبه في المنع قوله (كهيئة نخل) لشخص (واستثناء ثمرتها) أي استثنى الواهب ثمرتها (سنين) معلومة ، أو سنة فلا مفهوم للجمع على الأصح (و) الحال أن الواهب شرط أن يكون (السقي) في تلك المدة (على الموهوب له) وعلة المنع الجهل بعوض السقي ؛ إذ لا يدرى ما يصير إليه النخل بعد تلك الأعوام في نظير سقيه فإن وقع واطلع على ذلك قبل التغير فسخ وردت النخل بثمرتها لربها ورجع الموهوب له بقيمة سقيه وعلاجه ، وإن فاتت بتغير ملكها الموهوب له بقيمتها يوم وضع يده عليها ورجع على الواهب بمثل ما أكل من الثمر إن عرف ، وإلا بقيمتها .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٣٩٩/٥ ، ٤٠٠) : « (وإذا قال : داري لك عمري . أو هي لك عمرك . فهي له ولورثته من بعده) العمري والرقبى : نوعان من الهبة ، يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره . وصورة العمري أن يقول الرجل : أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمري ، أو ما عاشت ، أو مدة حياتك ، أو ما حييت ، أو نحو هذا . سميت عمري لتقيدها بالعمر . والرقبى أن يقول : أرتبكت هذه الدار ، أو هي لك حياتك ، على أنك إن مت قبلي عادت إلي ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك . فكأنه يقول : هي لآخرنا موتاً . وبذلك سميت رقبى ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . وكلاهما جائز ، في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا تعمرُوا ولا ترقبُوا » .

ولنا : ما روى جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « العمري جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها » رواه أبو داود ، والترمذي . وقال : حديث حسن . فأما النبي ، فإنه ورد على سبيل الإعلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرتبعتم بعد للمعمر والرقب ، ولم يعد إليكم منه شيء . وسياق الحديث يدل عليه ، فإنه قال : « فمن أعمار عمري ، فهي لمن أعمارها حيًا وميتًا وعقبه » . ولو أريد به حقيقة النبي ، لم يمنع ذلك صحتها ؛ فإن النبي إنما يمنح صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة ، أما إذا كان صحة المنهي عنه ضرراً على مرتكبه ، لم يمنح صحته ، =

كالطلاق في زمن الحيض . وصحة العمري ضرر على المعمر ، فإن ملكه يزول بغير عوض . إذا ثبت هذا ، فإن العمري تنقل الملك إلى المعمر . وبهذا قال جابر بن عبد الله ، وابن عمر ، وابن عباس ، وشريح ، ومجاهد ، وطاوس ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وروى ذلك عن علي .

وقال مالك ، والليث : العمري تملك المنافع ، لا تملك بها ربة المعمر بحال ، ويكون للمعمر السكنى ، فإذا مات عادت إلى المعمر . وإن قال : له ولعقبه . كان سكنها لهم ، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر . واحتج بما روى يحيى بن سعيد ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، قال : سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد عن العمري ، ما يقول الناس فيها ، فقال القاسم : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا . وقال إبراهيم بن إسحاق الحرابي ، عن ابن الأعرابي : لم يختلف العرب في العمري ، والرقي ، والإقرار ، والإخبال ، والمنحة ، والعرية . والعارية ، والسكنى ، والإطراق ، أنها على ملك أربابها ، ومنافعها لمن جعلت له ؛ ولأن التملك لا يتأقت ، كما لو باع إلى مدة ، فإذا كان لا يتأقت ، حمل قوله على تملك المنافع ؛ لأنه يصح توريته .

ولنا : ما روى جابر قال : قال النبي ﷺ : « أمسكوا عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ، فإنه من أضر عمري ، فهي للذي أضرها حيا وميتا ولعقبه » . رواه مسلم . وفي لفظ : « قضى رسول الله ﷺ بالعمري لمن وهبت له » . متفق عليه وروى ابن ماجه ، عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا رقي ، فمن أرقب شيئاً ، فهو له حياته وموته » . وعن زيد بن ثابت : « أن النبي ﷺ جعل العمري للوارث » . وقد روى مالك حديث العمري ، في « موطئه » ، وهو صحيح رواه جابر ، وابن عمر ، وابن عباس ، ومعاوية ، وزيد بن ثابت ، وأبو هريرة . وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين ، فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين ، ولا يصح أن يدعى إجماع أهل المدينة ، لكثرة من قال بها منهم ، وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان . وقول ابن الأعرابي : إنها عند العرب تملك المنافع . لا يضر إذا نقلها الشرع إلى تملك الربة ، كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة ، ونقل الظهار والإبلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة . قولهم : إن التملك لا يتأقت . قلنا : فلذلك أبطل الشرع تأقيتها ، وجعلها تملكاً مطلقاً (٤٤٨٦) .

فصل : إذا شرط في العمري أنها للمعمر وعقبه ، فهذا تأكيد لحكمها ، وتكون للمعمر وورثته . وهذا قول جميع الفاتلين بها وإذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضاً ؛ لأنها تملك للربة ، فأشبهت الهيئة . فإن شرط أنك إذا مت فهي لي . فمن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، صحة العقد والشرط ، ومتى مات المعير رجعت إلى المعير . وبه قال القاسم بن محمد ، وزيد بن قسيط ، والزهري ، ومالك ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وابن أبي ذئب ، وأبو ثور ، وداود وهو أحد قولي الشافعي ؛ لما روى جابر ، قال : إنما العمري التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك . فأما إذا قال : هي لك ما عشت . فإنها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه . وروى مالك ، في « موطئه » ، عن جابر ، أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل أضر عمري له ، ولعقبه ، فإنها للذي أعطيتها ، لا ترجع إلى الذي أعطها » ؛ لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث .

وقال القاسم بن محمد : ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم ، والرواية الثانية أنها تكون للمعمر ولورثته ، ويسقط الشرط . وهذا قول الشافعي الجديد ، وقول أبي حنيفة . وهو ظاهر المذهب . نص عليه أحمد ، في رواية أبي طالب ؛ للأحاديث المطلقة التي ذكرناها ، وقول رسول الله ﷺ : « لا رقي ، فمن =

= أرقب شيئاً ، فهو له في حياته وموته . وقال مجاهد : الرقبى أن يقول هي لآخر مني ومنك موتاً . وروى الإمام أحمد ، بإسناده ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لا عمرى ، ولا رقبى ، فمن أقرّب شيئاً ، أو أرقبه ، فهو له حياته وموته » وهذا صريح في إبطال الشرط ؛ لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله . وأما حديثهم الذي احتجوا به ، فمن قول جابر نفسه ، وأما نقل لفظ النبي ﷺ قال : أسسكو عليكم أمركم ، ولا تفسدوها ، فإنه من أقرّب عمرى فهي للذي أقرّبها شيئاً وميتاً ، ولعقبه . ولأننا لو أجزنا هذا الشرط ، كانت هبة مؤقتة ، والهبة لا يجوز فيها التأقيت ، ولم يفسدها الشرط ؛ لأنه ليس بشرط على الممر ، وإنما شرط ذلك على ورتته ، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه ، لم يؤثر فيه ، وأما قوله في الحديث الآخر : إنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث . فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن ، كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي ﷺ إنه قضى في من أقرّب عمرى له ولعقبه ، فهي له بئله ، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية . قال أبو سلمة : لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث . (٤٤٨٧) .

فصل : والرقبى هي أن يقول : هذا لك عمرك ، فإن مت قبلي رجعت إلي ، وإن مت قبلك فهو لك ، ومعناه هي لآخرنا موتاً . وكذلك فسرها مجاهد . سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . وقد روي عن أحمد أنه قال : هي أن يقول : هي لك حياتك ، فإذا مت فهي لفلان ، أو هي راجعة إلي . والحكم فيها على ما تقدم ذكره ، وأنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى الممر . وقال علي ؓ : العمرى والرقبى سواء . وقال طائوس : من أرقب شيئاً فهو على سبيل الميراث ، وقال الزهري : الرقبى وصية . يعني أن معناها إذا مت فهذا لك . وقال الحسن ، ومالك وأبو حنيفة : الرقبى باطلة ؛ لما روي أن النبي ﷺ أجاز العمرى ، وأبطل الرقبى . ولأن معناها أنها لآخر منا ، وهذا تمليك معلق بخاطر ، ولا يجوز تعليق التمليك بالخاطر . ولنا ما روينا من الأخبار ، وحديثهم لا يعرفه ، ولا نسلم أن معناها ما ذكره ، بل معناها أنها لك حياتك ، فإن مت رجعت إلي فتكون كالعمرى سواء ، إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب ، إن مات المرقب قبله ، وهذا يبين تأكيدها على العمرى .

(٤٤٨٨) فصل : وتصح العمرى في غير العقار ، من الحيوان ، والنبات ؛ لأنها نوع هبة ، فصحت في ذلك ، كسائر الهبات . وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية : فلا أرى له وطأها . قال القاضي : لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها ، لكن على طريق الورع ؛ لأن الوطء استباحة فرج ، وقد اختلف في صحة العمرى ، وجعلها بعضهم تمليك المنافع ، فلم ير له وطأها لهذا ، ولو وطئها كان جائزاً . (٤٤٨٩) .

فصل : وإن وقت الهبة إلى غير العمرى والرقبى ، فقال : وهبتك هذا لسنة ، أو إلى أن يقدم الحاج ، أو إلى أن يبلغ ولدي ، أو مدة حياة فلان . ونحو هذا لم يصح ؛ لأنها تمليك للرقبة ، فلم تصح مؤقتة ، كالبيع ، وتفرق العمرى والرقبى ؛ لأن الإنسان إنما يملك الشيء عمره ، فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو مؤقت به في الحقيقة ، فصار ذلك كالمطلق . وإن شرط رجوعها إليه بعد ذلك ، كان شرطاً على غير الموهوب له ، بخلاف غيره . (وإن قال : سكنها لك عمرك ، كان له أخذها أي وقت أحب ؛ لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى) ، أما إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك ، أو أسكنها عمرك ، أو نحو ذلك ، فليس ذلك بعقد لازم ؛ لأنه في التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفى بمضي الزمان شيئاً فشيئاً ، فلا تلازم إلا في قدر ما يقبض منها واستوفاه بالسكنى ، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأبهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء ، وجماعة أهل =

٢٩٦٣ - وقد عرفت من الكلام على أركان الهبة أن الإيجاب فيها ليس له لفظ مخصوص ، بل الغرض الإتيان بما يدل على معناها ، وهو التملك بغير عوض .

٢٩٦٤ - ولذا قال الفقهاء : إن العمرى من الألفاظ التي تتعقد بها الهبة بخلاف الرقبى والعمرى ، في اللغة بضم العين اسم مصدر من الأعمار يقال : أعمارته الدار عمرى ، أي : جعلتها له يسكنها مدة عمره .

٢٩٦٥ - وفي الشريعة : جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته إذا مات المعمر له ، أو المعمر ، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية متبعين ما اشترطوه فجاء الشرع الإسلامي وأبطل الرد على المعطي إذا مات الآخذ ، أو على ورثته إذا مات بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « من أعمار عمرى فهي لمعمره في حياته وموته ، لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » ^(١) .

٢٩٦٦ - ولأن معنى العمرى التملك في الحال وجعلها له مدة عمره ، فإذا مات ترجع إليه فصح التملك وبطل الشرط لقولهم : إن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد ، بل يبطل الشرط .

٢٩٦٧ - والرقبى بضم الراء اسم مصدر من المراقبة ، وهي في اصطلاح الفقهاء : أن يقول شخص لآخر داري لك رقبى إن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي فهي لي ، أي : فكأنه قال : أرقب حياتي ، فإذا مت وأنت حي فهي لك .

٢٩٦٨ - فيكون فيها تعليق التملك بالشرط ، فلا يصح ؛ ولذا كانت غير جائزة

= الفتوى ، منهم ؛ الشعبي ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن حفصة . وقال الحسن ، وعطاء ، وقتادة : هي كالعمرى ، تكون له ولعقبه ؛ لأنها في معنى العمرى ، فثبت فيها مثل حكمها .

وحكي عن الشعبي أنه إذا قال : هي لك ، اسكن حتى تموت ، فهي له حياته وموته ، وإن قال : داري هذه اسكنها حتى تموت ؛ فإنها ترجع إلى صاحبها ؛ لأنه إذا قال : هي لك . فقد جعل له رقبته ، فتكون عمرى . فإذا قال : اسكن داري هذه ، فإنما جعل له نعمها دون رقبته ، فتكون عارية .

ولنا أن هذا إباحة المنافع ، فلم يقع لازماً كالعارية ، وفارق العمرى فإنها هبة للرقبة . فأما إذا قال : هذه لك ، اسكنها حتى تموت ، فإنه يحتمل لك سكنها حتى تموت ، وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد السكنى ، فأشبه ما لو قال : هذه لك سكنها ، وإذا احتمل أن يريد به الرقبة ، واحتمل أن يريد السكنى ، فلا نزاع ملكه بالاحتمال .

(١) السنن الكبرى للبيهقي (١٧٥/٦) .

بمعنى أنها لا تفيد الملك للمرقب له بدليل الحديث المتقدم الذي فيه : « لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » .

٢٩٦٩ - أي : فطريق الشيء المرقب طريق الميراث عن المرقب بكسر القاف ، وإذا لم تصح الرقبي بهذا المعنى تكون عارية فإذا سلمها إليه جاز له الانتفاع بها ، فظهر مما تقدم أن الفرق بين العمرى والرقبي ، هو أن العمرى وجد فيها التملك في الحال واشترط الرد في المال ، والرقبي علق فيها التملك بالشرط وهو موت المرقب والمرقب له حي ، فتكون كالوصية .

٢٩٧٠ - وإنما لم يجعلوها مثلها ، لأنه لم يعلقها بمطلق موته كالوصية ، بل بشرط أن يموت والمرقب له حي كذا قالوا .

٢٩٧١ - وأنت خبير بأن هذا الفرق غير ظاهر ؛ لأن الموصى به لا يملكه الموصى له إلا إذا مات الموصى وهو حي فالشرط موجود وإن لم يصرح به اللهم إلا إذا كان هناك فرق بين التصريح بالشيء ، وعدم التصريح به ، وإن كان ثابتاً في نفسه .

٢٩٧٢ - وقال أبو يوسف : الرقبي صحيحة فنفيد الملك في الحال ويبطل الشرط .

٢٩٧٣ - ولكن قال العلماء : إن هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تفسير الرقبي ، فالإمام ومحمد فسراها بما تقدم ، وهو : تعليق الملك على الموت والمرقب له حي .

٢٩٧٤ - وأبو يوسف فسرها بأنها تملك للحال واشترط الاسترداد بعد الموت فتكون كالعمرى ، فلو نظر كلا منهما لما نظر إليه الآخر لقال بما قال ، فلا خلاف في الحقيقة ؛ لأن اللفظ صالح للمعنيين .

الفصل الثاني

فيما تجوز هبته وما لا تجوز

(مادة ٥٠٤)

هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة صحيحة تُفِيدُ المَلِكَ بِقَبْضِهَا ، بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ المَوْهُوبُ مَقْلُومَ المِقْدَارِ ، وَالمَشَاعُ الَّذِي لَا يَقْبَلُ القِسْمَةَ هُوَ الَّذِي يَصْرُهُ التَّبْعِيضُ وَلَا يَبْقَى مُنْتَقِعًا بِهِ أَصْلًا بَعْدَ القِسْمَةِ ، أَوْ لَا يَبْقَى مُنْتَقِعًا بِهِ بَعْدَهَا انْتِفَاعًا مِنْ جِنْسِ الانْتِفَاعِ الَّذِي قَبْلَهَا (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهره النيرة (١/٣٢٥ ، ٣٢٦) : (ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة) ، وكذا الصدقة ، وتجوز فيما لا يقسم ولا فرق في ذلك بين الشريك وغيره يعني إذا وهب من شريكه لا يجوز ومعنى قوله لا تجوز أي لا يثبت الملك فيها ؛ لأنها في نفسها وقعت جائزة لكن غير مثبتة للملك قبل تسليمها محوزة فإنه لو قسمها وسلمها مقسومة صحت قوله : (وهبة المشاع في ما لا يقسم جائزة) كالعبد والثوب وأشياء ذلك ؛ لأن الإشاعة فيما لا يحتمل القسمة غير مؤثرة في الهبة بخلاف الرهن فإنه لو رهن مشاعًا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢/٤٨١) : (و تجوز هبة مشاع) وإن كان (لا ينقسم) كعبد (و هبة) مغضوب لقادر) على انتزاعه (فإن لم يقدر) عليه (فوجهان) رجع منهما الرافعي وغيره المنع كالبيع . قول الخنابلة : جاء في المغني (٥/٣٨٣) : (وتصح هبة المشاع . وبه قال مالك ، والشافعي . قال الشافعي : سواء في ذلك ما أمكن قسمته ؛ أو لم يمكن . وقال أصحاب الرأي : لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته ؛ لأن القبض شرط في الهبة ؛ ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه . فإن كان ما لا يمكن قسمته ، صحت هبته ؛ لعدم ذلك فيه . وإن وهب واحد اثنين شيئًا مما ينقسم ، لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند صاحبيه . وإن وهب اثنان اثنين شيئًا مما ينقسم ، لم يصح في قياس قولهم ؛ لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع . ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنم منهم ، قال رسول الله ﷺ : ما كان لي ولبني عبد المطلب ، فهو لكم . رواه البخاري . وهذا هبة مشاع وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن مجده ، قال : سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر ، فقال : أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لي ، فقال النبي ﷺ : ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك .

وروى عمير بن سلمة الضمري ، قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ حتى أتينا الروحاء ، فرأينا حمار وحش معقورا ، فأردنا أخذه ، فقال رسول الله ﷺ : دعوه ، فإنه يوشك أن يجيء صاحبه . فجاء رجل من بهز ، وهو الذي عقره ، فقال : يا رسول الله ؛ شأنكم الحمار . فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الناس . رواه الإمام أحمد ، والنسائي . ولأنه يجوز بيعه ، فجازت هبته ، كالذي لا ينقسم ؛ ولأنه مشاع ، فأشبه ما لا ينقسم . وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض . لا يصح ؛ فإنه لم يمنع صحته في البيع ، فكذا هاهنا . ومتى كانت الهبة لاثنتين ، فقبضاه بإذنه ، ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ، ثبت الملك في نصيبه دون نصيب صاحبه .

٢٩٧٥ - اعلم أن الموهوب إما أن يكون غير مشاع وغير متصل بغيره ، وإما أن يكون مُشاعًا أو مُتصلًا بغيره والمشاع إما أن يكون غير قابل للقسمة أو قابلاً لها ، والمتصل بغيره إما أن يكون اتصالاً خلقياً أو اتصالاً مجاورة وكل له حكم يخصه واليك البيان :

٢٩٧٦ - إذا كان الموهوب غير مشاع وغير متصل بغيره كبيت غير مشغول بمتاع الواهب أو أرض ليست مشغولة بزرع أو غرس مثلاً صحت الهبة وملكت بالقبض .

٢٩٧٧ - وإذا كان الموهوب مشاعاً فيما لا يحتمل القسمة كنصف فرس أو نصف حمام أو بيت صغير كان حكمه كحكم كحكم غير مشاع من أنه يفيد الملك بالقبض ولكن لا بد لصحة الهبة من أن يكون الموهوب معلوم القدر كالنصف والربع والسدس مثلاً ، فلو كان غير معلوم القدر كما إذا وهبه نصيبه من هذا بيت مثلاً وهما لا يعلمانه لم تكن الهبة صحيحة .

٢٩٧٨ - وإذا كان الموهوب مشاعاً فيما يحتمل القسمة كنصف بيت أو حمام كبير أو عشرة أفدنة من الأرض كانت الهبة صحيحة غير تامة على الصحيح . وإن كان بعضهم يقول : إنها فاسدة . وعلى كل فلا تفيد هبته الملك بالقبض مشاعاً في غير الموهوب بأن يقبض الكل بل لا بد لذلك من القسمة وإفراز الموهوب من غيره .

٢٩٧٩ - وينبغي على ذلك ما يأتي :

٢٩٨٠ - أولاً : إذا تصرف فيها الواهب ببيع أو غيره نفذ تصرفه ولا يكون للموهوب له حق في المعارضة .

٢٩٨١ - ثانياً : للواهب استردادها من الموهوب له ، وهذا الحق وإن كان ثابتاً للواهب ولو الهبة صحيحة تامة ويكون ذلك بالرجوع فيها ولكن لا يشترط في هذه الحالة ما يشترط في صحة الرجوع من التراضي أو قضاء القاضي فلو هلك الموهوب بعد طلب الرد وتمكن الموهوب له منه ولم يفعل كان عليه الضمان وإذا مات الواهب قبل الاسترداد ثبت هذا الحق للورثة كما كان ثابتاً لمورثهم ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم من الواهب .

٢٩٨٢ - ثالثاً : إذا هلك الموهوب عند الموهوب له أو استهلكه كان للواهب الحق في أخذ البديل منه .

٢٩٨٣ - رابعاً : إذا تصرف الموهوب له فيه بالبيع مثلاً فلا ينفذ تصرفه . وبعضهم يقول : الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض ومن باب أولى ما إذا كانت صحيحة غير تامة

كهبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، وأفتى بهذا كثيرون من الحنفية وهو الظاهر لوجود التسليط من الواهب ؛ لأن الموضوع أن القبض بإذنه .

٢٩٨٤ - والفرق بين المشاع الذي لا يحتمل القسمة والذي يحتملها أن الأول هو الذي يضره التبعيض ولا يبقى منتفعا به أصلاً بعد القسمة أو لا يبقى منتفعا به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبلها .

٢٩٨٥ - وإن الثاني هو الذي لا يضره التبعيض ، بل يبقى منتفعا به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبلها ، فالشيء الذي لا يبقى منتفعا به بعد القسمة أصلاً كالحيوان والذي يكون منتفعا به بعدها انتفاعاً يخالف الانتفاع الأول مثل البيت والحمام الصغيرين فإن البيت الصغير إذا قسم ربما ينتفع به مخزناً أو مربطاً أو حانوتاً ؛ ولكنه لا ينتفع به للبيتوتة كالانتفاع السابق ، وكذا الحمام الصغير إذا قسم يمكن أن يجعل بيتاً أو حانوتاً مثلاً ؛ ولكن لا يبقى حتماً كما كان فهو مما لا يقسم بخلاف الحمام الكبير الذي يمكن أن يقسم ويجعل له موقد ثان فهو مما يقسم واحتياجه إلى موقد ثان لا يخرج عن كونه قابلاً للقسمة حيث أمكن أن يتخذ له كالمقسم الذي يحتاج إلى طريق أو مسيل ويمكن فيه ذلك فإنه قابل للقسمة ^(١) .

(مادة ٥٠٥)

هَبَةُ الْمَشَاعِ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَا تُفِيدُ الْمَلِكَ بِالْقَبْضِ، وَلَوْ كَانَتْ لِلشَّرِيكِ، إِلَّا إِذَا قُسِمَ الْمَوْهُوبُ، وَسَلِمَ مُفْرَزًا عَنْ غَيْرِ الْمَوْهُوبِ لَا مُتَّصِلًا بِهِ وَلَا مَشْفُوعًا بِمَلِكِ الْوَاهِبِ .
وَالْمَشَاعُ الَّذِي يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ : مَا لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ ، بَلْ يَبْقَى مُنْتَفِعًا بِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ
انْتِفَاعًا مِنْ جِنْسِ الْانْتِفَاعِ الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ ^(٢) .

• • •

٢٩٨٦ - وقال الإمام الشافعي : إن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها صحيحة ؛ لأن الهبة عقد تملك والحل قابل له فأشبهت البيع وكونه تبرعاً لا ينافي الملك

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢١٧) تجوز هبة المشاع سواء كان قابلاً للقسمة أو لم يكن .

(٢) ينظر تعليقتنا على المسألة السابقة .

في الشيوخ مثل الوصية وتسليمه ممكن إما بالتخلية أو بتسليم الكل إليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة .

٢٩٨٧ - واستدل الحنفية على أن الموهوب لا بد أن يكون مقسوماً أو مشاعاً فيما لا يحتمل القسمة بأن القبض منصوص عليه في الهبة بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » ^(١) . فلا تتم إلا به والقبض إنما يكون في المقسوم وكذا في المشاع الذي لا يقسم ؛ لأن قبض كل شيء بحسبه والمشاع الذي لا يقبل القسمة لا يكون قبضه إلا مشاعاً فاكفني به وتمت الهبة .

٢٩٨٨ - أما المشاع الذي يقبل القسمة فإنه يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملاً إذ هو المطلوب ؛ لأن القبض ثبت مطلقاً والمطلق يتناول الكامل فقط والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه ؛ لأن القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه ؛ لأنه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه وتماه لا يحصل إلا بالقسمة ؛ لأن الأنصاء بها تتميز وتجتمع فما لم تجتمع لا يصير محرراً ويكون إحراره ناقصاً فلا ينهض لإفادة الملك ولا يخفى عليك بعد فهم الدليلين الميل إلى أحد المذهبين .

٢٩٨٩ - وبعضهم يقول : إن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة غير تامة فلا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك ، ويخصصها بعضهم بغير الشريك ، مستدلاً بتصور قبض الشريك مع الشيوخ ؛ لأن نصيبه في يده فيمكنه قبض النصيب الثاني مشاعاً بخلاف غير الشريك وهو الظاهر .

٢٩٩٠ - ولذا قال بعضهم : إنه المختار وإن كان أكثر الكتب على خلافه .

٢٩٩١ - والشيوخ المانع من تمام القبض في الهبة هو الشيوخ المقارن للعقد كهبه نصف البيت الكبير أو استحقاق بعض الموهوب ، أما الشيوخ الطارئ فلا يترتب عليه شيء ؛ لأنه حدث بعد وجود القبض وتماه الهبة فلا يؤثر شيئاً ، فرجوع الواهب في بعض الهبة لا يضر لظروف الشيوخ ، ومن الشيوخ الطارئ ما لو وهب داراً في مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة بطلت الهبة في الثلثين وبقيت في الثلث .

(مادة ٥٠٦)

إِذَا كَانَ الْمُؤْهَبُ مُتَّصِلًا بِحَقِّ الْوَاهِبِ اتَّصَلَ خِلْفَتُهُ وَتَمَكَّنَا فَضْلُهُ مِنْهُ ، فَلَا تَصِحُّ هِبَتُهُ شَاغِلًا كَانَ أَوْ مَشْغُولًا ، مَا لَمْ يَفْصِلْهُ الْوَاهِبُ وَيُسَلِّمَهُ لِلْمُؤْهَبِ لَهُ ، أَوْ يَسَلِّطَهُ عَلَى فَضْلِهِ وَقَبْضِهِ وَيَفْصِلَهُ وَيَقْبِضَهُ بِالْفِعْلِ .

وَإِذَا كَانَ الْمُؤْهَبُ مُتَّصِلًا بِمِلْكِ الْوَاهِبِ اتَّصَلَ مُجَاوِزَةً ، فَإِنْ كَانَ مَشْغُولًا بِهِ ، فَلَا تَجُوزُ هِبَتُهُ وَخَدَهُ إِلَّا بِفَضْلِهِ . وَإِنْ كَانَ شَاغِلًا لَهُ ، جَاوَزَتْ هِبَتُهُ وَخَدَهُ إِذَا قَبِضَهُ ، وَلَوْ بِالتَّخْلِيَةِ بِلَا فَضْلٍ .

وَإِنْ قَبِضَ الْمُؤْهَبُ لَهُ الْعَيْنَ الْمُؤْهَبَةَ شَائِعَةً بِدُونِ فَضْلِهَا ، فَلَا يَتَّفِقُ فِيهَا تَصَرُّفُهُ ، وَيَضْمَنُهَا إِنْ هَلَكَتْ أَوْ اسْتَهْلِكَتْ ، وَيَكُونُ لِلْوَاهِبِ حَقُّ التَّصَرُّفِ فِيهَا وَاسْتِزَادَاذَا هُوَ أَوْ وَرَثَتُهُ ، وَلَوْ كَانَ الْمُؤْهَبُ لَهُ ذَا رَجْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٢٤/٦ ، ١٢٥) : ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر ، أو الشجر دون الأرض ، أو حلية السيف دون السيف ، أو القفيز من الصبرة ، أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض ، ففصل وقبض فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ؛ ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا ؛ لأن الإيجاب لم يقع صحيحاً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الإذن بالقبض وإن قبض بإذنه يجوز استحساناً ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد إذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً وعندنا يحتمل الجواز بإسقاط المفسد مقصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقتين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع . وكذلك إذا وهب ديناً له على إنسان لآخر أنه إن قبض الموهوب له بإذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً ، والقياس أن لا يجوز ، وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم ، وإن قبضه بحضرته ولم ينه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين . (ووجه) الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالة الإذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الإذن إلا بقبضه ، لأن دلالاته بواسطة دلالة قصد التمليك ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض لأنه إذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضاً للواهب أولاً ويصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرنا واهياً بملك نفسه ، والموهوب له قابضاً ملك الواهب فصحت الهبة والقبض ، وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فلا يجوز قبض الموهوب =

= له فهو الفرق بين الفصلين . ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب ؛ لأن معنى القبض وهو استمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل ، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز ؛ لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد ، قيل : الحيلة في صحة التسليم أن يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أو لا ويخلى بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار إليه فتجوز الهبة فيها ؛ لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له ، وفي هذه الحيلة إشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم . ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغاً جاز ، وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد ؛ لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة ؛ لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار ، والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افتراقاً فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعاً صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعاً ؛ لأن التسليم قد صح فيهما جميعاً فإن فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو إما إن جمع بينهما في التسليم وأما إن فرق فإن جمع جازت الهبة فيهما جميعاً وإن فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك وروعي فيه الترتيب إن قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز ؛ لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع ؛ لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ، ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعاً أما في المتاع فلأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه وأما في الدار فلأنها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض .

وعلى هذا الأصل أيضاً يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيواناً واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز ؛ لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره ، وإنها غير جارية ؛ لأنه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولاً بغيره يمنع صحة القبض ، ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الأم يجوز ، وذكر في العتاق أنه لو دير ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال في المسألة روايتان .

(وجه) رواية عدم الجواز أن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب .

(وجه) رواية الجواز وهي رواية الكرخي أن حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد ؛ لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله إياه ظاهراً وهذا معنى الاستثناء ، ولو استثناه لفظاً جازت الهبة في الأم فكذا إذا كان مستثنى في المعنى ومنهم من قال في المسألة رواية واحدة وقرق بين الإعتاق والتدبير .

(ووجه) الفرق أن المدير مال المولى فإذا وهب الأم فقد وهب ما هو مشغول به مال الواهب فلم يجز كهبة دار فيها متاع الواهب ، وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب داراً فيها ثمر جالس وإذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ، ومنها أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء ؛ لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور ، وبغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع ، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع ، أو شجراً عليها ثمر دون الثمر ، أو وهب الزرع دون الأرض ، أو الثمر دون الشجر ، وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز ؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ، ولو جاز الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغاً جاز ؛ لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع =

= بينهما في الهبة فوهبها جميعاً وسلم متفرقاً جاز ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على جدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فإن جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعاً وإن فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعاً قدم أو أخر سواء .

بخلاف الفصل الأول ؛ لأن المانع من صحة القبض هنا الاتصال ، وأنه لا يختلف المانع هناك الشغل وأنه يختلف نظير هذا ما إذا وهب نصف الدار مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل أنه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا ، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب صَوْفاً على ظهر غنم أنه لا يجوز ؛ لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة القبض ولو جره وسلمه جاز لزوال المانع والله ﷻ أعلم . وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حَمْل بدون الحمل لا تجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فأرغماً جاز ما قلنا بخلاف هبة ما في بطن جاريتيه أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمس أو زيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يطل وإن سلطه على قبضه عند الولاية أو عند استخراج ذلك ؛ لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هبتها ، وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل ، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطاً ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً .

(وجه) القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع .

(وجه) الاستحسان أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ، ومن هو في عياله وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد ذنب أو لا فالقبض إلى العبد والمملك للمولى في المقبوض ؛ لأن القبض من حقوق العقد ، والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه ؛ ولأن الأصل في بني آدم الحرية والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد ، فبقي فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد ، وكسب العبد الثمن للمولى ، وكذلك المكاتب إذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في الفن فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى ؛ لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان : قبض بطريق الأصالة ، وقبض بطريق النيابة .

(أما) القبض بطريق الأصالة فهو أن يقبض بنفسه نفسه وشروط جوازه العقل فقط على ما بينا .
 (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان : نوع يرجع إلى القابض ، ونوع يرجع إلى نفس القبض أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وشروط جوازه الولاية بالحجر والعملة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده سواء كان الصبي في عيال هؤلاء أو لم يكن ، فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم ؛ لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له .

= وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية ؛ لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية الإنكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه كالأخ والعم والأم ونحوهم أو أجنبيًا ؛ لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي ، فقيام ولاية التصرف لهم تمتع ثبوت حق القبض لغيرهم فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحسانًا ، والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبيًا كان أو ذا رحم محرم منه قياسًا واستحسانًا ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة ، فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي .

(وأما) من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلًا فلا يجوز قبضه له كالأجنبي ، والقبض للصبي إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضًا استحسانًا ؛ لأنها في عياله لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره .

(وأما) الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه ؛ لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذ المتماثلان غيران ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فثبت المناوبة مقتضى المائثلة ، وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا في مسائل إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية فوهب منه جازت الهبة وصار قابضًا بنفس العقد ، ووقع العقد والقبض معًا ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحسانًا والقياس أن لا يصير قابضًا ما لم يجدد القبض وهو أن يخلي بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد .

(وجه) القياس أن يد المودع إن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كأنه وهب ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية .

(وجه) الاستحسان أن القبضين متماثلان ؛ لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فمائل القابضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير ؛ لأن قبضهما لا ينوب عن قبض البيع ؛ لأن قبض الهبة أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ، ولو كان الموهوب في يده مغضوبًا أو مقبوضًا ببيع فاسد أو مقبوضًا على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد ، وهو أصل القبض وزيادة ضمان . ولو كان الموهوب مرهونًا في يده ذكر في الجامع أنه يصير قابضًا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة ؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضًا فيمتثلان فتاب أحدهما عن الآخر ، ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدئنه على الراهن .

وذكر الكرخي أنه لا يصير قابضًا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة ؛ لأن قبض الرهن وإن كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الإبراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض =

٢٩٩٢ - وإذا كان الموهوب متصلاً بحق الواهب فإما أن يكون شاغلاً أو مشغولاً وعلى كل فإما أن يكون الإتصال خلقياً أو اتصال مجاورة فإن كان الاتصال خلقياً فلا تصح الهبة ولا تفيد الملك بالقبض ، سواء كان الموهوب مشغولاً بغيره أو شاغلاً له ما لم يفصله الواهب ويسلمه للموهوب له أو يسلمه على فصله وقبضه ويفصله الموهوب له ويقبضه بالفعل .

٢٩٩٣ - فإذا كان لشخص أرض وله فيها زرع فلا تصح هبة الأرض بدون الزرع ولا الزرع بدون الأرض إلا بالشرط المتقدم ؛ لأن الأرض مشغولة بالزرع ، وهو شاغل لها والاتصال خلقي ومثله الثمر على الشجر والسبب في ذلك ما تقدم في هبة المشاع ؛ لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد فكانت هبة أحدهما بدون الآخر

= ضمان فاختلف القبضان فلا يتاوان بخلاف المعصوب والمقبوض على سوم الشراء ؛ لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض بغير ضمان ، فمائل القابضان فيتاوان ولو كان مبيعاً قبل القبض فوهب من البائع جاز ، ولكن لا يكون هبة بل يكون إقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل إقالة بل يبطل أصلاً ورأساً والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ، ولو نحل ابنه الصغير شيئاً جاز ويصير قابضاً له مع العقد ، كما إذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلي لقوله ﷺ : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ .

(وأما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف : العدل في ذلك أن يسوي بينهم في العطفة ولا يفضل الذكر على الأنثى ، وقال محمد : العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في الموارث للذكر مثل حظ الأنثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرح مختصر الطحاوي وذكر محمد في الموطأ ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النحل ولا يفضل بعضهم على بعض .

وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روي أن بشيراً أبا النعمان أتى بالنعمان إلى رسول الله ﷺ فقال : إني نحلته ابني هذا غلاماً كان لي فقال له رسول الله ﷺ : « كل ولدك نحلته مثل هذا » فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام : « فأرجمه » وهذا إشارة إلى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ؛ ولأن في التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم ؛ لأنه تصرف في خالص ملكه لا حق لأحد فيه إلا أنه لا يكون عدلاً سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس أن يعطي المتأدين والمتفقين دون الفسقة الفجرة .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢ / ٤٨١) : « فنجوز هبة أرض مزروعة مع زرعها و (هبة أحدهما دون الآخر ولو قبل) بدو (الصلاح) ولو (بلا شرط قطع) ذكر عدم شرط القطع من زيادته وهو إن صح إنما يصح في هبة الزرع وحده » .

كهبة مشاع فيما يحتمل القسمة .

٢٩٩٤ - وإن كان الاتصال اتصال مجاورة فإن كان الموهوب مشغولاً بغيره فلا تصح هبته إلا بفصل الموهوب من غيره وتسليمه بالفعل .

٢٩٩٥ - وإن كان الموهوب شاغلاً لغيره جازت هبته وحده إذا قبضه ولو كان القبض بالتخلية فلا يشترط فيه التمييز فإذا كان لشخص بيت فيه متاع له فلا تصح هبة البيت وحده إلا بإخلائه وتسليمه إلى الموهوب له ؛ لأنه مشغول بما ليس بموهوب فلا يصح تسليمه إلا بالإخلاء من المتاع .

٢٩٩٦ - وإن وهب المتاع الموجود فيه صحت الهبة وإن لم يفصله من البيت ؛ لأن المتاع شاغل له بل يكفي فيه بالتخلية وهي أن يخلى الواهب بينه وبين المتاع على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع منه ، ومن هذا القبيل ما إذا وهب الدابة المسرجة بدون سرجها أو السرج بدونها إذ الدابة مشغولة والسرج شاغل .

٢٩٩٧ - وإنما فرقوا هنا بين الشاغل والمشغول ؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصاناً في القبض بخلاف الدابة فإنها تستعمل بدونها هكذا قالوا فانظر وتأمل .

(مادة ٥٠٧)

كُلُّ مَا كَانَ فِي حُكْمِ الْمَعْدُومِ ، فَلَا تَجُوزُ هِبَتُهُ أَضْلاً ، كَدَقِيقِي فِي بُرٍّ ، وَدُهْنِي فِي سَمْسِمِ ، وَسَمْنِي فِي لَبَنٍ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٣٢٦/١) : « ولو وهب دقيقاً في جنطة أو دهناً في سمس فالبهية فاسدة فإن طحن وسلم لم يجز » ؛ لأن الموهوب معدوم ، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف المشاع ؛ لأن المشاع محل للملك ولهذا يجوز بيع المشاع وبيع الدقيق في الجنطة ، والدهن في السمس لا يجوز بيعه فكذا هبته قال في الهداية : « هبة اللبن في الضرع والصفوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والثمر في النخل بمنزلة المشاع ؛ لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع فإن أذن للموهوب له في القطع والقبض جاز وجعل في الكرخي اللبن في الضرع بمنزلة هبة الدهن في السمس قال فيه : ولو وهب ما في بطن جاربه أو ما في بطون غنمه أو ما في ضروعها من اللبن أو دهناً في سمس وسلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراجه لم يجز ؛ لأن الموهوب لم يصح العقد عليه فلا تجوز هبته كما لا يجوز تبينه ، قال : وليس كذلك هبة المشاع إذا قسم ؛ لأنه يجوز العقد عليه حتى يجوز بيعه » .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٥٦٤ ، ٥٦٣/٣) : (و) كل (ما جاز بيعه جاز هبته) بالأولى ؛ لأن بابها أوسع . فإن قيل : لم حذف المصنف التاء من جاز هبته ، . أجب بأن تأنيث الهبة غير حقيقي أو لمشاكلة جاز بيعه .

تبيه : يستثنى من هذا الضابط مسائل : منها الجارية الموهونة إذا استولدها الراهن أو أعتقها ، وهو معسر فإنه يجوز بيعها للضرورة ، ولا يجوز هبتها لا من المرتهن ولا من غيره . ومنها بيع الموصوف سلفاً في الذمة جائز ، ويمتنع هبته كوهبتك ديناراً في ذمتي ثم يعينه في المجلس . ومنها المكاتب يصح بيعه ما في يده ولا تصح هبته . ومنها القيم والوصي على مال الطفل يصح منهما بيع ماله لا هبته . ومنها هبة المنافع فإنها تباع بالإجارة ، وفي هبتها وجهان : أحدهما أنها ليست بتملك بناء على أن ما وهب منافعه عارية وهو ما جزم به الماوردي وغيره ورجحه الزركشي ، والثاني : أنها تملك بناء على أن ما وهب منافعه أمانة ، وهو ما رجحه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما وهو الظاهر (و) كل (ما لا) يجوز بيعه (كمجهول ومغضوب) لغير قادر على انتزاعه (وضال) وأبق ، (فلا) تجوز هبته بجامع أنها تملك في الحياة .

تبيه : يستثنى من هذا الضابط مسائل : منها ما استثناه المصنف بقوله (إلا حيتي جنطة ونحوهما) من المحقرات كشعير ، فإنهما لا يجوز بيعهما كما مر في البيع وتجوز هبتهما لانقضاء المقابل فيهما ، وهذا الاستثناء مما زاده على المحرر ولم يذكره في الروضة .

وقال ابن التقيب : إنه سبق قلم ، ففي الرافعي في تعريف اللفظة أن ما لا يتمول كحبة جنطة وزبيبة لا يباع ولا يوهب . لكن قال الأذري وغيره : إن الصحيح المختار ما في المتن وهو كذلك . ومنها إذا لم تعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث ، كما لو خلف ولدين أحدهما حثثي . وقد ذكر الرافعي في الفرائض أنه لو اصطاح الذين وقف المال بينهم على تساوي أو تفاوت جاز . قال الإمام : ولا بد أن يجري بينهم تواهب ، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ولكنها تختم للضرورة . ومنها ما إذا اختلط حمام برجين فوهب صاحب أحدهما نصيبه للآخر فإنه يصح على الصحيح وإن كان مجهول القدر والصفة للضرورة ، ومثل ذلك ما لو اختلطت جنطته بجنطة غيره ، أو مائه بمائه غيره ، أو ثمرته بشمرة غيره . ومنها ما لو قال : أنت في حل مما تأخذ من مالي أو تطعي أو تأكل فإنه يجوز له الأكل دون الأخذ والإعطاء ؛ لأن الأكل إباحة ، وهي تصح مجهولة بخلافها . ومنها صرف الشاة المجمولة أضحية ولبنها كما قاله الروباني ومنها الطعام المغنوم من دار الحرب تجوز هبته للمسلمين بعضهم من بعض ما داموا في دار الحرب ، كما يجوز لهم أكله هناك ، ولا يصح لهم تباعه قاله الزركشي ، وهذه في الحقيقة لا تستثنى ؛ لأن الأخذ لا يملك المأخوذ حتى يملكه لغيره ، وإنما هو مباح للغنم غير مملوك . ومنها الثمار قبل بدو الصلاح تجوز هبتها من غير شرط القطع ، بخلاف البيع ، وكذا الزرع الأخضر قبل اشتداد الحب .

ومنها ما لو وهب الأرض مع بذر أو زرع لا يفرد بالعقد ، فإن الهبة تصح في الأرض وتفرق الصفقة هنا على الأرجح ، والجهالة في البذر لا تضر في الأرض إذ لا ثمن ولا توزيع .

ومنها ما لو باع المتحجر ما تحجره لم يصح على الأصح ؛ لأن حق التملك لا يباع وتجوز هبته ، قاله الدارمي : ولو وهب مرهوناً أو كلباً ولو معلماً ، أو خمراً ولو محترمة ، أو جلد ميتة قبل الدباغ ، أو دهناً نجساً لم يصح =

٢٩٩٨ - وقد تقدم لك عند الكلام على شروط الهبة أن هبة المعدوم غير صحيحة ، ومثل المعدوم ما هو في حكمه وذلك كالدقيق في البر ، والدهن في السمسم ، والسمن في اللبن ؛ لأن هذا الموهوب كالمعدوم ولذا لا يشار إلى الدقيق في البر والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تملكه بالعقد فيكون باطلاً .

٢٩٩٩ - حتى لو طحن البر وسلم الدقيق ؛ لأن الخبطة استحالت وصارت عيئاً أخرى فلا تملك إلا بعقد جديد وكذا غيرها .

٣٠٠٠ - وهذا بخلاف المشاع ؛ لأنه محل للملك ، إلا أنه لا يمكن تسليمه ، فإذا زال المانع جاز ، وإنما جازت الوصية بهذه الأشياء ؛ لأن الوصية بالمعدوم جائزة واللبن في الصُّرع ، والصوف على ظهر الغنم ، والزرع والنخل في الأرض ، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ؛ لأنها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود إلى امتناع القبض كالكاشع فإذا فصل وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين .

= كالبيع ، وما قاله في الروضة في باب الأواني من أن جلد الميتة قبل الدباغ تصح هبته محمول على نقل اليد لا على التملك كما صرح هنا بأن هبته لا تصح ؟
قول المالكية : جاء في المدونة (٤٠١/٤) : « قلت : رأيت إن وهبت لرجل ما تلد جاريتي عشرين سنة ، أنجز هذه الهبة أم لا ؟ »

قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً ، ولكني سمعت مالكا يقول في الذي يهب ثمرة نخله لرجل عشرين سنة أو أقل أو أكثر : إن ذلك جائز إذا حاز الموهوب له النخل ، أو جعلت له على يدي من يَحْوِزُ له ، فالجارية إن كان قبضها أو حازها أو جعلت له على يد من حازها له فذلك جائز ، مثل النخل وإن لم يحزها حتى يموت ربها أو تحاز له فالهبة باطلة . قلت : فالهبة في هذا والصدقة والحبس والنخل سواء أي ذلك كان فهو جائز ، قال : نعم . إذا قبض فهو جائز .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٣/٥ ، ٣٨٤) : « ولا تصح هبة الحمل في البطن ، واللبن في الصرع . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ؛ لأنه مجهول معجوز عن تسليمه . وفي الصوف على الظهر وجهان ، بناء على صحة بيعه . ومتى أذن له في جز الصوف ، وحلب الشاة ، كان إباحة وإن وهب دهن سمسه قبل عصره ، أو زيت زيتونه ، أو جفته ، لم يصح . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ولا تعلم لهم مخالفاً . ولا تصح هبة المعدوم ، كالذي تتمر شجرته ، أو تحمل أمته ؛ لأن الهبة عقد تملك في الحياة ، فلم تصح في هذا كله ، كالبيع . »

(مادة ٥٠٨)

تَصِحُّ هِبَةُ اثْنَيْنِ لِوَاحِدٍ مَشَاعًا مُحْتَمَلًا لِلْقِسْمَةِ بِدُونِ قِسْمَتِهِ .

وَلَا تَصِحُّ هِبَتُهُ مِنْ وَاحِدٍ لِاثْنَيْنِ غَنِيِّنِ ، إِلَّا بَعْدَ قِسْمَتِهِ وَفَرَزَ نَصِيبَ كُلِّ مِنْهُمَا ، سِوَاءَ كَانَا كَبِيرَيْنِ أَوْ صَغِيرَيْنِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا وَالْآخَرُ صَغِيرًا . فَإِنْ كَانَا فَقِيرَيْنِ ، صَحَّتْ هِبَةُ الْمَشَاعِ لَهُمَا ^(١) .

- ٣٠٠١ - ولا تتوهم من كون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون تامة باتفاق الحنفية أن هبة اثنين لواحد أو واحد لاثنين ما ذكر لا تكون تامة أيضًا بل في ذلك تفصيل ، وبيانه أن هبة اثنين لواحد مشاعًا فيما يحتمل القسمة متفق على صحتها فتفيد الملك بالقبض ؛ لأنهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوخ .
- ٣٠٠٢ - وإن هبة واحد لاثنين ما ذكر مختلف فيها فالصاحبان يقولان بالجواز .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٧٨/٤) : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة من رجلين أو من جماعة صحيحة عندهما وفاسدة عند الإمام ، وليست يباطلة حتى تفيد الملك بالقبض ، كذا في جواهر الأخلاطي . ذكر الصدر الشهيد إذا وهب من رجلين ما يحتمل القسمة حتى فسدت الهبة عنده ثم قبضها يثبت الملك ملكًا فاسدًا ، قال وبه يفتى ، كذا في الفتاوى العتائية . والشيوخ من الطرفين فيما يحتمل القسمة مانع من جواز الهبة بالإجماع ، وأما الشيوخ من طرف الموهوب له فمانع من جواز الهبة عند أبي حنيفة رحمته خلافاً لهما ، كذا في الذخيرة .

ولو وهب من اثنين إن كانا فقيرين بجوز بالإجماع كالصدقة ، وإن كانا غنيين فوهب لكل واحد منهما نصفًا أو أوبهم ، فقال : وهبت منكما أو وهب على التفاضل ، فقال : لهذا ثلثها ولهذا ثلثها ، قال أبو حنيفة رحمته : لا تجوز في الفصول الثلاثة ، وقال محمد رحمته : تجوز في الثلاثة ، وقال أبو يوسف رحمته : تجوز في فصلين ، وهما إذا وهب مبهما أو نصفين ولا تجوز على التفاضل وفي الكرخي ، قال ابن سماعه عن أبي يوسف رحمته : إذا ، قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز ؛ لأنه وهبها جملة وفسر بما اقتضته الجملة من الحكم بعد وقوع الهبة ، ولو قال : وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم تجز ؛ لأنه أفرد أحد النصفين عن الآخر بنفس العقد فوق العقد مشاعًا ، ولو قال : وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثها لهذا لم تجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وجازت عند محمد رحمته فاتفق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى على فساد هذا العقد من أصلين مختلفين ، أما أبو حنيفة رحمته فأفسده لوجود الإشاعة في القبض ، وأما أبو يوسف رحمته ، فقال : لما خالف بين نصيبهما دل على أن العقد لأحدهما غير العقد للآخر فصار كأنه أفرد به بالعقد ؛ ولأن القبض شرط في الهبة كالرهن ، كذا في السراج الوهاج .

٣٠٠٣ - والإمام الأعظم يقول بعدمه ، فلا تفيد هذه الهبة الملك بالقبض عنده إلا إذا فرز نصيب كل منهما على حدثه وسلم إليه .

٣٠٠٤ - واستدل الصحابان : بأن هذه هبة الجملة منهما ؛ إذ التملك واحد فلا يتحقق فيه الشيوخ فصار كما إذا رهن شيئاً عند رجلين بل هذا أولى منه بالحكم ؛ لأن تأثير الشيوخ في الرهن أقوى منه في الهبة بدليل أن رهن المشاع فيما لا يحتمل القسمة غير صحيح بخلاف الهبة .

٣٠٠٥ - واستدل الإمام : بأن هذا العقد فيه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنها لو كانت فيما لا يقسم وقبل أحدهما جاز ، ولولا أنه تملك لكل واحد منهما على حدثه لما جاز ذلك ، فحينئذ ينصرف قبض كل واحد منهما إلى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصاً فلا يصح إذ المطلوب القبض الكامل كما تقدم .

٣٠٠٦ - وهذا الخلاف جار فيما إذا لم يبين نصيب كل واحد منهما ، أما إذا بيّن بأن قال : لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها ، أو لهذا نصفها ولهذا نصفها فلا تجوز عند الإمام وأبي يوسف .

٣٠٠٧ - وقال محمد : تجوز إن قبضه .

٣٠٠٨ - فالإمام ومحمد جريا على أصلهما المتقدم ؛ لأن هذا هبة لشخصين فلا فرق بين أن ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص .

٣٠٠٩ - ولكن أبو يوسف فَرَّقَ بينهما بأن النص على البعض الشائع يدل على أن قصده ثبوت الملك فيه فلا تجوز بخلاف ما إذا لم ينص على ذلك صريحا .

٣٠١٠ - ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كان الموهوب لهما كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا .

٣٠١١ - ومحل الخلاف المتقدم إذا كان الموهوب لهما غنيين فلو كانا فقيرين جازت الهبة اتفاقاً ، أما عند الصحابين فلا كلام ؛ لأن الحكم عندهما واحد وفرق الإمام بأن الهبة للفقيرين صدقة كما أن الصدقة على الغنيين هبة ، والصدقة يطلب بها وجه الله تعالى ، وهو واحد والفقير نائب عنه والهبة ليست كذلك فتكون تملكاً من اثنين فلا تجوز ، ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وإن كانوا مجهولين ؛ لأنها وقعت لله تعالى وهو واحد ولو أوصى بها لأغنياء غير معينين لم تجز .

(مادة ٥٠٩)

هَبَةُ الدَّيْنِ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ تَمُّ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ ، وَكَذَا إِتْرَاؤُهُ عَنْهُ ، مَا لَمْ يَزِدَّهُ . وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ بَدَلًا صَرَفٍ أَوْ سَلَمٍ ، فَلَوْ كَانَ أَحَدَهُمَا تَوَقَّفَ عَلَى الْقَبُولِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٤/٤) : هبة الدين ممن عليه الدين وإبراءه يتم من غير قبول من المديون ويرتد برده ذكره عامة المشايخ رحمهم الله تعالى ، وهو المختار ، كذا في جواهر الأخلاطي . وهذا إذا لم يكن الدين بدل الصرف ، فأما إذا كان بدل الصرف فأبرأه رب الدين منه أو وهبه منه فإنه يتوقف على قبوله ، فإن قبله برئ ، وإن لم يقبل لا يبرأ ، وفي سائر الديون يبرأ قبل أو لم يقبل إلا أنه ترتد الهبة والإبراء في سائر الديون بالرد ، هذا كله في حق الأصل ، وأما هبة الدين من الكفيل وإبراءه عن الدين ، فالهبة منه لا تتم بدون القبول وترتد بالرد وإبرائه يتم من غير قبول ولا يرتد بالرد ، وإن وهب الدين الذي على الأصل أو أبرأه فمات قبل الرد فهو بريء ، وكذلك لو كان ميتاً فأبرأه منه وجعله في حل منه فهو جائز ، فإن رد الوارث هذا الإبراء يعمل رده ويقضي بالمال ، وهذا قول أبي يوسف رحمته ، وقال محمد رحمته : لا يعمل رده والبراءة ماضية على حالها ، كذا في الذخيرة .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٣٠٥ ، ٣٠٤/٦) : (وهبة الدين) المستقر (للمدين) ، أو التصديق به عليه (إبراء) فلا تحتاج إلى قبول نظرًا للمعنى (و) هبته (لغيره) أي : المدين (باطلة في الأصح) بناء على ما قدمه من بطلان تبعية الدين لغير من هو عليه ، أما على مقابله الأصح كما مر فتصح هبته بالأولى وكأنه في الروضة ، إنما جرى هنا على بطلان هبته مع ما قدمه أنه يصح بيعه ابتكالا على معرفة ضعف هذا من ذلك بالأولى كما تقرر ، وعلى الصحة قيل : لا تلزم إلا بالقبض ، وقيل : لا تتوقف عليه فعله قبل تلزم بنفس العقد ، وقيل لا بد بعد العقد من الإذن في القبض ويكون كالتخلية فيما لا يمكن نقله ، والذي يتجه الأول أخذًا من اشتراطهم القبض الحقيقي هنا فلا يملكه إلا بعد قبضه بإذن الواجب وعلى مقابله للوالد الواجب الرجوع فيه تنزيلا له منزلة العين ولو تبرع موقوف عليه بحصته من الأجرة لآخر لم يصح ؛ لأنها قبل قبضها إما غير مملوكة له أو مجهولة فإن قبض هو أو وكيله منها شيئًا قبل التبرع وعرف حصته منه ورأه هو أو وكيله وأذن له في قبضه وقبضه صح وإلا فلا ولا يصح إذنه لحاجي الوقف ؛ لأنه إذا قبضه يعطيه للمتبرع عليه ؛ لأنه توكل قبل الملك على أنه في مجهول وإنما صح تبرع أحد الورثة بحصته ؛ لأن محله في أعيان رآها وعرف حصته منها .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٠٣/٧ ، ١٠٤) : (وإن مجهولًا وكلنا ودينًا وهو إبراء إن وهب لمن عليه وإلا فكالرهن يعني أن الشيء الذي يقبل النقل شرعًا تجوز هبته ولو كان مجهولًا وسواء كان مجهول العين أو القدر كان مجهولًا لهما أو لأحدهما ولو خالف الظن بكثير كما قاله ابن عبد الحكم وتفصيل اللخمي ضعيف ، وكذلك تجوز فيه هبة الكلب المأذون في اتخاذه ، وكذلك الآبق ، وأما غير المأذون في اتخاذه فلا ؛ لأنه خرج بقوله مملوك فكلام المؤلف لا يحتاج للتقييد بالمأذون ؛ لأن المبالغة متعلقة بالمملوك أي : في كل مملوك ينقل ولو كان ذلك المملوك الذي ينقل كلنا ، وكذلك تجوز هبة الدين الشرعي لمن هو عليه ولغيره لكن إن وهب لمن هو عليه فهو إبراء فلا بد من قبوله ؛ لأن الإبراء يحتاج إلى قبول بخلاف الإسقاط =

٣٠١٢ - والهبة قد تكون تملكاً فقط وهي هبة الأعيان والدين لغير المدين وقد تكون تملكاً من وجه وإسقاطاً من وجه وهي هبة الدين للمدين فتمليك الدين تارة يكون للمدين وتارة يكون لغيره ، سواء كان التمليك بالهبة أو بغيرها فإن كان التمليك للمدين جاز ، سواء كان بالهبة أو بغيرها فلو كان بها تمت وإن لم يقبل المدين لما فيها من معنى الإسقاط ، ولكنها ترد برده لما فيها من معنى التمليك والإبراء كالهبة فيما ذكر .

= كالطلاق والعتق كما يأتي وإن وهبه لغير من هو عليه فيشترط في صحة الإشهاد ، وفي كون دفع ذكر الحق إن كان كذلك أو شرط كمال قولان ، وأما الجمع بين الموهوب له ومن عليه الدين فشرط كمال فقوله وإلا فكالرهن أي : وإن وهب الدين لغير من هو عليه فكقبض الدين الرهن ، والمؤلف لم يذكر قبض الرهن في بابه لكن الجماعة ذكره هناك وهو الإشهاد والجمع ودفع ذكر الحق ورهنا لم يقبض وأيسر رانه أو رضي مرتته وإلا قضى عليه بفكه إن كان الدين مما يجعل وإلا بقي ليعد الأجل يعني أن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن تصح هبته إن كان رانه مؤبداً وإنما أبطلت الهبة الرهن مع تأخرها عنه ؛ لأننا لو أبطلناها ذهب الحق جملة بخلاف الرهن لو أبطلناه لم يذهب حق المرتهن فإن أعسر رانه فالمرتهن أحق بالرهن من الموهوب له إلا أن يرضى مرتته بالهبة فتصح ؛ لأنه رضي بإسقاط حقه من الرهن وأن يكون دينه بغير رهن وسواء كان المرتهن قبضه أم لا وإن وقع من الراهن الهبة للرهن بعد القبض للمرتهن فيقضى على الراهن بفك الرهن أي بتعجيل الدين لصاحبه إن كان يقضى بتعجيله بأن كان عروضاً حالة أو دنائير أو دراهم ويدفعه للموهوب له ، ومحل القضاء عليه بفكه إذا وهبه وهو يعلم أنه يقضى عليه بفكه .

وأما لو وهبه وهو لا يعلم بذلك فلا يقضى عليه بفكه قولاً واحداً قاله ابن شاس ويقي لأجله إن حلف فإن كان الدين لا يقضى بتعجيله بأن كان عروضاً أو طعائماً من بيع فإن المرتهن لا يجبر على قبض دينه ويستمر الرهن تحت يد مرتته لانقضاء الأجل وليس له أن يعطي رهناً آخر فإن انقضى الأجل وافتكه أخذه الموهوب له ؛ وإلا فالمرتهن أحق به في دينه فقوله : ورهنا بالنصب عطف على مجهولاً وقوله : لم يقبض هو موضوع المسألة ، وقوله : وأيسر رانه الواو واو الحال ، وقوله : أو رضي مرتته أي : أو أعسر ورضي مرتته أن يبقى دينه بلا رهن ، فالملطوف مقدر فهو معطوف على أيسر ، وأما إن لم يرض فلا تكون الهبة للموهوب له بل هي للمرتهن ولو قبضها الموهوب له ، وقوله : وإلا قضى عليه بفكه مخرج من قوله لم يقبض أي : وأما إن قبضه والمسألة بحالها من كون الراهن مؤبداً فإنه يقضى عليه بفكه من الرهن ودفعه للموهوب له .

قول الخنابلة : جاء في المعنى (٣٨٤/٥) : « وإذا كان له في ذمة إنسان دين ، فوهبه له ، أو أبرأه منه ، أو أحله منه ، صح ، وورث ذمة الغريم منه ، وإن رد ذلك ، ولم يقبله ؛ لأنه إسقاط ، فلم يفترق إلى القبول ، كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف ، وكالعتق والطلاق . وإن قال : تصدقت به عليك . صح ، فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ الصدقة ، بقول الله تعالى : ﴿ وَذِيَّةً مُسَكَّاتَةً إِلَٰهَٰهُنَّ لِيَلْمَنَّهُنَّ الْآفِينَ ﴾ . وإن قال : عفوت لك عنه . صح ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ إِلَّا أَنْ يَتَّوَكَّلَ الْوَالِدُ الَّذِي يَدِينُهُ ﴾ . يعني به الإبراء من الصداق وإن قال : أسقطته عنك . صح ؛ لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له . وإن قال : ملكتك إياه . صح ؛ لأنه بمنزلة هبته إياه .

٣٠١٣ - ولكن محل ذلك إذا لم يكن الدين المبرأ منه بدل صرف أو سلم وإلا توقف على القبول .

٣٠١٤ - فإذا وهب الدائن للمدين أحد بدلي الصرف أو أبرأه منه أو أبرأ المسلم إليه رب السلم من رأس المال فلا يصح كل من الهبة والإبراء إلا بالقبول والفرق بين هذين وغيرهما أن سقوط الدين فيهما يوجب انفساخ العقد بسبب فوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه ، ولهذا توقفت الصحة على القبول فيهما لا في غيرهما فالتوقف على ذلك لا من حيث إنه هبة الدين بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد ، وهذا لا بد فيه من التراضي .

(مادة ٥١٠)

هَبَةُ الدَّيْنِ بِمَنْ لَيْسَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بَاطِلَةٌ ، إِلا حَوَالَةً وَوَصِيَّةً ، وَإِذَا سُلِّطَ الْمُؤَهَّبُ لَهُ عَلَى قَبْضِهِ بِالتَّوَكُّلِ عَنْهُ مِنَ المَدْيُونِ وَقَبْضَهُ .

• • •

٣٠١٥ - وإذا كان تملك الدين لغير المدين فلا يصح ؛ لأنه غير قادر على تسليمه للموهوب له ما دام في ذمة المدين ، ولكنهم استثنوا من ذلك ثلاث مسائل :

الأولى : الحوالة : فإذا كان شخص مديناً وله دين عند غيره فأحال دائنه على مدينه بما عليه صح ذلك ، وإن كان فيه ما ذكر ولكن عند التأمل نرى أن هذه الصورة ليس فيها تملك لقول الفقهاء : إن عقد الحوالة يفيد النقل والتحويل لا التملك ويرتبون عليه فروغاً كثيرة .

٣٠١٦ - وينبغي على ذلك : أن المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الدين ولكن لما رضى المحال عليه بالحوالة ، فقد التزم الدفع له بأمر المحيل ، فإذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما ؛ لأنه صار مديناً ودائناً لشخص واحد وحينئذ ، فليس في الحوالة سوى التسليط على القبض من المحال عليه لا التملك .

٣٠١٧ - الثانية : الوصية : فإذا أوصى الدائن لغير المدين بالدين صح ؛ لأن الموصى له خليفة عن الميت فقد سلطه على قبضه بعد وفاته ، وبهذا رجع الأمر إلى التسليط بالقبض في كل الصور ولو أوصى لشخص بثلث ماله مثلاً ، وفي التركة ديون ملك الموصى له من الدين بقدر وصيته أي يملك المطالبة به ، وإنما يصير ملكاً حقيقة إذا صار

عينًا بأن قبضه بالفعل .

٣٠١٨ - الثالثة : إذا وهبه له وسلطه على قبضه وقَبَضَهُ فِعْلاً ؛ لأنه في هذه الحالة يصير وكيلًا في القبض عن الآخر ، ثم أصيلاً في القبض لنفسه ، ولذا كان للدائن عزله عن التسلط قبل القبض ، فعلم أن مدار الصحة على التسليط في هذه الصور ، فلو وجد في غيرها صح أيضاً .

الفصل الثالث

فيمن يجوز له قبض الهبة

(مادة ٥١١)

هَبَةٌ مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى الطِّفْلِ لِلطِّفْلِ تَبِيَهُ بِالْإِيحَابِ ، وَيَتَوَبُّ قَبْضُ الْوَاهِبِ عَنْ قَبْضِ الْمَوْهوبِ لَهُ ، سِوَاءَ كَانَ الْوَاهِبُ أَبًا ، أَوْ أُمَّ ، أَوْ غَيْرَهُمَا مِمَّنْ يَقُولُهُ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ ، بِشَرْطِ كَوْنِ الْمَوْهوبِ مَعْلُومًا مُعَيَّنًا مُفْرَزًا ، وَكَوْنُهُ فِي يَدِ الْوَاهِبِ أَوْ فِي يَدِ مُودِعِهِ أَوْ مُشْتَعِرِهِ ، لَا فِي يَدِ مُرْتَهِنِهِ أَوْ غَاصِبِهِ .

وَأَنْ كَانَتْ الْهَبَةُ لِيَالِغٍ ، يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ قَبْضُ وَكَيْلِهِ عَنْهُ ، وَلَوْ كَانَ فِي عِيَالِ الْوَاهِبِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤١٨/٢ ، ٤١٩) : « يملك الصغير المال الذي وهبه إياه وصيه أو مريبه ، يعني من هو في حجره وترتيبه سواء أكان المال في يده ، أم كان ودعية عند غيره بمجرد الإيجاب أي : بمجرد قول الواهب : وهبت ، ولا يحتاج إلى القبض) ، يملك الصغير والصغيرة المال المعلوم الذي وهبه إياه أو تصدق به عليه كأبيه وجده ، أو وصيه ، ولو لم يكن الصغير أو الصغيرة في عياله أي : في حجرهما وترتيبهما ، أو مريبهما ، يعني من هو في حجره وترتيبه ، سواء أكان أقرباء الصغير والصغيرة كأخيها ، وعمهما ، وخالهما أم من الأجانب ، وسواء أكان المال في يده أم كان ودعية ، أو عارية عند غيره بمجرد الإيجاب أي : بقول الواهب : وهبت ، ولا يحتاج إلى القبض وكلمة يعني الواردة في هذه المادة هي تفسير المرعي ، وليست تفسير الوصي كما أشير ذلك آنفًا وسيفصل ذلك آتياً ، إيضاح القيود :

١ - الصغير : إن الحكم الذي في حق الصغير هو في حق الصغيرة أيضًا ، كما هو مشروح في المادة الآتفة فلو قيل « الطفل » بدلًا من « الصغير » لكان يعم ويشمل الصغير والصغيرة (عبد الحلیم) .
لكن ترتيب الحكم في مسائل كهذه على الذكور ليس معناه ترك الإناث خارجات عنه ، بل هو لتغليب الذكور على الإناث ، كما هو المتعارف يعني أنه ناشئ عن اعتبار بيان أحكام الذكور بيانًا أيضًا لأحكام الإناث ، كما هو مذكور في أصول الفقه من أن خطاب الشرع هو على هذا الوجه (الفتح) ، وحكم الجنون جنونًا مطلقًا في ذلك كحكم الصغير (النتيجة) .

٢ - وصيه : بما أنه يشتمل هذا الحكم ولي الصغير بطريق الأولى ، فلو قالت المجلة : وليه أو وصيه ، أو قالت : وليه بدلًا عن وصيه واشتملت الوصي بالحكم لكان أولى ، والمقصود بالولي في هذا الأب وإذا لم يكن الأب موجودًا فالجد .

واليك الترتيب الآتي :

أولًا : الأب ، ثانيًا : الوصي الذي اختاره الأب عند عدم الأب أي : عند وفاته ، أو غيبته غيبة متقطعة ، أو وصي =

= هذا الوصي ، ثالثاً : الجَد الصحيح أي : أبو الأب عند عدم الوصي للأب المتوفى ، أو الغائب ، رابعاً : الوصي الذي اختاره الجَد عند وفاة الجَد ، أو غيابه غيبة منقطعة ، أو وصي هذا الوصي . خامساً : الوصي الذي يعينه الحاكم ، انظر المادة (٩٧٤) (ومجمع الأنهر ، الدر المنتقى ، تكملة رد المختار) يعني : أن المقصود من عبارة الجملة (وصيه) أعم من الوصي المختار والوصي المنسوب ، وهبة الولي ، أو الوصي المال الذي عنده ، أو في يد المستودع ، أو المستعير للصغير أي : الطفل صحيحة على الإطلاق ، كما أشير إلى ذلك في الشرح ، سواء أكان الطفل المذكور في حجر وليه ، أو وصيه وترتيبه ، أم لم يكن ، أو مريه : قد استعملت كلمة المربي في المادة (٨٥٢) بمعنى مقابل للولي فقد استعمل هنا في معنى من لم يكن ولياً ، ولا وصياً وعليه فهبة المربي صحيحة بلا قبض على الوجه المذكور ، إلا أنه يشترط فيه شرطان : الشرط الأول : يجب أن يكون الطفل في حجر ذلك المربي وترتيبه حجر تقرأ بفتح الحاء وكسرهما جمعها حجور ويطلق الحجر على المحل الذي من الإبط إلى الكشح أي : البكور بمعنى في حجره أي : في ترتيبه ، وقوله : (في ترتيبه) أيضاً إشارة إلى ذلك بعطف تفسيري (أبو السعود المصري ، الطحطاوي) وقد ذكر هذا الشرط في الجملة في عبارة (في حجره وترتيبه) ، والحكم واحد في المربي سواء أكان من ذوي قرى الطفل ، كالأخ ، والأم ، والخال ، أم كان أجنبيّاً كالملتقط ، وعليه لو وهب أحد أقرباء الصغير ، أو أجنبي لم يكن في حجره وترتيبه للصغير مالا له في يده ، أو ودعية عند غيره لذلك الصغير ، فلا يملك الصغير ذلك المال بمجرد الإيجاب ، ويلزم القبول والقبض على ما سيأتي في المادة الآتية . الشرط الثاني : يجب ألا يكون ولي للصغير أو وصي ؛ لأن عدم وجود ولاية لهؤلاء المربين على التصرف في مال الصغير ووجود من له الولاية على التصرف في مال الصغير مانعان لثبوت حق القبض لهؤلاء ، إن ولاية القبض لهؤلاء تثبت إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهم الأب ووصيه ، والجَد أبو الأب بعد الأب ووصيه ، فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء أكان الصبي في عيال القابض أم لم يكن وسواء أكان ذا رحم محرم منه أم أجنبيّاً ، قال الطحطاوي : الاختلاف المبين الظاهر في شرح المادة (٨٥٢) يجري هنا أيضاً فلم أر غيره من قال بهذا . وعليه لو وهب من كان الصغير في حجره وترتيبه مالا في يده وأبوه حي لزم قبول الأب وقبضه ، حتى أنه لو وهب أحد لحفيده أي : ابن ابنه الذي في حجره وترتيبه شيئاً لكن لم يسلمه إياه وأبوه موجود فلا حكم لتلك الهبة ، والمقصود من عدم وجود الولي : وفاته أو كان مفقوداً بغيته غيبة منقطعة أي : أن يكون مفقوداً . فلو وهب المير للطفل الذي في حجره وترتيبه مالا قد أعاره لأحد ملكه الطفل المذكور بمجرد الإيجاب ولا حاجة لتجديد القبض ؛ لأن الإعارة ليست عقداً لازماً .

قول المالكية : جاء في حاشية النفاوي على الفواكه الدواني (١٥٦/٢) : هبة الولي لمحجوره وأحد الزوجين لصاحبه خلا دار السكنى ، أو دار سكنى الزوجة لزوجها والسيد لأم ولده لا يشترط فيها حياة ، وما عدا ذلك من أنواع العطايا لا ينافي تمامه من الحياة قبل حصول المانع للمعطي بالكسر .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٨٦/٥ ، ٣٨٧) : « فإن وهب الأب لابنه شيئاً ، قام مقامه في القبض والقبول ، إن احتجج إليه ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها ، أو عقداً بعينه ، وقبضه له من نفسه ، وأشهد عليه ، أن الهبة تامة ، هذا قول مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروينا معنى ذلك عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ثم إن كان =

٣٠١٩ - لما كان القبض شرطًا في تمام الهبة احتيج إلى بيانه وبيان من يجوز له قبض الهبة حتى تتم بقبضه ، وقد تقدم الأول عند الكلام على أركانها .
 والموضوع الآن هو الثاني ، فالموهوب له إما أن يكون بالغًا ، وإما أن يكون غير بالغ ، وغير البالغ إما أن يكون غير مميز ، وإما أن يكون مميزًا ، وعلى كل ؛ فإما أن يكون

= الموهوب مما يفتقر إلى قبض ، اكتفي بقوله : قد وهبت هذا لابني ، وقبضته له ؛ لأنه يغني عن القبول كما ذكرنا ، ولا يغني قوله : قد قبلته ؛ لأن القبول لا يغني عن القبض ، وإن كان مما لا يفتقر اكتفي بقوله : قد وهبت هذا لابني ، ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول .

قال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض ، وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض ، وإن وليها أبوه ؛ لما رواه مالك ، عن الزهري ، عن ابن المسيب ، أن عثمان قال : من نحل ولدًا له صغيرًا ، لم يبلغ أن يحوز نحلة ، فأعلن ذلك ، وأشهد على نفسه ؛ فهي جائزة ، وإن وليها أبوه وقال القاضي : لا بد في هبة الولد من أن يقول : قد قبلته ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول ، وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الأحوال ودلالاتها تغني عن لفظ القبول ، ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب ، فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحمك لا معنى له ، مع مخالفتها لظاهر حال النبي ﷺ وصحابته ، وليس هذا مذهبنا لأحمد ، فقد قال في رواية حرب ، في رجل أشهد بسهم من صبيته وهي معروفة لابنه ، وليس له ولد غيره ، فقال : أحب إلي أن يقول عند الإشهاد : قد قبضته له قيل له : فإن سها ؟ قال : إذا كان مفرزًا رجوت ، فقد ذكر أحمد أنه يكتفي بقوله : قد قبضته . وأنه يرجو أن يكتفي مع التمييز بالإشهاد فحسب ، وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا : يكتفي بأحد لفظين ، إما أن يقول : قد قبلته ، أو قبضته ؛ لأن القبول يغني عن القبض ، وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ، ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : إن وهب له ما يعرف بعينه كالأثمان ، لم يجز ، إلا أن يضعها على يد غيره ؛ لأن الأب قد يتلف ذلك ، ويتلف بغير سببه ، ولا يمكن أن يشهد على شيء بعينه ، فلا ينفع القبض شيئًا .

ولنا : أن ذلك مما لا تصح هبته ، فإذا وهبه لابنه الصغير ، وقبضه له ، وجب أن تصح كالعروض ، وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أولياته ، فقال أصحابنا : لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي ، ويقبض له ، ليكون الإيجاب منه ، والقبول ، والقبض من غيره ، كما في البيع ، بخلاف الأب ؛ فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض ، لكونه يجوز أن يبيع لنفسه .

والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ؛ لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله ، فجاز له أن يتولى طرفه ، كالأب وفارق البيع ؛ فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له ؛ ولأن البيع عقد معاوضة ومراوحة ، فينته في عقده لنفسه ، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها ، وهو ولي فيه ، فجاز أن يتولى طرفي العقد ، كالأب ؛ ولأن البيع إنما منع مما يأخذه من العرض لنفسه من مال الصبي ، وهو هاهنا يعطي ولا يأخذ ، فلا وجه لمنعه من ذلك ، وتوقيفه على توكيل غيره ، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والإشهاد عن القبض والقبول ، فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما .

الواهب له الولاية عليه أولاً وكل له حكم يخصه وإليك البيان :

فإن كان بالغاً عاقلاً ؛ كانت ولاية القبض له ، ولو كان في عيال الواهب ؛ لأنه هو المتصرف في شئون نفسه ، فلا يعتبر القبض إلا إذا تولاه هو ، ومن حيث إن كل من ملك تصرفاً ملك التوكيل فيه ؛ فله أن يوكل غيره في قبض الموهوب ، وحينئذٍ تتم الهبة بتسليم الموهوب لوكيل الموهوب له ؛ لأنه نائب عنه .

٣٠٢٠ - وإن كان صغيراً غير مميز ، فإن كان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهبة بمجرد الإيجاب ، وقام قبضه مقام قبض الصغير ، ولا فرق فيمن تكون له عليه الولاية بين ما إذا كان يملك التصرف في ماله أو لا ، فالأول : هو الأب ، والجد الصحيح ، والقاضي ، ووصى كل منهم ، والثاني : غيرهم ، سواء كان أختاً ، أو عمّاً ، أو أمّاً ، أو غيرهم ممن يعول الصغير ويكفله ولو كان ملتقطاً ، إلا أنه يشترط في صحة قبض الثاني أن يكون الصغير في حجرهم ؛ أي : كنفهم وتربيتهم وبعضهم يشترط في صحته أيضاً عدم وجود الأول مستنداً بأن تصرف الثاني للضرورة لا بالتفويض ، ولا ضرورة مع وجود الأول والبعض الآخر لا يشترط ذلك وهو الصحيح المفتى به ؛ لأن فيه نفعاً للصغير خصوصاً وقد وجدت دلالة تفويض الأب مثلاً إلى من يعول الصغير ويكفله ويشهد له صحة قبض الصغير بنفسه إذا كان مميزاً ، ولو كان الأب ونحوه حاضراً .

ولكنه يشترط لصحة هذه الهبة وتامها شروط ثلاثة :

الأول : أن يكون الموهوب معلوماً فلو كان مجهولاً ، كما إذا قال : وهبت له شيئاً من مالي ؛ لم تصح وهذا الشرط عام في كل هبة .

الثاني : ألا يكون مشاعاً فيما يحتمل القسمة وقد عرفته في بحث هبة المشاع ، وهذا الشرط وإن كان عاماً في كل هبة أيضاً ، إلا أن الغرض من الإتيان به في هذه بخصوصها ؛ نفي توهم عدم اشتراطه فيها ؛ لأنه إنما اشترط لأجل تمام القبض وهذا في يد ولي القبض ، فلا يفتقر إلى ذلك ، ولا بأس بهذا التوهم ؛ لأن فيه نفعاً للصغير خصوصاً وهبة المشاع غير متفق على عدم تمامها .

الثالث : أن يكون الموهوب في يد الواهب ، فلو كان في يد غيره ؛ فإما أن يكون مودعاً ، أو مستعيراً ، أو مرتهنّاً ، أو غاصباً ، أو مستأجراً .

٣٠٢١ - فإن كان مودعاً أو مستعيراً ؛ تمت الهبة أيضاً ؛ وإن لم يسترده .

وإن كان مرتهنّاً أو ما بعده ؛ فلا تتم إلا باستردادها ممن هي تحت يده ، والسبب في

ذلك : أن القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديرًا بالنسبة للمرتهن ومن بعده ؛ لأننا جعلنا يد الولي فيما يهبه للصغير بمنزلة يده إذا كانت قائمة ، وهاهنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للصغير ، فاندعم قبضها الذي هو متمم للهبة ، فقلنا بعدم التمام ؛ ولذا لو استردت منه انتفي التعذر فتمم ومثل المرتهن الغاصب والمستأجر بخلاف ما إذا كان صاحب اليد مودعًا أو مستعيرًا ؛ لأن يدهما كيد الواهب فهي موجودة تقديرًا فتم الهبة .

٣٠٢٢ - وإن كان الصغير مميز أيضًا ولكن الواهب ليست له الولاية عليه بالمعنى المتقدم ؛ فلا تتم الهبة بمجرد الإيجاب ، بل لا بد من القبض ، سواء كان ممن له الولاية على أمواله أولاً ، إلا أنه لو كان ممن له الولاية على أمواله تمت بقبضه ، سواء كان في كنفه وتربيته أولاً ؛ لأن له ولاية التصرف في أمواله وقبض الهبة من التصرف في المال ، فتمم به مطلقاً بخلاف غيره ؛ فإنه يشترط فيه ذلك لعدم ولايته عليه لكن لما كان في كنفه كانت له الولاية في الجملة ؛ ولذا كان له تأديبه وتسليمه إلى صنعة ، فيصح منه قبض ما وهب له ؛ لأن فيه نفعًا محضًا للصغير خصوصًا وقد وجدت دلالة التفويض من وليه إلى من يعوله ، ولذا لا يشترط في صحة قبضه عدم وجود الأب ونحوه ممن له ولاية ماله على ما هو الصحيح المفتى به .

(مادة ٥١٢)

إِذَا وَهَبَ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً لِصَبِيٍّ ، جَازَ لِكُلِّ مَنْ هُوَ فِي حِجْرِهِ قَبْضُهَا ، وَالصَّبِيُّ إِذَا كَانَ مُمَيَّرًا فَقَبْضُهُ مُغْتَبَرٌ وَلَوْ مَعَ وُجُودِ الْأَبِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الهداية (٣٣/٩) : « وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب ؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فأولى أن يملك النافع ، قال (وإذا وهب لليتيم هبة قبضها له وليه وهو وصي الأب ، أو جد اليتيم ، أو وصيه جاز) ؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب (وإن كان في حجر أمه قبضها له جائز) ؛ لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من باه ؛ لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا إذا كان في حجر أجنبي بريه) ؛ لأن له عليه بدأ معتبرة ، ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعًا في حقه (وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه إذا كان عاقلاً ؛ لأنه نافع في حقه وهو من أهله .

وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة ، بخلاف ما قبل =

الزفاف ويملكه مع حضرة الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ؛ لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة . قول الشافعية : جاء في حاشية البيهقي على الإقناع (٢٦٦ / ٣ ، ٢٦٦) : لا يشترط في المنهب الرشد ، بل يقتضي صحة قبول الهبة من ولي الطفل ، وفي شخص بالغ تصدق على ولد مميز ووقعت الصدقة في يده من المتصدق فهل يملكها المتصدق عليه بوقوعها في يده ، كما لو احتطب ، أو احتش ، أو نحو ذلك ، أم لا ؟ ؛ لأن القبض غير صحيح ، فأجاب بأنه لا يملك الصبي ما تصدق به عليه إلا بقبض وليه . ١ . ه . وعلى عدم الملك ، فهل يحرم الدفع له كما يحرم تعاطي العقد الفاسد منه أم لا لانقضاء العقد المذكور ؟ ، فيه نظر ، والأقرب عدم الحرمة . وبحمل ذلك من البالغ على الإباحة كتقديم الطعام للضيف ، فللمبيح الرجوع فيه ما دام باقياً هذا ، ومحل الجواز حيث لم تدل قرينة في عدم رضا الولي بالدفع له سيما إن كان ذلك يعودهم على دناءة النفس والردالة فيحرم الإعطاء لهم لالعدم الملك ، بل لما يترتب عليه من المفساد الظاهرة . قوله : (وغير المكلف) يشمل ذلك الهبة للبعد الصغير ، أو المجنون إذا قصد الواهب سيده وأطلق ؛ فإن القبول من السيد ويكون بمنزلة الولي ، قوله : (يقبل له وليه) فإن لم يفعل انعزل الوصي والقيم دون الأب والجد ، فإن كان الواهب الولي قبل له الحاكم إلا إن كان أباً أو جدّاً فنبتولى الطرفين ، فعمل من ذلك : أنه لو غرس شجراً وقال عند غراسه : أغرسه لطفلي ، أو جعلته له ، أو اشترى حلياً ، أو غيره لزوجه ، أو ولده الصغير وزينهما به ، أو جهز بنته بأمتعة ، لم يحصل الملك بشيء من ذلك لانقضاء الإيجاب والقبول ، فلو ادعت بنته أنه ملكها إياه وأنكر صدق بيمينه .

وفي فتاوى القاضي حسين : أنه لو نقل ابنته وجهازها إلى بيت الزوج ؛ فإن قال : هذا جهاز بنتي فهو ملك لها مؤاخذاً له بإقراره ، وإن لم يقل فهو إعارة ويصدق بيمينه سم . قول الحنابلة : جاء في المنهي (٣٨٥ / ٥ ، ٣٨٦) : (ويقبض للطفل أبوه ، أو وصيه ، أو الحاكم ، أو أمينه بأمره) وجملة ذلك : أن الطفل لا يصح قبضه لنفسه ، ولا قبوله ؛ لأنه ليس من أهل التصرف ، ووليّه يقوم مقامه في ذلك ؛ فإن كان له أب أمين ، فهو وليه ؛ لأنه أشفق عليه ، وأقرب إليه ، وإن مات أبوه الأمين ، وله وصي ، فوليه وصيه ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه ، فجرى مجرى وكيله ، وإن كان الأب غير مأمون ، لغسق ، أو جنون ، أو مات عن غير وصي ، فأمينه الحاكم ، ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة ، وأمين الحاكم يقوم مقامه ؛ وكذلك وكيل الأب والوصي ، فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض إن احتج إليه ؛ لأن ذلك قبول لما للصبي فيه حظ ، فكان إلى الولي ، كالبيع والشراء ، ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء . قال أحمد في رواية صالح : في صبي وهبت له هبة ، أو تصدق عليه بصدقة ، فقبضت الأم ذلك وأبوه حاضر ، فقال : لا أعرف للأم قبضاً ، ولا يكون إلا للأب ، وقال عثمان رضي الله عنه : أحق من يحوز على الصبي أبوه . وهذا مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ؛ لأن القبض إنما يكون من المنهب أو نائبه ، والوالي نائب بالشرع ؛ فصح قبضه له ، أما غيره فلا نيابة له ، ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم ؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه ، وليس له أب ولا وصي ، ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات ؛ فإن لم يصح قبض غيرهم له ، انسد باب وصولها إليه ، فيضيع ويهلك ، =

٣٠٢٣ - وإن كان الصغير مميزًا فإن كانت الهبة ممن له الولاية عليه بالمعنى السابق تمت الهبة بمجرد الإيجاب أيضًا بالشروط المتقدمة فيما إذا كان الصبي غير مميز ، وإن كانت الهبة من أجنبي فلا تتم إلا بالقبض ، سواء كان بنفسه أو ممن له الولاية عليه ؛ فإن كان القابض ممن له الولاية على أمواله تمت الهبة بقبضه وإن لم يكن في كنفه وتربيته . بخلاف غيره ؛ فإنه لا بد أن يكون ممن يعوله ويكفله ، لأن لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فيملك ذلك فليس للواهب أن ينزعه من يده بعده .

٣٠٢٤ - وإنما تمت الهبة بقبضه بنفسه ولو مع وجود الولي ؛ لأنه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ملحق بالبالغ استحسانًا وإن كان القياس يقتضى عدم الجواز ؛ إذ لا عبرة بعقله قبل البلوغ .

ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الأجنبي إذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعلت له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولو كانت له حاجة إليه .

ووجه الاستحسان : أنه إنما لم يعتبر عقله لدفع الضرر عنه ؛ لأن الظاهر أنه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم كماله ؛ فإذا كان التصرف نفعًا محصًا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرًا له ، لأن الرد في التصرف الضار لأجله والتوقف في المتردد بين النفع والضرر لأجله أيضًا فيرده الولي إن لم ير فيه مصلحة وينفذه إن رآها ، فوجب أن ينفذ تصرفه النافع له نفعًا محصًا ويحصل له النفع بطريقتين ؛ إذ ليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظرًا له ، ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض مع أنه من أهله بالتمييز والاختبار .

٣٠٢٥ - وكما يصح قبول الصبي المميز الهبة يصح منه ردها فلا يصح قبوله بعده ، والظاهر أن الولي ليس له أن يرد ما وهب للصغير متى كانت المنفعة موجودة فلو قبل

= ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية .

فعلی هذا ، للألم القبض له ، وكل من يلبه من أقاربه وغيرهم ، وإن كان الصبي مميزًا ، فحكمه حكم الطفل ، في قيام وليه مقامه ، لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ ، إلا أنه إذا قبل لنفسه ، وقبض لها صح ؛ لأنه من أهل التصرف ؛ فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي ، فهائنا أولى ، ولا يحتاج إلى إذن الولي هائنا ؛ لأنه محض مصلحة ، ولا ضرر فيه ، فصح من غير إذن وليه ، كوصيته ، وكسب المباحات ، ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه ، دون القبول ؛ لأن القبض يحصل به مستوليًا على المال ، فلا يؤمن تضييعه له وتفریطه فيه ، فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه ، كقبضه لوديعته ، وأما القبول : فيحصل له به الملك من غير ضرر ، فجاز من غير إذن ، كاحتشائه واصطياده .

الوصي بعد رده صح ذلك .

٣٠٢٦ - ومحصل هذا : أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، ولكن لا يشترط فيه أن يكون من الموهوب له ؛ بل تارة يكون بقبضه بنفسه أو بوكيله إذا كان بالغاً عاقلاً ، وتارة يكون بنفسه أو ممن هو في كنفه وتربيته إذا كان صغيراً مميزاً ، وتارة يكون ممن يعول الصغير ويكفله فقط إذا كان صغيراً غير مميز .

(مادة ٥١٣)

زَوْجُ الْمَرْأَةِ الصَّغِيرَةِ يَمْلِكُ بَعْدَ زِفَافِهَا قَبْضَ مَا وَهَبَ لَهَا ، وَلَوْ مَعَ حَضْرَةِ أَبِيهَا ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ قَبْلَ زِفَافِهَا وَلَا بَعْدَ بُلُوغِهَا (١) .

٣٠٢٧ - الزوج له أن يقبض ما وهب لزوجته وإن لم تكن له الولاية على أموالها ولكنه مشروط بشرطين :

الأول : أن تكون صغيرة سواء كانت غير مميزة ، أو مميزة ؛ إذ لو كانت كبيرة عاقلة كانت ولاية القبض لها أو لمن تقيمه مقامها كما هو الشأن في جميع تصرفاتها .

الثاني : أن يكون ذلك بعد الزفاف فلا تتم الهبة بقبضه قبله لعدم الولاية ، لأن الزوج ملك ذلك باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه فيملكه ولو مع وجود الأب ، ولا شك أن الأب إذا قبضها بنفسه تمت ؛ لأن النائب إذا كان يملكه فالأصيل من باب أولى (٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٩٦/٥) : « ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف » ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ، ولو قبضه لأب أيضاً صح ؛ لأن الولاية له ، وإنما ملكه الزوج من جهته بتملكه ، ولهذا ملكه والأب حاضر بخلاف الأم والأجنبي حيث لا يملكانه إلا بعد موته ، أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ؛ لأن تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الأب ولا ضرورة مع حضوره وتملكه هي أيضاً إن كانت مميزة لما بينا واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج ؛ لأنه إنما يملكه باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف ، ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٢٢) الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي .

الفصل الرابع في الرجوع في الهبة

(مادة ٥١٤)

يَصِحُّ الرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ كُلًّا أَوْ بَعْضًا ، وَلَوْ أَسْقَطَ الْوَاهِبُ حَقَّهُ ، مَا لَمْ يَمْتَنِعْ مَانِعٌ مِنَ الْمَوَاعِنِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْمَوَازِئِ الشَّبَعَةِ الْآتِيَةِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (١٢٨/٦) : « أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا ، خلافاً للشافعي تَكْتَفَى احتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده » وهذا نص في مسألة هبة الأجنبي ، والوالد وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « العائد في هبته كالعائد في قبته » والعود في الشيء حرام ، كذا في الهبة ؛ ولأن الأصل في العقود هو لزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ، ولم يوجد ؛ لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت بإظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً . ولنا : الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، أما الكتاب العزيز : فبقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حُجِّبْتُمْ بِتَجَوُّعٍ فَحِيْرًا يَاخْسَنَ يَتَهَا أَوْ رُدُّوهُآ ﴾ والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال ، (قال القائل) : تحببهم بيض الولاء بدينهم ؛ لكن الثالث تفسير مراد بقريئة من نفس الآية الكريمة ، وهي قوله تعالى : ﴿ أَوْ رُدُّوهُآ ﴾ ؛ لأن الرد إما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض ؛ لأنه عبارة عن إعادة الشيء ، وإذا لا يتصور في الأعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل .

وأما السنة : فما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله ﷺ : « الواهب أحق بهبته ما لم يهب منها » أي : بعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب . وأما إجماع الصحابة : فإنه روي عن سيدنا عمر ، وسيدنا عثمان ، وسيدنا علي ، وعبد الله ابن سيدنا عمر ، وأبي الدرداء ، وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم قالوا : مثل مذهبنا ولم يد عن غيرهم خلافة فيكون إجماعاً ؛ ولأن العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب ؛ فإن الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه وإنعاماً عليه ، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة ، فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى : ﴿ هَدَىٰ جَزَارَهُ الْإِنْسَانِي إِلَى الْإِنْسَانِي ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام : « من اصطنع إليكم معروفًا فكافئوه فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى يعلم أنكم قد كافأتموه » وقال عليه الصلاة والسلام : « تهادوا تحابوا » والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين ، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع ؛ لأنه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب ، كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيناً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة ، كذا هذا .

وأما الحديث الأول ؛ فله تأويلان أحدهما : أنه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء ، وذلك لا يجوز =

٣٠٢٧ مكرر - اعلم أنه بعد تمام الهبة واستيقاء جميع شرائطها قد اختلفوا في صحة الرجوع فيها ، فقال الإمام الشافعي : ومن وافقه بعدم صحة الرجوع إلا للولد فيما يهب لولده ، وقالت الحنفية بصحته مطلقاً .

واستدل الإمام الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرجع الواهب في هبته إلا الولد فيما يهب لولده » (١) .

= عندنا إلا فيما وهب الوالد لولده ؛ فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإتفاق على نفسه ، الثاني : أنه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم ؛ لأن نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج » قيل في بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلف أن تزوج عليهن بعد ما اخترن إياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الرينة ، لا من حيث الحكم إذا كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شرعية ، ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى : « العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود في قيته » وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي ، كذا هذا ، وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذه مال ابنه عند الحاجة إليه لكنه سماه رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وإن لم يكن رجوعاً حقيقة .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى (١١٥/٣) : « (ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقيدة بنفي الثواب) أي العوض وسيأتي الرجوع في المطلقة (ومتى وهب مطلقاً) أي : من غير تقييد بثواب أو عدمه ، فلا ثواب إن وهب لدونه) في الرتبة (وكذا لأعلى منه في الأظهر ولنظيره على المذهب) ؛ لأن اللفظ لا يقتضيه والمقابل ينظر إلى العادة ، والطريق الثاني في الأخيرة يطرد فيها الخلاف فيما قبلها ، (فإن وجب) ثواب على المرجوع (فهو قيمة الموهوب في الأصح) يوم القبض والثاني ما يعد ثواباً لمثلثة عادة ، (فإن لم يشه فله الرجوع) في الموهوب إن بقي فإن تلف رجع بقيمته ، قال في الروضة : ولا يجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعاً صرح به البغوي وغيره وهو ظاهر ، وأما الهدية : فظاهر أنها كالهبة اهـ . ونقله في الكفاية عن البندنجي .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٣٧٩/٥) : « والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاه ، وإن شاء رجع فيها ومنعها ، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ، ولم يصح القبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن له ؛ لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض ؛ لكونها دالة على رضاه بالتملك الذي لا يتم إلا بالقبض .

ولنا أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب ، فلم يصح ، كما بعد المجلس ، أو كما لو ناه عن قبضها ؛ ولأن التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه ، ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض ، بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن الواهب في القبض ، ثم رجع عن الإذن ، أو رجع في الهبة ، صح رجوعه ؛ لأن ذلك ليس بقبض وإن رجع بعد القبض ، لم ينفع رجوعه ؛ لأن الهبة تمت .

(١) قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية (١٢٤/٤) تعليقاً على هذا الحديث : « أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس عن النبي ﷺ قال :

٣٠٢٨ - وبأن الهبة ما خرجت عن كونها عقد تمليك كالبيع ، فوجب أن تلزم مثله ، وبأن الرجوع يضاد مقتضى العقد ، والعقد لا يقتضى ضده .

٣٠٢٩ - وإنما ثبت جواز رجوع الوالد فيما يهبه لولده ، لأن إخراجها عن ملكه لم يتم ، إذ الولد من كسب أبيه ، قال عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك أن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً »^(١) واستدللت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام : « الواهب أحق بهبته ، ما لم يثبت منها »^(٢) ، أي : ما لم يعوض عنها ، وبعضهم يروى هذا على أنه من كلام سيدنا علي كرم الله تعالى وجهه .

٣٠٣٠ - والمراد به بعد التسليم ؛ لأنها لا تكون هبة حقيقة قبله ، وحينئذ تكون إضافتها إلى الواهب باعتبار ما كان كما يقال : أكلنا خبز فلان ، وإن كان الآكل قد اشتراه ، ولأن المقصود من الهبة العوض ، ولهذا يقال : الأيادي قروض .

وتأيد ذلك بالشرع قال عليه الصلاة والسلام : « تهادوا تحابوا »^(٣) ، والتفاعل يقتضى الفعل من الجانبين ، فإذا لم يحصل مقصوده ثبت له الرجوع ، وهذا مثل المشتري فإنه إذا وجد بالمبيع عيباً يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع .

٣٠٣١ - وأجاب الحنفية عن الحديث الذي استدلت به الشافعي بأن المراد منه : أن الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك ، فإنه ينفرد بالأخذ للإنفاق ، وسمى ذلك رجوعاً نظراً إلى الظاهر ؛ وإن لم يكن رجوعاً حقيقة على أن هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الأب إذا احتاج فله الأخذ من مال ابنه ولو غائباً ، فلو لم يحتج لم يجز له الأخذ .

= لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها ، كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قبه ، وينظر : سنن الترمذي (كتاب : الولاء والهبة عن رسول الله / بلب : ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة / ٢١٣٢) ، وسنن النسائي (كتاب : الهبة / باب : رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين / ٣٦٩٠) ، وسنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : الرجوع في الهبة / ٣٥٣٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : الرجوع في الهبة / ٢٣٨٤) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (١٨١/٦) ، وسنن الدارقطني (٤٤/٣) (١٨١) .

(٣) سبق تخريجه .

٣٠٣٢ - وأنت خبير بأنه لو كان كذلك لما كانت هناك فائدة في تخصيص الهبة بهذا الحكم ، أو المراد أنه لا يحل له الرجوع بطريق الديانة والمروءة فيكون كقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبست شعبان وجاره إلى جنبه طاو » ، أي : لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وإن كان جائزاً في الحكم .

على أنا لا نسلم أن الحديث الذي رواه الشافعي ينافي الرجوع ؛ لأنه خبر عن قبحه فيكون معناه : أن الواهب لا يليق به أن يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما يهبه لولده .

٣٠٣٣ - ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام « المؤمن لا يكذب » وقوله أيضاً : « الزاني لا يزني وهو مؤمن » ^(١) ، أي : لا يليق به أن يكذب أو يزني وهو مؤمن ، فليس المراد أنه ينافي صفة الإيمان ، بل هو قبيح ومع الإيمان أقبح فكذا ما نحن بصدده أي : أنه قبيح من حيث العادة لا الشرع ، لأن الشرع ممكنه من الرجوع .

٣٠٣٤ - وأنت بعد إيراد الدليلين لا يخفى عليك ظهور أحدهما والرجوع في الهبة ثابت ، ولو صرح الواهب بإسقاطه ؛ فيعلم من هذا أن الإسقاط لا يكون في كل حق ؛ إذ بعض الحقوق لا يسقط ، وإن أسقطها صاحبها كهذا والميراث والاستحقاق في الوقف . ولكنهم قالوا في الأخيرين : لا يسقط كل منهما لثبوته جبراً ، فانظر الأول ، ولعله لكونه من مقتضيات العقد فلا يسقط بالإسقاط ، ومع ذلك فالرجوع عند القائلين به قبيح ومرتكبه دنيء كما علم من تقرير دليلهم .

(مادة ٥١٥)

إِذَا زَادَتْ الْعَيْنُ الْمُؤَهَّبَةُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً مُوجِبَةً لِيَزَادَةَ قِيَمَتِهَا ، اسْتَتَعَ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَلَا يَتَسَبَّحُ لِيَزَادَةَ سِعْرِهَا .

وَلَا يَتَسَبَّحُ الرَّجُوعُ بِالزِّيَادَةِ الْمُتَّفَصِّلَةِ الْمُتَّوَلَّدَةِ مِنَ الْعَيْنِ الْمُؤَهَّبَةِ أَوْ غَيْرِ الْمُتَّوَلَّدَةِ ، وَإِذَا

(١) صحيح البخاري (كتاب : المظالم والغصب / باب : النهي بغير إذن صاحبه / ٢٤٧٥) ، وصحيح مسلم (كتاب : الإيمان / باب : بيان نقصان الإيمان بالمعاصي ونفيه عن التلبس / ٥٧) ، وسنن الترمذي (كتاب : الإيمان عن رسول الله / باب : ما جاء لا يزني الزاني وهو مؤمن / ٢٦٢٥) ، وسنن النسائي (كتاب : القسامة / باب : ما جاء في كتاب المجننى مما ليس في السنن / ٤٨٦٩) ، وسنن أبي داود (كتاب : السنة / باب : الدليل على زيادة الإيمان ونقصانه / ٤٦٨٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفتن / باب : النهي عن النهية / ٣٩٣٦) .

أَزْتَفَعُ مَانِعِ الزِّيَادَةِ غَادَ حَقُّ الرُّجُوعِ (١) .

٣٠٣٥ - وإنما يصح الرجوع في الهبة إذا لم يكن هناك مانع منه، والموانع سبعة وقد جمعها بعضهم في قوله :

مَنَعَ الرُّجُوعَ مِنَ الْمَوَاهِبِ سَبْعَةً فَرِيَادَةٌ مَوْصُولَةٌ مَوْتٌ عِيْضٌ
وَحُرُوجُهَا عَنْ مِلْكٍ مَوْهُوبٍ لَهُ زَوْجِيَّةٌ قُرْبٌ هَلَاكٌ قَدْ عَرَضَ
واختصر هذا آخر بقوله :

وَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِي فَضْلِ الْهَبَةِ يَا صَاحِبِي حُرُوفٌ ذَمَعٌ خَزَقَهُ

فكل حرف من حروف « دمع خزقه » يشير إلى مانع منها ، فالدال تشير إلى الزيادة والميم لموت أحد المتعاقدين ، والعين للعوض ، والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، والزاي للزوجية ، والقاف للقرابة ، والهاء لهلاك الموهوب .

(١) قول الخنيفة : جاء في الفتاوى الهندية (٤/٣٨٦) : « ومنها ، أي : من موانع الرجوع - : الزيادة في الموهوب زيادة متصلة ، سواء كانت بفعل الموهوب له أو لا بفعله ، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما إذا كان الموهوب جارية هزيلة ، فسمنت أو دارًا ، فبنى فيها أو أرضًا ففرس فيها غرشًا أو نصب دولابًا ، أو غير ذلك مما يستسقى به وهو مثبت في الأرض ومبنى عليها على وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية قليلاً كان ، أو كثيرًا ، أو كان الموهوب ثوبًا فصبغه بمصفر ، أو زعفران ، أو قطعه قميصًا وخاطه ، أو جبة وحشاه ، أو قباء ، وإن صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله أن يرجع ، كذا في البدائع » .

قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (٧/١٥٠ ، ١٥١) : « (وإن نقصت العين ، أو زادت زيادة منفصلة) (لم يمنع الرجوع) . إذا نقصت العين لم يمنع من الرجوع بلا نزاع وكذا إذا زادت زيادة منفصلة ، على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، قال المصنف ، والشارح : لا نعلم فيه خلافًا ، وفي الموجز رواه : أنها تمنع . تبيح : يستثنى من كلام المصنف : لو كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه : منع الرجوع ، إلا أن نقول : الزيادة المنفصلة للأب ، قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم ، قلت : فيعابى بها ، وتقدم في آخر الجهاد شيء من ذلك ، قوله (والزيادة للابن) ، هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، ويحتمل أنها للأب ، واستثنوا ولد الأمة ؛ فإنها للولد عندهم بلا نزاع ، (وهل تمنع الزيادة المتصلة الرجوع) على روايتين . إحداهما : تمنع ، نصره المصنف ، والشارح ، قال في القاعدة الحادية والثمانين بعد إطلاق الروايتين والمنصوص عن الإمام أحمد بثلاثة في رواية ابن منصور امتناع الرجوع ، وهو المذهب على ما اصطلاحناه في الخطبة ، والرواية الثانية : لا تمنع ، نص عليه في رواية حنبل ، وهو اختيار القاضي ، وأصحابه ، قاله الحارثي : واختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وقال : ويشارك بالمتصلة ، قال في القواعد : وعلى القول بجواز الرجوع : لا شيء على الأب للزيادة » .

فالمانع الأول : هو الزيادة ، ولكن ليست كل زيادة في الموهوب مانعة من الرجوع في الهبة بل الزيادة المتصلة به ، سواء كانت متولدة من الأصل أو غير متولدة ، أما المنفصلة ، سواء كانت متولدة أو غير متولدة فلا تمنع الرجوع فيها فعلم أن أنواع الزيادة أربعة ؛ لأنها إما متصلة ، أو منفصلة وكلاً منهما ، إما أن يكون متولداً من الأصل ، أو غير متولد منه .

فالمتصلة المتولدة : كالتمر قبل جزه والسمن ، والغير المتولدة : كالبناء والغرس في الأرض ، والمنفصلة المتولدة : كالولد والتمر بعد قطعه ، والغير المتولدة : كالكسب والغلة . ومعنى كونها غير متولدة من الأصل ، وإن كانت ناشئة عنه أنها ليست بدلاً عن جزء من الشيء نفسه بل هي بدل المنافع ، والمانع منها هي المتصلة بقسميها .

والسبب في ذلك : أن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب والزيادة ليست موهوبة فلا رجوع فيها ، والفصل ليرجع في الأصل دون الزيادة متعذر فامتنع أصلاً وبطل حق الواهب ؛ لأن له حق التملك في الأصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكانت مراعاته أولى عند تعذر الفصل ، وهذا السبب لا يظهر إلا في الزيادة المتصلة دون غيرها .

ولكن يشترط فيها : زيادة قيمة الموهوب فإن ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع لزوال المانع منه ، فإن كانت الزيادة من حيث السعر فقط ثبت الرجوع ، لأنه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع إبطال حق الموهوب له وهو المانع .

٣٠٣٦ - وإن نقل الموهوب من مكان إلى آخر وترتب على هذا النقل زيادة القيمة ؛ ففيه خلاف .

قال الإمام ومحمد : ينقطع الرجوع .

وقال أبو يوسف : لا ينقطع ؛ لأن الزيادة لم تحصل في نفس الشيء فصارت كزيادة السعر .

ولهما : أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فامتنع ، وهو الظاهر .

٣٠٣٧ - وعندما يرجع الواهب وكانت في الموهوب زيادة منفصلة ؛ أخذ الأصل لا الزيادة ؛ حتى لو ترتب على هذا الرجوع ضرر يلحق الموهوب له في الزيادة ؛ أزم بالانتظار حتى يزول ، فإذا ولدت الموهوبة ؛ فليس له أن يرجع حتى يستغنى الولد عن أمه .

(مادة ٥١٦)

إِذَا مَاتَ أَحَدُ الْأَعْقَدَيْنِ بَعْدَ قَبْضِ الْهَبَةِ ، سَقَطَ حَقُّ الرَّجُوعِ فِيهَا ^(١) .

٣٠٣٨ - المانع الثاني : موت الموهوب له أو الواهب بعد قبض الهبة ، لأنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته وهم يستفيدون ^(٢) من جهة الواهب ، فلا يرجع عليهم كما إذا انتقل إليهم في حال حياته ؛ ولأن تبدل الملك كتبدل العين ، فصار الموهوب كعين أخرى ، فلا يكون له سبيل عليها .

٣٠٣٩ - وإذا مات الواهب ، فالوارث أجنبي عند العقد ؛ إذ هو لم يوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث ؛ ولأن الشارع أوجبه للواهب .

(مادة ٥١٧)

إِذَا خَرَجَتِ الْعَيْنُ مِنْ مِلْكِ الْمُؤَهَّبِ لَهُ ، فَإِنْ كَانَ خُرُوجُهَا مِنْ يَدِهِ خُرُوجًا كَلِيًّا ؛ ائْتَمَعَ الرَّجُوعُ فِيهَا .

وَأِنْ كَانَ خُرُوجُهَا لَا بِالْكَلِيَّةِ ، فَلَا يَتَّبِعُ الرَّجُوعُ ، فَلَوْ بَاعَ بَعْضُهُ ؛ فَلِلْوَا بِ الرَّجُوعِ فِي الْبَاقِي ^(٣) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٩٩/٥) : « بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته وهم لا يستفيدوه من جهة الواهب ، فلا يرجع عليهم ، كما إذا انتقل إليهم في حال حياته ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين ؛ فصار كعين أخرى ، فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره ؛ لأنه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما يراه في البيوع أو هو مجرد حق وهو أيضاً لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ؛ ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب » .

(٢) في الأصل : [يستفيدوا] .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٦/٤) : « (ومنها) خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بأي سبب كان من البيع والهبة ونحوهما ، وكذا بالموت ؛ لأن الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للموت ، ولو وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد للواهب أن يرجع فيها ، وكذا المكاتب إذا وهب له هبة فقبضها فللواهب أن يرجع فإن عجز المكاتب ورد في الرق ، فللواهب أن يرجع عند أبي يوسف بثمنه » .

٣٠٤٠ - والمانع الثالث : خروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، فإذا تصرف فيه كله بالبيع مثلاً ؛ امتنع الرجوع في الكل ، وإن تصرف في البعض امتنع بالنسبة إليه ، فيثبت له الحق في الباقي كأنه لم يتصرف في شيء منه ؛ لأنه إذا لم يبيع منه شيئاً ؛ كان له أن يرجع في البعض ويترك الآخر ؛ إذ له حق الرجوع في الكل ، فله أن يستوفيه إن شاء ، وإن شاء استوفى بعضه ، فكذا إذا يبيع بعضها ؛ لأن المانع لم يوجد إلا في المبيع فيتقدر الامتناع بقدره بل هذا أولى بالحكم ؛ لأنه لما جاز الرجوع في البعض مع إمكان الرجوع في الكل ، فأولى أن يجوز عند العجز ، وإنما هذا مانعاً من الرجوع ؛ لأن إخراجها عن ملكه وتمليكها لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ؛ لأن القاعدة : أن كل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين ، فصار كعين أخرى فلا سبيل له عليها .

(مادة ٥١٨)

إِذَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بَعْدَ الزُّفَافِ أَوْ قَبْلَهُ هِبَةً لِلْآخَرِ ؛ فَلَا رُجُوعَ لَهُ فِيهَا ، وَلَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْهِبَةِ .
وَإِذَا وَهَبَتِ الْمَرْأَةُ لِرُجُوعِهَا دَارًا فِيهَا مَتَاعًا لَهَا ؛ صَحَّتِ الْهِبَةُ ، وَإِنْ كَانَتْ مَشْفُوعَةً بِمَلِكِهَا ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٦/٤) : « وإذا وهب أحد الزوجين لصاحبه لا يرجع في الهبة ، وإن انقطع النكاح بينهما ، ولو وهب لأجنبية ثم تزوجها ، أو وهبت لأجنبي ثم زوجت نفسها منه كان للواهب أن يرجع في الهبة ؛ لأن النكاح بعد الهبة لا يمنع الرجوع ، كذا في فتاوى قاضي خان ، (ومنها اقترابة المحرمية) ، سواء كان القريب مسلماً أو كافراً ، كذا في الشمني » .
قول المالكية : جاء في فتح العلي المالك (٣١٤/١ ، ٣١٥) : « في الرجل يسأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها أو تصدق عليه بشيء من مالها فتفعل ثم أرادت بعد موته ، أو بعد أن صح الرجوع فيه هل ترى لها ذلك بمنزلة الميراث ؟ ، قال ابن القاسم : ليس لها ذلك ، ولا يعجبني ذلك لها ؛ صح ، أو مات قضى فيه بشيء ، أو لم يقض ، وليست الصدقات والديون في هذه بمنزلة الميراث ، وهذا وجه الشأن فيه ، وهو قول مالك ، قال محمد بن رشد : لا اختلاف أن ما وهبت المرأة لزوجها من مالها ، أو من صداقتها عليه في مرضه ، أو في صحته لازم لها ، وليس لها الرجوع في شيء منه في حياته ولا بعد موته ، إلا أن يكون أكرهها على ذلك بالإخافة والتهديد مثل أن يسألها ذلك فتأني فيقول : والله لئن لم تفعلني ذلك لأضيق عليك ولا أدعك تأتي أهلك ولا يأتوك ، وعن ابن القاسم أنه لا يلزمها ؛ لأن إكراه الرجل امرأته إكراه على ما قاله في المدونة . وقوله : « لا يعجبني ذلك » لفظ فيه تجوز ولا يسوغ له ذلك ، وقد يعبرون بالمكروه عن الحرام ، =

٣٠٤١ - والمانع الرابع : الزوجية ولكن يشترط أن تكون موجودة وقت الهبة ، سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل ، وسواء دامت الزوجية بعد الهبة أو انقطعت ، فلو حصلت الزوجية بعد الهبة لم يتمتع الرجوع .

٣٠٤٢ - وإنما كانت الزوجية مانعة من الرجوع ؛ لأنها نظير القرابة ، ولذا يجري التوارث بينهما وترد شهادة كل واحد منهما للآخر ؛ فيكون المقصود من هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض ، كما في القرابة المحرمية وقد حصل بنفس الهبة فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للأجنبي ؛ لأن المقصود فيها العوض فكان له الرجوع عند فواته .

٣٠٤٣ - وما أخرجه عن الأصل بالنسبة للزوجية : ما إذا وهبت الزوجة دارها لزوجها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح ؛ لأنها وما في يدها في يده

= وأما إذا سألتها في مرضه أن تهب له ميراثها مما يخلفه أو بعضه ؛ فلا يلزمها ذلك ، ولها أن ترجع فيه إذا مات قضى فيه بشيء ، أو لم يقض بخلاف الابن البائن عن أبيه يسأله أن يهب له ميراثه مما يخلفه ، أو من بعضه ، فهذا إن قضى فيه بشيء لزمه ، ولم يكن له أن يرجع عنه .
وجاء فيه أيضاً (٢٧٨/٢) : « في ثمانية أبي زيد إذا أدخل الرجل على زوجته جماعة من الناس لتضع عنه صداقها فأدركها الحياء والحشمة فوهبت له صداقها فلها الرجوع ، وفي أسئلة القاسبي لا ترجع ، ولا عذر لها في الحياء والحشمة انتهى » .

قول الخبائلة : جاء في كشف القناع (٣١٦/٤ ، ٣١٧) : « (وإن سأل) زوج (امرأته هبة مهرها فوهبت) له ثم ضرها فلها الرجوع (أو قال) زوج لزوجته (أنت طالق إن لم تبرئيني فأبرأته) من مهرها (ثم ضرها بطلاق أو غيره فلها الرجوع) فيما وهبته من المهر أو أبرأته منه ؛ لأن شاهد الحال يدل أنها لم تطب به نفساً وإنما أباحه الله عن طيب نفسها بقوله : ﴿ إِنْ طَلَّقَ لَكُمْ عَنْ نَفْسِهِ نَسًا كَلَّفُوا مِثَّتَا نَفْسِكُمْ ﴾ وغير الصداق كالصداق ، قاله في شرح المنتهى ، ويؤيده قول عمر : إن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة فأبما امرأة أعطت زوجها شيئاً ثم أرادت أن تعتصره فهي أحق به ، رواه الأثرم ، وقال الحارثي : المشهور عنه ، أي : عن الإمام أن لا رجوع لواحد من الزوجين فيما وهب للآخر إلا أن تهب المرأة مهرها لسؤال منه ونحو ذلك فترجع (إلا إن تبرعت به) أي : بمهرها (من غير مسألة) الزوج فلا رجوع لها نصاً ، واحتج في رواية أحمد بن إبراهيم الكوفي بقوله تعالى : ﴿ إِنْ طَلَّقَ لَكُمْ عَنْ نَفْسِهِ نَسًا ﴾ .

وجاء فيه أيضاً (٤٧٥/٥) : « (وإن دفع) الزوج (إليها شيئاً زائداً على الكسوة مثل : مصاغ وقلائد وما أشبه ذلك على وجه التمليك فقد ملكته) بقبضه كسائر الهبات (وليس له إذا طلقها أن يطالبها به) للزوم الهبة بالقبض (وإن كان) الزوج (قد أعطاهما) ذلك (للتجمل به كما يركبها دابته ويخدمها غلامه ونحو ذلك لا على وجه التملك المعين فهو باق على ملكه) ؛ لأنه لم يخرج عنه بشيء يقتضيه (فله أن يرجع فيه متى شاء سواء طلقها أو لم يطلقها) ؛ لأنه ملكه » .

فكانت الدار مشغولة بعياله ، وهذا لا يمنع صحة قبضه ومثل هذا ما إذا وهب الأب لابنه الصغير دارًا مشغولة بمتاعه ؛ فإنه يصح على المفتى به ؛ لأن إشغالها بمتاع الواهب لا يمنع قبضه .

(مادة ٥١٩)

مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ وَلَوْ ذِمِّيًّا أَوْ مُشْتَأَمًّا أَوْ غَيْرَ مُشْتَأَمٍّ ؛ فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ .

فَإِنْ وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ غَيْرِ مَحْرَمٍ ، أَوْ لِمَحْرَمٍ غَيْرِ ذِي رَحِمٍ ، أَوْ لِمَحْرَمٍ بِالمُصَاهَرَةِ وَأَزَادَ الرُّجُوعَ ؛ فَلَهُ ذَلِكَ ^(١) .

٣٠٤٤ - والمانع الخامس: القرابة ولكن ليست كل قرابة مانعة من الرجوع في الهبة ؛ بل التي يكون فيها الموهوب له رحمًا محرّمًا من الواهب ، بأن يكون قريبًا له ، ويحرم عقد الزواج بينهما ، كالبنات والأم والحالة والعمة .

فلو كان القريب رحمًا غير محرم كبنات العم أو بنت الخالة ، أو كان الموهوب له محرمًا غير رحم كالأخت من الرضاع أو كان أجنبيًا لم يمنع الرجوع ، والأصل في ذلك : قوله عَلَيْهِ : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها » ^(٢) ؛ ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل ، وفي الرجوع قطيعة فامتنع .

(١) قول الخفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٧/٤) : « ولا يرجع في الهبة من المحارم بالقرابة كالأب والأمهات ، وإن علوا ، والأولاد وإن سفلوا ، وأولاد البنين والبنات في ذلك سواء ، وكذلك الإخوة والأخوات والأعمام والعمات ، والمحرمية بالسبب لا بالقرابة لا تمتنع الرجوع كالأب والأمهات والإخوة والأخوات من الرضاع ، وكذا المحرمية بالمصاهرة كأمهات النساء والبنات ، وكذا في خزانة المفتين .

قال : حربي دخل علينا بأمان وله عندنا أخ مسلم ، فوهب أحدهما لصاحبه شيئًا وقبله ، فلا رجوع له فيه ، فإن لم يقبض الموهوب له حتى يرجع إلى دار الحرب ؛ بطلت الهبة ؛ فإن كان الحربي أذن للمسلم في قبضه وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحسانًا ، وفي القياس ؛ لا يجوز ، كذا في الميسوط .

(٢) المستدرک (٢٣٢٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي ١٦١/٦ ، وسنن الدارقطني ٤٤/٣ (١٨٤) .

(مادة ٥٢٠)

إِذَا هَلَكَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوْ اسْتَهْلَكَتْ ؛ سَقَطَ حَقُّ الرَّجُوعِ فِيهَا .
فَإِنْ اسْتَهْلَكَتِ الْبَعْضُ ؛ فَلِلْوَاهِبِ الرَّجُوعُ فِيمَا بَقِيَ ^(١) .

• • •

٣٠٤٥ - والمانع السادس : هلاك الموهوب أو استهلاكه ، فإذا هلك البعض ؛ ثبت له حق الرجوع في الباقي كما تقدم في خروج البعض عن ملك الموهوب له .
٣٠٤٦ - وإنما كان هذا مانعاً ، لتعذر الرد بعد الهلاك ، فامتنع الرجوع ، ولا يلزم بدفع القيمة أو المثل ؛ لأن التسليط حصل من الواهب ؛ فيد الموهوب له ليست يد ضمان .

(مادة ٥٢١)

إِذَا أَضَافَ الْمَوْهُوبُ لَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ عَوْضًا لِلْهَبَةِ وَقَبَضَهُ الْوَاهِبُ مُفْرَزًا مُمَيَّزًا إِنْ كَانَ يَمَّا
يَخْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ؛ سَقَطَ حَقُّ رُجُوعِهِ ، بِشَرْطِ أَلَّا يَكُونَ الْعَوْضُ بَعْضَ الْمَوْهُوبِ .
فَإِنْ عَوْضَهُ الْبَعْضُ عَنِ الْبَاقِي ؛ فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي الْبَاقِي .
وَإِنْ عَوْضَ التُّضْفِ ؛ فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي التُّضْفِ ، وَلَا يَضُرُّ الشُّيُوعُ الْحَاصِلُ بِالرُّجُوعِ ^(٢) .

٣٠٤٧ - والمانع السابع : العوض فإذا أعطى الموهوب له للواهب بدل هبته امتنع الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يشب عنها » ^(٣) ، أي : ما لم يعوض ؛ ولأن ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصود الواهب وقد زال الخلل ؛

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٨٦/٤) : « (منها) هلاك الموهوب ؛ لأنه لا سبيل إلى الرجوع في قيمته لعدم انعقاد العقد عليها » .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٩٤/٤) : « وهب داراً من رجلين بشرط عوض ألف درهم ، ينقلب يميناً جائزاً بعد التقابض ، كذا في القنية ، ولو عوض عن جميع الهبة قليلاً ، كان العوض ، أو كثيراً ؛ فإنه يمنع الرجوع ، ولو عوض عن بعض الهبة عن ملكه ؛ فله الرجوع فيما لم يعوض عنه ، وليس له الرجوع فيما عوض ، كذا في شرح الطحاوي » .

(٣) سبق تخريجه .

فصار كما إذا وجد المشتري عيباً في المبيع ثم زال ، وانظر فيما إذا عوضه غير المطلوب له ؛ فإن هذا التعليل ينتج الرجوع مع أنه لم يفصل في العوض أحد .

٣٠٤٨ - ثم إن العوض ينقسم إلى قسمين ؛ لأنه إما أن يكون مشروطاً في العقد كما إذا قال له : وهبتك هذا الشيء بشرط أن تعوضني كذا ، وإما أن يضاف لها بعد العقد ، فالأول : يأتي حكمه في شرح مادة (٥٢٨) .

والثاني : الذي هو موضوعنا الآن : إما أن يكون عوضاً عن كل الهبة ، أو عن بعضها .

فإن كان مضافاً إلى الكل ، بأن قال بعد تمام عقد الهبة : خذ هذا عوض هبتك ، أو بدلاً عنها ، أو في مقابلها ؛ امتنع الرجوع في كل الهبة .

وإن كان العوض مضافاً إلى البعض ، كما إذا قال : خذ هذا عوض نصف هبتك (مثلاً) ؛ كان له حق الرجوع في الباقي ؛ لأن حقه في الرجوع كان ثابتاً في الكل ، فإذا عوضه عن النصف ؛ امتنع الرجوع في حقه وبقي الحق في الباقي على ما كان ، والشيوخ الحاصل بالرجوع في هذه الحالة لا يضر ؛ لأنه طارئٌ بعد تمام عقد الهبة . وقد عرفت في شرح مادة (٥٠٦) أن الشيوخ الضار هو الشيوخ المقارن لعقد الهبة لا الطارئ عليه ، وهذا إذا كان العوض غير الموهوب .

غفلوا كان بعضه بأن وهب له قطعة فأعطاه نصفها مثلاً على أنها عوض عن الكل ؛ لم يمتنع الرجوع في الباقي ؛ لأن حقه كان ثابتاً في الكل ، فإذا وصل إليه بعضه فلا يسقط في الباقي .

وقال زفر : لا رجوع في هذه الحالة ، موجهاً كلامه بأن الموهوب ملك بالقبض ، فالتحق بسائر أموال الواهب ، فكأنه أعطاه شيئاً من غير الموهوب .

(مادة ٥٢٢)

إِذَا اسْتَحَقَّ كُلُّ الْعُوضِ كُلُّ الْوَاهِبِ فِي كُلِّ الْهَبَةِ ، إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً ، وَلَمْ تَحْضَلْ بِهَا زِيَادَةٌ مَانِعَةٌ مِنْهُ أَوْ مَانِعٌ آخَرُ .

وَإِذَا اسْتَحَقَّتْ الْهَبَةُ ؛ لِلْمُعْضُ الرُّجُوعُ فِي جَمِيعِ الْعُوضِ الَّذِي أَدَّاهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا ، وَبِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ هَالِكًا وَهُوَ بِمِثْلِي ، أَوْ بِقِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ قِيَمِيًا .

وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَبَةِ ؛ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعُوضِ . وَفِي عَكْسِهِ ، لَا يَزْجَعُ مَا لَمْ يَزِدْ

مَا بَقِيَ مِنَ الْعَوْضِ (١) .

• • •

٣٠٤٩ - فإن سلم كل من العوض والهبة لكل منهما فيها ، وأما إذا استحق بأن ظهر أن أحدهما مملوك لغير من أعطاه لصاحبه بأن أثبت شخص بالحجة أنه مملوك له قبل تاريخ الإعطاء ؛ فإما أن يكون الاستحقاق وارداً على العوض ، أو على الهبة ، وعلى كل فإما أن يرد على الكل أو العوض .

فإن ورد على كل العوض ؛ كان للواهب أن يرجع فيما وهب ؛ لأن الهبة تبقى بلا عوض ، فصار كأن لم يكن عوض أصلاً ، وإن ورد على كل الهبة ؛ كان للموهوب له الرجوع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة ، وهذا إذا كان كل منهما موجوداً وقت الاستحقاق ، فإن كان هالكاً ؛ اختلفا في الحكم ، لأنه إن استحق العوض والهبة هالكة فلا يرجع الواهب بشيء أصلاً ، لأن هلاك الهبة مانع من الرجوع ، وكذا لو كان هناك مانع آخر منه .

٣٠٥٠ - وإن استحققت الهبة والعوض هالك ؛ يرجع الموهوب له على الواهب ببدل العوض وهو القيمة أن كان قيمياً ، والمثل أن كان مثلياً ؛ لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة ؛ لأن الموضوع أنه قال للواهب: خذ هذا عوض هبتك ، بخلاف الواهب ؛ لأن الموضوع أنه لم يشترط العوض في العقد .

٣٠٥١ - وإن ورد الاستحقاق على بعض الهبة ؛ فللموهوب له أن يرجع على الواهب بما يقابل المستحق من الهبة ؛ لأنه لم يدفع إليه العوض إلا ليسلم له الموهوب كله ، فإذا فات بعضه ، رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات ، وجميع هذه الصور متفق عليها .

٣٠٥٢ - وإن ورد الاستحقاق على بعض العوض ؛ ففيه خلاف ؛ فالإمام الأعظم وصاحبه يقولان : لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقى من العوض ، وقال زفر : يرجع في الهبة بما يقابل المستحق من العوض .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٩٥/٤) : « ولو وهب له بية فعوضه عوضاً على غير شرط فقبضه ثم استحق العوض ؛ فله أن يرجع في الهبة إن كانت قائمة في ملك الموهوب له ولم تزد ولم يحدث فيها ما يمنع الرجوع فيها ، كذا في السراج الوهاج ، وإن استحق العوض وقد ازدادت الهبة ، لم يرجع ، كذا في الخلاصة » .

واستدل بأن كل واحد منهما عوض عن الآخر ، فكما يرجع الموهوب له ببعض العوض عند استحقاق بعض الهبة ، فكذلك يرجع الواهب أيضًا ببعض الهبة عند استحقاق بعض العوض ؛ لأنه حكم المعاوضة ؛ إذ هو يقتضى المساواة .

واستدل غيره بأن العوض ليس يبدل عن الهبة حقيقة ؛ لأنها حصلت بدون عوض مشروط في عقدها ، فهي مملوكة للموهوب له قبل أن يعوض الواهب شيئًا ، والإنسان لا يعطى بدل ملكه لغيره ، وإنما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع ، وما بقي يصلح لإسقاط الرجوع .

٣٠٥٣ - ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه ، إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض له ، فإذا لم يسلم له كله ، كان له الخيار إن شاء رضى بما بقي من العوض ، وإن شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة .

(مادة ٥٢٣)

إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ ، وَاسْتَحَقَّتْهَا مُسْتَحَقٌّ ، وَضَمِنَ الْمُسْتَحَقُّ الْمَوْهُوبَ لَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِمَا ضَمِنَ ^(١) .

• • •

٣٠٥٤ - وهذا إذا كانت الهبة عوض ، فإن كانت بغير عوض واستحققت ، فإما أن يكون الاستحقاق واردًا عليها وهي موجودة تحت يد الموهوب له ، وإما أن يكون بعد هلاكها .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٧٠٥/٥) : « تلفت (العين الموهوبة واستحققتها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له ؛ لم يرجع على الواهب بما ضمن) ؛ لأنها عقد تبرع ؛ فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا ؛ لأن قبض المستعير كان لنفسه ، ولا غرور لعدم العقد ، وتامه في العمادية (وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهي هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين) » .

قول المالكية : جاء في المدونة (١٨٣/٤ ، ١٨٤) : « أرأيت إن وهبت لرجل طعامًا أو ثيابًا أو إداً ، فأتى رجل فاستحق ذلك - وقد أكله الموهوب له أو لبس الثياب فأبلاها - فضمنه المستحق قيمة ما أبلى أو أكل ، أيكون للموهوب له أن يرجع على الواهب بشيء من ذلك ؛ لأنه غره في قول مالك ، قال : إنما يكون للمستحق أن يرجع على الموهوب له في هذه الأشياء أبداً إذا كان الواهب عديماً لا شيء له ، أو لا يقدر على الواهب ، وأما إذا كان الواهب ملياً يقدر عليه ؛ فلا ضمان على الموهوب له ، وإنما للمستحق أن يضمن ذلك الواهب ، قلت : فإن كان الواهب عديماً ، فضمن المستحق الموهوب له ، أيكون للموهوب له أن يرجع على الواهب بذلك في قول مالك ؟ ، قال : لا أقوم على حفظ قول مالك في هذا ، ولا أرى ذلك له » .

فإن كان الأول : فلا كلام في أنه لا يرجع على الواهب بشيء ؛ لأنه لم يعرضه شيئاً والمستحق لم يأخذ منه سوى الموهوب الذي لم يدفع شيئاً في مقابلته .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا استحق بعد هلاكه تحت يد الموهوب له ، فقالوا : إن للمستحق أن يضمه بأن يأخذ منه بدل الموهوب ؛ لأن ملكه هلك وهو تحت يده ، وعندما يأخذ منه البديل لا يكون للموهوب له حق في الرجوع على الواهب بما ضمن ومثله المستعير .

فإذا أعار شخص لغيره شيئاً لينتفع به ويرده إليه فهلك هذا الشيء تحت يده وظهر أنه غير مملوك للمعير ولو بالبينة ؛ فللمالك أن يأخذ بدله من المستعير ، وليس لهذا حق في أن يأخذ ما دفعه من المعير .

وهذا بخلاف البيع والوديعة والإجارة ، فإن المبيع إذا هلك تحت يد المشتري وظهر أنه غير مملوك للبائع وضمن المستحق المشتري ؛ رجع على البائع بما دفعه إليه .
٣٠٥٥ - ومثل البيع : الإجارة والوديعة .

وقالوا في الفرق : أن الهبة عقد تبرع والموهوب له غير عامل للواهب ، فلا يستحق السلامة .

٣٠٥٦ - ومثلها العارية بخلاف الوديعة ؛ لأن المدع ليس عاملاً لنفسه بل لصاحبها . وبخلاف البيع ؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة ؛ فيكون كل واحد منهما ملتزماً لوصف السلامة بالإقدام على العقد ، فإذا لم يشتم له صار مغروراً من جهته ، فيرجع عليه بما لحقه .

فيكون حاصل ما قالوه : أن المغرور يرجع على الغار بأحد أمرين : الأول : عقد المعاوضة ، الثاني : أن يكون نفع العقد عائداً على الدافع فقط كالوديعة ، فإن كان عائداً على الآخذ وحده كالهبة والعارية ، فلا رجوع ولو كان مغروراً .

وقال بعضهم : إن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصّاً يرجع على الواهب في هذه الحالة ، وهو ظاهر المراد فيآليته أطلق الحكم .

(مادة ٥٢٤)

لَا يَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يُعْرِضَ عَمَّا وَهَبَ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ .

٣٠٥٧ - ومن حيث إن العوض الذي هو الموضوع ليس مشروطاً في العقد ؛ فلا يجوز لمن له الولاية على مال الموهوب له أن يدفع منه شيئاً للواهب في مقابلة هبته ؛ لأنه تبرع وهو لا يملكه .

وينبغي على هذا : أن الأب لا يجوز له أن يدفع شيئاً من مال ابنه بدل ما وهب له ، فلو أعطى ضمنه فلو كان من مال نفسه جاز ذلك ؛ لأنه له أن يتصرف فيه بما أراد لمن أراد .

(مادة ٥٢٥)

لَا رُجُوعَ فِي الْهَبَةِ لِلْفَقِيرِ بَعْدَ قَبْضِهَا ^(١) .

٣٠٥٨ - ولما كانت الهبة للفقير مجازاً عن الصدقة والصدقة لا رجوع فيها ؛ كانت الهبة له مثلها في ذلك .

(مادة ٥٢٦)

لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي الْهَبَةِ إِلَّا بِتَرَاضِي الْعَاقِدَيْنِ ، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ .
فَإِذَا رَجَعَ الْوَاهِبُ بِأَخِيذِهِمَا ؛ كَانَ رُجُوعُهُ إِنْطِلَاقاً لِأَثَرِ الْعَقْدِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، وَإِعَادَةً لِيَلْبِغِهِ ، فَلَوْ أَخَذَ الْوَاهِبُ الْعَيْنَ الْمَوْهُوبَةَ قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا ، فَهَلَكَتْ أَوْ اسْتَهْلَكَتْ ؛ ضَمِنَ قِيَمَتَهَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَإِذَا طَلَبَهَا بَعْدَ الْقَضَاءِ ، وَمَتَعَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ ، فَهَلَكَتْ فِي يَدِهِ ، ضَمِنَهَا ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٣٩١/٤) : « إذا وهب من الفقير شيئاً لا يملك الرجوع ، وقيل هذا إذا نوى الصدقة ، كذا في السراجية » .

(٢) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٠١/٥ ، ١٠٢) : « وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) ؛ لأن ملك الموهوب له ثابت في العين ، فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضا أو بالقضاء ؛ ولأنه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله : وهي وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء ؛ لأنه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدينوي ، فيثبت له حق الرجوع ، ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة ؛ فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير ، فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا ، فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ؛ ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة إلى الحاكم ، وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع ؛ لأنه أوان القبض ، كان غير مضمون عليه فلا يتقلب مضموناً بالاستمرار عليه ، وإن منعه =

٣٠٥٩ - ولما كان الرجوع في الهبة قبيحاً ومرتكبه ذنباً ؛ لم يجعل الشارع هذا الحق للواهب وحده ؛ بل أشرك معه الموهوب له أو من له الولاية عليه إذا امتنع ، ولذا

بعد القضاء ؛ ضمن لوجود التعدي منه ، ثم إذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسحاً من الأصل ، وقال زفر رحمته : الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة ؛ لأن المالك عاد إليه بتراضيهما فأشبهه الرد بالعيب ، ولهذا لو رده في مرض موته يبرأه يعتبر من الثلث .

ولنا : أن عقد الهبة انعقد موجباً حق الفسخ للواهب ، وهو الفسخ يكون مستوفياً حقاً ثابتاً له بالعقد ؛ لأن العقد وقع غير لازم ، فإذا رفع رجوع إليه عين ملكه كالعارية ؛ فيكون فسحاً في حق الكل ، فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ، ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب ، ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ؛ لأن حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ، ولهذا لو زال العيب ؛ امتنع الرد لوصول حقه إليه ، لكن إذا لم يكن سلباً ؛ فأت رضاه ، فيرجع بالعوض ، ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفياً حقه ؛ فيكون ملكاً مبتدأ ضرورة ، غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسحاً لعموم ولايته ، ولا كذلك المتعاقدان ؛ لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما ، وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث ؛ لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يطله باختباره ، وإن أبطله رد عليه كيفما كان استحساناً ، وفي القياس أن لا يرد ذكره ابن سماعه .

قال رحمته : (فإن تلفت الموهوبة واستحققتها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) ؛ لأن الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له ، فلا يستحق السلامة ، ولا يثبت به الغرر بخلاف الوديعة ؛ لأن المودع عامل له ، وبخلاف المعاوضات ؛ لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة ، فيكون كل واحد منهما ملتزماً لو صف السلامة بالإقدام على العقد ، فإذا لم يسلم له ، صار مغروراً من جهته فيرجع عليه بما لحقه .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (٣٩٣/٥) : « والرجوع في الهبة أن يقول : قد رجعت فيها ، أو ارتجعتها ، أو ارتدتها ، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يصح الرجوع إلا بقضاء قاض ؛ لأن ملك الموهوب له مستقر .

ولنا : أنه خيار في فسخ عقد ، فلم يفتقر إلى قضاء ، كالفسخ بخيار الشرط ، فأما إن أخذ ما وهبه لولده ، فإن نوى به الرجوع ، كان رجوعاً ، والقول قوله في نيته ، وإن لم يعلم هل نوى الرجوع أو لا ، وكان ذلك بعد موت الأب ، فإن لم توجد قرينة تدل على الرجوع ، لم يحكم بكونه رجوعاً ؛ لأن الأخذ يحتمل الرجوع وغيره ، فلا نزاع حكماً يقيناً بأمر مشكوك فيه ، وإن اقتصرت به قرائن دالة على الرجوع فيه وجهان أحدهما ، يكون رجوعاً ، اختاره ابن عقيل ؛ لأننا اكتفينا في العقد بدلالة الحال ، ففي الفسخ أولى ؛ ولأن لفظ الرجوع إنما كان رجوعاً لدلالته عليه ؛ فكذلك كل ما دل عليه ، والآخر لا يكون رجوعاً ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الملك ثابت للموهوب له يقيناً ؛ فلا يزول إلا بالصريح ، ويمكن أن ينشأ هذا على نفس العقد ، فمن أوجب الإيجاب والقبول فيه ؛ لم يكف هاهنا إلا بلفظ يقتضي زواله ، ومن اكتفى في العقد بالمعاودة الدالة على الرضا به ؛ فهانئ أولى ، وإن نوى الرجوع من غير فعل ولا قول ؛ لم يحصل الرجوع ، وجهاً واحداً ؛ لأنه إثبات الملك على مال مملوك لغيره ، فلم يحصل بمجرد النية ، كسائر العقود . وإن علق الرجوع بشرط ، فقال : إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت في الهبة ؛ لم يصح ؛ لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط ، كما لا يقف العقد عليه .

لا يصح الرجوع فيها بمجرد قول الواهب : رجعت في هبتي ، بل لا بد من أحد أمرين :

الأول : رضا الموهوب له .

الثاني : قضاء القاضي .

والسبب في ذلك : أن ملك الموهوب له ثابت في الموهوب ، فلا يخرج عنه إلا بالرضا أو القضاء ، ولأنه مختلف فيه بين العلماء ، وفي أصله ضعف ، وفي عدم حصول مقصود الواهب ووجوده خفاء ، إذ يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي ولم يحصل عليه ؛ فثبت له حق الرجوع ، ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة ، أو إظهار الجود والسماحة ؛ فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير ، فحينئذ لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء .

ويؤخذ من هذا أن القاضي عندما ترفع إليه الدعوى بطلب استرداد الموهوب ، يبحث عن سبب الهبة ، وسبب الرجوع حتى تظهر له الحقيقة من كلام كل منهما ويحكم بما يظهر له .

٣٠٦٠ - فما دام لم يقض القاضي أو يفسخها بالتراضي يكون ملك الموهوب له

ثابتاً في الموهوب .

ويبنى على ذلك ما يأتي :

أولاً : إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ولو بعد المرافعة إلى القاضي ولكن قبل واحد منهما نفذ تصرفه ، فليس للواهب نقضه ؛ لأن الملك ثابت للموهوب له ما لم يحصل واحد منهما .

ثانياً : لو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل واحد منهما فهلكت أو استهلكت ؛ ضمن قيمتها للموهوب له لما ذكر .

ثالثاً : لو طلبها الواهب منه فامتنع من التسليم وهلكت أو استهلكت قبل القضاء ، لم يضمن له شيئاً ، لقيام ملكه ، فهو محق في هذا الامتناع ، ومثل هذا : ما إذا هلكت بعد القضاء ولكن قبل المنع ، لأنه أو أن القبض كان غير مضمون عليه ؛ فلا يتقلب مضموناً بالاستمرار عليه .

رابعاً : إذا تراضيا على صحة الرجوع أو قضي به وطلبها الواهب من الموهوب له فامتنع من التسليم مع التمكن منه وهلكت ؛ ضمن لثبوت الملك حينئذٍ للواهب ، فيكون متعدداً في هذا المنع ، فيضمن ، ومتى تم الرجوع بأحد هذين الأمرين ؛ كان

فسخًا لعقد الهبة من الأصل وإعادة للملك القديم لا هبة للواهب ، خلافاً لزرر إذا كان بالتراضي .

(مادة ٥٢٧)

إِذَا وَقَعَتِ الْهَبَةُ بِشَرْطِ عَرَضٍ مَعْلُومٍ مُعَيَّنٍ وَقَتِ الْعَقْدِ ؛ فَلَا تَبِيهُ إِلَّا بِالتَّقَابُضِ فِيهِ الْعَرُوضَيْنِ ، وَيَبْطُلُ الْعَرُوضُ بِالشُّيُوعِ فِيمَا يَفْسَمُ .
فَإِنْ اتَّصَلَ التَّقَابُضُ فِي الْعَرُوضَيْنِ ؛ تَبَتَّ الْمَلِكُ لِكُلِّ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَصَارَتْ مَعَارِضَةٌ تَجْرِي عَلَيْهَا أَحْكَامُ الْبَيْعِ ؛ فَتَرَدُّ بِالْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ ، وَتُؤَخَّذُ بِالشُّفَعَةِ .
فَإِنْ لَمْ يَوْجِدِ التَّقَابُضُ فِي الْعَرُوضَيْنِ ، أَوْ قُبِضَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ؛ فَلِكُلِّ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ ^(١) .

(١) قول الخلفية : جاء في تبين الحقائق (١٠٢/٥) : « (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء ، فيشترط التقابض في العوضين ، ويبطل بالشيوع بيع انتهاء فرد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) ، وقال زرر والشافعي رحمهما الله : هو بيع ابتداء وانتهاء ؛ لأنهما أتيا بمعنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ، ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة ، وهبة الدين لمن عليه إبراء ، وبيع العبد من نفسه إعتاق ، وهبة المنفعة بالعوض إجارة ، والإعارة بعوض إجارة . ولنا : أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين ، فيكون ابتداءه معتبراً بلفظه ، فتجري فيه أحكام الهبة ، وانتهائه معتبراً بمعناه ، فتجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض ؛ فإن ظاهره تملك في الحال تبرعاً ، ومعناه : معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة ، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ، ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ، ويوجب الملك عند القبض في الحال ، ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين ؛ لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها ، وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما ؛ لأن حكم البيع قد يكون متراحياً باشتراط الخيار لأحدهما ، وفي البيع الفاسد ، فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخيرها إلى القبض ، والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها ، فإن العمل فيها بالمعتين غير ممكن للتضاد بين الحكيمين ، فعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى ، ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض ؛ لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ؛ لأنه تبرع ابتداء ، وهو لا يملك التبرع بماله ، وقال محمد بن حنبل : يجوز ؛ لأنه بيع انتهاء على ما بينا » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (١٥٥/٤) : « (وجاز) للواهب (شرط الثواب) على هبته : أي العوض عليها ، وتسمى هبة ثواب ، وسواء عين الثواب أم لا ، (ولزم) الثواب (بتعيينه) إذا قيل الموهوب له ؛ فيلزمه دفع ما عين كمائة دينار أو هذا الثوب أو الدابة ، والمراد التعيين ولو بالوصف كتوب صفته كذا » .

٣٠٦١ - وقد تقدم لك في شرح مادة (٥٢٢) ، أن العوض إما أن يكون بعد عقد الهبة ، وإما أن يكون مشروطاً فيه .

فالأول : تقدم في شرح المادة المذكورة .

وأما الثاني : بأن قال شخص لآخر : وهبت لك كذا بشرط أن تعوضني بيتك الفلاني (مثلاً) ، فقيه خلاف ؛ فالإمام الأعظم وصاحبه يقولون : إن هذا العقد هبة ابتداءً بيع انتهاءً .

وينبغي عليه : أن هذا العقد يشترط فيه ابتداءً ما يشترط في الهبة ، فلا يتم إلا بالتقايض في العوضين ، ويظل أحدهما بالشيوع إذا كان فيما يحتمل القسمة ، فإذا تم القبض الكامل ؛ ثبت الملك لكل من المتعاقدين فيترتب على كل منهما حكم البيع وتجري عليه أحكامه فيرد كل منهما بالعيب وخيار الرؤية ، وإذا كان أحدهما عقاراً أو كل منهما ، ثبتت فيه الشفعة .

٣٠٦٢ - وقال زفر والإمام الشافعي : إن هذا العقد بيع ابتداءً وانتهاءً ، فلا يشترط فيه شيء من شروط الهبة .

ووجه قولهما : بأن المتعاقدين أتيا عقد البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ ؛ ولذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة ، وهبة الدين لمن عليه إبراء ، وهبة المنفعة بعوض إجارة ، والإعارة بعوض إجارة .

واستدل الإمام وصاحبه : بأن هذا العقد اشتمل على جهتين ، فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشهين ، فيكون ابتداءً معتبراً بلفظه ، فتجري فيه أحكام الهبة ، وانتهاءً معتبراً بمعناه ؛ فتجري فيه أحكام البيع ، ولا تنافي بين حكميهما ؛ لأن حكم البيع قد يكون متراخيًا في اشتراط الخيار لأحدهما وفي البيع الفاسد ، فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخيرها إلى القبض ، والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع لمانع منه بخلاف المسائل المستشهد بها ، فإن العمل فيها بالعنيين غير ممكن ؛ للتضاد بين الحكمين ، فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى .

ولا يخفى من تقرير الدليلين أن مذهب الإمام الشافعي وزفر ظاهر المراد .

(مادة ٥٢٨)

الصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ لَا تُمْلِكُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَلَا رُجُوعَ فِيهَا وَلَوْ كَانَتْ لَغْنِيٍّ (١) .

• • •

٣٠٦٣ - والصدقة كالهبة فشرطهما واحدة ، فلا تتم إلا بالقبض ، ويشترط فيها : أن تكون في محوز ، أو مشاع فيما لا يحتمل القسمة ، لا فيما يحتملها إلا بالإفراز والتسليم ؛ لأنها تبرع كالهبة ، فيلزمها ما لزم الهبة ؛ ولكنها تفارقها في عدم صحة الرجوع ؛ لأن المقصود فيها هو الثواب دون العوض ، سواء كانت لفقير أو لغني . وبعضهم يقول : الصدقة على الغني والهبة له ، سواء ؛ لأنه يقصد به العوض دون الثواب كالهبة للفقير فإنها صدقة ؛ لأنه لا يقصد بها العوض بل الثواب وهو الظاهر .

(١) قول الخنفي : جاء في مجمع الأنهر (٢/٣٦٧) : « (والصدقة كالهبة) ؛ لأنها تبرع مثلها ، فإذا كان كذلك (لا تصح) الصدقة (بدون القبض) بل لا بد من كونها مقبوضة كالهبة (ولا) تصح في مشاع (يقسم) أن يحتمل القسمة كسهم من الدار عند الإمام خلافاً لهما على ما تقدم في الهبة (ولا رجوع فيها) أي في الصدقة بعد القبض ؛ لأن المقصود فيها هو الثواب دون العوض ، (ولو) كانت الصدقة (لغني) استحساناً ؛ لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله ، وفي الخانية : ولو اختلفا فقال الواهب : كانت هبة ، وقال الموهوب له : صدقة ؛ فالقول للواهب ، وفي العناية في هذا المحل كلام ، وفي حاشيته للمولى سعدي جواب فليطالع . »

قول الخنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٢/) : « والرجوع في الصدقة كالهبة . »

الباب الرابع

في الوصايا

الفصل الأول

في حد الوصية وشرايطها

ومن هو أهل لها

(مادة ٥٢٩)

الْوَصِيَّةُ : تَمْلِيكَ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ (١) .

• • •

٣٠٦٤ - العقد وإن كانت أقسامه كثيرة ، إلا أنه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا إلى قسمين :

القسم الأول : ما يفيد حكمه حال الحياة .

الثاني : ما يفيد بعد وفاة أحد المتعاقدين (الموصى) .

والموضوع الآن هو القسم الثاني وهو الوصية ، ومن حيث إن كل عقد لا بد له من تعريف وأركان وشروط ، فالوصية تحتاج إلى ذلك وإليك بيانها :

تعريف الوصية :

٣٠٦٥ - الوصية في اللغة : اسم مصدر بمعنى : التوصية ، ومنه قوله تعالى : ﴿ حِينَ أَلْوَصِيَّتِ ﴾ (٢) . وقد تطلق على الشيء الموصى به كقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ ﴾

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٤٥٨/٨) تعريف الأحناف للوصية بما لا يخرج عن ذلك . قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٩/٣) : « الوصية شرعاً : تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عنق وإن التحق بها حكماً كال تبرع المنجز في مرض الموت أو الملتحق به » . قول المالكية : جاء في شرح حدود ابن عرفة للرصاص (ص ٥٢٨) : « الوصية في عُرف الفقهاء : عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده » .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٣٣٥/٤) : « الوصية شرعاً : الأمر بالتصرف بعد الموت » .

(٢) المائدة : ١٠٦ .

يُوصِيكَ بِهَا أَوْ ذَرْبًا ﴿١١﴾ .

ومعناها في اصطلاح الفقهاء : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان الموصى به عيّن أو منفعة ؛ إذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع ، والقياس يأتي جواز الوصية ، والاستحسان يجوزها ؛ لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة ، مع أن الشخص لو أضاف التمليك إلى حال عدم الملك بأن قال لغيره : ملكتك هذا الشيء . وليس له كان باطلاً عند الفقهاء ، فتكون الوصية أولى بهذا الحكم . لكن الشارع أجازها استحساناً لحاجة الناس إليها ؛ إذ الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله .

فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك احتاج إلى تدارك ما فاته من التقصير ، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه في حاجته ، فشرعها الشارع تمكيناً من العمل الصالح وقضاءً للحاجة عند الاحتياج إلى تحصيل المصالح ، وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التجهيز والدّين . ومثل الوصية في هذا المعنى الإجارة ؛ مع ما فيها من إضافة تمليك المنافع في الزمن المستقبل ولكن الشارع أجازها للضرورة (١) .

(١) النساء : ١١ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (١) : تعريف الوصية وركنها وشرائطها الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٠٧) : الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٢٢) الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي .

أركان الوصية

(مادة ٥٣٠)

يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ كَوْنُ الْوَصِيِّ : حُرًّا ، بَالِغًا ، عَاقِلًا ، مُخْتَارًا ، أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ .
وَالْوَصِيُّ لَهُ : حَيًّا تَحْقِيقًا أَوْ تَقْدِيرًا ، وَالْوَصِيُّ بِهِ قَابِلًا لِلتَّمْلِكِ بَعْدَ مَوْتِ الْوَصِيِّ .
فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مَجْنُونٍ ، وَلَا صَبِيٍّ وَلَوْ مُرَاهِقًا أَوْ مَادُونًا ، لَا تَنْجِيزًا وَلَا تَغْلِيْقًا
بِالْبُلُوغِ ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ الْمَمْتَرِ فِي أَمْرِ تَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ (١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٥ ، ٣٣٤/٧) : « (وأما) الذي يرجع إلى الموصي فأشياء : منها : أن يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال ، وما يتعلق به ؛ لأن الوصية بذلك تبرع بإيجابه بعد موته ، فلا بد من أهلية التبرع ، فلا تصح من الصبي ، والمجنون ؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة ؛ إذ لا يقابله عوض دينوي ، وهذا عندنا . وقال الشافعي رحمه الله في أحد أقواله : وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة ، واحتج بما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه أجاز ، وصية غلام يافع ، وهو الذي قرب إدراكه ؛ ولأن في وصيته نظرًا له ؛ لأنه يثاب عليه ، ولو لم يوص لزال ملكه إلى الوارث من غير ثواب ؛ لأنه يزول عنه جبرًا شاء ، أو أبى ، فكان هذا تصرفًا نافعا في حقه ؛ فأشبهه صلاة التطوع ، وصوم التطوع ، والجهاد ؛ إما إجازة سيدنا عمر رضي الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه ، وتكفينه ، ودفنه . ووصية الصبي في مثله جائزة - عندنا - لأنه يثبت من غير وصية (وأما) قوله : « يحصل له عوض » ، وهو الثواب فمسلّم ، لكنه ليس بعوض دينوي ، فلا يملكه الصبي كالصدقة مع ما أن هذا في حد التعارض ؛ لأنه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث ، بل هو أولى في بعض الأحوال لما بيننا فيما تقدم . وسواء مات قبل الإدراك أو بعده ؛ لأنها ، وقعت باطلة ، فلا تنقلب إلى الجواز بالإدراك إلا بالاستئناف ، وسواء كان الصبي ماذونًا في التجارة ، أو محجوزًا ؛ لأن الوصية ليست من باب التجارة ؛ إذ التجارة معاوضة المال بالمال ، ولو أضاف الوصية إلى ما بعد الإدراك بأن قال : إذا أدركت ، ثم مت فثلث مالي لفلان لم يصح ؛ لأن عبارته لم تقع صحيحة ، فلا تعتبر في إيجاب الحكم بعد الموت . ولا تصح وصية العبد المأذون ، والمكاتب ؛ لأنهما ليسا من أهل التبرع ، ولو أوصيا ، ثم أعتقا وملكنا مالا ، ثم ماتا ؛ لم تجز لوقوعها باطلة من الابتداء ، ولو أضاف أحدهما الوصية إلى ما بعد العتق بأن قال : إذا أعتقت ، ثم مت فثلث مالي لفلان : صح فرقًا بين العبد ، والصبي .

وروجه الفرق : أن عبارة الصبي فيما يتضرر به مُلْحَقَةٌ بِالْعَدَمِ لِنَقْصَانِ عَقْلِهِ فَلَمْ تَصِحْ عِبَارَتُهُ مِنَ الْأَصْلِ ، بَلْ بَطِلَتْ . والباطل لا حكم له بل هو ذاهب مُتَلَاشٍ فِي حَقِّ الْحُكْمِ ، فَأَمَّا عِبَارَةُ الْعَبْدِ : فَصَحِيحَةٌ لِصُدُورِهَا عَنْ عَقْلِ مِمِّيزٍ إِلَّا أَنْ امْتَنَاعَ تَبَرُّعِهِ لِحَقِّ الْمَوْلَى فِإِذَا عَتَقَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ .

ومنها : رضا الموصي ؛ لأنها إيجاب يملك ، أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر =

= الأشياء ؛ فلا تصح ، وصية الهازل ، والمكروه ، والخطأ ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا . وأما إسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته ، فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم ، والذمي في الجملة ؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك ، ألا ترى أنه يصح بيع الكافر ، وهبته ؟ فكذا وصيته ، وكذا الحربي المستأمن إذا أوصى للمسلم ، أو الذمي يصح في الجملة لما ذكرنا ، غير أنه إن كان دخل وارثه معه في دار الإسلام ، وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على إجازة وارثه ؛ لأنه بالدخول مستأماً التزم أحكام الإسلام ، أو أئزمه من غير التزامه لإمكان إجراء الأحكام عليه ما دام في دار الإسلام ، ومن أحكام الإسلام : أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تغف على إجازة وارثه . وإن لم يكن له وارث أصلاً : تصح من جميع المال ، كما في المسلم ، والذمي . وكذلك إذا كان له وارث لكنه في دار الحرب ؛ لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورث . وحقهم غير معصوم ؛ لأنه لا عصمة لأنفسهم ، وأمواهم ، فلأن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أولى . وذكر في الأصل : ولو أوصى الحربي في دار الحرب بوصية ، ثم أسلم أهل الدار ، أو صاروا ذمة ، ثم اختصموا إلينا في تلك الوصية ، فإن كانت قائمة بعينها أجزتها ، وإن كانت قد استهلكت قبل الإسلام أبطلتها ؛ لأن الحربي من أهل التملك . فكانت وصيته جائزة في نفسها لأنه إنا ليس لنا ولاية إجراء أحكام الإسلام ، وتنفيذها في دارهم ، فإذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ ، فننفذها ما دام الموصى به قائماً ، فأما إذا صار مستهلكاً ؛ أبطلنا الوصية ، وألحقناها بالعدم ؛ لأن أهل الحرب إذا أسلموا ، أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض . وبما اغتصب بعضهم من بعض ، بل يبطل ذلك كذا هذا . ومنها : أن لا يكون على الموصي دين مستغرق لتركته ، فإن كان لا تصح وصيته ؛ لأن الله - تبارك وتعالى - قدّم الدين على الوصية ، والميراث لقوله - تبارك وتعالى - في آية الموارث : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوسَىٰ بِنْتُ آدَمَ ﴾ و ﴿ يُوسَىٰ بِنْتُ آدَمَ ﴾ ، و ﴿ يُوسَىٰ بِنْتُ آدَمَ ﴾ ، ولما روي عن سيدنا علي رضي الله تعالى عنه أنه قال : إنكم تقرأون الوصية قبل الدين ، وقد شهدت رسول الله ﷺ بدأ بالدين قبل الوصية . أشار سيدنا علي عليه السلام إلى أن الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم . وروي أنه قيل لابن عباس عليه السلام : إنك تأمر بالعمرة قبل الحج ، وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج ، فقال تبارك وتعالى : ﴿ وَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَتْلُوهُ ﴾ فقال عليه السلام : كيف تقرأون آية الدين ؟ فقالوا : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوسَىٰ بِنْتُ آدَمَ ﴾ ، فقال : وبماذا تبدءون ؟ قالوا : بالدين ، قال عليه السلام : هو ذاك ؛ ولأن الدين واجب ، والوصية تبرع ، والواجب مقدم على التبرع ، ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث : أنه يُفَضَّى الدين أولاً ، فإن فضل منه شيء يصرف إلى الوصية والميراث ، وإلا فلا . (وأما) معنى تقدم الوصية على الميراث : فليس معناه أن يخرج الثلث ، ويعزل عن التركة ، ويبدأ بدفعه إلى الموصى له ، ثم يدفع الثلثان إلى الورثة ؛ لأن التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة وبين الموصى له على الشركة والموصى له شريك الورثة في الاستحقاق كأنه واحد من الورثة لا يستحق الموصى له من الثلث شيئاً قل أو كثر إلا ويستحق منه الورثة ثلثيه ، ويكون فرضهما معاً لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شيء من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعاً ، ولا يُعْطَى الموصى له كل الثلث من الباقي ؛ بل الهالك يهلك على الحقبين والباقي يبقى على الحقبين ، كما إذا هلك شيء من الموارث بعد الوصايا ، بخلاف الدين ؛ فإنه إذا هلك بعض التركة وبقي البعض يستوفى كل الدين من الباقي ، وإنما معناه أنه يحسب قدر =

= الوصية من جملة التركة ، أولاً ؛ لتظهر سهام الورثة ، كما تحسب سهام أصحاب الفرائض . أولاً ل يظهر الفاضل للعصبة ، ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى : ﴿ يُوَسِّئُكَ اللَّهُ فِيْ أَوْلَادِكَمُ لِلَّذِيْ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَيْنِ بَنَاتِيْ وَبَنَاتِيْ يَوْمِيْ هَذَا ﴾ أي سوى ما لكم أن توصوه من الثلث أو صاكنم الله بكذا وتكون بعد بمعنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٩/٣ ، ٣٠) : « الموصي وشرطه التكليف ، والحرية ، والاختيار ؛ لأن الوصية تبرع (فتصح من سفية) ولو محجوزاً عليه لصحة عبارته (لا) من غير مكلف إلا السكران ولا من مكروه (عبد مكاتب) لم يأذن له سيده (ولو مات حراً) لأنهم ليسوا أهلاً للتبرع . (وتصح من الكافر) ولو حريئاً كما صرح به الماوردي (كالمسلم) فيوصي بما يتمول أو يفتنى ، لا بخمر وخنزير ونحوهما سواء أوصى لمسلم أو لذي ، قال الأذري : ومقتضى إطلاقه - يعني النووي في الروضة - صحة وصية المرتد ، وإن مات أو قتل كافراً ، وليس كذلك ؛ بناء على أن ملكه موقوف أو زائل ، قلت : بل هو كذلك على قول الوقف كما ذكره النووي كغيره في باب الرّدة .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٥٨٠/٤ ، ٥٨١) : « (ورُكبتها) : الذي تتوقف عليه . (موص : وهو الحر) : فالعبد ولو بشائبة لا تصح وصيته . (المالك) للموصى به ملكاً تاماً . فمستغرق الذمة وغير المالك للموصى به لا تصح وصيتهما . وليس المراد مالك أمر نفسه بدليل ما بعد . (المميز) : لا مجنون وسكران وصبي لا تمييز عندهم حال الإيضاء . وتصح من السكران المميز . ومن الحر المالك : (وإن سفياً وصغيراً) : مميز ؛ لأن الحُرَّ عليهما لحق أنفسهما ، فلو منعها لكان الحُرَّ عليهما لحق غيرهما . (أو) إن كان (كافراً) : فتصح وصيته ما لم يوص لمسلم بنحو خمر . وموصى به : وهو ما ملك أو استحق ؛ كولاية في قرية ، غير زائد على ثلثه . (وموصى له : وهو ما صح تملكه) للموصى به (وإن) كان الموصى له (كمسجد) ورباط وقنطرة (وصرف) الموصى به (في مصالحه) : من مرمة وحصر وزيت وما زاد على ذلك فعلى خدمته من إمام ومؤذن ونحوهم ، احتاجوا أم لا . كما إذا لم يحتج المسجد لشيء مما ذكر فلهم .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (١٨٥/٧ ، ١٨٦) : « (وتصح من البالغ الرشيد ، عدلاً كان أو فاسقاً ، رجلاً أو امرأة ، مسلماً أو كافراً) . هذا صحيح بلا نزاع في الجملة . والمكاتب والمدير وأم الولد كالقنن . وشمل كلامه أيضاً : المحجور عليه لفسل . فتصح حتى لو كانت الوصية بعين من ماله ؛ لأنه قد يتحول ما بقي من الدين . فلا يتعين المال الأول إذن للفرءاء . وإن مات قبل ذلك لغت الوصية . قال في الكافي وغيره : هذا إذا لم يعان الموت . فأما إذا عان الموت : لم تصح وصيته ؛ لأن الوصية قول . ولا أقول له وتصح وصية المسلم بلا نزاع . وكذا تصح وصية الكافر مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به في الفروع ، وغيره . وقيل : لا تصح من مؤتد . والمكاتب والمدير وأم الولد كالقنن . فلو قال : متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان : نفذ . نقله الحارثي . (ومن السفية في أصح الوجهين) . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

والوجه الثاني : لا تصح منه . حكاها أبو الخطاب . وذكر المجد في شرحه : أنه المنصوص . قلت : وهو ضعيف . ومحل الخلاف : فيما إذا أوصى بمال . أما وصيته على أولاده : فلا تصح قولاً واحداً ؛ لأنه لا يملك =

٣٠٦٦ - أركان كل عقد اثنان وهما : الإيجاب ، والقبول ، ومن حيث إن الوصية عقد فأركانها ما ذكر ولا يشترط في الإيجاب لكل عقد ألفاظ مخصوصة ؛ إذ الغرض الإتيان بما يدل على تعيين العقد .

وينبغي على ذلك : أنه إذا قال شخص : أوصيت لفلان بثلث مالي ، أو وهبته له بعد وفاتي ، أو ملكته له بعدها . وما يماثل هذه الألفاظ ؛ كان كل ذلك وصية ؛ لأن أوصيت صريح فيها ولذا لا يحتاج فيه إلى التصريح بما بعد الموت وملكت .

٣٠٦٧ - وإن كان مُحتملاً لها ولغيرها مثل البيع والهبة ، إلا أن التقييد بما بعد الوفاة ينفي غيرها ومثله الهبة ولا يكون القبول معولاً عليه في كل العقود ، إلا إذا صدر في المجلس الذي حصل فيه الإيجاب ولو حُكماً ؛ إلا عقد الوصية ؛ فإنه لا يعول على القبول فيها إلا إذا صدر من الموصى له بعد موت الموصى .

ولذا لو قبل حال حياته ثم ردها بعد وفاته ؛ صح هذا الرد ، والسبب في ذلك : أن التملك في الوصية لا يكون إلا بعد وفاة الموصى ، فلا يعتد بالقبول إلا إذا صدر في هذا الوقت ، وسيأتي هذا المبحث في شرح مادة (٥٤١) .

= التصرف بنفسه . فوصيته أحق وأولى . وظاهر كلام كثير من الأصحاب في باب الموصى إليه صحة وصيته بذلك . وهو أولى بالصحة من الوصية بالمال .

والظاهر : أن الذي حدها إلى ذلك : تعليل الأصحاب بكونه محجوزاً عليه في تصرفاته ، أو لكونه محتاجاً إلى الثواب ، وتصرفه في هذه محض مصلحة من غير ضرر ؛ لأنه إن عاش لم يذهب من ماله شيء . ولا يلزم من ذلك أن الوصية على أولاده لا تصح . اللهم إلا أن يكون في المسألة نقل خاص . قوله : (ومن الصبي العاقل إذا جاوز العشر) . صحت وصيته . على الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية الجماعة ، وعليه الأصحاب . حتى قال أبو بكر : لا يختلف المذهب : أن من له عشر سنين تصح وصيته . انتهى . وعنه : تصح إذا بلغ اثني عشرة سنة . نقلها ابن المنذر .

ونقل الأثرم : لا تصح من ابن اثني عشرة سنة . وقيل : لا تصح حتى يتلّم . وهو احتمال في الكافي قوله : (ولا تصح ممن له دون السبع) يعني : ممن لم يميز ، على ما تقدم في كتاب الصلاة . (وفيما بينهما روايتان) يعني : فيما بين السبع والعشر . إحداهما : لا تصح . وهو ظاهر كلام الحارثي ، وصاحب الوجيز . وصححه في التصحيح . قال ابن أبي موسى : لا تصح وصية الغلام لدون عشر ، ولا لإجازته . قولاً واحداً . وقال في القواعد الأصولية : هذا هو المشهور عن الإمام أحمد رحمته . قال الحارثي : هذا الأشهر عنه . والرواية الثانية : تصح . وهو المذهب . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : تصح وصية الصبي إذا عقل . قال الحارثي : لم أجد هذه منصوبة عن الإمام أحمد رحمته ، وقيل : تصح وصية بنت تسع ، وقيل : تصح لسبع منهما ، قوله : (وفي السكران وجهان) . أحدهما : لا تصح ، وهو الصحيح من المذهب ، والوجه الثاني : تصح وصيته .

شروط الوصية

- ٣٠٦٨ - من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أي عقد إلا إذا كان هناك عاقدان ومعقود عليه ، وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مُستوفياً جميع ما يلزم له .
- ٣٠٦٩ - فشروط الوصية أنواع : منها : ما يرجع إلى الموصى . ومنها : ما يرجع إلى الموصى له . ومنها : ما يرجع إلى الموصى به .
- ٣٠٧٠ - فالشروط التي ترجع إلى نفس الموصي : هي أن يكون أهلاً للتبرع ، ولا يكون كذلك إلا إذا كان حُرّاً عاقلاً بالغاً مختاراً ؛ لأن الرقيق لا يملك شيئاً ، فلا يتأتى أن يملك وعبارة المجنون غير صحيحة ؛ إذ صحة العبارة تنبني على التمييز وهو غير مُميز . ولأن البلوغ شرط في صحة عقود التبرعات ؛ لأن الصغير إن كان غير مُميز ، فهو كالمجنون ، وإن كان مُميزاً ؛ فالوصية من العقود الضارة ، وهي لا تصح منه .
- ٣٠٧١ - واشترط الاختيار ؛ لأن المكره مضطر فهو يفعل المكره عليه بغير إرادته ، ولذا ثبت له فسخ عقود المعاوضة بعد زوال الإكراه .
- ٣٠٧٢ - ووصية الصغير لا تصح ولو كان مراهقاً ، أي : قريباً من البلوغ - وسواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً له في التجارة ، لأنه لا يملك التبرعات مُطلقاً ، وسواء كانت الوصية منجزة بأن قال : أوصيت لفلان بربيع مالي ، أو معلقة على بلوغه بأن قال : إن بلغت فقد أوصيت لفلان بثلث مالي ، ولكن تصح وصايا الصغير المميز إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه بشرط مُراعاة المصلحة .
- ٣٠٧٣ - وأما ما يرجع إلى الموصى له من الشروط : فهو أن يكون حيّاً وقت الوصية ، سواء كانت حياته محققة وهي ظاهرة أو مقدرة كما في الحمل ، فإن الوصية له صحيحة بالشروط الآتية في شرح مادة (٥٣٨) .
- ويظهر أن محل اشتراط هذا الشرط إذا كان الموصى له معيّن بأن قال : أوصيت لفلان ابن فلان . وليس لفلان ابن مُسمى بهذا الاسم .
- ٣٠٧٤ - أما إذا كان الموصى له غير معين ؛ فلا تشترط حياته وقت الوصية لقولهم : الموصى له إذا كان معيّن من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الإيجاب يوم أوصى ، ومتى كان غير معين تعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى .
- وينبغي على ذلك : أنه لو أوصى بثلث ماله لبني فلان ولم يسمهم ولم يشر إليهم ؛

فالوصية لبنية الموجودين وقت موت الموصى ، سواء كانوا موجودين وقت الوصية أو لا ، لأنهم غير معينين ، فتعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى .

وإن سماهم أو أشار إليهم ؛ فالوصية للموجودين خاصة ، ولذا لو ماتوا قبل موت الموصى بطلت الوصية ، ولو كان لفلان غيرهم ؛ لأن الموصى له معين ، فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية .

٣٠٧٥ - وأما ما يرجع إلى الموصى به من الشروط : فهو أن يكون قابلاً للتمليك بعد موت الموصى بعقد من العقود ، سواء كان مآلاً أو منفعة ، وسواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً ، إلا أنه يشترط في المعدوم أن يكون قابلاً للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصى ، ولهذا لو أوصى بما تضر نخيله في هذا العام أو أبداً صحت الوصية .

وإن كان الموصى به معدوماً وقتها ؛ لأنه يقبل التملك حال حياة الوصي بعقد المعاملة ، ولو أوصى بما تلد أغنامه ؛ لم تصح استحساناً ؛ لأن الموصى به لا يقبل التملك بعقد من العقود .

٣٠٧٦ - وأما وجود الموصى به وقت الوصية ، فليس بشرط إذا كان الموصى به غير معين عيناً أو نوعاً ، فلو كان كذلك اشترط وجوده .

وينبغي على ذلك : أنه إذا قال : أوصيت بثلث مالي لفلان ؛ استحق الموصى له ثلث جميع مال الموصى عند وفاته ، سواء كان مملوكاً له وقت الوصية أو ملكه بعدها ، وإذا قال : أوصيت لفلان بثلث غنمي وكانت له غنم وقت الوصية فهلكت قبل موته ؛ بطلت الوصية ، ولو اكتسب غيرها لتعلقها بالموجود فتبطل بهلاكه (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢١١) : ١ - يشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٢٨) أركان الوصية : الصيغة ، الموصى ، الموصى له ، الموصى به .

الفرع الأول : الصيغة المادة (٢٢٩) تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما فبالإشارة المفهومة .

الفرع الثاني : الموصى المادة (٢٣٠) أ - يشترط في الموصى أن يكون عاقلًا بالغًا أهلاً للتبرع .

ب - إذا كان الموصى مخجوراً عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته في وجوه الخير بإذن من المحكمة أو إجازتها .

الفرع الثالث : الموصى له المادة (٢٣١) يشترط في الموصى له :

أ - أن يكون ممن يصح تملكه شرعاً . ب - أن يكون معلوماً .

(مادة ٥٣١)

وصايا المحجور عليه لسفبه جائزة في سبل الخير (١).

ج - أن يكون موجودًا عند الوصية حقيقةً أو محكّمًا إذا كان معيّنًا فإن لم يكن معيّنًا فلا يشترط أن يكون موجودًا عند الوصية ولا وقت موت الموصي .

د - ألا يكون قاتلاً للموصي .

الفرع الرابع : الموصى به المادة (٢٤٤) يشترط في الموصى به أن يكون بلنكًا للموصي ومحلّه مشروعًا .
المادة (٢٤٥) أ - يكون الموصى به شائعًا أو معيّنًا .

ب - يشمل الموصى به الشائع جميع أموال الموصي الحاضرة والمستقبلية .

المادة (٢٤٦) مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٢٢٤) تنفذ الوصية بحصة شائعة إذا كان ذلك في حدود ثلث التركة .

(١) قول الخفيع : جاء في الفتاوى الهندية (٥٩/٥ ، ٦٠) : « ولو أوصى بوصيته إن كانت موافقة لوصايا أهل الخير والصلاح نحو الوصية بالخير أو للمساكين أو شيء من الأبواب التي يتقرب بها إلى الله تعالى ؛ يجوز استحسانًا ، ويُنفذ من ثلث ماله ، وإن كانت مخالفة لوصايا أهل الخير والصلاح ؛ لا يجب تنفيذها ، كذا في فتاوى قاضي خان » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠٩/٢ ، ٢١٠) : « ولا يصح من السفه المحجور عليه) شرعًا أو جسدًا (عقد مالي) كالبيع والشراء ولو بغبطة أو في الذمة والإعتاق والكتابة (ولو بإذن الولي أو الموكل وتقدير) وفي نسخة أو بتقدير (العوض) وفي أخرى ، ولو قدر العوض ؛ لأن تصحيحها يؤدي إلى إبطال معنى الحَجْر ؛ ولأنها إتلاف أو مظنة الإتلاف ، بخلاف الاحتطاب ونحوه والطلاق ، والحلّ ، والظهار ، ونحوها كما سيأتي (ويصح قبوله الهبة) لأنه ليس بتفويت بل تحصيل (لا) قبوله (الوصية) ؛ لأنه تصرف مالي وهذا ما اقتضاه كلام الأصل لكن الذي جزم به الماوردي والرويانى والجرجاني الصحة أيضًا ، وقال الإمام : إنه الذي عليه الأكثرون واختاره السبكي والإسنوي ولي بهما أسوة ، وعليه قال الماوردي ؛ لا يجوز تسليم الموهوب والموصى به إليه ، فإن سلمهما إليه ضمن الموصى به دون الموهوب ؛ لأنه ملك الموصى به بقوله بخلاف الموهوب وبحث في المطلب جواز تسليم الموهوب إليه إذا كان ثم من ينتزعه منه عقب تسلمه من ولي أو حاكم .

ويصح تديره ووصيته وقبضه دينه بإذن وليه كما سيأتي في الحلّ ، وعقده الجزية بدنيًا ، وصلحه من قود لزمه على شيء ، ولو أكثر من الدية صيانة للروح ، وتوكيله في قبول النكاح دون إيجابه ، ونكاحه بإذن وليه ؛ لأن المال فيه تبع وسيأتي بيانها في محالها ، قال الإمام : ولو امتنع الولي وعسرت مراجعته في المطاعم ونحوها وانتهى إلى الضرورة ، فالوجه عندي القطع بجواز تصرفه بحسبها » .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٩٤/٥ ، ٢٩٥) : « ولما كان الحَجْر عليه في حياته لحق نفسه وكانت =

= الوصية في ماله بخلاف ذلك فهي جائزة ، ولا حجر عليه فيها ؛ لأنها خارجة من ثلثه بعد موته فسأوى فيها البالغ أشار إلى ذلك بقوله : وصحت وصيته ، أي : وصحت وصية الصغير المميز ، أي : وجازت أيضًا وإنما اقتصر على الصحة لأجل الشرط المذكور .

وقوله : كالسفيه تشبيه فيما قبله فقط وهو صحة وصيته ويحتمل أن يكون تشبيهاً تاماً في الأحكام السابقة من قوله : وللولي رد تصرف ميمز إلى هنا إن أراد بالميزم السفي ، أي : وللولي رد تصرف السفيه وله إن رشد إلخ وهذا أولى ، وأما قوله : إن لم يخلط فهو شرط في المميز ، والسفيه ، والمعنى أن صحة الوصية منهما ما لم يحصل تخليط أما إن حصل فإن وصيتهما لا تصح وفسر اللخمي التخليط بالإيضاء بما ليس قرابة وأبو عمران بأن لا يعرف ما ابتدأ به وقد أشار إلى هذا المؤلف في باب الوصية بقوله : وهل إن لم يتناقض ، أو إن أوصى بقرابة وتأويلان إلى حفظ مال ذي الأب بعده يعني أن الحجر لا يزال منسحباً على السفي إلى بلوغه رشيداً وهو المراد بحفظ المال ومعناه أن يكون بعد بلوغه حسن التصرف ، وحينئذ ينفك عنه حجر أبيه ولو لم يفكه أبوه عنه بخلاف الوصي ومقدم القاضي فإنه لا بد أن يفكاً عنه الحجر بعد بلوغه رشيداً وإلى هذا أشار بقوله : وفك وصي ، أو مقدم ، أي : من قدمه القاضي ، أي : مع حفظ ماله ، ولا يحتاج الأمر في فكهما الحجر عنه إلى إذن القاضي وإنما كان الوصي هنا أقوى من الأب وهو فرعه ؛ لأن الأب لما أدخل الابن في ولاية الوصي صار بمنزلة ما لو حجر عليه ، أي : بعد بلوغه رشيداً ؛ وهو إذا حجر عليه لم يخرج إلا بإطلاقه ، ولو مات الوصي قبل الفك ؛ تصير أفعاله بعد ذلك على الحجر ، ولا بد من فك الحاكم ، ولا يقال : صار مهملًا ، ولا يتأني الخلاف الآتي بين ابن القاسم ومالك ؛ لأنه محجور عليه ، وفي كلام المؤلف من قوله : إلى حفظ مال ذي الأب إلخ إشعار بأن اليتيم المهمل يخرج من الحجر بالبلوغ إلا كدرهم لعيشه هذا مستثنى من قوله : وللولي رد تصرف ميمز يعني أن الولي له أن يحجر على الصغير ، والسفيه ، ويرد تصرف كل إذا كان ذلك في شيء له قدر وبال ، وأما الشيء التافه مثل درهم يشتري به شيئاً يأكله كالخبز ، والبقل وما أشبه ذلك فإن وليه لا يحجر عليه في ذلك ، وأما زوجة المحجور فهي التي تقبض نفقتها ، وأخذ ابن الهندي من قوله : مثل الدرهم يتتاع به لحما أن الوصي لا يدفع له غير نفقته .

وقال ابن العطار : يدفع له نفقته ونفقة رقيقه وأمهات أولاده ، ثم أخرج ما يخص السفيه البالغ بالعطف على تصرف بعد أن أخرج ما يعمه بأداة الاستثناء ، فقال لإطلاقه واستلحاق نسبه ونفيه وعققت مستولده وقصاص ونفيه وإقراره بمقوبة ، والمعنى : أن المميز البالغ الذي لم يعلم رُشده إذا طلق زوجته ليس لوليه أن يرد ذلك على المذهب سواء كان الطلاق على وجه الخلع أم لا ، وكذلك يلزمه استلحاق النسب بشرطه الآتي في بابه ، وكذلك إذا نفى نسبه بلعان في الزوجة ، أو غيره في حمل الأمة فليس لوليه أن يعارضه وإن كان في الاستلحاق إثبات وارث وإتلاف مال ؛ لأن ذلك بعد موته ، وكذلك إذا اعتقت مستولده ؛ فإنه يلزمه وليس لوليه كلام على المشهور إذ لم يبق له فيها غير الاستمتاع ويسير الخدمة ، والنفقة أكثر من ذلك وتبعها مالها ولو كثر على الراجح وقيل بقيد القلة وعليه مشى المؤلف في باب الفلاس ، حيث قال : وتبعها مالها إن قل وقيل لا يتبعها مالها مطلقاً ، والأول قول مالك في رواية أشهب ، والثاني قول أصبغ ، والثالث رواية يحيى عن ابن القاسم وكذلك تلزمه جناباته على غيره من نفس ، أو جرح ، أو قذف ؛ وكذلك يلزمه إذا عفا عن جنبي =

٣٠٧٧ - ولا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي غير محجور عليه لسفه ، بل لو كان كذلك صحت وصيته إذا كانت في سبيل الخير ، ولكن لا تنفذ وصاياه من كل المال بل من الثلث إن كان له وارث ولم يجز الوصايا ، فإن لم يكن أو كان وأجازها ؛ نفذت من كل المال .

٣٠٧٨ - وصحة وصايا السفیه مأخوذ فيها بالاستحسان ، أما القياس فيأبى صحتها ؛ لأن الوصية تبرع وإن كان التملك لا يكون إلا بعد الوفاة .

وجه الاستحسان : أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلاً على غيره ، وذلك يكون حال حياته فيما إذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من

عليه ، أو على وليه من عبد ونحوه جنابة عمداً إذا ليس فيها إلا العفو مجاناً على مذهب ابن القاسم وهو المشهور ، وكذلك يلزمه ما أقر به من عقوبة في بدنه بأن قال : مثلاً قطعت يد زيد ، ولا خلاف أنه لا يصح عفو عن جراح الخطأ ؛ لأنها مال فإن أدى جرحه إلى إتلاف نفسه وعفا عن ذلك عند موته كان في ثلثه كالوصايا وما في معنى الخطأ من عمد لا قصاص فيه كالجائفة كالحطأ وقد استفيد مما قررنا أن هذه المسائل في السفیه البالغ ، ولا يتصور حصولها من الصغير فجعل الشارح هذه المسائل في غير البالغ سبق قلم ؛ .
قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (٣٠٦ ، ٣٠٥ / ٤) : « ويصح تديره ووصيته ؛ لأن ذلك محض مصلحته ؛ لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه . ويصح استيلاؤه ، وتعنت الأمة المستولدة بموته ؛ لأنه إذا صح ذلك من المجنون ، فمن السفیه أولى . وله المطالبة بالقصاص ؛ لأنه موضوع للتشفي والانتقام ، وهو من أهله . وله العفو على مال ؛ لأنه تحصيل للمال ، لا تضييع له . وإن عفا على غير مال نظرت ؛ فإن قلنا : الواجب القصاص عينا . صح عفو ؛ لأنه لم يتضمن تضييع المال . وإن قلنا : أحد الشيتين . لم يصح عفو عن المال ، ووجب المال ، كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين .

وإن أحرم بالحج ، صح إحرامه ؛ لأنه مكلف أحرم بالحج ، أشبه غيره ؛ ولأن ذلك عبادة ، فصحت منه ، كسائر عباداته . ثم إن كان أحرم بفرض ، دفع إليه النفقة من ماله ليستقط الفرض عن نفسه ، وإن كان تطوعاً فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر ، دفعت إليه ؛ لأنه لا ضرر في إحرامه . وإن كانت نفقة السفر أكثر ، فقال : أنا أكتسب تمام نفقتي ، دفعت إليه أيضاً ؛ لأنه لا يضر بماله . وإن لم يكن له كسب ، فلوليه تحمليه ؛ لما فيه من تضييع ماله ، ويتحلل بالصيام كالمعسر ؛ لأنه ممنوع من التصرف في ماله . ويحتمل أن لا يملك وليه تحمليه ، بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده . وإن حثت في يمينه ، أو عاد فيظهاره ، أو لزمته كفارة بالقتل ، أو الوطء في نهار رمضان ، كفر بالصيام لذلك . وإن أعتق أو أطعم عن ذلك ، لم يجزه . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنه ممنوع من ماله ، أشبه المفلس . ويخرج أن يجزئه العتق ، بناء على قولنا بصحته منه . وإن نذر عبادة بدنية ، لزمه فعلها ؛ لأنه غير محجور عليه في بدنه . وإن نذر صدقة المال ، لم يصح منه ، وكفر بالصيام . وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها ، لزمه العتق ، إن قدر عليه . ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره ، بناء على قولهم في من أقر قبل فك الحجر عنه ، ثم فك عنه ، فإنه يلزمه أداءه ، وإن فك بعد تكفيره ، لم يلزمه شيء ، كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه ؛ .

الثالث ، أو من الكل بعد وفاته أي في حال استغنائه عن ماله خصوصاً وأن الوصية في أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل (١) .

(مادة ٥٣٢)

تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِالْأَعْيَانِ مَنْقُولَةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مَنْقُولَةً وَبِمَنَافِعِهَا ، مُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَوْ مُؤَيَّدَةً (٢) .

٣٠٧٩ - ويؤخذ من تعريف الوصية الذي هو : تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع أنها تصح بالأعيان ، سواء كانت عقاراً أو منقولاً وبمنافعها ؛ لأن التملك يصح في كل ما ذكر وعندما تكون بالمنافع يجوز أن تقيد بمدة معلومة كسكنى داره أو غلة أرضه ثلاث سنين مثلاً وأن تكون أبداً أي مدة عمر الموصى له .
وستعرف هذا المقام بما لا مزيد عليه في الفصل الثالث في الوصية بالمنافع (٣) .

(مادة ٥٣٣)

يَجُوزُ لِمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ مُسْتَعْرِقًا لِمَالِهِ وَلَا وَارَثَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ لِمَنْ يَشَاءُ ، وَتَنْفُذُ وَصِيَّتُهُ بِلَا تَوَقُّفٍ عَلَى إِجَازَةِ بَيْتِ الْمَالِ (٤) .

• • •

- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : ٢ - على أنه إذا كان متخجراً عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته بإذن القاضي .
- (٢) قول الحنابلة : جاء في مطالب أولي النهى (٧٢٢/٣) : « صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً » .
- (٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٤٧) يصح أن يكون الموصى به عيناً ويصح أن يكون منفعة لمدة مؤقتة أو مؤبدة .
- جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٣٨) : ٤ - تنفذ وصية من لا دين عليه ولا إرث له بكل ما له من غير توقف على إجازة أحد .
- جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٣٨) : ٣ - لا تنفذ فيما يستغرقه دين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين .
- (٤) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٩٠/٦) : « ولو أوصى بجميع ماله وليس له وارث ؛ نفذت الوصية ، ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال ، كذا في خزنة المفتين » .

٣٠٨٠ - ولا يمكننا الحكم على الوصية في أول الأمر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله أو لا تنفذ في شيء منه ؛ لأن ذلك يختلف باختلاف حال الموصي ، والموصى له ، والموصى به ، وذلك أن الموصي إما أن يكون غير مديون ، وإما أن يكون مديوناً ، فإن كان مديوناً فإما أن يكون دينه مستغرقاً لجميع تركته ، وإما أن يكون غير مستغرق لها ، وعلى كل فإما أن يكون الموصى له وارثاً للموصي أو أجنبيًا منه .

٣٠٨١ - وإن كان أجنبيًا فإما أن يكون للموصي وارث ، أو لا ، وفي كل هذه الأحوال إما أن تكون الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه وكل له حكم يخصه فاستمع لما يُلْقَى عليك حتى تعرف في نهايته حكم كل حالة على حدها وإليك البيان :
٣٠٨٢ - فإن كان الموصي غير مديون أصلاً وكانت الوصية لأجنبي منه ، ولم يكن له وارث ؛ نفذت الوصية .

ولو استغرقت جميع تركته ؛ فلا حق لبيت المال في المعارضة ، بل إذا لم تكن الوصية

= قول المختار : جاء في الإنصاف (١٩٢/٧) : (فأما من لا وارث له : فتجوز وصيته بجميع ماله) . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضي ، والشريف وأبو الخطاب ، والشيرازي ، والمصنف ، وغيرهم . وحزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الفروع ، والمحرم ، والرعائين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم . وصححه في النظم ، وغيره . وعنه : لا تجوز إلا بالثلث . نص عليه في رواية ابن منصور . قال أبو الخطاب في الانتصار : هذه الرواية صريحة في منع الرد ، وتورث ذوي الأرحام . وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب . وقيل : تجوز بماله كله إذا كان وارثه ذا رحم .

قال الشارح : وهو ظاهر كلام الخرقي . وأطلق في الفائق في ذوي الأرحام وجهين . قال في القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة : بناهما بعض الأصحاب على أن الحق لغير معين . وبناهما القاضي على أن بيت المال : هل هو جهة ومصالحة أو وارث ؟ ، فإن قيل : هو جهة ومصالحة : جازت الوصية بجميع ماله . وإن قيل : هو وارث : فلا تجوز إلا بالثلث . وتابعه في الفروع ، وغيره . فعلى المذهب : لو مات وترك زوجاً ، أو زوجة لا غير ، وأوصى بجميع ماله وُرد ؛ بطلت في قدر فرضه من الثلثين . فيأخذ الموصى له الثلث . ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقي . وهو الثلثان . فيأخذ الربع ، إن كان زوجة . ويأخذ النصف ، إن كان زوجاً . ثم يأخذ الموصى له الباقي من الثلثين . وهذا هو الصحيح من المذهب . اختاره الشارح ، وصاحب الفائق . وقدمه في الرعاية الكبرى ، والفروع . وحزم به في المحرم ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير . وقيل : لا يأخذ الموصى له مع أحد الزوجين سوى الثلث . وقدمه في الشرح ، والفائق . قلت : هو ظاهر كلام المصنف ، وصاحب الوجيز ، وغيرهما . حيث قالوا : ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث . فائدتان : إحداهما : وكذا الحكم لو كان الوارث واحداً من أهل الفروض ، وقلنا : بعدم الرد قاله في الرعاية وغيرها . الثانية : لو أوصى أحد الزوجين للآخر . فله على الرواية الأولى : المال كله إرثاً ووصية . على الصحيح من المذهب . وقيل : لا تصح . وله على الرواية الثانية : الثلث بالوصية . ثم فرضه من الباقي والبقية لبيت المال .

بالكل ؛ فله الباقي بعد الموصى به وإن كانت بالكل فلا يستحق شيئاً .
والسبب في ذلك : أن الموصى له ولو بجميع المال مقدم في الاستحقاق على بيت
المال . وإذا كان كذلك فلا حق له في المعارضة ، كما ستعرفه من ترتيب المستحقين
للتركة في شرح مادة (٥٨٢) .

(مادة ٥٢٤)

مَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَفْرَقٌ بِمَالِهِ ، فَلَا تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَرِيثَهُ الْغَرْمَاءُ أَوْ بِإِجَازَتِهِمْ ^(١) .

• • •

٣٠٨٣ - وإن كان الموصي مديوناً وكان دينه مُستفرفاً لتركته بأن كانت الديون
الثابتة في ذمته وقت موته ثلاثة آلاف جنيه مثلاً وتركته تقوم بهذا المبلغ فلا تنفذ الوصية ،
سواء كان الموصى به قليلاً أو كثيراً ، وسواء كان الموصى له أجنبيّاً منه أو وارثاً له ، اللهم
إلا إذا أبرأه الدائنون ؛ فإنها تنفذ ولو استفرقت جميع المال .

٣٠٨٤ - وأما إجازة الورثة في هذه الحالة فلا تفيد شيئاً ، وإنما كان الحق في هذه
الحالة للدائنين لا للورثة ؛ لأن حق الورثة في الإرث مؤخر عن قضاء الدين ، وقضاء
الديون مقدم على الوصية ، فالإجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق ، فإن شاء ألغاه وإن
شاء أمضاها .

وفي هذا المثال يأخذ كل من الدائنين دينه كاملاً ؛ لأن التركة وافية بالجميع ، فإذا
فرضنا أن تركته في المثال المتقدم ألف وخمسمائة جنيه فقط ، قسم هذا المبلغ بين
الدائنين بنسبة دين كل منهم ، فيأخذ كل منهم نصف دينه ؛ لأن التركة لا تساوي إلا
نصف الديون .

وإن كلنا الموصي مديوناً ولكن دينه غير مستفرف لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه
وقت موته ألفي جنيه وتركته تساوي خمسة آلاف جنيه ، فنخرج من التركة أولاً مقدار
الديون ؛ لأن قضاءها مُقدّم على الوصية ، ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الدين وهو هنا
ثلاثة آلاف جنيه بالحكم على الوصية في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدين .

(١) قول الخنيفة : جاء في الفتاوى الهندية (٩٢/٦) : « ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية إلا
أن يرثه الغرماء ، كذا في الهداية » .

(مادة ٥٢٥)

لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلَّا إِذَا أَجَازَهَا الْوَرِثَةُ الْأُخْرَى بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ .
 وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقَدْ مَوْتِ الْمُوصِي لَا وَقَدْ الْوَصِيَّةِ .
 وَلَيْسَ لِلْمُجْبِزِ أَنْ يَزْجِعَ فِي إِجَازَتِهِ ، وَيُجْبِزُ عَلَى التَّسْلِيمِ إِذَا امْتَنَعَ .
 وَإِذَا أَجَازَهَا بَعْضُ الْوَرِثَةِ وَرَدَّهَا الْبَعْضُ ، جَازَتْ عَلَى الْمُجْبِزِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، وَتَطَلَّتْ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٨ ، ٣٣٧/٧) : « ومنها » أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي ، فإن كان لا تصح الوصية لما روي عن أبي قلابة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال « إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » وفي هذا حكاية ، وهي ما حكى أن سليمان بن الأعمش - رحمه الله تعالى - كان مريضاً ، فعاده أبو حنيفة رضي الله عنه فوجده يوصي لابنه ، فقال أبو حنيفة : رضي الله عنه إن هذا لا يجوز ، فقال : ولم يا أبا حنيفة فقال : لأنك رويت لنا أن رسول الله ﷺ قال : « لا وصية لوارث » فقال سليمان - رحمه الله - : يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة . فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصاً . ولأننا لو جوزنا الوصية للورثة ؛ لكان للموصي أن يؤثر بعض الورثة ، وفيه إيذاء البعض وإحاشهم ، فيؤدي إلى قطع الرحم ، وإنه حرام وما أفضى إلى الحرام ، فهو حرام ، ثم الشرط أن لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي لا وقت الوصية حتى لو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية ، ثم مات قبل موت الموصي ، ثم مات الموصي لم تصح الوصية ؛ لأن الموصي له ، وهو الأخ صار وارث الموصي عند موته ، ولو أوصى لأخيه ولا ابن له وقت الوصية ، ثم ولد له ابن ، ثم مات الموصي صححت الوصية ؛ لأن الأخ ليس بورثته عند الموت لصيرورته محجوباً بالابن . وإنما اعتبرت الورثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته ؛ لأن الوصية ليست بتملك للحال ليعتبر كونه وارثاً وقت وجودها ، بل هي تملك عند الموت ، فيعتبر ذلك عند الموت .

وعلى هذا يخرج ما إذ أوصى لامرأة أجنبية ، وهو مريض أو صحيح ، ثم تزوجها لا يصح ، ولو أقر المريض لامرأة أجنبية بدتين ، ثم تزوجها جاز إقراره ؛ لأن الوصية إنما تصير ملكاً عند موت الموصي فيعتبر كونها واردة له حينئذٍ ، وهي وارثته عند موته ؛ لأنها زوجته فلم تصح الوصية ، ولو أقر المريض بدتين لابنه النصراني ، ثم أسلم لم يجز إقراره عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر يصح ؛ وجه قوله أن الإقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الإقرار ، فاعتراض الورثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت ، كما قلنا في المرأة .

ولفنا أن الورثة ، وإن لم تكن موجودة عند الإقرار لكن سببها كان قائماً وهو القرابة لكن لم يظهر عملها للحال للمانع ، وهو الكفر ، فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الأصل ، ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع ، كما في البيع بشرط الخيار ، أو يقال إن إقرار المريض لوارثه إنما يرد للثمة ، وسبب التهمة =

= وقت الإقرار موجود ، وهو القرابة ، بخلاف ما إذا أقر لامرأة أجنبية ، ثم تزوجها ؛ لأن هناك سبب القرابة لم يكن موجوداً وقت الإقرار ؛ لأن السبب هو الزوجية ، ولم تكن وقت الإقرار ، وإنما وجدت بعد ذلك ، وبعد وجودها لا تحتل الاستناد ، فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك إقراراً لوارثه فيصح ، وبشئ الدين في ذمته ، فلا يسقط بحدوث الزوجية ، وعلى التقريب الثاني لم يوجد سبب التهمة وتنت الإقرار فيصح ، ولو كان ابنه مسلماً ، لكنه مملوك ، فأوصى له ، ثم أعتق ، فالوصية باطلة لما ذكرنا أن أوأن اعتبار الوصية أوأن الموت ، وهو وارثه عند الموت .

ولو أقر له بالدين وهو مريض ، أو وهب له هبة ، فقبضها ، فإن لم يكن عليه دين ؛ جاز ذلك ؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين كان الإقرار والهبة لمولاه وإنه أجنبي عن الموصي ، فجاز ، وإن كان عليه دين لا يجوز ؛ لأن الإقرار والهبة يقمان له لا للمولاه ؛ لأنه يقضي منه ديونه فتبين أن الإقرار كان لوارثه من طريق الاستناد ، فلا يصح ، أو لا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الإقرار ، كما قلنا في الإقرار لابنه النصراني إذا أسلم . ولو أوصى لبعض ورثته ، فأجاز الباقيون ؛ جازت الوصية ؛ لأن امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى والوحشة بإثثار البعض ، ولا يوجد ذلك عند الإجازة ، وفي بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة » ، ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته ولأجنبي ، فإن أجاز بقية الورثة ؛ جازت الوصية لهما جميعاً . وكان الثلث بين الأجنبي وبين الوارث نصفين ، وإن ردوا ، جازت في حصة الأجنبي ، وبطلت في حصة الوارث .

وبه تبين أن الوارث محل للوصية ؛ لأن التصرف المضاف إلى غير محله يكون باطلاً دل أنه محل ، وأن الإضافة إليه وقعت صحيحة إلا أنها تبطل في حصته برد الباقيين ، وإذا وقعت صحيحة ، فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ، ثم بطلت الوصية في حق الوارث بالرد ، فبقيت في حق الأجنبي على حالها ، كما لو أوصى لأجنبيين ؛ فرد أحدهما دون الآخر ، بخلاف المريض إذا أقر بدين لبعض ورثته ولأجنبي ، كما إذ أقر لهما بألف درهم والوارث مع الأجنبي تصادقاً إنه لا يصح لهما الإقرار أصلاً لا للوارث ، ولا للأجنبي ؛ لأن الوصية تمليك ، فبطلانه في حق أحدهما لا يوجب البطلان في حق الآخر ؛ لأنه لا يوجب الشركة ، والإقرار لهما بالدين إخبار عن دين مشترك بينهما ، فلو صح في حق الأجنبي ؛ لكان فيه قسمة الدين قبل القبض ، وأنها باطلة ؛ ولأنه إذا كان إخباراً عن دين مشترك بينهما فالوارث يشارك الأجنبي فيما يقبض ، ثم تبطل حصته وفيه إقرار للوارث وأنه باطل ، بخلاف الوصية ، فإن الوارث لا يشارك الأجنبي .

وإذا بطل الإقرار أصلاً تقسم التركة بين ورثة المقر فما أصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه وبين الأجنبي إلى تمام الإقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث ؛ لأنهما إذا تصادقا ، فمن زعمهما أن هذا القدر دين على الميت ، والدين مقدم على الميراث هذا إذا تصادقا ، فإن تكاذبا ، أو أنكرا الأجنبي شركة الوارث ، أو رد الورثة إقراره فالإقرار باطل أيضاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لما ذكرنا ، وإذا بطل كان المال ميراثاً بين ورثة المقر ، فما أصاب الوارث ، فهو له كله ولا شركة للأجنبي فيه ؛ لأنه يكذبه في ذلك ، وعند محمد يصح إقراره في حق الأجنبي ، ويكون له خمسمائة وإن كان الأجنبي يكذب الوارث ، والوارث يصدق في ذلك ؛ فالخمسمائة مما أصابه للأجنبي ؛ لأنه لما صدقه الوارث فقد أقر أنه كان له على الميت =

= خمسمائة دين وأنه مقدم على الميراث إلا أنه ادعى الشركة فيه وهو يكذبه في الشركة ، فكان القول قول الأجنبي ، وبأخذ تلك الخمسمائة كلها .

قول الشافعية : جاء في نهاية المحتاج (٤٩/٦ ، ٥٠) : « (ولوارث في الأظهر إن أجاز باقي الورثة) المطلقين التصرف ، وقلنا بالأصح إن إجازتهم تنفيذ لا ابتداء عطية ، وإن كانت الوصية ببعض الثلث للخير بذلك ، وإسناده صالح ، وبه يخص الخبر الآخر » لا وصية لوارث « والحيلة في أخذه من غير توقف على إجازة أن يوصي لفلان بألف : أي وهو ثلث فأقل إن تبرع لولده بخمسمائة أو بألفين كما هو ظاهر ، فإذا قبل وأدى للابن ما شرط عليه ؛ أخذ الوصية ، ولم يشارك بقية الورثة الابن فيما حصل له ، ومقابل الأظهر لا تصح له ، وقيد بعض الشراح الوارث في كلام المصنف بالخاص احترازًا عن العام كوصية من لا يرثه ، إلا بيت المال بالثلث ، فأقل فتصح قطعًا ، ولا يحتاج إلى إجازة الإمام ، ورد بأن الوارث جهة الإسلام لا خصوص الموصى له ، فلا يحتاج للاحتراز عنه كما يعلم مما مر في إرث بيت المال ، وسيأتي أن الإمام يتعذر إجازته ما زاد على الثلث ؛ لأن الحق للمسلمين ، وإجازة ولي المحجور باطلة كما بحثه بعضهم وهو ظاهر ، ولا يضمن بها إلا إن أقبض . نعم توقف إلى تأهله كما جرى عليه جمع وهو المعتمد ، وإن قال الأدرعي : قد أفنيت بالبطلان فيما لا أحصي وانتصر له غيره ، لعظم ضرر الوقف ، لا سيما فيمن أوصى بكل ماله وله طفل محتاج فقد رد بأن التصرف وقع صحيحًا فلا مسوغ لإبطاله ، وليس في هذا إضرار لإمكان الاقتراض عليه ولو من بيت المال إلى كماله ، وظاهر أن القاضي في حالة الوقف يعمل في بقاءه ويبيع ، وإيجاره بالأصلح ، ومن الوصية إبراءه وهبته والوقف عليه . نعم لو وقف عليهم ما يخرج من الثلث على قدر نصيبهم نفذ من غير إجازة فليس لهم تقضه كما مر في الوقف ، ولا بد لصحة الإجازة من معرفة قدر المجاز أو عينه ، فإن ظن كثرة التركة فإن قلتها فسيأتي ، فلو أجاز عالمًا بمقدار التركة ثم ظهر له مشارك في الإرث ، وقال إنما أجزت ظانًا حيازتي له بطلت الإجازة في نصيب شريكه ويشبه بطلانها في نصف نصيب نفسه وللموصى له تحليفه على نفي علمه بشريكه في .

ولا عبء بردهم ، وإجازتهم في حياة الموصي إذ لا حق لهم حينئذٍ لاحتمال برئه وموتهم بل بعد موته في الواقع ، وإن ظنه قبله كما يعلم مما مر فيمن باع مال أبيه ظانًا حياته فجزم بعضهم ببطلان القبول قبل العلم بموت الموصي ، وإن بان بعده غير ظاهر .

(والعبء في كونه وارثًا بيوم الموت) فلو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته فوصية لأجنبي ، أو له ابن ثم مات الابن قبله أو معه فوصية لوارث (والوصية لكل وارث بقدر حصته) مشاعًا من نصف وربع ونحوهما بحسب فرضه (لفقو) ؛ لأنه يستحق ذلك بدونها (وبعين هي قدر حصته) كأن ترك ابنين ودارًا وقفًا قيمتهما سواء فخصَّ كُلًّا بواحد (صحيحة وتفترق إلى الإجازة في الأصح) لاختلاف الأغراض بالأعيان ولذا صححت بيع عين من ماله لزبد ، وسواء أكانت الأعيان مثلية أم لا ، والثاني لا تفترق لذلك ، ولو أوصى للفقراء بشيء امتنع على الوصي إعطاء شيء منه لورثة الميت ولو فقراء كما نص عليه في الأم .

قول المالكية : جاء في الفواكه البدواني (١٣٢/٢) : « (ولا وصية) (لوارث) الموصي حين موته لا حين الإيصاء . قال خليل : والوارث يصير غير وارث وعكسه لأخيه إذا طرأ له من يحجبه حجب حرمان ؛ لأن المعتمد أن الوصية للوارث باطلة ولو بأقل من الثلث ، وإن أجازها الوارث كانت ابتداء عطية منه ، ومثل =

٣٠٨٥ - وإن كان الموصي غير مدين وكانت الوصية لوارث وكان للموصي ورثة غيره فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازتها الورثة ، سواء كانت الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه ، لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث » ^(١) . وقوله : « لا وصية لوارث ، إلا أن تجيزها الورثة » .
ولأن الوصية لو نفذت للوارث من غير إجازة باقي الورثة لتضرر غير الموصى له

= الوصية للوارث الوصية لبعض عبيد الورثة حيث كانت بشيء له بال ، بخلافها لعبد الوارث المتحد فتصح حيث كان يجوز جمع المال أو وقعت بتافه أو قصد به العبد .

والدليل على ذلك قوله ﷺ : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » .
تنبيه : كما تبطل الوصية للوارث تبطل أيضاً بارتداد الموصي أو الموصى له ولو رجع المرتد للإسلام . قال خليل : بالعطف على ما تسقطه الردة : وإحصائاً ووصية إلا أن يكون بكتاب فتصح على قول أصبغ ، وكذا تبطل إذا وقعت بمعصية كالإيضاء بشيء لمن يشرب به خمراً ، أو بشيء لمن يصلي أو يصوم به عن الميت ويرجع ميراثاً ، بخلاف الإيضاء بالمكروه كالإيضاء بضرب قبة لا بقصد المباهاة أو بفعل ضحية أو نحو ذلك مما هو مكروه فإنها لا تبطل ويجب تنفيذها » .

قول المختلطة : جاء في المعنى (٥٨/٦) : « (ولا وصية لوارث ، إلا أن يجيز الورثة ذلك) وجملة ذلك أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية ، فلم يجزها سائر الورثة ، لم تصح . بغير خلاف بين العلماء . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا . وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو أمامة ، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » . رواه أبو داود . وابن ماجه ، والترمذي . ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده ، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة ، وقوة الملك ، وإمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ، ففي حال موته أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلق الحقوق به ، وتعذر تلافي العدل بينهم ، أولى وأحرى . وإن أجازها ، جازت ، في قول الجمهور من العلماء .

وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر الورثة ، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة . أخذنا من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : « لا وصية لوارث » . وهذا قول المزني ، وأهل الظاهر . وهو قول للشافعي ، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ : « لا وصية لوارث » . وظاهر مذهب أحمد والشافعي : أن الوصية صحيحة في نفسها . وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصح ، كما لو وصى لأجنبي ، والحبر قد روي فيه « إلا أن يجيز الورثة » . والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة ، أو ما أشبه هذا ، أو يقدر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة . وفائدة الخلاف : أن الوصية إذا كانت صحيحة ، فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضه ، يكفي فيها قول الوارث : أجزت ، أو أمضيت ، أو نفذت . فإذا قال ذلك ، لزمت الوصية . وإن كانت باطلة ، كانت الإجازة هبة مبتدأة ، تنفجر إلى شروط الهبة ، من اللفظ والقبول والقبض ، كالهبة المبتدأة . ولو رجع المحيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض ، صح رجوعه » .

بسبب إثاره بما يأخذه زائداً عن الاستحقاق الذي قدره الله له في التركة ، فيؤدي هذا التضرر إلى قطيعة الرحم فترتكب الورثة مع بعضهم ما لا تحسن عقباه وهذا لا يحصل عند نخييرهم في الإجازة وعدمها ؛ لأنهم أن منعوها فقد أخذ كل ذي حق حقه بلا إيثار للبعض على الآخر ؛ فلا تحصل العداوة والبغضاء بينهم ؛ وإن أجازوها برضاهم ؛ كانت عن طيب نفس فينتفي الحقد المؤدي إلى المشاكل .

٣٠٨٦ - فإن لم يكن له وارث غير الموصى له ؛ فإن كان غير أحد الزوجين ؛ فلا فائدة فيها لاستحقاقه الكل من غير وصية ، وإن كان أحد الزوجين نفذت إذ لا مزاحم له ، وهو لا يستحق الكل بطريق الميراث فتكون مفيدة .

٣٠٨٧ - ولا تكون إجازة الورثة معولاً عليها إلا إذا كانت بعد موت الموصي ، فلو أجازوها حال حياته ومنعوها بعد وفاته ؛ صح هذا المنع ؛ لأن إجازتهم حال الحياة حصلت قبل ثبوت الحق لهم ؛ إذ الحق يثبت لهم بالموت ، فكان لهم أن يرجعوا عن الإجازة بعد موت الموصي فيردوها ؛ لأنها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل ، وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاش فيثبت لهم رده بعد موت المورث .

ولكن يقال : كيف تكون إجازتهم حال حياته ساقطة مع أن حقهم ثابت في ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقهم ، وإن كان ذلك الثبوت على سبيل التوقف إلى الموت فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتاً من أول المرض ، وأن الإجازة صادفت محلها لاستناد حقهم إلى أول المرض ، فتصير الإجازة حال الحياة مفيدة كالإجازة بعد الوفاة .

وأجابوا عن ذلك : بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم بإجازتهم حين وقعت في حياته وقعت باطلة وما وقع باطلاً لا يظهر في حق الاستناد .

ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق ، فلو استند من كل وجه لانقلب مجرد الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة ، وإذا لم يتصور بقي حقاً على حاله لا حقيقة والرضا ببطال ذلك الحق لا يكون رضا ببطال حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته ، بخلاف ما إذا أجازوها

(١) سنن الترمذي (كتاب : الوصايا عن رسول الله / باب : ما جاء لا وصية لوارث / ٢١٢١) ، وسنن النسائي (كتاب : الوصايا / باب : إبطال الوصية للوارث / ٣٦٤١) ، وسنن أبي داود (كتاب : الوصايا / باب : ما جاء في الوصية للوارث / ٢٨٧٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الوصايا / باب : لا وصية لوارث / ٢٧١٣) .

بعد موته فليس لهم أن يرجعوا عنها ؛ لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فلزم .
 ٣٠٨٨ - ويشترط في صحة الإجازة : أن يكون المٌجيز من أهل التبرع ، فإن لم يكن كذلك ، فلا تصح إجازته ، وينبني على ذلك : أن إجازة كل من الصبي والمجنون والمعته غير معتد بها ؛ لأن كلاً منهم ليس أهلاً للتبرع ، وكذا المحجور عليه لسفه ، ومثلهم المريض مرض الموت .

٣٠٨٩ - ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلاثي ماله فقط لحق الورثة اعتبرت إجازته نافذة من الثلث ، وحينئذ ينظر إلى القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب إجازته ، فإن كان لا يتجاوز ثلث ماله ؛ صحت الإجازة وإن لم تجزها ورثته ، فإن تجاوز الثلث ؛ توقف الزائد على إجازتهم فإن أجازوا نفذت ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المنع . هذا إذا كان المجاز له غير وارث له ، فإن كان ؛ فلا تنفذ إلا بالإجازة ولو قلَّ المجاز .

٣٠٩٠ - ويعتبر كون الموصى له وارثاً أو غير وارث عند موت الموصي لا وقت الوصية ، لأن التملك فيها لا يكون في الحال بل هو مؤخر إلى ما بعد الموت فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التملك لا قبله .

وينبني على ذلك : أنه إذا كان لشخص أخ شقيق أو لأب وزوجة وأم فأوصى لأخيه بشيء من تركته ثم ولد له ابن بعد الوصية وتوفي الموصي والكل موجودون ؛ استحق الأخ الوصية إن كانت لا تتجاوز الثلث ، فإن تجاوزته ؛ فلا بد من إجازتهم للزائد ؛ لأن الأخ وإن كان وارثاً وقت الوصية ؛ لعدم وجود من يحجبه ، ولكنه صار غير وارث عند الموت ؛ لأنه لا يستحق شيئاً مع وجود ابن للمتوفي وعدم اتصافه بالوارثية وقت الموت هو المعول عليه في استحقاق الموصى به ولو كان وارثاً وقت الوصية ، أما لو كان الابن موجوداً وقت الوصية والمسألة بحالها ثم مات قبل موت أبيه الذي مات عن المذكورين ، فلا يستحق الأخ شيئاً من الوصية إلا بإجازة من معه من الورثة ؛ لأنه وإن كان غير وارث وقت الوصية لوجود الابن وهو يحجبه ، إلا أنه صار وارثاً وقت الموت ، وهو المعول عليه في عدم استحقاق الوصية إلا بالإجازة .

فالاستحقاق وعدمه يدوران على كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت ، بقطع النظر عن اتصافه بهذا الوصف أو سلبه عنه وقت الوصية .

فلو كان لشخص ابن وأخ شقيق وأخ لأب وأخ لأم فأوصى بشيء لإخوته ومات عن الجميع استحقوا الموصى به إن لم يتجاوز الثلث ، فإن تجاوزه ؛ توقف الزائد على إجازة الابن ؛ لأنهم غير وارثين ؛ إذ الابن يحجبهم .

٣٠٩١ - ولو كان مكان الابن بنت ، صحت الوصية للأخ لأب والأخ لأم ، ولا تصح للأخ الشقيق ، إلا أن تجيزها البنت ؛ لأن الأخ لأب محجوب بالشقيق ، والأخ لأم محجوب بالبنت ، فهما غير وارثين ، فلو كانت الوصية للبنت ؛ توقف نفاذها على إجازة الأخ الشقيق ؛ لأنه هو الوارث ، ولا يمكنك معرفة هذا الموضوع تمام المعرفة إلا بعد معرفة الموارث .

(مادة ٥٣٦)

تَجَوُّزُ الْوَصِيَّةِ بِالثَّلْثِ لِلْأَجْنَبِيِّ عِنْدَ عَدَمِ الْمَانِعِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، وَلَا تَجَوُّزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ إِلَّا إِذَا أَجَازَهَا الْوَرِثَةُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي وَهُمْ مِنْ أَهْلِ الثَّبْرُوعِ ، وَلَا عَيْزَةٌ بِإِجَازَتِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٦٩/٧ ، ٣٧٠) : « ومنها) التقدير بثلث المال إذا كان هناك وارث ، ولم يجز الزيادة ، فلا تجوز الزيادة على الثلث إلا بإجازة الوارث الذي هو من أهل الإجازة ، والأصل في اعتبار هذا الشرط ما روينا من حديث سعد رضي الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أوصي بجميع مالي ؟ فقال : لا ، فقال : فيثليته ؟ فقال : لا ، فقال : فينصفه ؟ قال عليه الصلاة والسلام : لا ، قال : فيثلته ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : الثلث ، والثلث كثير إنك إن تدع وراثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكفنون الناس ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم آخر أعماركم زيادة في أعمالكم » ؛ ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت ، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث ، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم ، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم ، وسواء كانت وصيته في المرض ، أو في الصحة ؛ لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام .

واعتبارها وقت الموت يُوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا أنه وقت تعلق حق الورثة بالتركة ، إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ، وحقهم يتعلق بماله في مرض موته إلا في القدر المستثنى ، وهو الثلث فرق بين الوصية ، وغيرها من التبرعات كالهبة ، والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد ، فإن كان صحيحاً تجوز في جميع ماله ، وإن كان مريضاً لا تجوز إلا في الثلث ؛ لأن الهبة ، والصدقة كل واحد منهما إيجاب الملك للحال ليعتبر فيهما حال العقد ، فإذا كان صحيحاً فلا حق لأحد في ماله فيجوز من جميع المال ، وإذا كان مريضاً كان حق الورثة متعلقاً بماله ، فلا يجوز إلا في قدر الثلث ، وكذا الإعتاق في مرض الموت ، والبيع ، والمحاباة قدر =

= ما لا يتباين الناس فيه ، وإبراء الغريم ، والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة ، والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث .

قول الشافعية : جاء في تحفة المحتاج (٢١/٧) : « الوصية لغير الوارث وحكم التبرعات في المرض (ينبغي) لمن ورثته أغنياء أو فقراء (أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله) بل الأحسن أن ينقص منه شيئاً ؛ لأنه صحيح استكثره فقال : « الثلث والثلث كثير » ومن ثم صرح جمع بكراهة الزيادة عليه ، وأما تصريح آخرين بحرمتها ؛ فهو ضعيف ، وإن قصد بذلك حرمان ورثته كما علم مما قدمته في شرح قوله في الوقف كعمارة الكتائب فيباطل ، وأيضاً فهو لا حرمان منه أصلاً ، أما الثلث فلأن الشارع وسع له في ثلثه ليتدارك به ما فرط منه فلم يؤثر قصده به ذلك ، وأما الزائد عليه فهو إنما ينفذ إن أجازوه ومع إجازتهم لا ينسب إليه حرمان فهو لا يؤثر قصده وتحريم عقد الفضولي لا يشهد للقائلين بالتحريم هنا خلافاً لمن زعمه ؛ لأنه تلبس بمقد فاسد ولا كذلك هنا ؛ لأن المالك له فصح التصرف فيه ألا ترى أنه لو برأ نفذ لكنه غير لازم لجواز إبطاله له ولوارثه ، ومن ثم كان الأصح أن إجازته تنفيذ لا ابتداء عطية (فإن زاد) على الثلث (ورد الوارث) الخاص المطلق التصرف الزيادة (بطلت) الوصية (في الزائد) إجماعاً ؛ لأنه حقه فإن كان عائناً ، بطلت ابتداء من غير رد ؛ لأن الحق للمسلمين فلا مجيز . (وإن أجاز) وهو مطلق التصرف وإلا لم تصح إجازته ولا رده بل توقف لكماله على الأوجه كما مر بما فيه مع فروع أخر تأتي هنا قبل محله إن رجي وإلا كجنون مستحكم أسس من بره ، بطلت الوصية وهو متجه إن غلب على الظن ذلك بأن شهده به خيرران ، وإلا فلا ؛ لأن تصرف الموصي وقع صحيحاً كما تقرر فلا يبطله إلا مانع قوي وعلى كل فتمت برأ وأجاز بان نفوذها (فإجازته تنفيذ) أي إمضاء لتصرف الموصي بالزيادة على الثلث لصحته كما مر وحق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال فأشبهه عفو الشفيع (وفي قول عطية مبتدأة الوصية بالزيادة لغو) لنهاية صحيح سعد بن أبي وقاص عن الوصية بالنصف وبالثلثين رواه الشيخان .

وإيجاب بأن النهي إنما يقتضي الفساد إن كان لذات الشيء أو لازمه وهو هنا ليس كذلك ؛ لأنه لخارج عنه وهو رعاية الوارث ، وإن توقف الأمر على إجازته وعلى الأول لا يحتاج للفظ هبة وتجديد قبول وقبض ، ولا رجوع للمجيز قبل القبض وتنفذ من المفلس ، وعليهما لا بد من معرفته لقدراً ما يجيزه مع التركة إن كانت بمشاع لا معين ومن ثم لو أجاز وقال ظننت قلة المال أو كثرته ولم أعلم كميته وهي بمشاع حلف أنه لا يعلم ، ونفذت فيما ظنه فقط أو بمعين لم يقبل .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (١٧١/٨) : « وبطلت بردة ، وإبساء بمعصية ولوارث كثيره برائد الثلث يوم التنفيذ ، وإن أجزى فعطية يعني أن الوصية تبطل بردة الموصي أو الموصى له ولذا نكر الردة ما لم يرجع للإسلام ، وإلا جازت إن كانت مكتوبة ، وإلا فلا ، وأما ردة الموصى به فلا أثر لها وكذلك تبطل الوصية إذا كانت على معصية كشراب خمر مثلاً ويبقى المال للورثة وفي الموازية من أوصى بمال لمن يصوم به عنه لم يحز ذلك قال ابن عتاب وكذلك لمن يصلي عنه بخلاف من عهدت بمعهد لمن يقرأ على قبرها فهو نافذ كالاستنجار للمح وهو رأي شيوخنا قال وكذلك رأى إنفاذ الوصية بضرب قبة على قبرها ، وقال الداودي : عتق مستغرق في الذمة ووصاياهم غير جائزة ، ولا تورث أموالهم ويسلك بها مسلك النبيء ، ونحوه في فتاوى ابن عتاب =

٣٠٩٢ - وإن كان الموصي غير مدين وكانت له ورثة وكان الموصى له أجنبيًا منه بأن كان غير وارث له وقت موته ، فإن كانت الوصية لا تتجاوز ثلث المال ، نفذت وإن لم تجزها الورثة إلا إذا كان هناك مانع من النفاذ كما إذ قتل الموصى له الموصي أو كان بره غير جائز شرعًا .

فإن تجاوزت الوصية الثلث ؛ توقف الزائد على إجازة الورثة ، فإن ردها ؛ بطلت ، وإن أجازوها ؛ نفذت ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع .

= لبعض الولاة قال إلا ما ثبت كسبه بوجه حلال وكذلك تبطل الوصية للوارث بأن يوصي بما يخالف حقوقهم أو لبعض دون بعض لغيره إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ؛ كما أن الوصية تبطل لغير الوارث بما زاد على ثلث الموصي يوم التنفيذ ، ولا يعتبر يوم الموت ، وإذا أجاز الورثة ما أوصى به الموصي لبعض الورثة ، أو ما زاد على الثلث لغير الوارث ، فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية لأنه تنفيذ للوصية فلا بد من قبول الموصى له ، ولا تتم إلا بالحيازة قبل حصول مانع للمجيز ، وأن يكون المجيز من أهل الإجازة ، فإن لم يكن من أهلها فمنه ما يتوقف على إجازة من له الإجازة ومنه ما يبطل .

قول الخطابة : جاء في الإنصاف (١٩٣/٧ ، ١٩٤) : « ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث لأجنبي ، ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة » . يحرم عليه فعل ذلك ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم وقدمه في الفروع ، والفائق . وقيل : يكره له ذلك . قال في الفروع ، وقال في التنصير : يكره . قلت : وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والحلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به في الرعاية الكبرى في الثانية . وقدمه في الأولى . وعنه : يكره في صحته من كل ماله . نقله حنبل : والأولى الكراهة . ولو قيل بالإباحة لكان له وجه . وإنما تصح بإجازة الورثة . فتكون موقوفة عليها . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . صححه في الفروع ، وغيره . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، وغيرهما . قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب . قال الزركشي : هو المشهور ، والمنصوص في المذهب . حتى إن القاضي في التعليق وأبا الخطاب في خلافه والمجد ، وجماعة : لم يحكوا فيه خلافاً . وعنه : الوصية باطلة ، وإن أجازها الورثة ، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة . واختاره بعض الأصحاب . وهو وجه في الفائق في الأجنبي ، ورواية في الوارث .

تبيه : يُستثنى من كلام المصنف : إذا أوصى بثلته يكون وفقاً على بعض ورثته . فإنه يصح . على الصحيح من المذهب ، على ما تقدم في الهبة . وفيه قول اختاره المصنف بعدم الصحة . فيكون ظاهر كلام المصنف موافقاً لما اختاره . قوله (إلا أن يوصي لكل وارث بمعين بقدر ميراثه . فهل تصح ؟ ، على وجهين) . وأطلقهما في المعنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق . أحدهما : تصح . وهو الصحيح . قال في الفروع : وتصح معاوضة مريض بشئ مثله . وعنه : مع وارث بإجازة . اختاره في الانتصار . لفوات حقه من المعين . ثم قال : ومثلها وصية لكل وارث بمعين بقدر حقه . صححه في التصحيح ، والحاوي . وقدمه في المحرر ، وإدراك الغاية ، والرعايتين ، والحاوي الصغير . والوجه الثاني : لا تصح إلا بإجازة الورثة . صححه في المذهب ، والنظم .

ودليل هذا : ما روي عن سعد ابن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه أنه قال : جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت : يا رسول الله ، قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأوصي بثلاثي مالي ؟ قال : « لا » . قلت : فالشطر يا رسول الله ، قال : « لا » . قلت : فالثالث ، قال : « الثالث ، والثالث كثير - أو كبير - إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عائلة يتكفون الناس » (١) .

ولأن حق الورثة تعلق بماله ؛ لانعقاد سبب الانتقال إليهم وهو استغناؤه عن المال ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجنبي بقدر الثالث ليتدارك تقصيره ، وأظهره في حق الورثة ؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما يتفق لهم من التأذي بالإيثار .
٣٠٩٣ - وأما إذا لم تكن له ورثة أصلاً فإنها تنفذ من كل التركة وإن لم يجزها بيت المال لتأخر استحقاقه عن الموصى له ، والإجازة لا تكون معمولاً عليها إلا إذا كانت بعد وفاة الموصي وكان المميز من أهل التبرع ، وقد تقدم لك هذا في شرح المادة السابقة فارجع إليه .

٣٠٩٤ - وقد علم حكم ما إذا أجازت كل الورثة ، أما إن أجازها البعض وردها الباقي ؛ كانت الوصية في حق الذي أجاز كأن كلهم أجازوها وفي حق الذي لم يجز كأن كلهم لم يجيزوها .

ولنوضح لك هذا بمثال وأنت تقيس عليه غيره : وهو إذا فرضنا أن رجلاً أوصى لآخر بنصف ماله ومات عن ابنين ، فإن أجازت الورثة ؛ فالمال يقسم بينهم أرباعاً ؛ للموصى له ربعان وهو النصف ، ولكل واحد من الابنين الربع ؛ لأن الوصية مقدمة على الإرث فتنفذ الوصية أولاً وهي بالنصف والنصف الثاني يقتسمه الابنان .

وإن لم يجيزا الوصية ؛ فللموصى له ثلث المال ؛ لنفاذها فيه من غير إجازة ، والثلاثان للابنين ؛ لكل واحد منهما الثلث .

وإن أجازها واحد ولم يجز الآخر ؛ جازت في حق الذي أجاز كأنهما أجازا ؛

(١) صحيح البخاري (كتاب : النفقات / باب : فضل النفقة على الأهل / ٥٣٥٤) ، وصحيح مسلم (كتاب : الوصية / باب : الوصية بالثلث / ١٦٨٢) ، وسنن الترمذي (كتاب : الوصايا عن رسول الله / باب : ما جاء في الوصية بالثلث / ٢١١٦) ، وسنن النسائي (كتاب : الوصايا / باب : الوصية بالثلث / ٣٦٢٦) ، وسنن أبي داود (كتاب : الوصايا / باب : ما جاء فيما لا يجوز للموصي في ماله / ٢٨٦٤) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الوصايا / باب : الوصية بالثلث / ٢٧٠٨) .

فيعطى له ربع المال ، وبطلت في حق الذي لم يجز كأنهما لم يجزا ، فيعطى له ثلث المال والباقي يكون للموصى له .

وحينئذٍ فتقسم المال إلى اثني عشر جزءا لاحتياجنا إلى الثلث والربع وهو أقل عدد صحيح يؤخذ منه ما ذكر ؛ فيعطى ربه للذي أجاز وهو ثلاثة أسهم ، والثلث للذي لم يجز وهو أربعة أسهم ، فتبقى خمسة تعطى للموصى له .

٣٠٩٥ - ومتى صحت إجازة الورثة للوصية ، سواء كانت لوارث أو لغيره يتملكه المجاز له من قبل الموصي لا من قبل المجيز .
وينبني على ذلك ما يأتي :

أولاً : أن المجيز ليس له الرجوع عن الإجازة ، فيجبر على تسليم الموصى به ، ولو كان التملك من قبل المجيز لصح رجوعه ، لأنها تكون هبة ، وهو لا تتم إلا بالقبض فلا يجبر على التسليم .

ثانياً : أن الموصى له يملك الموصى به قبل القبض ولو كان التملك من قبل المجيز لما ملكه إلا به ، لأنها تكون هبة وهي لا تملك إلا بالقبض .

ثالثاً : إذا كان الموصى به مشاعاً فيما يحتمل القسمة صحت الإجازة فيه ، ولو كان التملك من قبل المجيز لما صحت الإجازة ؛ لأنها تكون هبة منه ، وهي لا تصح في المشاع الذي يحتمل القسمة إلا بالإفراز والتسليم^(١) .

(مادة ٥٣٧)

تَجْمَرُ وَصِيَّةُ الزَّوْجِ لِزَوْجِيهِ وَوَصِيَّتُهَا لَهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنْهُمَا وَارِثَ آخَرُ ، وَإِلَّا تَوَقَّفَ نَفُودُهَا عَلَى إِجَازَتِهِ .

٣٠٩٦ - ولما كانت الزوجية من أسباب الميراث وكانت الوصية لوارث لا تنفذ ولو كانت بأقل من الثلث إلا إذا أجازتها بقية الورثة ؛ كانت وصية أحد الزوجين للآخر

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٣٨) : ١ - تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة .

٢ - لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية .

موقوفة على إجازة باقي الورثة ، فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت .
ولا شك في أن هذا إذا كان لأحدهما ورثة غير الموصى له ، فإن لم يكن له غيره
نفذت الوصية من كل التركة ، وإن لم يجزها بيت المال ؛ لأن استحقاقه مؤخر عن
الموصى له ولو بكل التركة .

٣٠٩٧ - والحكمة في تخصيص أحد الزوجين بهذا الحكم وإن كان عامًا أن وصية
أحدهما للآخر عند عدم وجود غيره من الورثة مفيدة ؛ لأن كلاً منهما لا يستحق إلا
فرضه ، ولا يأخذ الباقي بطريق الرد على القول المعمول به .

٣٠٩٨ - فعند الوصية لأحدهما بالكل يستحق كل التركة بسبب الوصية . وأما
الوصية لغير واحد منهما إذا لم يكن للموصي وارث غيره فلا فائدة فيها ؛ إذ هو يستحق
الكل بطريق الميراث ؛ لأنه إن كان عصبه كالأخ الشقيق والعم لأب مثلاً أو ملحفاً
بالعصبه كذي الرحم أخذ الكل من هذه الجهة ، وإن كان صاحب فرض كالأم والبنات
أخذ بعضه بطريق الفرض ، والبعض الآخر بالرد ؛ فالوصية غير مفيدة لاستحقاقه الكل
على كل حال .

(مادة ٥٣٨)

لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِقَاتِلِ الْمُوصِي مُبَاشَرَةً ، عِنْدَمَا كَانَ الْقَتْلُ أَوْ خَطَأً ، قَبْلَ الْإِبْصَاءِ أَوْ بَعْدَهُ ،
إِلَّا إِذَا أَجَازَتِ الْوَرَثَةُ ، أَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَارِثٌ سِوَاهُ .
وَلَا يُحْرَمُ الْمُتَسَبِّبُ فِي الْقَتْلِ مِنَ الْوَصِيَّةِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٩/٧ ، ٣٤٠) : « ويشترط أن لا يكون قاتل الموصي قتلًا
حرامًا على سبيل المباشرة ، فإن كان ؛ لم تصح الوصية له عندنا ، وبه أخذ الشافعي ، وقال مالك : هذا ليس
بشروط ، وتصح الوصية للقاتل ؛ ولأن الوصية تمليك ، وتملك والقتل لا ينافي أهلية التمليك .
ولنا : ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا وصية لقاتل » وهذا نص ويروى أنه قال : « ليس لقاتل
شيء » ذكر الشيء نكرة في محل النفي فتعم الميراث والوصية جميعًا وبه تبين أن القاتل مخصوص عن
عمومات الوصية ؛ ولأن الوصية أخت الميراث ، ولا ميراث للقاتل ؛ لما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما
أنهما لم يجعلوا للقاتل ميراثًا .

وعن عبدة السلماني أنه قال : لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ، ويروى لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة . =

وهذا منه بيان لإجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام إلى زمن التابعين رضي الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل ، وذكر محمد هذه الآثار في الأصل . وقال : والوصية عندنا بمنزلة ذلك ، لا وصية للقاتل ؛ ولأن الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل ، كما يتأذى البعض بوضعها في البعض فيؤدى إلى قطع الرحم ، وإنه حرام ؛ ولأن المجروح إذا صار صاحب فراش ، فقد تعلق حق الورثة بماله نظراً لهم ؛ لئلا يزيل المورث ملكه إلى غيرهم لعداوة ، أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظراً له ؛ لحاجته إلى دفع حوائجه الأصلية ، وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت ، وهو القرابة ، فكان ينبغي أن لا يملك التبرع بشيء من ماله إلا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث . بخلاف القياس ، فيبقى الأمر فيهما على أصل القياس ؛ ولأن القتل بغير حق جنابة عظيمة ، فتستدعي الزجر بأبلغ الوجوه ، وحرمان الوصية يصلح زاجراً لحرمان الميراث ، فثبتت وسواء كان القتل عمداً أو خطأ ؛ لأن القتل الخطأ قتل وإنه جاز المؤاخظة عليه عقلاً وسواء أوصى له بعد الجنابة أو قبلها ؛ لأن الوصية إنما تقع تملكاً بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجنابة ، أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين ، أو لم يكن ولا مكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولأبويه ولجميع قرابته ؛ لأن ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه ، فلا تكون الوصية لأحدهما وصية لصاحبه .

ولو اشترك عشرة في قتل رجل ، فأوصى لبعضهم بعد الجنابة لم تصح ؛ لأن كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم ، فكانت وصية لقاتله ، فلم تصح ، ولو كان أحدهم عبد الموصي فأوصى لبعضهم بعد الجنابة ، وأعتق عبده ، ثم مات ، فالوصية باطلة ، ولا يبطل العتق ، ولكن العبد يسمى في قيمته ، (وأما) بطلان الوصية فلما ذكرنا أن كل واحد منهم قاتل ، فكان الموصي له قاتلاً ، فلم تصح الوصية له (وأما) صحة الإعتاق ونفاذه ففيه ضرب إشكال وهو أن الإعتاق حصل في مرض الموت ، والإعتاق في مرض الموت وصية ، والوصية للقاتل لا تصح ، والعبد قاتل ؛ فينبغي أن لا ينفذ إعتاقه ، والجواب عنه من وجهين :

أحدهما : أن الإعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة ؛ لأن الوصية تمليك والإعتاق إسقاط الملك وإزالته لا إلى أحدهما متغيران بل متنافيان حقيقة ، وكذا الإعتاق ينجر حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت ، فلم يكن الإعتاق في مرض الموت وصية حقيقة إلا أنه يشبه الوصية من حيث إنه يعتبر من الثلث لا غير . والثاني : إن كان في معنى الوصية فالوصية بالإعتاق مردودة من حيث المعنى . وإن كانت نافذة صورة ، ألا ترى أن العبد يسمى في قيمته والسعاية قيمة الرقبة ، فكانت السعاية رقداً للوصية معنى ، والعتق بعد وقوعه ، وإن كان لا يحتمل النقض صورة يحتمله معنى برد السعاية التي هي قيمة الرقبة . ولو أوصى لعبد بالثلث ، ثم قتله العبد لم تصح وصيته ، غير أنه يعتق ، ويسمى في جميع قيمته .

أما بطلان الوصية : فلأنه وصية للقاتل . وأما نفاذ العتق : فلأن الوصية للقاتل ليست باطلة ، بل هي صحيحة ، ألا ترى أنها تقف على إجازة الورثة في ظاهر الرواية ؟ فإذا أوصى له بثلث ماله ، فقد أوصى له بثلث رقبته ؛ لأن رقبته من ماله ، فدخلت تحت الوصية بالثلث ، فلما مات الموصي ملك ثلث رقبته وتمليك ثلث رقبته منه يكون إعتاقاً لثلثه عند الموت ، فيعتق ثلثه عند الموت ، ثم ينقض من حيث المعنى برد السعاية ، =

كما لو أعتقه نصًّا في مرض موته ، أو أضاف العتق إلى ما بعد الموت بالتدبير غير أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقعت الوصية له بثُلث الرقية ؛ لأن الإعتاق متجزئ عنده فيعتق ثُلث رقبته ويسمى في ثُلثيه ؛ لأنه معتق البعض ويسمى في ذلك الثلث الذي عتق ردًّا للوصية معنى بالسعاية ؛ لأنه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية ، وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقية ؛ لأنه عتق كله ؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما ، ومتى عتق كله يسمى في كل قيمته ردًّا للوصية معنى فاتفق الجواب ، وهو السعاية في جميع قيمته ، وإنما اختلف الطريق ، ولو أوصى للقاتل ، ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصي ذكر في الأصل أنه يجوز ، ولم يذكر خلافًا ، وذكر في الزيادات أن على قول أبي يوسف لا يجوز ، وسكت عن قولهما ، فبدل على الجواز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، لأبي يوسف ما روينا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا وصية للقاتل » وقال عليه الصلاة والسلام « ليس لقاتل شيء » من غير فصل بين حال الإجازة وعدمها . ولأن المانع من الجواز هو القتل ، والإجازة لا تمنع القتل ، ولهما أن امتناع الجواز كان لحق الورثة ؛ لأنهم يتأذون بوضع الوصية في القاتل أكثر مما يتأذى البعض بإبثار البعض بالوصية ، ثم جازت الوصية للبعض بإجازة الباقيين ، فهنا أولى . والدليل على أن المانع هو حق الورثة : أن الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل ، وحق الإنسان ما ينتفع به ، فإذا جازوا ، فقد زال المانع ، فجازت ؛ ولهذا جازت الوصية لبعض الورثة بإجازة الباقيين كذا هذا ، ولو كان القتل قصاصًا لا يمنع صحة الوصية ؛ لأنه ليس يقتل حرام . وكذا لو كان القاتل صبيًّا ؛ لأن قتله لا يوصف بالحرمة ؛ ولهذا لم يتعلق بشيء من ذلك حرمان الميراث ، فكذا حرمان الوصية . وكذا القتل تسيبًا لا يمنع جواز الوصية ، كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف في كتاب الفرائض .

وأما الإقرار للقاتل بالدين : فإن صار صاحب فراش لم يجز ، وإن كان يذهب ، ويجيء ؛ جاز ؛ لأن إقرار المريض مرض الموت في معنى الوصية ألا ترى أنه لا يصح لو ارثه ، كما لا تصح وصيته له ، وإذا كان يذهب ، ويجيء كان في حكم الصحيح فيجوز ، كما لو أقر لو ارثه في هذه الحالة . وكذا الهبة في المرض في معنى الوصية ، فلا تصح للقاتل ، وعفو المريض عن القاتل في دم العمد جائز لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَتَّقُوا آٰقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾ مطلقًا من غير فصل بين حال المرض والصحة ؛ ولأن المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة ، أو الغرماء ، وإنما يتعلق حقهم بالمال ، والقصاص ليس بمال ، وبهذا علل في الأصل ، وإن كان القتل خطأ ؛ يجوز العفو من الثلث ؛ لأن القتل الخطأ يوجب المال ، فكان عفوهم بمنزلة الوصية بالمال وإنما جائزة من الثلث ودلت هذه المسألة على أن الدية كلها تجب على العاقلة ، ولا يجب على القاتل شيء ؛ لأنه لو وجب لم يصح عفوهم من الثلث في حصص القاتل ؛ لأنه يكون وصية للقاتل في ذلك القدر ، ولا وصية للقاتل ، ولما جاز العفو ههنا من الثلث علم أن الدية لا تجب على القاتل ، وإنما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل ، ثم الوصية للقاتل إنما لا تجوز إذا لم تجز الورثة ، فإن أجازوا ؛ جازت ، ولم يذكر في الأصل اختلافًا ولأنه لما قتله بغير حق صار كالحرابي والوصية للحرابي لا تجوز ، أجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٧٣ ، ٧٢/٤) : (وتصح) الوصية (لذمي وكذا حرابي) ، (و) =

٣٠٩٩ - ومن شروط الوصية : أن يكون الموصى له غير قاتل للموصي ، فإن كان كذلك فلا تصح الوصية له ، ولكن ليس كل قاتل يحرم من الوصية بل إذا كان متممداً أو مخطئاً .

= كذا (مرتد في الأصح و) كذا (قاتل) ولو تعديا تصح الوصية له (في الأظهر) لأنها تملك بعقد فأشبهت الهبة وخالف الإرث ، والثاني المنع ؛ لأنه مال يستحق الموت فأشبه الإرث ، وصورته أن يوصي لجارحه ثم يموت أو لإنسان فيقتله ، ومن ذلك قتل سيد الموصى له الموصي ؛ لأن الوصية لعبد وصية لسيد كما مر ، فلو أوصى لمن يقتله أو يقتل غيره تعدياً فباطلة كما في الكفاية في الأولى ومثلها الثانية أو بحق فيظهر فيها الصحة كما بحثه الزركشي في الثانية ومثلها الأولى .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٧١ ، ١٧٠/٨) : « وقاتل علم الموصي بالسبب ، وإلا فتأويلان يعني أن المقتول يجوز وصيته للذي قتله بشرط أن يعلم بالسبب أي بسبب القتل أي يعلم أنه هو الذي قتله وظاهره سواء كان القتل عمداً ، أو خطأ وتكون الوصية في الخطأ في المال والدية وفي العمد في المال فقط إلا أن ينفذ مقاتله ويقتل وارثه الدية ويعلم بها ، فإن لم يعلم الموصي بأن الموصى له هو الذي قتله فهل تنفذ الوصية له أو تبطل ، قال ابن القاسم : لا شيء له .

وقال محمد : هي نافذة له علم أو لم يعلم وتكون في المال وفي دية الخطأ فقط وكلام المؤلف يشمل ما إذا طرأ القتل بعد الوصية ، ولم يغيرها ، فإن علم بذى السبب صحت ، وإلا فتأويلان ، كذا قال بعضهم : فقلوه : « بالسبب » هو على حذف مضاف ، أو معطوف أي بذى السبب ، أو بالسبب وصاحبه هكذا قالوا ، وهذا لا يحتاج إليه ؛ لأن المراد بالسبب في كلامه السبب الفاعلي ؛ أي السبب الفاعل للقتل وهو عين القاتل والسبب يكون فاعلياً وصورياً ومادياً وغائباً كما قالوه في السرير وانظر الشرح الكبير .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٢٦/٦) : « واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ؛ فقال ابن حامد : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد ، في من جرح رجلاً خطأ فعفا المجرور . فقال أحمد : يعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصية لقاتل . وهذا قول مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأظهر قول الشافعي رحمه الله ؛ لأن الهبة له تصح ، فصحت الوصية له ، كالذمي وقال أبو بكر : لا تصح الوصية له ؛ فإن أحمد قد نص على أن المدير إذا قتل سيده ، بطل تديره ، والتدير وصية . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية ، فالوصية أولى ؛ ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنعه . وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه ، صح ، وإن وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية ، أبطلها جمعاً بين نصي أحمد في الموضوعين . وهو قول الحسن بن صالح . وهذا قول حسن ؛ لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها ، ولم يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما إذا تقدمت ، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها ؛ لأنه يبطل ما هو أكد منها ، يحققه أن القتل إنما منع الميراث ، لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي اتعدت سببه فعروض بنقيض قصده ، وهو منع الميراث ، دفعاً لمفسدة قتل الموروثين ، ولذلك بطل التدير بالقتل الطارئ عليه أيضاً ، وهذا المعنى متحقق في القتل الطارئ على الوصية ، فإنه ربما استعجلها بقتله . وفارق القتل قبل الوصية ، فإنه لم يقصد به استعجال مال ؛ لعدم انعقاد سببه ، والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا ، كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث ، وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه ، صح تديره .

فإن كان متسبباً في القتل كما إذا حفر شخص بئراً في غير ملكه فاتفق أن الموصي وقع فيه ومات فلا يحرم من الوصية ؛ لأنه غير قاتل حقيقة .

٣١٠٠ - ولا فرق بين أن يكون الإيضاء حصل قبل القتل المانع أو بعده ، أما الأول : فظاهر .

وأما الثاني : فيصور بما إذا فرض أن شخصاً جرح غيره جرحاً يؤدي إلى موته ، فأوصى له قبل أن يموت بشيء من أمواله بأن كان لا يعلم أنه هو الضارب له .

٣١٠١ - ولكن أظهر التحقيق بعد ذلك أدانته أو كان يعلم ولكنه تحقق أنه غير قاصد ، وإنما كان القتل مانعاً من استحقاق الوصية لقوله عليه والصلاة والسلام : « لا وصية للقاتل » ^(١) .

٣١٠٢ - والقتل العمد لا يَحْرِم من الوصية إلا إذا كان بغير حق . فإن كان بحق كما إذا قتل موصيه قصاصاً أو حداً بأن قتل الزوج زوجته ، أو ذات رحم من محارمه الإناث لأجل الزنى ؛ فإنه يستحق الوصية ، لكن لا بد من تحقق الزنى ، أما بمجرد التهمة فلا يستحقها أو قتله دفعا عن نفسه كما إذا أراد الموصي قتل الموصى له ولا يمكن دفعه عن نفسه إلا بقتله فقتله استحق الوصية .

٣١٠٣ - ومثله ما إذا كان القاتل صبيّاً أو مجنوناً ، فإنه يستحق الموصى به أيضاً ، ولكن يقال : كيف تستثنى هذه الصور مع أن مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية للقاتل » أنه لا يستحق مطلقاً!؟

والجواب عن ذلك : أنه إنما أخرج القاتل بحق ؛ لأن الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور فإذا كان بحق فلا حظر فيه فلا عقوبة فلا حرمان من الوصية .

٣١٠٤ - وإنما أخرج القاتل بسبب ؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة ، ألا ترى أنه لو حفر بئراً في ملكه لم يؤخذ بشيء مع أن القاتل يؤخذ بفعله ، سواء كان في ملكه أو في ملك غيره وإذا لم يكن قاتلاً حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو الحرمان من الوصية .

٣١٠٥ - وإنما أخرج الصبي والمجنون ؛ لأن الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور وفعلهما لا يوصف بالمحظور شرعاً ؛ إذ لا يتصور خطاب الشارع لهما بخلاف المخطئ ، فإنه أهل لذلك وأيضاً الحرمان باعتبار التقصير في التحرز ويتصور نسبة التقصير إلى

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٢٨١/٦) ، وسنن الدارقطني (٢٣٦/٤) (١١٥) ، بلفظ : « ليس لقاتل وصية » .

المخطئ دونهما وكل هذه الأحكام متفق عليها من الإمام وصاحبيه .

٣١٠٦ - ولكن محل عدم استحقاق القاتل للوصية ؛ إذ لم تجز الورثة فإن أجازوها نفذت ومن حيث إن المنع لحقهم ، فإذا فرضنا أن المقتول ليس له وارث سوى القاتل نفذت الوصية أيضًا لعدم المانع .

وهذا الحكم ليس متفقًا عليه ، بل القائل به الإمام الأعظم ومحمد .

وقال أبو يوسف : لا تجوز الوصية للقاتل ولو أجازتها الورثة أو لم يكن للمقتول وارث سواه .

ويظهر أن هذا الخلاف مبني على الخلاف في علة الحرمان من الوصية ، فعندهما هي لحق الورثة دفعا للغيب عنهم حتى لا يشاركهم في ماله من سعى في قتله ، وهذا ينعدم إذا لم يوجد وارث أو وجد وأجاز وعند أبي يوسف علة المنع هي العقوبة على الجناية التي ارتكبها وهي باقية وإن لم يكن له وارث غيره أو كان وأجاز .

ومن تأمل في قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية للقاتل »^(١) . مع قوله :

« لا وصية لوارث ، إلا أن تجزها الورثة »^(٢) . علم ظهور أحد القولين وقيد بعضهم هذا الخلاف بما إذا لم يكن القتل عمداً بعد الوصية فإن كان كذلك لغت الوصية اتفاقاً ؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه فيعاقب بالحرمان منه^(٣) .

(٢٠١) سبق تخريجه .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٣٦) : ١ - تصح الوصية للحمل المعين وفقاً لما يلي :

- أ - إذا أقر الموصي بوجود الحمل حين الإيضاء يشترط أن يولد حيًا لسنة فأقل من ذلك الحين
 - ب - إذا كانت الحمل معتدة من وفاة أو فرقة بائنة يشترط أن يولد حيًا لسنة فأقل من ذلك الحين
 - ج - إذا لم يكن الموصي مقراً ولا الحمل معتدة يشترط أن يولد حيًا لتسعة أشهر فأقل من حين الوصية
 - د - إذا كانت الوصية لحمل من شخص معين يشترط مع ما تقدم أن يثبت نسب الولد من ذلك الشخص
- ٢ - توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حيًا فتكون له .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٣) أ - يشترط في الوصية لشخص معين قبوله لها بعد وفاة الموصي أو حال حياته واستمراره على قبولها بعد وفاته .

ب - إذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو مخجوراً عليه فلن له الولاية على ماله قبول الوصية وليس له ردها إلا بإذن القاضي .

ج - لا تتوقف الوصية لشخص غير معين إلى قبول ولا ترد برد أحد .

د - يكون القبول أو الرد عن الجهات والمؤسسات والهيئات ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمتم الوصية .

(مادة ٥٣٩)

تَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْحَمَلِ بِشَرَطِ أَنْ يُوَلَّدَ حَيًّا لِأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الوَصِيَّةِ إِنْ كَانَ زَوْجُ الحَامِلِ حَيًّا ، أَوْ لِأَقْلَ مِنْ سِتِّينَ مِنْ وَقْتِ المَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ البَائِنِ إِنْ كَانَتْ مُعْتَدَةً لِوفاةِ أَوْ لِطَّلَاقِ بَائِنٍ حِينَ الوَصِيَّةِ .

فَإِنْ جَاءَتِ المَرْأَةُ بِتَزَامِينِ حَيِّينَ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمَا بِنِصْفَيْنِ .

وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الوِلَادَةِ ، فَوَصِيَّتُهُ مِيرَاثٌ بَيْنَ وَرَثَتِهِ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الوِلَادَةِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا ^(١) .

(١) قول الخليفة : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٥/٧ ، ٣٣٦) : « (وأما) الذي يرجع إلى الموصى له ، فمنها : أن يكون موجودًا ، فإن لم يكن موجودًا لا تصح الوصية ؛ لأن الوصية للمعدوم لا تصح ، وعلى هذا يخرج ما إذا قال : أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة إنها ، إن ولدت لما يعلم أنه كان موجودًا في البطن ؛ صحت الوصية وإلا فلا وإنما يعلم ذلك إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية ، وعند الطحاوي : من وقت وجود الوصية وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية ، فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت ، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت ؛ لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت ، أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين يتقنا أنه كان موجودًا ؛ إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر . وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعدًا لا يعلم وجوده في البطن لاحتمال أنها علقت بعده . فلا يعلم وجوده بالشك إلا إذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق ، أو وفاة ، فولدت إلى ستين منذ طلقها ، أو مات عنها زوجها ؛ فله الوصية ؛ لأن نسب الولد يثبت من زوجها إلى ستين ، ومن ضرورة ثبوت النسب الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصي والفرق بين الوصية لما في البطن وبين الهبة لما في البطن أن الهبة لا تصح ، والوصية صحيحة ؛ لأن الهبة لا صيحة لها بدون القبض ، ولم يوجد ، والوصية لا تقف صحتها على القبض .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٦٩/٤ ، ٧٠) : « (فتصح) الوصية (للحمل) موجود ولو نطفة كما يثبت بل أولى لصحة الوصية لمن يثبت كالمكاتب . أما لو قال لحملها الذي سيحدث فالأصح البطلان (وتنفذ) بمعجمة (إن انفصل) الحمل (حيا) حياة مستقرة ، فلو انفصل ميتًا ولو بهجناية فلا شيء له كما لا يثبت (وعلم وجوده عندها) أي الوصية (بأن انفصل لدون ستة أشهر) منها ؛ لأنها أقل مدة الحمل ، فإذا خرج قبلها علم أنه كان موجودًا عند الوصية ، وسواء أكان لها زوج أم سيد أم لا (فإن انفصل لستة أشهر فأكثر) منها (والمرأة فراش زوج أو سيد لم يستحق) الموصى به لاحتمال حدوثه بعد الوصية ، والأصل عدمه عندها فلا يستحق بالشك (فإن لم تكن) أي المرأة الآن (فرائثًا) لزوج أو سيد (وانفصل) الحمل (لأكثر من أربع سنين فكذلك) أي لم يستحق الحمل الموصى له لعدم وجوده عند الوصية (أو لدونه) أي دون الأكثر ، وهو الأربع فأقل (استحق في الأظهر) كما يثبت بالنسب ؛ ولأن الظاهر وجوده عند الوصية .

= وقيل : لا يستحق لاحتمال العلق بعد الوصية من وطء شبهة أو زنا ، ورد بأن الأصل عدم ذلك ، ووطء الشبهة نادر ، وفي تقدير الزنا إسائة ظن . نعم لو لم تكن فراشاً قط لم تستحق شيئاً ، قاله السبكي تفهقاً ، ونقله غيره عن الأستاذ أبي منصور ، وهو كما قال الزركشي ظاهر في الفاسقة ونحوها دون غيرها .

تنبيه : ما ذكره المصنف من إلحاق السنة أشهر بما فوقها والأربع سنين بما دونها هو ما ذكره في أصل الروضة وغيره وهو المعتمد ، وإن صوب الإسنوي وغيره إلحاق السنة بما دونها مغللاً ذلك بأنه لا بد من تقدير زمن يسع لحظتي الوطء والوضع كما ذكروه في العدد ، وقد رد ما صوبه بأن لحظة الوطء إنما اعتبرت جريماً على الغالب من أن العلق لا يقارن أول المدة ، وإلا فالعبرة بالمقارنة فالسنة على هذا ملحقة بما فوقها كما جرى عليه المصنف هنا ، وعلى الأول بما دونها كما قاله في المحل الآخر ، وبذلك علم أن كلاً صحيح وأن التصويب سهو وإن جرى ابن المقري على أن الأربعة ملحقة بما فوقها فقدرد عليه أيضاً بأننا أثبتنا النسب فيها كما مر فلا تبعض الأحكام ، ولو انفصل توأم لدون ستة أشهر من الوصية ثم آخر لدونها من الولادة استحقاقاً ، وإن زاد ما بين الوصية ، وبين الثاني على ستة أشهر ، والمرأة فراش لأنهما حمل واحد ، ولو قال : أوصيت لحمل هند من زيد اعتبر ما مر ثبوت نسبه بالشرع من زيد حتى لو ثبت منه ثم نفاه باللعان لم يستحق لعدم ثبوت النسب ، بخلاف ما لو اقتصر على الوصية لحمل فلانة ، ويقبل الوصية للحمل وليه ولو وصياً بعد الانفصال حيناً ، فلو قبل قبله لم يكف كما جرى عليه ابن المقري ، وقيل : يكفي كمن باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتاً وصححه الحوارزمي .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٦٨/٨ ، ١٦٩) : « لمن يصح تملكه كمن سيكون إن استهل ووزع لعدده هذا هو الركن الثاني وهو الموصى له ، وشرطه : أن يكون يصح تملكه للموصى به شرعاً سواء كان بالغاً عاقلاً مسلماً موجوداً أم لا ، ولذا يصح لحمل سيكون في المستقبل ويستحق الوصية إن استهل صارحاً ، وغلة الموصى به قبل وجود الموصى له للورثة ؛ إذ الولد لا يملك إلا بعد وضعه وتحقق الحياة فيه ، فإن لم يستهل صارحاً لا يستحق الوصية وترد ، وإذا وضعت أكثر من واحد فإن الوصية توزع على عدد الوضع الذكر كالأنتى ؛ لأن ذلك شأن العطايا وهذا عند الإطلاق ، وأما إن نص على التفضيل ، فإنه يصار له فقوله : « إن استهل » شرط في الاستحقاق لا في صحة الوصية ومثل الاستهلال لا يدل على الحياة ككثرة الرضع والضمير في لعدده يرجع للحمل » .

قول الحنابلة : جاء في المعني (٩٠/٦ ، ٩١) : « (والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية) أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكاً ، بأن يكون رقيقاً ، أو حمل بهيمة مملوكة له ؛ لأن الفرر والخطر لا يمنع صحة الوصية ، فجرى مجرى إعتاق الحمل ، فإن انفصل ميتاً ، بطلت الوصية ، وإن انفصل حيناً ، وعلمنا وجوده حال الوصية ، أو حكمنا بوجوده ، صحت الوصية ، وإن لم يكن كذلك ، لم تصح ؛ لجواز حدوثه . ولو قال : أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه ، أو ناقتي هذه ، أو ناقتي هذه ؛ جاز ؛ لما ذكرنا من صحتها مع الفرر .

وأما الوصية للحمل ، فصحيحة أيضاً ، لا تعلم فيه خلافاً ، وبذلك قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث ، من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته ، إلى الموصى له ، بغير عوض ، كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية ، =

٣١٠٧ - وقد تقدم في الكلام على شروط الوصية أنه يشترط في الموصى له أن يكون حيًا وقت الوصية ، سواء كانت حياته محققة أو مقدرة ، فالأولى ظاهرة والثانية تأتي في الحمل ، فالوصية له صحيحة بخلاف الهبة ، والفرق بينهما أن الوصية استخلاف من وجه ؛ لأن الموصي يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته غير أنها تترد بالرد لما فيها من معنى التملك بخلاف الهبة فإنها تملك محض ولا ولاية لأحد على الجنين حتى يملكه شيئًا .

= بقوله سبحانه : ﴿ يُؤَيِّدُكُم بِاللَّذِكْرِ لِيُنْفِذَكُمْ فِى الْحَرْبِ إِذْ يَبْسُوتُ وُجُوهَكُمْ وَيُؤَيِّدُكُمْ بِرُحْمَتِهِ وَيُؤَيِّدُكُمْ بِأَمْوَالِهِ وَاللَّهُ يَتَّبِعُ الْمُؤْمِنِينَ لِيُخْرِجَهُمْ مِنَ الْظُلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِهِ وَسَيَكُونُ لَكُمْ يَوْمَئِذٍ مِثْرًا لِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ . وقال سبحانه : ﴿ فَإِن كَانَ مِنَ ذَكَرِكُمْ مَسْكِينٌ فَاسْتَغْنِ لَهُ مِنْهُنَّ كِفَايَةً ﴾ .
والحمل يرث ، فنصح الوصية له ؛ ولأن الوصية أوسع من الميراث ، فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد ، بخلاف الميراث ، فإذا ورث الحمل ، فالوصية له أولى ؛ ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر ، فنصح للحمل ، كالتعق . فإن انفصل الحمل ميتًا ، بطلت الوصية ؛ لأنه لا يرث ، ولأنه يحتمل أن لا يكون حيًا حين الوصية ، فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك .

وسواء مات لعارض ، من ضرب البطن ، أو ضرب دواء ، أو غيره ؛ لما بينا من أنه لا يرث . وإن وضعته حيًا ، صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية . نقل الحرقي ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر . وليس ذلك شرطًا في كل حال ، لكن إن كانت المرأة فرأشًا لزوج أو سيد يطؤها ، فأنت به لسته أشهر فما دون ، علمنا وجوده حين الوصية ، وإن أتت به لأكثر منها ، لم تصح الوصية له ؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية . وإن كانت بائنًا فأنت به لأكثر من أربع سنين من حين الفقرة ، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم تصح الوصية له ، وإن أتت به لأقل من ذلك ، صحت الوصية له ؛ لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لسته أشهر ، ويحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفقرة . وهذا مذهب الشافعي . وإن وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها ، صحت الوصية له ، مع اشتراط إلحاقه به ، وإن كان متنفذًا باللعان ، أو دعوى الاستبراء ، لم تصح الوصية له ؛ لعدم نسبة المشروط في الوصية ، فأما إن كانت المرأة فرأشًا لزوج أو سيد ، إلا أنه لا يطؤها ؛ لكونه غائبًا في بليد بعيد ، أو مريضًا مرضًا يمنع الوطاء ، أو كان أسيرًا أو مجوسًا ، أو علم الورثة أنه لم يطؤها وأقروا بذلك ، فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما إذا كان يطؤها ؛ لأنهما لم يفترقا في حقوق النسب بالزوج والسيد ، فكانت في حكم من يطؤها .

ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحال ، لوقت يغلب على الظن أنه كان موجودًا حال الوصية ، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ، أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجودًا بأمارات الحمل ، بحيث يحكم لها بكونها حاملًا ، صحت الوصية له ؛ لأنه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم ، وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهرًا ، فينبغي أن تثبت له الوصية ، والحكم بإلحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إما كان احتياطًا للنسب ؛ فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيدًا ، ولا يلزم من إثبات النسب بمطلق الاحتمال ، نفي استحقاق الوصية ؛ فإنه لا يحتاط لإبطال الوصية ، كما يحتاط لإثبات النسب ، فلا يلزم إلحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط له مع ظهور ما يثبت به ويصححه .

وينبغي على انتفاء الولاية على الحمل : أنه لو صالح أبوه أو أمه عنه بما أوصى له به لم يجز ؛ لأن الحمل لا يلي ولا يولى عليه .

٣١٠٨ - ثم إن الحمل لا يستحق الموصى به إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ، فلو ولد لتمام ستة أشهر أو لأكثر ؛ احتتم وجوده وعدمه وقتها فلا تصح ؛ لأن شرط صحة الوصية أن يكون الموصى له محققاً وجوده وقتها .

هذا إذا لم يقر الموصي بأنها حامل ، فإن أقر بذلك ثبتت الوصية له إن وضعته في مدة سنتين من يوم أوصى ؛ لأن وجوده في بطنها عند الوصية ثبت بإقرار الموصي وهو غير متهم فيه فيصح ؛ لأنه أوجب بهذا الإقرار ما هو خالص حقه وهو الثلث فيلحق بما لو صار معلوماً يقيناً بأن وضعته لأقل من ستة أشهر . ومحل اشتراط الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إذا كان زوج المرأة الموصي لحملها حيّاً ، فلو كان ميتاً وامرأته في العدة حين الوصية فالشرط في استحقاق الحمل للموصى به أن تلده لأقل من سنتين من وقت الوفاة ، ولو كانت ولادته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ؛ لأنه يكون ثابت النسب من المتوفي فيكون الشارع قد حكم بوجوده وقتها فتصح له .

ومثل الوفاة فيما ذكر الطلاق البائن فإن وضعت المرأة الموصي لحملها ولداً واحداً استحق جميع الموصى به ، لعدم المزاحمة ، أما إذا ولدت توأمين وهما الولدان اللذان خلقتا من ماء واحد بأن يكون بينهما في الولادة أقل من ستة أشهر .

٣١٠٩ - فإن كانا حين قسم الموصى به بينهما مناصفة فلو كانوا ثلاثة قُسم أثلاثاً ؛ لأننا لو أعطيناها لواحد منهما أو منهم لزم عليه الترجيح بلا مرجح إذ الكل حمل وهو لا يجوز .

وينبغي على ذلك : أنه إذا مات أحدهما أو أحدهم بعد ولادته حيّاً فنصيبه في الوصية يُقسم بين ورثته ؛ لأنه استحقه قبل وفاته فهو من تركته ، أما إذا مات قبل الولادة فالوصية للحى لعدم استحقاق الميت شيئاً فلا يترحم الحى ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢١٣) : ١ - الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة تصرف في وجوه الخير .

٢ - الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة تصرف على عمارتها ومصالحها وفقراتها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو قرينة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٢) أ - تصح الوصية ولو مع اختلاف الدين أو الجنسية .

(مادة ٥٤٠)

تَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْمَسَاجِدِ وَالتَّكَايَا وَالمَآرِسَاتِ وَالمَدَارِسِ ، وَتُضْرَفُ عَلَى عِمَارَتِهَا وَفَقْرَائِمِهَا وَسِرَاجِهَا وَغَيْرِ ذَلِكَ بِمَا يَلْزَمُ .

وَيُعْتَبَرُ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ مَا هُوَ مُتَعَارَفٌ فِي الوَصِيَّةِ لَهُ وَمَا يُوجَدُ مِنَ الدَّلَالَاتِ ، وَتَجُوزُ لِأَعْمَالِ البِرِّ ، وَتُضْرَفُ فِي وَجْهِ الخَيْرِ . وَمِنْهَا : بِنَاءُ القَنَاطِرِ ، وَبِنَاءُ المَسَاجِدِ وَسِرَاجِهَا ، وَطَلْبَةُ العِلْمِ ، وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنَ الأَعْمَالِ النَّافِعَةِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا تَمْلِيكَ لِأَحَدٍ مَخْصُوصٍ .

٣١٠ - وإذا وقعت الوصية لمن هو من أهل الاستحقاق صحت بالإجماع فإن كانت لغيره كالمساجد والتكايا والمستشفيات والمدارس ؛ صحت أيضًا على المفتى به بسبب حمل مثل هذا الكلام على مصالح هذه الأشياء لا على إرادة عينها ؛ لأنها ليست من أهل الملك .

٣١١ - ومتى صحت الوصية لهذه الأشياء يصرف الموصى به على عمارتها وبقرائمها وسراجها وغير ذلك مما هو لازم بالنسبة لها ، ومما هو متعارف بالنسبة للوصية ، وكما تجوز الوصية لهذه الأشياء تجوز لأعمال البر ويصرف الموصى به في وجه الخير ؛ كبناء القناطر والمساجد والإنفاق على طلبة العلم ، ونحو ذلك من الأعمال النافعة التي ليس فيها تملك لأحد مخصوص .

= ب - تصح الوصية لفئة محصورة أو غير محصورة ولوجه البر ، وللمؤسسات الخيرية ، والمؤسسات العلمية ، وغيرها من الهيئات العامة .

المادة (٢٤٣) أ - تصرف الوصية لوجه البر والمؤسسات الخيرية والعلمية على مصالحها من إدارة وعمارة ونزلاء وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بقر أو دلالة .

ب - تصرف غلة الموصى به للمؤسسات المنتظرة لأقرب مجانس لها إلى حين وجودها .

(مادة ٥٤١)

اِخْتِلَافُ الدِّينِ وَالْمِلَّةِ لَا يَمْتَنِعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ ، فَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ مِنَ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِّيِّ وَالْمُسْتَأْمِنِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ ، وَمِنَ الذَّمِّيِّ وَالْمُسْتَأْمِنِ لِلْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ وَلَوْ مِنْ غَيْرِ مِلَّةٍ .
وَيَجُوزُ لِلْمُسْتَأْمِنِ الَّذِي لَا وَاثِرَ لَهُ بِدَارِ الْإِسْلَامِ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَإِنْ أَوْصَى بِبَعْضِهِ ، يُرَدُّ الْبَاقِي إِلَيَّ وَرَثَتِهِ ، وَتَنْفَدُ وَصِيَّةُ الذَّمِّيِّ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ لِغَيْرِ الْوَارِثِ ، وَلَا تَنْفَدُ لِلْوَارِثِ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ الْأُخْرَى ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣٥/٧) : « ومنها رضا الموصي ؛ لأنها إيجاب بملك ، أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأشياء فلا تصح ، وصية الهازل ، والمكره ، والحاطي ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا .

وأما إسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذي بالمال للمسلم ، والذمي في الجملة ؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك ألا ترى : أنه يصح بيع الكافر ، وجهته فكذا وصيته ، وكذا الحربي المستأمن إذا أوصى للمسلم ، أو الذمي يصح في الجملة لما ذكرنا غير أنه إن كان دخل وارثه معه في دار الإسلام ، وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على إجازة وارثه ؛ لأنه بالدخول مستأمنًا التزم أحكام الإسلام ، أو ألزمه من غير التزامه لإمكان إجراء الأحكام عليه ما دام في دار الإسلام ، ومن أحكام الإسلام : أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه . وإن لم يكن له وارث أصلًا : تصح من جميع المال ، كما في المسلم ، والذمي . وكذلك إذا كان له وارث لكنه في دار الحرب ؛ لأن امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة . وحقهم غير معصوم ؛ لأنه لا عصمة لأنفسهم ، وأمورهم ؛ فلأن لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة أولى . وذكر في الأصل ، ولو أوصى الحربي في دار الحرب بوصية ، ثم أسلم أهل الدار ، أو صاروا ذمة ، ثم اختصما إلي في تلك الوصية ، فإن كانت قائمة بعينها أجزتها ، وإن كانت قد استهلكت قبل الإسلام أبطلتها ؛ لأن الحربي من أهل التملك .

ألا يرى : أنه من أهل سائر التملكيات كالبيع ، ونحوه فكانت وصيته جائزة في نفسها إلا أنه ليس لنا ولاية إجراء أحكام الإسلام ، وتنفيذها في دارهم ، فإذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها ما دام الموصي به قائمًا ، فأما إذا صار مستهلكًا أبطلنا الوصية ، وألحقناها بالعدم ؛ لأن أهل الحرب إذا أسلموا ، أو صاروا ذمة لا يؤخذون بما استهلك بعضهم على بعض . وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا .

وجاء فيه أيضًا (٣٤١/٧ ، ٣٤٢) : « ومنها أن لا يكون حربيًا عند مستأمن ، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي ؛ لأن التبرع بتملك المال إياه يكون إعانة له على الخراب ، وإنه لا يجوز . وأما كونه مسلمًا ، فليس بشرط حتى لو كان ذميًا ، فأوصى له مسلم أو ذمي ؛ جاز .

وكذا لو أوصى ذمي ذميًا لقوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا قبلوا عقد الذمة ، فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلم أن يوصي مسلمًا أو ذميًا كذا لهم ، وسواء أوصى لأهل ملته أو لغير أهل =

= ملته لعموم الحديث ؛ ولأن الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم ، وذا لا يمنع جواز الوصية ، فهذا أولى . وإن كان مستأثراً ، فأوصى له مسلم ، أو ذمي . ذكر في الأصل أنه يجوز ؛ لأنه في عهدنا ، فأشبهه الذمي الذي هو في عهدنا ، وتجاوز الوصية للذمي . وكذا الحربي المستأمن وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يجوز ، وهذه الرواية بقول أصحابنا - رحمهم الله - : أشبه فإنهم قالوا : إنه لا يجوز صرف الكفارة ، والتذرة ، وصدقة الفطر ، والأضحية إلى الحربي المستأمن لما فيه من الإعانة على الحراب ، ويجوز صرفها إلى الذمي ؛ لأننا ما نهينا عن ير أهل الذمة لقوله رضي الله عنه : ﴿ لَا يَتَهَكُّمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُنْتَلِكُوا فِي الَّذِينَ وَكَّرَ بِمَجْرِكُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ أَنْ تَرْدُّهُمْ وَتُقْسِلُوا إِلَيْهِمْ ﴾ وقيل : إن في التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة ، والهبة روايتين عن أصحابنا ، فالوصية له على تلك الروايتين أيضاً ، وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد أن ينفق عليه في إصلاحه وعمارته وتخصيصه بجوز ؛ لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى الله رضي الله عنه بإخراج ماله إلى الله رضي الله عنه لا التحليك إلى أحد ، ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية ؛ فهو باطل ؛ لأنه معصية . ولو أوصى الذمي بثلث ماله للبيعة ، أو لكنيسة أن ينفق عليها في إصلاحها . أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم ، أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة ؛ جاز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يجوز .

وجملة الكلام في وصايا أهل الذمة : أنها لا تخلو إما أن كان الموصى به أمراً ، هو قرية عندنا وعندهم ، أو كان أمراً هو قرية عندنا لا عندهم ، وإما أن كان أمراً هو قرية عندهم لا عندنا . فإن كان الموصى به شيئاً ؛ هو قرية عندنا وعندهم بأن أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة ، أو يعق الرقاب ، أو بعمارة المسجد الأقصى ونحو ذلك جاز في قولهم جميعاً ؛ لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة . وإن كان شيئاً هو قرية عندنا ، وليس بقرية عندهم بأن أوصى بأن يحج عنه ، أو أوصى أن يبني مسجداً للمسلمين ، ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعاً ؛ لأنهم لا يتقربون به فيما بينهم ، فكان مستهزئاً في وصيته ، والوصية يبطلها الهزل ، والهزل وإن كان شيئاً هو قرية عندهم لا عندنا بأن أوصى بأرض له تبنى بيعة أو كنيسة ، أو بيت نار أو بعمارة البيعة ، أو الكنيسة ، أو بيت النار ، أو بالذبح لعيدهم ، أو للبيعة ، أو لبيت النار ذبيحة ، فهو على الاختلاف الذي ذكرنا إن عند أبي حنيفة رضي الله عنه يجوز ، وعندهما لا يجوز ، وجه قولهما : أن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية ، والوصية بالمعاصي لا تصح .

وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه : إن المعبر في وصيتهما ما هو قرية عندهم لا ما هو قرية حقيقة ؛ لأنهم ليسوا من أهل القرية الحقيقية ؛ ولهذا لو أوصى بما هو قرية عندنا ، وليس بقرية عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين ؛ فدل أن المعبر ما هو قرية عندهم ، وقد وجد ولكننا أمرنا أن لا نتعرض لهم فيما يدينون ، كما لا نتعرض لهم في عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم .

ولو بنى الذمي في حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثاً بين ورثته في قولهم جميعاً على اختلاف المذهبين أما على أصلهما ، فظاهر ؛ لأنه معصية . وأما عنده : فلأنه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل داراً وفقاً إن مات ؛ صارت ميراثاً ، كذا هذا ، فإن قيل : لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين ؟ فالجواب : أن حال المسجد يخالف حال البيعة ؛ لأن المسجد صار خالصاً لله تبارك وتعالى ، =

= وانقطعت عنه منافع المسلمين . وأما البيعة : فإنها باقية على منافعهم ، فإنه يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم ، فكانت باقية على منافعهم ، فأشبهه الوقف فيما بين المسلمين ، والوقف فيما بين المسلمين لا يزال يملك الرقبة عنده ، فكذا هذا . ولو أوصى مسلم ببلعة جاريتة أن تكون في نفقة المسجد ومؤنته فانهدم المسجد ، وقد اجتمع من غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه ؛ لأنه بالانهدام لم يخرج من أن يكون مسجدًا ، وقد أوصى له ببلعتها ، فتفق في بنائه وعماره ، والله أعلم .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٧٢/٤) : (وتصح) الوصية (للذمي) بما يصح تملكه له كما يجوز التصديق عليه ، ففي الحديث الصحيح : « في كل كبد حراء أجر » وعن البيهقي : « أن صغية رضي الله تعالى عنها أوصت لأخيها بألف دينار وكان يهوديًا » أما ما لا يصح تملكه له كالمصحف والعبد المسلم فلا تصح الوصية له به ، وفي معنى الذمي المعاهد والمستأنن كما قاله في التتمة (وكذا حربي) معين سواء أكان بدارنا أم لا بما له تملكه لا كسيف ورمح (و) كذا (مرتد) معين لم يمّت مرتدًا تصح الوصية لكل منهما (في الأصح) كالهيئة والصدقة ، وقيل بالمنع للأمر بقتلهما فلا معنى للوصية لهما كالوقف عليهما ، وفرق الأول بأن الوقف يراد للدوام وهما مقتولان بكفرهما بخلاف الوصية ، فإن مات مرتدًا تبين بطلان الوصية .

تتبعه : مسألة المرتد مزيدة على المحرر من غير تمييز ، وقضية كلام الإمام أنه لو لحق بدار الحرب وانتع منا لا تصح الوصية له قطعًا ، وهو كما قال الزركشي منجه ، وعلم مما تقرر أنه لا يشترط في الوصية للذمي التعيين بخلاف الحربي والمرتد ، فتصح لأهل الذمة دون أهل الحرب والردة فلا تصح لهما كما صرح به ابن سراقه ، ولو أوصى لمن يرتد بطلت أو لمسلم فارتد لم تبطل ، قاله الماوردي ، وقياسه البطلان فيمن لو أوصى لمن يحارب (و) كذا (قاتل) ولو تعديا تصح الوصية له (في الأظهر) ؛ لأنها تملك بعقد فأشبهت الهيئة وخالفت الإرث ، والثاني : المنع لأنه مال يستحق بالموت فأشبه الإرث ، وصورته : أن يوصي لجارحه ثم يموت أو لإنسان فيقتله ، ومن ذلك : قتل سيد الموصى له الموصي ؛ لأن الوصية لعبد وصية لسيده كما مر ، فلو أوصى لمن يقتله أو يقتل غيره تعديًا فباطلة كما في الكفابة في الأولى ومثلها الثانية أو بحق فيظهر فيها الصحة كما يحته الزركشي في الثانية ومثلها الأولى .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٦٨/٨) : « (ص) وكافرا إلا بخمر لمسلم (ش) يعني أن الكافر تصح وصيته لانطياق الحد عليه ؛ إذ هو محرّ مميّز مالك إلا إذا أوصى لمسلم بشيء لا يملكه المسلم كخمر ونحوه ، أما إن أوصى بذلك لكافر فإن وصيته تصح ؛ لأن الكافر يملك ذلك ثم يصح نصبه عطفًا على سفيهاً وجرحه عطفًا على حر فهو من عطف الخاص على العام ذكره لأجل الاستثناء .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٢١/٦) : « وتصح وصية المسلم للذمي ، والذمي للمسلم ، والذمي للذمي . روي إجازة وصية المسلم للذمي عن شريح ، والشعبي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . ولا تعلم عن غيرهم خلافهم .

وقال محمد ابن الحنفية ، وعطاء ، وقتادة ، في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْكَافِرِينَ حَتَّىٰ يَضْرِبُوا إِلَيْكُمْ بِأَرْبَابِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾ هو وصية المسلم لليهودي والنصراني . وقال سعيد : حدثنا سفيان ، عن أيوب ، عن عكرمة : أن صغية بنت حبي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف ، وكان لها أخ يهودي ، فرضت عليه أن يُسَلِّمَ فيرث ، فأبى ، فأوصت له =

٣١١٢ - ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين : وينبنى على ذلك : أن وصية المسلم لغير المسلم جائزة بدليل قوله تعالى : ﴿ لَا يَهَنْكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَا يَخْرُجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ يَبْرُوهُمْ وَتَقْسَطُوا لِيَنَّهُمْ إِنْ أَلَّ اللَّهُ بِحُبِّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (١) .

إنما يشترط لصحة هذه الوصية أن يكون الموصى له ذكياً أو مستأماً في دار الإسلام ، فلو كان حربياً لم تصح لقوله تعالى بعد الآية السابقة : ﴿ إِنَّمَا يَهَنْكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ ﴾ (٢) . فما علينا إلا امتثال الأمر .

٣١١٣ - وكما تجوز الوصية من المسلم لغيره تصح أيضاً إذا كانت من غيره له ، فتجوز وصية الذمي والمستأمن للمسلم حتى أن المستأمن لو أوصى بجميع ماله لمسلم نفذت إذا لم يكن له وارث .

فإن كان ولم تجز ، نفذت في الثلث فقط فيرد الباقي إلى ورثته .

٣١١٤ - وبالجملة : فإننا نحكم على وصية الذمي والمستأمن بالأحكام التي حكمنا بها على وصية المسلم وهي المتقدمة في شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمسة التي

= بثلث المائة ؛ ولأنه تصح له الهبة ، فصحت الوصية له ، كالمسلم ، وإذا صحت وصية المسلم للذمي ، فوصية الذمي للمسلم والذمي للذمي أولى . ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه ، أو لأجنبي ، بأكثر من ثلثه ، وقف على إجازة الورثة ، كالمسلم سواء . وتصح الوصية للحربي في دار الحرب . نص عليه أحمد ، وهو قول مالك ، وأكثر أصحاب الشافعي .

وقال بعضهم : لا تصح . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ لَا يَهَنْكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَا يَخْرُجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ يَبْرُوهُمْ وَتَقْسَطُوا لِيَنَّهُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿ إِنَّمَا يَهَنْكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل يره . ولنا ، أنه تصح هبته ، فصحت الوصية له ، كالذمي . وقد روي : أن النبي ﷺ أعطى عمر حلة من حرير ، فقال : يا رسول الله كسوتنيها ، وقد قلت في حلة عطارده ما قلت ؟ فقال : ﴿ إني لم أعطكها لتلبسها . فكساها عمر أنا مشركاً له بمكة . وعن أسماء بنت أبي بكر ، قالت : أتتني أمي وهي رابعة - تعني الإسلام - فسألت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله ، أتتني أمي وهي رابعة ، أفأصلها ، قال : ﴿ نعم . . . وهذا فيهما صيلة أهل الحرب وبرهم . والآية حجة لنا في من لم يقاتل ، فأما المقاتل فإنه نهي عن توليه لا عن يره والوصية له ، وإن احتج بالمفهوم ، فهو لا يراه حجة . ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة ، والوصية في معناها . فأما المرتد ، فقال أبو الخطاب : تصح الوصية له ، كما تصح هبته . وقال ابن أبي موسى : لا تصح ؛ لأن ملكه غير مستقر ، ولا يرث ، ولا يورث ، فهو كالميت ؛ ولأن ملكه يزول عن ماله برده في قول أبي بكر وجماعة ، فلا يثبت له الملك بالوصية .

بعدها (١).

(مادة ٥٤٢)

لَا يَمْلِكُ الْمُوصَى بِهِ إِلَّا بِقَبُولِ الْوَصِيَّةِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً كَمَوْتِهِ قَبْلَ قَبُولِهِ وَرَدَّهُ كَمَا يَأْتِي ، وَلَا يَصِحُّ قَبُولُهَا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْقَبُولِ وَالرُّدِّ فِي حَالِ حَيَاتِهِ (٢) .

فَإِنْ قَبِلَ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، ثَبَتَ لَهُ مِلْكُ الْمُوصَى بِهِ ، سَوَاءً قَبَضَهُ أَوْ لَمْ يَقْبِضْهُ .

فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ أَوْ يَرُدْ ، فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ لَا يَمْلِكُهَا الْوَارِثُ وَلَا الْمُوصَى لَهُ بِهَا حَتَّى يَقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ أَوْ يَمُوتَ . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي قَبْلَ الْقَبُولِ أَوْ الرُّدِّ ، دَخَلَ الْمُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ (٣) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢١٥) : ١ - تصح الوصية للأشخاص مع اختلاف الدين والملة بينهم وبين الموصي .

٢ - إذا كان الموصى له أجنبيًا تشترط المعاملة بالمثل .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٢) أ - تصح الوصية ولو مع اختلاف الدين أو الجنسية .

ب - تصح الوصية لفتة محصورة أو غير محصورة ولوجوه البر ، وللمؤسسات الخيرية ، والمؤسسات العلمية ، وغيرها من الهيئات العامة .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٦) إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي من دون أن يصدر عنه قبول ولا رد انتقل ذلك الحق إلى ورثته .

(٣) قول الحنفية : جاء في بدائع الصنائع (٣٣١/٧ ، ٣٣٢) : « وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه ، قال أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله - : هو الإيجاب والقبول : الإيجاب من الموصي ، والقبول من الموصى له فما لم يوجدًا جميعًا لا يتم الركن ، وإن شئت قلت : ركن الوصية الإيجاب من الموصي ، وعدم الرد من الموصى له وهو أن يقع اليأس عن رده ، وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر .

وقال زفر رحمه الله : الركن هو الإيجاب من الموصي فقط . (وجه) قول زفر : أن يملك الموصى له بمنزلة يملك الوارث ؛ لأن كل واحد من المالكين ينتقل بالموت ، ثم يملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله . وكذا يملك الموصى له . ولنا : قوله تبارك وتعالى : ﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴾ فظاهره أن لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه ، وهذا منفي إلا ما خص بدليل ؛ ولأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين : أحدهما : أنه يلحقه ضرر الميئة ؛ ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعًا لضرر الميئة ، والثاني : أن الموصى به قد يكون شيئًا يتضرر به الموصى له ، =

كالعبد الأعمى والزمن، والمقعد، ونحو ذلك، وإلى هذا أشار في الأصل فقال: أرئت لو أوصى بعبيد عميان = أوجب عليه القبول شاء، أو أبى، وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع فلو لزمه الملك من غير قبوله للحق الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الإلزام؛ إذ ليس للموصي ولاية إلزام الضرر، فلا يلزمه، بخلاف ملك الوارث؛ لأن اللزوم هناك بالإلزام من له ولاية الإلزام، وهو الله - تبارك وتعالى - فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بالإلزام الشرع ابتداءً. وعلى هذا يخرج ما إذا كان الموصى له أنه لا يعتق عليه ما لم يقبل، أو يميت من غير قبول؛ لأنه لا يعتق بدون الملك ولا يملك بدون القبول، أو بدون عدم الرد، ووقوع اليأس عنه، ولم يوجد القبول منه، ولا وقع اليأس عن الرد ما دام حيًّا فلا يعتق.

ولو مات الموصي، ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكًا لورثة الموصى له استحسانًا، والقياس: أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار إن شاءوا قبلوا، وإن شاءوا ردوا. (وجه) القياس الأول: أن القبول أحد ركبي العقد، وقد فات بالموت، فيبطل الركن الآخر كما إذا أوجب البيع، ثم مات المشتري قبل القبول، أو أوجب الهبة، ثم مات الموهوب له قبل القبول، أنه يبطل الإيجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثاني: أن الموصى له في حياته كان له القبول، والرد فإذا مات تقوم ورثته مقامه.

(وجه) الاستحسان: أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه، وذلك بوقوع اليأس على الرد منه، وقد حصل ذلك بموته فتم الركن. (وأما) على عبارة القبول فنقول: إن القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد، وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما إذا أوصى له بجاريته التي ولدت من الموصى له بالنكاح أنها لا تصير أم ولد له ما لم يقبل الوصية، أو يموت قبل القبول، فإذا مات صارت أم ولد له؛ لأنه يملك جارية قد ولدت منه بالنكاح، فتصير أم ولد له، وينسخ النكاح، وإن لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات، أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا، ولو كان حيًّا ولم يعلم بالوصية، وهو يظن أنها بالنكاح حتى ولدت أولادًا، ثم علم بالوصية، فهو بالخيار إن شاء قبل الوصية، فكانت الجارية أم ولد له، وأولادها أحرار إن كانوا يخرجون من الثلث، وإن شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له؛ لأن قبوله شرط، فإن قبل، فقد صارت الجارية أم ولد له؛ لأنه ملكها بالقبول. ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصي فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية؛ لأنه أضاف الثلث إليهما، وقد صحت الإضافة فانصرف إلى كل واحد منهما نصف الثلث فإذا رد أحدهما الوصية ارتد في نصفه وبقي النصف الآخر لصاحبه الذي قبل كمن أقر بألف لرجلين فرد أحدهما إقراره ارتد في نصيبه خاصة، وكان للآخر نصف الإقرار كذا ههنا، بخلاف ما إذا أوصى بالثلث لهذا، والثلث لهذا فرد أحدهما وقبل الآخر أن كل الثلث للذي قبل إلا أنه إذا قبل صاحبه يُقسم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فإذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له، وإذا ثبت أن القبول ركن في عقد الوصية فوكت القبول ما بعد موت الموصي، ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت، ثم قبل بعده صح قبوله؛ لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت، والقبول أو الرد يعتبر، كذا الإيجاب؛ لأنه جواب، والجواب لا يكون إلا بعد تقدم السؤال. ونظيره إذا قال لمرأته: إذا جاء غد فأنت طالق على ألف درهم أنه إنما يعتبر القبول أو الرد إذا جاء غد كذا هذا، فإذا كان التصرف يقع إيجابًا بعد الموت يعتبر القبول بعده.

وجاء فيه أيضًا (٣٣٤/٧) : «وأما شرائط الركن فهو أن يكون القبول موافقًا للإيجاب، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول؛ لأنه إذا خالفه لم يرتبط بقبلي الإيجاب بلا قبول فلا يتم الركن.

= قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٤٣/٣) : « وأما القبول فيجب في الوصية لمعين (كالهبة . فلو قبل بعض الموصى به فيه احتمالات للغزالي ونظيره الهبة ، والأرجح فيها البطلان ، لكن القبول في الوصية على التراخي ، كما سيأتي فهي دونها ودخل في المعين المتعدد المحصور كعيني زيد ؛ فتعين قبولهم ويجب استيعابهم ، والتسوية بينهم ، نعم إن كان المعين غير آدمي كمسجد ، قال الأذرعى : فالأقرب أنه كالوصية لجهة عامة فلا يحتاج إلى قبول ، وسيأتي أنه لا يعتبر قبول المعين في الوصية له بالعق بغير لفظها قال الزركشي : وظاهر كلامهم أن المراد القبول اللفظي ، ويشبه الاكتفاء بالفعل وهو الأخذ ، كالهدي (لا) في الوصية (لجهة عامة كالفقراء) والقبيلة كالهاشمية والمطلبية والعلوية فلا يجب فيها القبول لتعذرهما كما في الوقف ؛ بل تلزم الوصية بالموت ويجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ولا تجب التسوية بينهم ، وسيأتي (ولا يصح قبل الموت) للموصي (قبول ولا رد) للوصية فلمن قبل في الحياة الرد بعد الموت وبالعكس إذ لا حق له قبله ؛ لأن الوصية لإيجاب ملك بعد الموت فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع (ولا يشترط الفور في القبول) بعد موت الموصي وإنما يشترط في العقود الناجزة التي يعتبر فيها ارتباط القبول بالإيجاب مع أنه لو اشترط الفور لاشترط عقب الإيجاب ويقارق الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ؛ لأنهما لدفع الضرر فيبطلان بالتأخير (ويصح الرد بين الموت والقبول لا بعدهما ولو لم يقبض) الموصى له ما أوصى له به ؛ لأن الملك قد حصل فلا يرتفع بالرد كما في البيع ، فإن راضى الورثة فهو ابتداء تمليك منه لهم ، وما ذكره من عدم صحة الرد قبل القبض هو ما صححه الأصل ، وقال الإسوي : إنه المفتى به ، وخالف النووي في تصحيحه فصحح الصحة ، قال الأذرعى : وهو الصحيح المنصوص عليه في الأم وجرى عليه العراقيون ؛ لأن ملكه قبل القبض لم يتم ، ورد ما قاله الإسوي قال : ولعل الرافعي تبع البغوي في الترجيح .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (١٦٩/٨) : « بلفظ أو إشارة مفهومة هذا هو الركن الثالث وهي الصيغة والمعنى أن الوصية تكون بلفظ صريح كأوصيت ، وتكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية كالإشارة وظاهره ، ولو من القادر على الكلام خلافا لابن شعبان وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت يعني أن الوصية إذا كانت لشخص معين كزيد مثلاً ، فإن قبوله لها بعد موت الموصي شرط في وجوبها له ، وأما إذا كانت على غير معين كالفقراء ، فإنه لا يشترط في حقهم القبول بعد الموت ؛ لتعذر ذلك من جميعهم ، واحتجز بقوله : « بعد الموت » مما لو قبل في حياة الموصي ، فإن ذلك لا يفيد شيئاً إذ للموصي أن يرجع في وصيته ما دام حياً ؛ لأن عقد الوصية غير لازم حتى لو رد الموصى له قبل موت الموصي فله أن يرجع ويقبل بعده قاله مالك ، وإذا قبل بعد الموت بقر أو بعد طول زمان ، فإن الغلة الحادثة بعد الموت وقبل القبول تكون للموصى له ؛ لأن الملك انتقل إليه بمجرد الموت ، قوله : « المعين » أي البالغ الرشيد وإلا فوله يقبل له بخلاف الحوز في الوقف والهبة ، فيكتفي حوز الصغير والسفيه كما مر ، فلو مات المعين قبل القبول فلوارثه القبول مات قبل العلم ، أو بعده اللهم إلا أن يريد الموصي الموصى له بعينه ، فليس لوارثه القبول .

وقوله : « شرط » أي في لزوم أي في لزومها للموصي فلا ينافيه قوله : « فالملك له بالموت » ؛ لأن القبول بعد الموت كاشف للملكة بالموت لا في الصحة ؛ لأنها صحيحة مطلقاً لكن قضية قوله : « فالملك له بالموت » أن الغلة كلها له ، وقضية قوله : « وقوم بغلة » حصلت بعده أنه لا غلة له ويدفع هذا بأنه وإن كان الملك له بالموت إلا أن العبرة يوم التنفيذ كما قاله بعد ، فقوله له : « بالموت » وقوله : « يوم التنفيذ » لا يعني أحدهما عن الآخر . =

= قول الحنابلة : جاء في المعنى (٧٠ / ٦ ، ٧١) : « فإن مات قبل أن يقبل أو يرد ، قام وارثه في ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت الموصي) اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد ، بعد موت الموصي ، فذهب الحنفي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد ؛ لأنه حتى ثبت للموروث ثبت للوارث بعد موته ، لقوله عليه السلام : « من ترك حقاً فلورثته » . وكخيار الرد بالبيع ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل ؛ لأنه عقد يفترق إلى القبول ، فإذا مات من له القبول قبله ، بطل العقد ، كالهبة . قال القاضي : هو قياس المذهب ؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه ، فيبطل بالموت ، كخيار المجلس والشرط ، وخيار الأخذ بالشفعة . وقال أصحاب الرأي : تلزم الوصية في حق الوارث ، وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول ؛ لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصي ، وإنما الخيار للموصى له ، فإذا مات ؛ بطل خياره ، ودخل في ملكه ، كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له ، فمات قبل انقضائه .

ولنا : على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له ، أنها عقد لازم من أحد الطرفين ، فلم تبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ؛ لأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له ، فلا يبطل بموت الآخر ، كالذي ذكرنا . ويفارق الهبة والبيع قبل القبول ، من الوجهين اللذين ذكرناهما ، وهو أنه جائز من الطرفين ، ويبطل بموت الموجب له ، ولا يصح قياسه على الخيارات ؛ لأنه لم يبطل الخيار ، ويلزم العقد ، فنضيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي . ولنا : على إبطال قولهم أنه عقد يفترق إلى قبول التملك ، فلم يلزم قبل القبول ، كالبيع والهبة . إذا ثبت هذا ، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد ؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت ، قام الوارث فيه مقامه . فعلى هذا ، إن رد الوارث الوصية بطلت ، وإن قبلها صححت ، وثبت الملك بها . وإن كان الوارث جماعة ، اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقبل بعض ، ثبت للقبائل حصته ، وبطلت الوصية في حق من رد . فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف ، قام وليه مقامه في القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح ، فإذا كان الحظ في قبولها فردها ، لم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك . وإن كان الحظ في ردها قبلها ، لم يصح قبوله ؛ لأن الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه . فلو أوصى لصبي بذي رحم له لم يمتنع بملكه له ، وكان على الصبي ضرر في ذلك ، بأن تلزمه نفقة الموصى به ، لكونه فقيراً لا كسب له ، والمولى عليه مؤمير ، لم يكن له قبول الوصية ، وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب ، أو كون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته ، تعين قبول الوصية ؛ لأن في ذلك نفعاً للمولى عليه ، لعتق قرابته ، وتحريمه ، من غير ضرر يعود عليه ، فتعين ذلك . والله أعلم . ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول ، في قول جمهور الفقهاء ، إذا كانت لمعين يمكن القبول منه ؛ لأنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين ، فاعتبر قبوله ، كالهبة والبيع .

قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما إن كانت لغير معين ، كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم ، كبني هاشم وتميم ، أو على مصلحة كمسجد أو حج ، لم يفترق إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره ، كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به ، مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير ، لم يمتنع عليه ؛ ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم ، بدليل ما ذكرنا من المسألة ، وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله . =

٣١١٥ - ولما كان كل عقد لا بد فيه من القبول كانت الوصية كذلك إذ هي عقد ؛ ولذا لا يملك الموصى له الموصى به إلا بالقبول ؛ إذ لا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره .

أما الآدمي المعين ، فثبت له الملك ، فيعتبر قبوله ، لكن لا يتعين القبول باللفظ ؛ بل يُجزئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى ، كقولنا في الهبة والبيع . ويجوز القبول على الغور والتراخي . ولا يكون إلا بعد موت الموصى ؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ، ولذلك لم يصح رده . فإذا قبل ، ثبت الملك له من حين القبول ، في الصحيح من المذهب . وهو قول مالك ، وأهل العراق . وروي عن الشافعي . وذكر أبو الخطاب في المسألة وجهاً آخر ، أنه إذا قبل ، تبين أن الملك ثبت حين موت الموصى . وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ، كالهبة والبيع ؛ ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَيَسْمَعُ يُوسِي بِهَا أَوْ دَخِنٌ ﴾ ؛ ولأن الإرث بعد الوصية ، ولا يبقى للميت ؛ لأنه صار جماداً لا يملك شيئاً . وللشافعي قول ثالث غير مشهور ، أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ؛ لما ذكرنا .

ولنا : أنه تملك عين لمعين يفترق إلى القبول ، فلم يسبق الملك القبول ، كسائر العقود ؛ ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ؛ ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ؛ ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل .

فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتي بشهر . ثم مات ، تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا : ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق . ولو قال : إذا مت فأنت طالق قبله بشهر ؛ لم يصح . وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود ؛ فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول ، فهو كسائرنا ، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير ، لا يظهر له أثر ، بخلاف مسألتنا .

قولهم : إن الملك لا يثبت للوارث . ممنوع ؛ فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل ، إلا أن يمنع منه مانع . وقول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَيَسْمَعُ يُوسِي بِهَا أَوْ دَخِنٌ ﴾ . قلنا : المراد به وصية مقبولة ، بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكاً للوارث ، وقبل قبولها فليست مقبولة . ويحتمل أن يكون المراد بقوله : ﴿ فَلَكُمْ أَرْزُقُوا بَيْنَا تَرَكْتُمْ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَيَسْمَعُ ﴾ . أي لكم ذلك مستقر . فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ، ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة ، وهو أكد من الوصية . وإن سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث ؛ فإنه يبقى يملك للميت ، كما إذا كان عليه دين . وقولهم : لا يبقى له ملك . ممنوع ؛ فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه ، وقضاء ديونه . ويجوز أن يتجدد له ملك في دينه إذا قبل ، وفيما إذا نصب شبكة وقوع فيها صيد بعد موته ، بحيث تقضى ديونه ، وتنفذ وصاياه ، ويجوز إن كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه ، لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية ، وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب ، فإن رد الموصى له ، أو قبل ، انتقل حينئذ . فإن قلنا : بالأول ، وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد إباحة التصرف ، كسيوته في العين المرهونة ، فلو باع الموصى به ، أو رهنه ، أو أعتقه ، أو تصرف بغير ذلك ، لم ينفذ شيء من تصرفاته . ولو كان الوارث ابناً للموصى به ، مثل : أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن ، فتوصي به لأجنبي ، فإذا ماتت انتقل الملك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ، ولا يعتق عليه . والله أعلم .

ولأنه لو ثبت المليك بدون القبول لتضرر الموصى له فيما إذا كانت الوصية بحيوان ؛ لا ينتفع به مثلاً ؛ فإن نفقته تجب عليه بلا فائدة ، ولا يشترط في القبول أن يكون صريحاً بل كما به يكون بالدلالة ، فالصريح هو الإتيان بلفظ يدل على رضاه بها كقوله : قَبِلْتُ وصية فلان ، أو رضيت بها .

والدلالة هي : الإتيان بفعل يدل على رضاه كاستيلائه على الموصى به بعد موت الموصي ولكن لما كانت الوصية تخالف العقود من جهة أن التمليك فيها لا يكون إلا بعد موت الموصي كان القبول المعوّل عليه هو الذي يصدر في هذا الوقت ؛ ولذ لو صدر حال الحياة صح رده بعد الوفاة ؛ لأن أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبله .
٣١١٦ - ومثل القبول الرد ، فلو زُدَّ حال الحياة وقَبِلها بعد الوفاة صح لما ذكر .

٣١١٧ - فإذا قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ملك الموصى به وإن لم يقبضه لشبهها بالمراث بخلاف الهبة ، فإنها لا تملك إلا بالقبض كما عرف ذلك في موضعه ، وإن ردها فالموصى به مملوك للورثة ، أما إذا لم يحصل واحد منهما في الوقت المعوّل عليه تكون الملكية في الموصى به موقوفة بمعنى أنه يكون غير مملوك لا للورثة ولا للموصى له حتى يتبين الحال .

٣١١٨ - فإن قبل مملكه وإن رد ملكته الورثة ، ولا يلزم على هذا أن الموصى به يكون سائبة أي لا مالك له ولا سائبة في الإسلام ؛ لأن السائبة المنوعة في الإسلام هي السائبة بلا مالك في أي زمن من الأزمان وهذه ليست كذلك إذ مدة كونها سائبة مقيدة بالزمن الذي لم يحصل فيه قبول ولا رد من الموصى له .

فان قبل دخل في ملكه وإن رد دخل في ملك الورثة .

وهذا له نظائر في الشرع وهي التركة المستغرقة بالدين بأن مات شخص وعليه ديون مستغرقة لتركته ، فإن التركة تخرج من ملك الميت بلا شك ، ولكن لا تدخل في ملك الورثة ، ولا في ملك الدائنين بل تكون موقوفة فإن دفعت الورثة الدين ملكوها ، وإن امتنعوا عن ذلك فتباع لقضاء الديون من ثمنها ، فإذا فرضنا أن الموصى له مات بعد موت الموصي بلا قبول ، ولا ردّ دخل الموصى به في ملكه ، فينتقل إلى ورثته وهذا الحكم مأخوذ فيه بالاستحسان وإن كان القياس يبطل الوصية ؛ لأنه لا يملك أحد إثبات المليك لغيره بدون اختياره .

ووجه الاستحسان : أن الوصية من جهة الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ

من جهته وإنما يتوقف لحق الموصى له ، فإذا مات الموصى له بلا رد يكون كقبوله دلالة ، فيدخل الموصى به في ملكه وينتقل إلى ورثته ؛ ولكن محل اشتراط القبول في الوصية إذا كانت لمعين يمكن قبوله بخلاف ما إذا كانت لنحو الفقراء والمساكين وبنى هاشم ، اللهم إلا أن يقال : إن القبول وجد دلالة . وهو معول عليه ^(١) .

(مادة ٥٤٣)

يَجُوزُ لِلْمَوْصِي الرُّجُوعُ فِي الوَصِيَّةِ بِقَوْلِ صَرِيحٍ ، أَوْ فِعْلٍ يُزِيلُ اسْمَ المَوْصَى بِهِ وَيُعَيِّرُ مُعْظَمَ صِفَاتِهِ وَمَنَافِعَهُ ، أَوْ يُوجِبُ فِيهِ زِيَادَةً لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ إِلَّا بِهَا ، أَوْ تَصَرُّفٍ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي تَزِيلُهُ عَنِ مِلْكِهِ ، وَكَذَا إِذَا خُلِطَ بِغَيْرِهِ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ تَمْيِيزَهُ أَوْ يُمَكِّنُ بِغَيْرِهِ ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢١٦) : بشرط في الموصى به :

أ - أن يكون قابلاً للتملك بعد موت الموصي ومتقوماً في شريعته .

ب - أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٩٦/٢ ، ٢٩٧) : « ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ؛ لأنها نوع تبرع لم تتم فجاز له الرجوع فيها كالهبة قالوا إلا فيما وقع لازماً كالهباء المنجزة ، والتبرع ، والتدبير ، والهبة المقبوضة لذي رحم محرم منه ، فإنه لا يصح الرجوع فيها كذا في الينابيع . قوله : فإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً) أما الصريح فيقول : أبطلت وصيتي ، أو العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان ؛ فهو رجوع ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة ؛ إذ لو أرادها لبين لفظها بخلاف ما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر فإنه يكون بينهما ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها ، وأما الفعل الذي يدل على الرجوع كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه ، وخاطه ، أو بغزل فنسجه ، أو بدار فبني فيها ، أو بشاة فذبها ، أو بأمة ثم باعها أو أعتقها أو كاتبها أو دبرها فهذا كله يكون رجوعاً وإبطالاً للوصية ، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً » .

قول الشافعية : جاء في شرح المحلى (١٧٧/٣ ، ١٧٨) : « له الرجوع عن الوصية وعن بعضها بقوله : نقضت الوصية ، أو أبطلتها ، أو رجعت فيها ، أو فسختها ، أو هذا الوارثي مشيراً إلى ما وصى به ؛ لأنه لا يكون لوارثه إلا إذا انقطع تعلق الموصى له عنه (وبيع وإعتاق وإصداق) لما وصى به لخروجه عن ملكه . (وكذا هبة أو رهن) له (مع قبض وكذا دونه في الأصح) لظهور صرفه بذلك عن جهة الوصية ، والثاني : يعتل ببقاء ملكه (وبوصية بهذه التصرفات) فيما وصى به (وكذا توكيل في بيعه وعرضه عليه في الأصح) ؛ لأنه توسل إلى ما يحصل به الرجوع ، والثاني يقول قد لا يحصل بيعه . (وخلط جنطة معينة) وصى بها (رجوع) ؛ لأنه أخرجها عن إمكان التسليم . (ولو وصى بصاع من صبرة ، فخلطها بأجود منها فرجع) ؛ لأنه أحدث زيادة لم تتناولها الوصية (أو بمثلها فلا وكذا بأردفي الأصح) ؛ لأنه كالتعيب والثاني يقول غيرها عما كانت كالتغيير بالأجود . (وطحن جنطة وصى بها وبذرها) بالمعجمة (وعجن دقيق) وصى به (وغزل قطن) وصى به (ونسج غزل) وصى به (وقطع ثوب) =

= وصى به (قميضاً وبناء وغراس في عرصة) وصى بها (رجوع) لظهور هذه الأفعال في الصرف من جهة الوصية .
 قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (١٣٥/٢) : « (وللرجل) المراد الموصي مطلقاً (الرجوع عن وصيته من عتق وغيره) مما ليس بواجب عليه ، ولا فرق بين الحاصلة في الصحة أو المرض في انحلال عقدها فهي بمنزلة الوعد ، والوعد لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط ، وصفة الرجوع أن يقول : رجعت عن وصيتي أو نسختها .
 قال خليل : عاطفاً على ما تبطل به وبرجوع فيها وإن يمرض بقول أو يبيع أو عتق أو كتابة وبإيلاء وحصد زرع ونسج غزل ، وصوغ فضة ، وحشو قطن ، وذبح شاة ، وتفصيل شقة ، وظاهر كلام المصنف كخليل أن للموصي الرجوع عن وصيته ، ولو شرط لنفسه عدم الرجوع فيها وبه العمل ، وصحح بعض العلماء بالشرط ، وليس من الوصية ما تبطله المريض في مرضه من صدقة أو هبة أو حبس ؛ فإنه لازم لا رجوع له فيه ، وقولنا : مما ليس بواجب عليه للاحتراز عن الإيضاء بإخراج ما عليه من الزكوات والديون التي لا شاهد عليها ، وإنما علمت باعتباره وإيصاله بإخراجها ، فلا يجوز له الرجوع فيها لاعتباره بوجودها عليه .
 (تنمة) تكلم المصنف على نوع من الوصية وهو ما أوجب حقاً في ثلث العاقد ، وسكت عن النوع الثاني وهو ما أوجب الثبابة عن الموصي بعد موته كإيصاله على أولاده ، وصيبتها : إن قصرت عمت كاشهدوا على أن فلاناً وصي ولم يزد على ذلك ، فإنه يكون وصياً عائماً في جميع الأشياء ، ويزوج صغار بنه لمصلحة والبنات إذا بلغن ، وأذن بالقول : إلا أن يأمر الموصي بالإجبار أو يعين له الزوج لقول خليل : وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج وإلا فخلاف ، وإذا طال لفظها بأن قال : وصي على الشيء الغلاني فإنه تختص بذلك الذي سماه .

قال خليل : ووصي فقط بعم وعلى كذا يخص به ، والذي يوصي على المحجور عليه الأب الرشيد أو الحاكم أو وصي الأب أو وصي الوصي ، وكذا الأم لها الإيضاء على الصغير بشرط قلة المال وعدم ولي للصغير ، وأن يكون المال موروثاً من الأم ، وشرط الموصى له أن يكون مسلماً مكلفاً عدلاً فيه الكفاية ، بمعنى القدرة على القيام بما يتعلق بالمحجور ولو أعمى ، أو امرأة أو عبداً ويتصرف بإذن سيده ، وليس للموصى له عزل نفسه بعد القبول وموت الموصي وإنما يعزله الفسق والعجز ، هذا حكم وصي النظر ، وأما الوصي على عتق عبد أو تفرقة ثلثه فإنه لا يشترط فيه العدالة كما نبه عليه خليل في توضيحه .

قول الخنابلة : جاء في الإنصاف (٢١١/٧ ، ٢١٢) : « (وإذا قال في الموصى به : هذا لورثتي ، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان : كان رجوعاً) بلا خلاف أعلمه . (وإن أوصى به لآخر ، ولم يقل ذلك . فهو بينهما) هذا المذهب قال في القواعد الفقهية : هذا المشهور في المذهب . وجزم به الحنفي ، وصاحب العمدة ، والمحرر ، والوجيز ، والشرح ، والمذهب ، والنظم ، والحلاصة ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والفائق ، والراغبين ، والحاوي الصغير ، والمستوعب ، والحرثي . وقيل : هو للثاني خاصة . اختاره ابن عقيل . ونقل الأثرم : يؤخذ بآخر الوصية . وقال في التبصرة : هو للأول . فعلى المذهب : أيهما مات ، أو رد قبل موت الموصي : كان للآخر . قاله الأصحاب . فهو اشترك تراحم . قوله : (وإن باعه ، أو وهبه ، أو رهنه : كان رجوعاً) إذا باعه ، أو وهبه : كان رجوعاً بلا نزاع . وكذا إن رهنه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به القاضي ، وابن عقيل . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . وقيل : ليس برجوع . »

٣١١٩ - وما يترتب على أن التملك في الوصية لا يكون إلا بعد موت الموصي والقبول المعول عليه ، كذلك أن للموصى الرجوع ولو قبل الموصى له ؛ لأن وقت قبول التملك المعول عليه آت في المستقبل فيصح له الرجوع عن الإيجاب ما دام القبول المعتبر لم يحصل والرجوع ؛ إما أن يكون صريحاً ، وإما أن يكون دلالة .
فالصريح : بأن يقول : رجعت عن وصيتي لفلان ، أو : أبطلتها ، أو : كل وصية أوصيت بها فهي باطلة أو لاغية .

والدلالة : بأن يفعل في الموصى به فعلاً يدل على الرجوع وذلك يكون بأحد أمور:
 أولاً : أن يكون ذلك العمل يُزيل اسم الموصى به وقت الوصية وبغير معظم صفاته كما إذا أوصى بسبيكة من الذهب أو قطعة من الفضة وصنعها ساعة أو آنية أو بقطعة من النحاس أو الحديد فصنعها آنية أو سيفاً ؛ لأن الموصى به صار بحال لا يطلق عليه اسمه وقت الوصية فكان كشيء آخر .

ثانياً : أن يحدث العمل في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها كما لو أوصى بغزل فنسجه ، أو بقطعة من الحرير ، أو الصوف فقطعها وخاطها أثواباً .

ثالثاً : إذا كان هذا العمل تصرفاً يترتب عليه ملك الغير له فإذا باعه أو وهبه وسلمه بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو عاد إليه بالشراء ، أو بالرجوع عن الهبة لم تعد الوصية فإن كان التصرف لا يترتب عليه ذلك كالإجارة والعارية فلا يكون رجوعاً .
رابعاً : أن يخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه كبر بمثله أو يمكن ولكن بعسر ومشقة كشعير أو فول بير ؛ لأنه كاستهلاكه ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٢١) : يعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ما لم يصرح الموصي بأنه لم يقصد الرجوع.
 وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٥٣) أ - يجوز للموصي تعديل الوصية أو الرجوع عنها كلاً أو بعضاً صراحة أو دلالة بقول أو فعل يدل على الرجوع ببيع الموصى به أو هبته أو بأي تصرف يفوت الموصى به المعين أو بغير وصفه كلياً .

ب - لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو بغير معظم صفاته ولا الزيادة غير المستقلة ما لم تدل قرينة أو عرف على أن الموصي قصد بذلك الرجوع عن الوصية .

(مادة ٥٤٤)

جَحْدُ الوَصِيَّةِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا مُبْطَلًا لَهَا ، وَلَا تَجْزِئُ الدَّارَ المَوْصَى بِهَا وَلَا هَدْمُهَا (١) .

•••

٣١٢٠ - وإذا أوصى شخص بشيء من أمواله ثم جحد الوصية أي أنكرها بأن قال لم أوص ففيه خلاف ؛ فقال محمد : لا يكون رجوعًا . وقال أبو يوسف : يكون رجوعًا .

ووجه محمد كلامه بأن الرجوع عن الشيء يقتضى سبق وجوده ووجود الشيء يقتضى سبق عدمه ؛ إذ الجحود نفي لأصل العقد ، فلو كان الجحود رجوعًا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال .

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢٩٧/٢) : « (ومن جحد الوصية لم يكن رجوعًا) هذا عند محمد ويكون رجوعًا عند أبي يوسف » .

وجاء في الفتاوى الهندية (٩٣/٦) : « ولو أوصى بدار فحصرها أو هدمها لا يكون رجوعًا ، وإن طينها يكون رجوعًا إذا كان كثيرًا » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١١٣/٤) : « ولو سئل عن الوصية فأنكرها قال الرافعي : فهو على ما مر في جحد الوكالة . أي : فيفرق فيه بين أن يكون لغرض فلا يكون رجوعًا أو لا لغرض فيكون رجوعًا . وهذا هو المعتمد ، ووقع في أصل الروضة هنا أنه رجوع ، وفي التدبير أنه ليس برجوع » .

قول المالكية : جاء في الفروق (٢٩٩/٢) : « ولو أوصى بعبده لإنسان ثم جحد الوصية له كان رجوعًا . وقال في الجامع الكبير : إذا أوصى بعبده لإنسان ثم قال : اشهدوا أنني لم أوص بذلك العبد لفلان ، فإنه لا يكون رجوعًا . والفرق أنه إذا قال : لم أوص فقد نفى وصيته له ، وله نفيها فصار فاسخًا لها ، كما لو وكل وكيلًا ثم جحد الوكالة صار عازلاً ، كذلك هذا فصار الرجوع في ضمن نفيه ، فكأنه قال : رجعت . وليس كذلك إذا قال : اشهدوا ؛ لأنه لم يحك نفيًا عن نفسه ، وإنما أمرهم بالشهادة على النفي ، والأمر بالشهادة على نفي شيء ، وقد وجد ما كان أمرًا بكذب ، فلم يعمل ، فاستوى وجوده وعدمه ، ولو لم يقل لبيقت الوصية ، كذلك هذا » .

قول المختار : جاء في المغني (٩٨/٦) : « وإن جحد الوصية ، لم يكن رجوعًا ، في أحد الوجهين . وهو قول أبي حنيفة ، في إحدى الروايتين ؛ ولأنه عقد ، فلا يبطل بالجحود ، كسائر العقود . والثاني : يكون رجوعًا ؛ لأنه يدل على أنه لا يريد إبطاله إلى الموصى له . وإن غسل الثوب ، أو لبسه ، أو جصص الدار ، أو سكنها ، أو أجر الأمة ، أو زوجها ، أو علمها ، أو وطنها ، لم يكن رجوعًا ؛ لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ، ولا يدل على الرجوع ويحتمل أن وطء الأمة رجوع ؛ لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل . والأول أولى ؛ لأنه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ، ولا يفضي إليه يقينًا ، فأشبه لبس الثوب ، فإنه ربما أتلفه ، وليس برجوع » .

ولأبي يوسف : أن الجحود نفي في الماضي والحال ، فيكون أقوى من الرجوع ؛ إذ هو نفي في الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعاً وكل قوي .

٣١٢١ - واتفقوا على أن الموصي لو قال : البيت الذي أوصيت به لفلان جعلته لفلان . كان رجوعاً ؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى ببيت لشخص ثم أوصى به لآخر ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها .

ولكن محل ذلك ؛ إذا كان فلان الآخر حيناً فلو كان ميتاً وهو يعلم بذلك ؛ فالوصية الأولى على حالها ؛ لأنها إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم تكن فبقيت الأولى على حالها ولو كان الآخر حين الوصية له حيناً ثم موت قبل موت الموصي بطلت الوصيتان الأولى بالرجوع والثانية بالموت ، وحينئذ يكون الموصى به لورثة الموصي .

٣١٢٢ - ولا يكون راجعاً أيضاً بتجسيص الدار وتبييضها ، وكذا هدم بنائها ؛ لأنهم قالوا : إن هذا تصرف في التابع ، فتأمل في مسألة الهدم ^(١) .

(مادة ٥٤٥)

إِذَا هَلَكَتِ الْوَصِيَّةُ فِي يَدِ الْمُوصِي أَوْ فِي يَدِ أَحَدٍ مِنْ وَرَثَتِهِ بِدُونِ تَعْدِيهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِذَا اسْتَهْلِكَتْ ، فَإِنْ كَانَ اسْتَهْلَاكُهَا مِنَ الْمُوصِي ، فَهُوَ رُجُوعٌ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْوَرَثَةِ ، يَكُونُ ضَمَانَهَا عَلَيْهِمْ قَبْلَ الْقَبُولِ أَوْ بَعْدَهُ ^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٢٢) : لا يعتبر إنكار الإيضاء رجوعاً ولا الفعل الذي يزيد في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٥٤) تبطل الوصية في الحالات التالية :

أ - رجوع الموصي عن وصيته .

ب - وفاة الموصى له حال حياة الموصي .

ج - رد الموصى له كامل الأهلية للوصية بعد وفاة الموصي .

د - قتل الموصى له الموصي سواء أكان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو متسبباً إذا كان عند ارتكابه الفعل عاقلاً بالغاً حد المسؤولية الجنائية .

هـ - هلاك الموصى به المعين أو استحقاقه من قبل الغير .

و - ارتداد الموصي أو الموصى له عن الإسلام ما لم يرجع إليه .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٠٦/٦ ، ١٠٧) : « وأما إذا أوصى بعين أو بنوع من ماله

كثلك غنمه فهلك قبل موته بطلت الوصية حتى لو اكتسب غنماً أخرى أو عيناً أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق =

٣١٢٣ - ومتى كان الموصى به معينًا ومات الموصي استحققه الموصى له إن كان موجودًا ، فإن كان الشيء غير موجود بأن هلك أو استهلكه الموصي حال حياته ؛ فلا يأخذ الموصى له شيئًا في مقابلته .

أما الأول : فظاهر ؛ لأنه هلك من غير تعدد منه . وأما الثاني : وهو الاستهلاك فلأن الموصي وإن كان متعدديًا ، إلا أنه لم يضمن أيضًا ؛ لأن ملكه باق ما دام حيًا فيكون استهلاكه للموصى به رجوعًا عن الوصية .

٣١٢٤ - ومثل هذا ما إذا كان الشيء الموصى به موجودًا وقت موت الموصي وهلك عند الورثة من غير تعدد منهم ؛ فإنهم لا يضمنون شيئًا ؛ لأن يدهم يد أمانة فلا يضمنون إلا بالتعدي ولذا لو استهلكوه ضمنوا بدله للموصى له ، سواء قبل الوصية قبل الاستهلاك أو بعده ، وكذا لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه ثم هلك عندهم من غير تعدد فإن له أن يضمنهم بدله ؛ لأن هلاكه وإن كان من غير تعديهم ، إلا أنهم لما أبوا التسليم بدون حق كانوا مستعدين بهذا المنع فيضمنون .

= الموصى له به ، ولو لم يكن غنم عند الوصية فاستفادها ، ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح . ومن أوصى إليه بأن يتصدق بثلث ماله فغصب رجل المال من الموصي فاستهلكه وأراد الوصي أن يجعل ذلك عليه صدقة والغاصب مقرر به أجرته ، كذا في محيط السرخسي . من كان له ثلاثة أبواب جيد ووسط ووديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة يجحدون ذلك - فالوصية باطلة ومعنى جحدهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه : الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولًا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود ؛ فيبطل إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع ، وهو الجحد فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب للأجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ولصاحب الوديء ثلثا الثوب الأدون ، كذا في خزانة المفتين .

قول الخبابة : جاء في المعنى (١٥٤/٦) : (وإذا أوصى له بشيء بعينه ، فتلغ بعد موت الموصي ، لم يكن للموصى له شيء . وإن تلف المال كله إلا الموصى به ، فهو للموصى له) أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله ، على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده ، فلا شيء للموصى له . كذلك حكاه ابن المنذر ، فقال : أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم ، على أن الرجل إذا أوصى له بشيء ، فهلك ذلك الشيء ، أن لا شيء له في سائر مال الميت ؛ وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير ، وقد تعلقت بجميع ، وقد ذهب ، فذهب حقه ، كما لو تلف في يده ، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، ولا تفرطهم ، فلم يضمنوا شيئًا . وإن تلف المال كله سواء فهو للموصى له ؛ لأن حق الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له ، وذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنيهم ، فكان حقه فيه دون سائر المال ، وحقوقهم في سائر المال دونه ، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه ، كما لو كان التلف بعد أن أخذه الموصى له وقبضه ، وكالورثة إذا اقتسموا ، ثم تلف نصيب أحدهم . قال أحمد ، في من خلف مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة ، ووصى لرجل بالعبد ، فسرت الدنانير بعد الموت : فالعبد للموصى له به .

الفصل الثاني في استحقاق الموصى لهم

(مادة ٥٤٦)

لَا تَتَّفَذُ وَصِيَّةٌ مَنْ لَهُ وَرَثَةٌ إِلَّا مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، مُسَلِّمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا .
فَإِذَا وَصَّى لِمَنْ هُوَ أَهْلٌ لِلْوَصِيَّةِ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلْثِ ، وَلَمْ تُجْزِ الْوَرِثَةُ الزِّيَادَةَ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ
المَوْصَى لَهُ إِلَّا الثُّلْثَ مِنْ جَمِيعِ مَالِ المَوْصِي ^(١) .

٣١٢٥ - اعلم أن الموصى له إما أن يكون واحدًا ، وإما أن يكون متعددًا .
فإن كان الأول : نفذت الوصية له من الثلث إن كان للموصى ورثة ولا فرق بين أن
يكون الموصى مسلمًا أو ذميًّا .

فإن زادت الوصية عن الثلث ولم تجز الورثة الزيادة ؛ فلا يستحق الموصى له إلا ثلث
مال الموصى ، وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٥٣٣) والمواد
الخمس التي بعدها ، فلا تكتف بهذا فإنه في غاية الإجمال فلا يفيد المطلوب ^(٢) .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٣٥) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٣٧) أ - يملك الموصى له المعين الموصى به بعد وفاة
الموصي .

ب - يقوم وارث من مات من الموصى لهم قبل القسمة مقامه .

ج - يقسم الموصى به بالتساوي إذا تعدد الموصى لهم ما لم يشترط الموصي التفاوت .

د - ينفرد الحلي من التوأمين بالموصى به للحمل إذا وضعت المرأة أحدهما ميتًا .

هـ - ينتفع ورثة الموصي بالموصى به إلى أن يوجد مستحقه .

المادة (٢٦١) أ - يحدث التزاحم في الوصايا إذا كان لأكثر من الثلث لاثنين فأكثر ، ولم يجز الورثة الزيادة .

ب - إذا حدث التزاحم في الوصايا فيقسم الثلث بين الموصى لهم قسمة الغرماء بنسبة حصصهم .

(مادة ٥٤٧)

إِذَا أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ بِأَكْثَرٍ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَاسْتَوَى فِي الاسْتِحْقَاقِ ، وَلَمْ تُجَزَّ الوَرَثَةُ الوَصِيَّتَيْنِ ، يُقَسَّمُ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمَا قِسْمَةً مُتَسَاوِيَةً .

وَإِذَا لَمْ يَسْتَوِ فِي الاسْتِحْقَاقِ ، فَإِنْ زَادَتْ وَصِيَّةُ أَحَدِهِمَا عَلَى الثَّلَاثِ ، وَكَانَتِ الأُخْرَى بِالثَّلَاثِ ، يُقَسَّمُ الثَّلَاثُ أَيْضًا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَالْوَصِيُّ لَهُ بِأَكْثَرٍ مِنَ الثَّلَاثِ لَا يَضْرِبُ بِأَكْثَرٍ مِنَ الثَّلَاثِ ، إِلَّا فِي السَّعَايَةِ وَالْحَابَاتَةِ وَالْوَصِيَّةِ بِالدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ الَّتِي لَمْ تُقَيَّدَ بِكُشْرٍ مِنَ الْكُشُورِ ، فَإِنَّ الثَّلَاثَ فِيهَا يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ حِصَّتَيْهِمَا فِي الوَصِيَّةِ .

وَإِنْ لَمْ تَرِدْ وَصِيَّةُ أَحَدٍ مِنْهُمَا عَلَى الثَّلَاثِ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا الثَّلَاثُ قِسْمَةً مُتَسَاوِيَةً عَلَى قَدْرِ حَقِّ كُلِّ مِنْهُمَا .

• • •

٣١٢٦ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان الموصى له متعددًا ؛ فإما أن تكون الوصية بعقد واحد ، وإما أن تكون بعقود .

فإن كان الأول : كما إذا قال : أوصيت لفلان ولفلان بنصف مالي (مثلاً) ؛ استويا في الاستحقاق بعد اتباع الأحكام المتقدمة في المواد المبينة في شرح المادة السابقة .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا كانت الوصية بعقود كما إذا قال : أوصيت لفلان بربع مالي ولفلان بثلث مالي (مثلاً) ؛ ولنكتف بما إذا كانت الوصية لاثنين وأنت تقيس عليه غيره عند اللزوم .

فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون مجموع الوصيتين أقل من الثلث .

الثاني : أن يكون مجموعهما مساويًا للثلث .

الثالث : أن يكون مجموعهما زائدًا على الثلث .

٣١٢٧ - فإن كان الأول : كما إذا أوصى لواحد بجزء من عشرة من أمواله ولآخر بجزأين من عشرة أيضًا من أمواله ، فمجموع الوصيتين ثلاثة أجزاء من عشرة ، وهي أقل من الثلث فيأخذ كل من الموصى لهما وصيته أجازت الورثة أو لم تجز ؛ لأن له الحق في إن يوصي بثلث ماله وإن لم تجز الورثة فأولى أن يكون له الحق في الوصية بأقل من الثلث .

٣١٢٨ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين مساوياً للثلث كما إذا أوصى لواحد بسدس ماله ولآخر بسدسه أيضاً فمجموع الوصيتين الثلث نفذ كل من الوصيتين أيضاً اتفاقاً أجازت الورثة ، أو لم تجز فكل منهما يأخذ الموصى له به وهو السدس الذي هو نصف الثلث .

٣١٢٩ - وكذا لو اختلفا في الاستحقاق بأن أوصى لواحد بجزء من اثني عشر جزءاً من ماله ولآخر بثلاثة أجزاء من اثني عشر جزءاً من ماله أيضاً فمجموع الوصيتين أربعة أجزاء من اثني عشر جزءاً وهي ثلث ماله ، فيأخذ كل منهما الموصى له به شاء الورثة أو أبوا .
٣١٣٠ - وإن كان الثالث : وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين زائداً على الثلث ففيه ثلاثة أمور :

الأول : أن يستويا في الاستحقاق .

الثاني : أن يختلفا في الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث .

الثالث : أن يختلفا في الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث .

وفي كل هذه الأمور الثلاثة : أما أن لا تجز الورثة أن الوصيتين أو تجزهما ؛ فإن كان الأمر الأول وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين زائداً على الثلث ، واستويا في الاستحقاق بأن أوصى لواحد بربع ماله ولآخر بربعه أيضاً ، أو لكل منهما بالثلث ، أو بالنصف ، أو بالثلثين أو بالكل ، ولم تجز الورثة الوصيتين قسم الثلث بينهما قسمة متساوية اتفاقاً ؛ لأن ثلث المال يضيّق عن حقهما ولا يزداد عليه عند عدم الإجارة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الأولى فإذا وجد كما إذا أوصى ببيت لشخص وبعد ذلك قال : البيت الذي أوصيت به لفلان هو لفلان ، صار الكل للثاني ، لأنه وجد ما يدل على الرجوع عن الأولى ، واللفظ يدل على قطع الشركة فإذا لم يدل اللفظ على قطع الشركة اشتراكاً كما إذا أوصى لشخص بثلث ماله ولآخر بثلث ماله فإن الثلث يقسم بينهما أنصافاً ، ولا تكون الوصية الثانية رجوعاً عن الأولى ؛ لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها .

٣١٣١ - وإن أجازت الورثة الوصيتين أخذ كل ما يستحقه كاملاً إذا وفي كل المال به ، كما إذا أوصى لواحد بالربع ولآخر بثلثه ، أو لواحد بالثلث ولآخر بثلثه ، فإن لم يف كل المال بحق كل منهما تساوي في القسمة كما إذا أوصى لواحد بالثلثين ولآخر بثلثه ،

أو لواحد بثلاثة أرباع ولآخر بمثله ، أو لواحد بالكل ولآخر بمثله ؛ فإنهما يقتسمان كل المال عند الإجازة بالتساوي لما تقدم عند قسمة الثلث بينهما نصفين .

٣١٣٢ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا اختلفا في الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث كما إذا أوصى لشخص بسدس ماله ولآخر بثلث ماله ، ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة أي : أثلاثاً لصاحب السدس ثلث الثلث ، ولصاحب الثلث ثلثا الثلث ؛ لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعاً وضاق الثلث عن حقهما ؛ لأنه هو الذي تنفذ فيه الوصية عند عدم الإجازة فيقتسمانه على قدر حقهما فيجعل السدس سهماً والثلث سهمين ؛ لأنه ضعفه فيجعل الثلث ثلاثة أسهم ، سهم لصاحب السدس ، وسهمان لصاحب الثلث .

٣١٣٣ - وإن أجازت الورثة الوصيتين ؛ أخذ كل ما يستحقه بالوصية من كل المال ولا يتأتى أن يضيق المال عن حقهما فيما نحن فيه ؛ لأن الموضوع أنهما اختلفا في الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث.

٣١٣٤ - وإن كان الثالث : وهو ما إذا اختلفا في الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث ، كما إذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين أو بالكل ، أو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالكل ، أو أوصى لواحد منهما بالسدس ولآخر بالنصف ، ولم تجز الورثة الوصيتين ، فقال الإمام الأعظم : يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية فيما إذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بأكثر منه ؛ لأن الزائد عن الثلث لغو فكأنه أوصى إلى كل منهما بالثلث .

٣١٣٥ - وأما إذا كانت وصية واحد منهما بأقل من الثلث والأخرى بأكثر منه ، كما إذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف ؛ فإنه يلغى الزائد على الثلث ؛ فكأنه أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالثلث وحينئذ يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة بين الثلث والسدس .

وقال الصحابيان : يقسم الثلث بينهما مطلقاً قسمة متناسبة على قدر حصة كل منهما فإذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين قسم الثلث بينهما أثلاثاً ، لصاحب الثلث ثلثه ، ولصاحب الثلثين ثلثاه ؛ لأن الثلثين ضعف الثلث ، وإذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف يقسم الثلث بينهما أربعاً ، ربعه لصاحب السدس ، وثلاثة أرباعه لصاحب النصف ؛ لأن النصف يشتمل على ثلاثة أسداس فيستحق الموصى له به ثلاثة أمثال

ما يستحق الموصى له بالسدس .

واستدل الإمام على قوله هذا : بأن الموصى قصد شيئين الإستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر ، والثاني ثبت في ضمن الأول ولما بطل الأول لحق الورثة ، وتأكد هذا البطلان بعدم إجازتهم له بطل ما في ضمنه وهو التفضيل ، فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث في صورة ما إذا كانت الوصية لواحد منهما به ، وللآخر بأكثر منه فيتصرف بينهما ؛ وكأنه أوصى لواحد بأقل من الثلث وللآخر بالثلث في صورة ما إذا كانت وصية واحد منهما السدس والأخرى أكثر من الثلث فيقسم الثلث بينهما على نسبة الثلث والأقل منه .

والصاحبان يوافقانه في أن غرض الموصى هذان الأمران ولكن لا يلزم من بطلان الأول وهو استحقاق الزائد على الثلث بطلان الثاني وهو تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر ؛ لأن الثاني مستقل عن الأول وليس داخلاً ضمنه ، فيكون الثاني غير باطل فيعمل به .

٣١٣٦ - فإذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالكل فقد جعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ما جعله لصاحب الثلث فيأخذ من ثلث المال بما يخص ذلك الزائد بأن يقسم أربعاً ثلاثة منها لصاحب الكل وواحد لصاحب الثلث .

٣١٣٧ - والقاعدة عند الإمام في هذا هي : أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث ، ومعناها : أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يأخذ من الثلث أكثر من الموصى له بالثلث ، وكذلك لا يأخذ الموصى له بأكثر من الثلث أكثر من الموصى له بأقل من الثلث إلا بنسبة الثلث إلى الأقل منه ؛ ولكنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل وهي : السعاية ، والمحابة ، والوصية بالدرهم المرسله .

وصورة السعاية : أن يكون لرجل عبد أن قيمة أحدهما ثلاثون جنيهاً ، وقيمة الآخر ستون جنيهاً فاعتقتهما في مرض موته ولا مال له غيرهما ، ولم تجز الورثة العتق فيعتبر هذا العتق وصية لهما ؛ لأن العتق في مرض الموت يعتبر وصية فكأنه أوصى للأول بثلث ماله وهي ثلاثون جنيهاً ، ولالثاني بثلثي ماله وهي ستون جنيهاً .

٣١٣٨ - فمقتضى القاعدة المتقدمة للإمام : أن يقسم الثلث وهو ثلاثون جنيهاً بينهما نصفين ، فيعتق من الأول نصفه ويسعى في خمسة عشر جنيهاً للورثة ، ويعتق من الثاني ربعه ويسعى في قيمة ثلاثة أرباعه وهي خمسة وأربعون جنيهاً للورثة ؛ ولكنه خالف

هذه القاعدة في هذه المسألة وقال : يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما موافقاً للصاحبين ، وحينئذٍ يعق من الأول ثلثه ويسعى في قيمة ثلثيه التي هي عشرون جنيهاً ويعطيهما للورثة ، ويعتق من الثاني ثلثه ويسعى في قيمة ثلثيه وهي أربعون جنيهاً ويعطيهما للورثة

٣١٣٩ - وصورة الخبايا : أن يكون لرجل بيتان قيمة أحدهما : ثلثمائة جنيهاً ، والآخر ستمائة جنيهاً فأوصى بأن يباع الأول لشخص معلوم بمائة جنيهاً وبأن يباع الثاني لشخص آخر بمائتي جنيهاً ، ولا مال له غيرهما ، ولم تجز الورثة الوصيتين فمجموع ماله حينئذٍ تسعمائة جنيهاً والأول موصى له بمائتين وهي أقل من الثلث ، والثاني : موصى له بأربعمائة جنيهاً وهي أكثر من الثلث ، فمقتضى قاعدة الإمام أن يقسم الثلث الذي هو ثلاثمائة قسمة متناسبة بين المائتين والثلاثمائة التي هي ثلث ماله .

فيأخذ الأول منها خمسيها ، والثاني ثلاثة أخماسها ، ولكنه خالف قاعدته في هذه أيضاً وقال : بقسمة الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كلاً منهما موافقاً للصاحبين في هذه فيقسم الثلث أثلاثاً ثلثه للأول وثلثاه للثاني ، وحينئذٍ يباع البيت الذي قيمته ثلثمائة جنيهاً للأول بمائتين والمائة وصية له ، ويباع البيت الذي قيمته ستمائة جنيهاً للثاني بأربعمائة جنيهاً والمائتان وصية له .

٣١٤٠ - وصورة الوصية بالدرهم المرسل : أن يوصي لشخص بأربعمائة جنيهاً والآخر بثماني مائة جنيهاً وتركته قيمتها ألف ومائتا جنيهاً لا غير ، ولم تجز الورثة الوصيتين ؛ فكأنه أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين .

٣١٤١ - ومقتضى قاعدة الإمام المتقدمة : أن يقسم الثلث بينهما نصفين ؛ ولكنه وافق الصاحبين في هذه أيضاً وقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كلاً منهما فيقسمه أثلاثاً ثلثه للأول وثلثاه للثاني ، فيعطى للموصى له بأربعمائة ثلث الثلث ، وللموصى له بثماني مائة ثلثيه .

٣١٤٢ - ووجه استثناء الإمام لهذه الصور الثلاث من القاعدة المتقدمة : أن الوصية في غير هذه المسائل مصرح فيها لأحدهما بالزيادة على الثلث وهذه المسائل ليس فيها ذلك ، وإنما جاءت الزيادة عليه من أمر خارج عن الوصية وهو قلة التركة والشرع أبطل الوصية في الزائد على الثلث ؛ فيكون ذكره لغوً فلا يعتبر في حق الأخذ من الثلث ، بخلاف ما إذا لم تقدر الوصية بجزء من المال كما في هذه الصور ؛ فإنه ليس في العبارة

ما يكون مبطلاً للوصية ؛ وإنما حصلت المزاومة بين الموصى لهما ؛ لأن ثلث تركة الموصى لا يفي بحق كل منهما وإذا لم تكن باطلة بالكلية فتعتبر في حق الأخذ من الثلث ، يدلك على هذا أن ثلث التركة إن كان يفي بحقهما فكل يأخذ حقه حتى لو ظهر له مال بعد قسمتهما الثلث على هذه النسبة أخذ كل ما أوصى له به إن كان يخرج من ثلث الكل .

٣١٤٣ - وإن أجازت الورثة الوصيتين : فإن كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالثلثين أو بالنصف أخذ كل ما أوصى له به ؛ لأن المال يفي بهما أما إذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالكل قسم المال أرباعاً بالاتفاق ، لأن المال لا يفي بالحقين لكن عند الصاحبين بطريق العول وعند الإمام بطريق المنازعة ، فيأخذ الموصى له بالثلث ربع كل المال ، والموصى له بالكل ثلاثة أرباعه ، ووجه هذا على قولهما أن الموصى له بالجميع يدعى كله وهو ثلاثة أسهم ، والموصى له بالثلث يدعى ثلثه وهو واحد من ثلاثة ، فتعول إلى أربعة فيعطى ربعها لصاحب الثلث وثلاثة أرباعها لصاحب الجميع .

ووجهه على قوله : أن نقسم المال إلى اثني عشر قسمًا فيقسم الثلث أولاً بينهما نصفين ؛ لأن الإجازة في قدر الثلث ساقطة الاعتبار ، فيأخذ كل منهما سهمين ويقي الثلثان وهما ثمانية أسهم ، فصاحب الجميع يدعى كلها وصاحب الثلث لا يدعى إلا سهمين ، فإنه يقول : حقي في الثلث وذلك أربعة وقد وصل إلى سهمان وبقي حقي في سهمين ، فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة فتعطي للموصى له بالجميع بلا منازعة ، فتبقى في سهمين ، فتقسم بينهما نصفين ، فيصيب كل واحد منهما سهم ، فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر وهو ربع المال ، وللموصى له بالكل تسعة من اثني عشر وهو ثلاثة أرباع المال .

(مادة ٥٤٨)

إِذَا أَوْصَى بِقَدْرٍ مَجْهُولٍ يَتَنَاوَلُ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ ، كَجُزْءٍ أَوْ سَهْمٍ أَوْ نَصِيبٍ مِنْ مَالِهِ ، فَالْبَيِّنَاتُ فِي ذَلِكَ لِلْوَرثةِ إِنْ لَمْ يَبَيِّنْهُ الْمُوصِي ، وَيُعْطُونَ الْمُوصَى لَهُ مَا شَاءُوا .
وَأَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ لِأَخِي ، فَلَهُ يَصْفُ مَالِهِ ، وَالنَّصْفُ الْآخَرُ لِبَيْتِ الْمَالِ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (١٨٩/٦) : « وبسهم أو جزء من ماله فالبيان إلى الورثة) أي إذا أوصى بسهم أو بجزء من ماله كان بيان ذلك إلى الورثة فيقال لهم أعطوه ما شئتم ؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الوصي فكان إليهم بيانه شؤى هنا بين السهم والجزء ، وهو اختيار بعض المشايخ ، والمروي عن أبي حنيفة : أن السهم عبارة عن السدس ، نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وعن إياس بن معاوية ، وقال في الجامع الصغير : له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس ، فحينئذ يُعْطَى له السدس ، وقال في الأصل : له أخس سهام الورثة ؛ إلا أن يكون أكثر من السدس ، فلا يزداد عليه جعل السدس لمنع النقصان في رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة في الأصل ولا يمنع النقصان ، وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ، ثم قال في تعليقه : لأنه يذكر ويراد به السدس ويذكر ، ويراد سهم من سهام الورثة ؛ فيُعْطَى الأقل منهما ، فهذا يمنع الزيادة فقط . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : له أخس سهام الورثة ؛ لأن السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفاً لا سيما في الوصية فيصرف إليه ، وهذا في عرفهم ، وأما في عرفنا فهو الذي ذكرناه أولاً .

قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٢٥٥/٧ ، ٢٥٦) : « وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة) بلا نزاع . ويعطى ما يقع عليه الاسم . فإن اختلف الاسم بالحقيقة والتعرف ، كالشاة . هي في الغرف للأنتى) يعني : الأنتى الكبيرة (والبعر ، والثور) هو (في الغرف للذكر) يعني : الذكر الكبير (وحده . وفي الحقيقة للذكر ، والأنتى : غلب العرف) . هذا اختيار المصنف . وصححه الناظم . وجزم به في الوجيز . وقدم في الرعايتين : أن « الشاة » للأنتى . وجزم به في التبصرة في « البعير » و « الثور » . وقال المصنف : « العبد للذكر المعروف » . وقدمه في الفروع في باب الوقف ، والحارثي هنا . وعند القاضي وغيره : لا يشترط كونه ذكراً . وقال في الفروع : في الوقف : فيما إذا أوصى بعبد في أجزاء حثتى غير مشكل وجهان . جزم الحارثي أنه لا يدخل في مطلق العبد . وقال أصحابنا : تغلب الحقيقة . وهو المذهب . فيتناول الذكور والإناث ، والصغار والكبار . وأطلق في الشرح في « البعير » وجهين . وقال القاضي في الخلاف : « الشاة » اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار ، قوله : (والدابة اسم للذكر والأنتى من الخيل والبعال والحجير) هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقطع به كثير منهم . فتتقيد بيمين من حلف لا يركب دابة بها .

وفي الترغيب وجه في وصية بداية : يرجع إلى عُرف البلد . وذكر أبو الخطاب في التمهيد في الحقيقة العرفية أن « الدابة » اسم للفرس عُرفاً ، وعند الإطلاق : ينصرف إليه . وذكره في الفنون عن أصولي ، يعني بنفسه . =

٣١٤٤ - ثم إن الوصية إن كانت بجزء من المال فإما أن يكون ذلك الجزء معلوماً ، وإما أن يكون مجهولاً ، فإن كان الأول : كالسدس أو الربع أو النصف اتبعت الأحكام المتقدمة في شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمس التي تليها .

وإن كان الثاني : كما إذا قال . أوصيت لفلان ببعض مالي ؛ أو بجزء ، أو بنصيب منه ؛ فإن كلاً منها مجهول بمعنى أنه يتناول القليل والكثير ؛ إذ السدس أو الثلث أو النصف يقال له بعض المال وجزء منه .

٣١٤٥ - فإن كان الموصى حيّاً ؛ أمر بالبيان فإن عين اتبع بيانه ؛ لأن هذا لا يعلم إلا من جهته إذ هو الذي أوجب لغيره حقاً في ماله فيتبع بيانه فإن مات من غير أن يبين فإما أن يكون له ورثة وإما أن لا يكون .

فإن كان الأول : أمرت الورثة بالبيان ؛ لأنهم قائمون مقام الموصي فيعطى للموصى له ما عينه وإن قل .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا لم يكن له ورثة أعطي النصف للموصى له والنصف الآخر لبيت المال ؛ لأن المستحق اثنان وهما غير وارثين فيقتسمان كل التركة مناصفةً .

(مادة ٥٤٩)

إِذَا أَوْصَى بِالثُلْثِ لِأَثْنَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ مِنْ أَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ ، وَكَانَ أَحَدُهُمَا مَيِّتًا أَوْ مَغْدُومًا وَقَتَّ الْإِيجَابِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، وَالثُّلْثُ كُلُّهُ لِلْحَيِّ أَوْ الْمَوْجُودِ .

فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي ، أَوْ خَرَجَ لِفَقْدِ شَرْطِ مَا بَعْدَ صِحَّةِ الْإِيجَابِ ، يَخْرُجُ بِحِصَّتِهِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْآخَرُ إِلَّا بِنِصْفِ الثُّلْثِ مِنْهُ .

وَكَذَا إِذَا جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا ، وَأَحَدُهُمَا مَيِّتٌ ، فَلِلْحَيِّ بِنِصْفِهِ . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْأَثْنَيْنِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي ، فَلِلْوَرَّةِ ذَلِكَ الْمَيِّتِ حَقٌّ فِي حِصَّتِهِ .

• • •

قال : لأن لها نوع قوة من الديب ، ولأنه ذو كبر وقوة . فوائد : الحصان والجمل والحمار : للذكر . والناقة والبقرة والحجرة والأتان : للأنثى . وأما الفرس : فللذكر وللأنثى . قال في الفائق : قلت : والبغل للذكر ، والبغلة تحمل وجهين . انتهى . ولو قال : « عشرة من إلهي وغنمي » فهو للذكر والأنثى . على الصحيح . وقال المصنف ، والشارح : يحتمل أنه قال « عشرة » بالهاء فهو للذكور . وبعدمها للإناث . و « الرقيق » للذكر والأنثى والخنثى .

٣١٤٦ - والوصية إن كانت لاثنتين من أهل الاستحقاق ، فإما أن يكون أحدهما حيًا والآخر ميتًا وقت إيجاب الوصية ، وإما أن يكونا حيين وقته ، فإن كان الأول بأن قال شخص : أوصيت لفلان وفلان بثلث مالي وأحدهما ميت في هذا الوقت استحق الموجود منهما كل الثلث الموصى به ؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحي الذي هو أهل لها . ولكن هذا مشروط بشرطين :

الأول : أن يكون الموصي عالمًا بوفاة أحدهما كما ورد عن أبي يوسف فإن لم يعلم بموته فلا يستحق الحي إلا نصف الثلث ؛ لأن الوصية عنده صحيحة لهما فلم يرض للحي إلا بنصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته ؛ لأن الوصية للميت تكون لاغية فيكون راضيًا بكل الثلث للحي .

الثاني : ألا يصرح بكلمة بين بأن قال : ثلث مالي لفلان وفلان . أما لو صرح بها بأن قال : ثلث مالي بين فلان وفلان . فلا يستحق الموجود إلا النصف ولو كان عالمًا بوفاة أحدهما ؛ لأن هذه الكلمة توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاومة . ألا ترى أن قوله تعالى : ﴿ وَنَبِّئْتَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قَسَمٌ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(١) . مقتضى للتنصيف بدليل الآية الثانية : ﴿ لَمَّا يَنْزِبُ وَيَكْزُرُ يَنْزِبُ يَوْمَ مَعْلُومٍ ﴾ ^(٢) .

٣١٤٧ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان كل منهما موجودًا وقت الوصية ، ولكن مات أحدهما قبل موت الموصي أو استمر حيًا إلا أنه خرج من استحقاقه في الوصية لفقدان بعض الشروط كما إذا قتل الموصي ؛ فإنه يخرج بحصته من الموصى به ، فلا يستحق الآخر إلا نصف الثلث الموصى به ؛ لأن الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة في حق الآخر .

ومثل هذا ما إذا قال : ثلث مالي لفلان وفلان إن مت وهو فقير . فمات فلان وفلان الثاني غني كان للأول نصف الثلث .

وكذا لو قال : ثلث مالي لفلان وفلان إن كان فلان في هذا البيت . ولم يكن فيه كان للأول نصف الثلث ؛ لأن بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة في حق الآخر .

وبالجمل : فالأصل في هذه المسائل أنه متى دخل كل منهما في الوصية ثم خرج أحدهما لفقد شرط فلا يوجب الزيادة في حق الآخر ، ومتى لم يدخل أحدهما في

الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر فإذا لم يمت أحدهما قبل موت الموصي بل بقي بعده استحق كل منهما نصف الوصى به إن قبلا .

٣١٤٨ - فإن ردا ملكته الورثة وإن قبل أحدهما ورد الآخر أخذ القابل حصته والورثة حصة الراد ، فإن قبل أحدهما ومات الآخر قبل القبول والرد دخل نصيبه في ملك ورثته استحسانا ، وإن كان القياس يأبى ذلك كما تقدم لك في شرح مادة (٥٤١) (١) .

(مادة ٥٥٠)

إِذَا أَوْصِيَ لِأَحَدٍ بِعَيْنٍ أَوْ بِشَيْءٍ مَعْرُوفٍ مِنَ الْأَنْوَاعِ الَّتِي تَقْسَمُ جِزَاءً ، كَتَلَتْ ذَرَاهِمَهُ أَوْ غَنَمَهُ أَوْ ثِيَابَهُ الْمُتَّجِدَةَ جِنْسًا ، فَهَلَكَ ثُلَاثًا ؛ فَلَهُ الْبَاقِي بِتَمَامِهِ إِنْ خَرَجَ مِنْ ثَلَاثِ بَاقِي جَمِيعِ أَصْنَافِ مَالِ الْمُوصِي .

وَأَنْ أَوْصِيَ لَهُ بِصِنْفٍ أَوْ نَوْعٍ مِمَّا لَا يُقْسَمُ جِزَاءً ، كَتَلَتْ ذَرَاهِمَهُ أَوْ ثِيَابَهُ الْمُتَّفَاوِتَةَ جِنْسًا ، فَهَلَكَ الثَّلَاثَانِ ؛ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ثَلَاثُ مَا بَقِيَ مِنْهُ ، وَإِنْ خَرَجَ مِنْ ثَلَاثِ كُلِّ الْمَالِ (٢) .

٣١٤٩ - ثم إن الوصية إما أن تكون بجزء من كل المال ، وإما أن تكون بجزء من نوع منه .

فإن كان الأول : كما إذا قال : أوصيت لفلان بربع مالي أو بثله ؛ أعطينا الموصى له جميع الجزء الموصى به منسوبا إلى كل المال وقت وفاة الموصي إذا لم يمنع مانع من التنفيذ .

٣١٥٠ - وإن كان الثاني : كما إذا قال : أوصيت لفلان بثلاث دراهمي أو ثلث غنمي أو خيلي . فإما أن يكون النوع الذي أوصى بثله من الأنواع التي لا تقسم جيزا ، وإما أن يكون من الأنواع التي تقسم جيزا .

فإن كان الأول : كالخيل والغنم واستمر كل النوع الموصى بثله في ملك الموصي

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٤٣) : ١ - إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصى له .

٢ - إذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه ضمن حدود ثلث التركة غير محسوب منها الهالك .

(٢) ينظر تعليقاتنا على مادة (٥٤٤) .

حتى مات ؛ استحق الموصى له جميع ثلثه وإن هلك منه شيء بعد الوصية وقبل موت الموصى ، سواء كان الهالك كثيرًا أو قليلًا ؛ فلا يستحق الموصى له إلا ثلث الموجود وقت موت الموصى فإذا فرضنا أنه هلك الثلثان وبقي الثلث ؛ فليس له إلا ثلث ما بقي منه ولو خرج الثلث الباقي من ثلث جميع أموال الموصى ، إذ النوع صار مشتركًا بينهما ، فيكون الهالك عليهما لا على أحد الشريكين ، ولأن هذه الوصية تعلقت بشيء مخصوص ؛ فتبطل بفواته وقت الموت وهذا الحكم متفق عليه .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان النوع الموصى بثلثه من الأنواع التي تقسم جبرًا كالدرهم ، فإن استمر ما كان موجودًا من هذا النوع وقت الوصية حتى مات الموصى ؛ استحق ثلثه أيضًا ، أما إذا هلك شيء منه قبل موته ، ففيه خلاف ، فالإمام الأعظم وصاحبه يقولون : يستحق الموصى له ثلث كل النوع باعتبارها وقت الوصية لا وقت الموت لكن بشرط أن يكون هذا الثلث يخرج من ثلث جميع أموال الموصى .

٣١٥١ - فإذا كان الهالك الثلثين ؛ أخذ الموصى له بالثلث الثلث الباقي بتمامه متى خرج من ثلث جميع أموال الموصى .

فإذا فرضنا أن شخصًا أوصى لغيره بثلث دراهمه وكانت وقت الوصية ثلاثة آلاف درهم ووقت الموت ألفًا وخمسمائة ؛ أخذ الموصى له ألف درهم إذا كانت جميع أموال الموصى تساوي ثلاثة آلاف درهم ، فإن كانت تساوي أقل ؛ أخذ الموصى له من الدراهم بمقدار ما يخرج من الثلث .

وقال زفر : لا يُستحق الموصى له إلا ثلث الموجود وقت موت الموصى ولو خرج جميعه من ثلث ماله .

ويبنى على قوله : أن الموصى له لا يستحق في المثال المتقدم ذكره إلا خمسمائة درهم ولو كانت للموصى أموال غيرها ، ووجه قول الإمام وصاحبه : أنه في النوع الواحد الذي يقسم جبرًا يجمع حق الموصى له في الباقي تقديرًا للوصية على الميراث ؛ ولأنه لو لم يهلك شيء فللقاضي أن يجعل هذا الباقي له بخلاف ما إذا كان من الأنواع التي لا تقسم جبرًا .

ووجه قول زفر : أن النوع الموصى به صار مشتركًا بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقي كذلك فصار كما إذا كان الموصى ببعضه من الأنواع التي لا تقسم جبرًا وهو ظاهر ، ولذا قال كثير من المؤلفين : نأخذ به ؛ لأنه

موافق للقياس .

٣١٥٢ - والفرق بين ما لا يقسم جبراً وما يقسم جبراً : أن أفراد النوع إن كانت مختلفة في القيمة كالغنم والحيل والبقر فهي من الأنواع التي لا تقسم جبراً ؛ بمعنى أنها لو كانت مشتركة بين أشخاص وطلب أحدهم قسمتها وامتنع الباقي ؛ لم يجبرهم القاضي على القسمة ؛ لأن معنى المعاوضة غالب فيها في هذه الحالة فلا بد من الاختيار . وإن كانت الأفراد متساوية في القيمة كالدرهم والدنانير والبر والقطن المتحددين في النوع والصفة ؛ كانت من الأنواع التي تقسم جبراً ، فمتى طلب القسمة أحد الشركاء وامتنع الآخر ؛ ألزمه القاضي بها ؛ لأن القسمة في هذه الحالة يغلب فيها إفراز أحد النصيبين عن الآخر ، وهذا لا يلزم فيه الرضا .

(مادة ٥٥١)

إِذَا أَوْصَى لِأَحَدٍ بِمَقْدَارٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الدَّرَاهِمِ ، وَلَهُ ذَيْنَ مِنْ جَنَسِهَا وَعَيْنٌ ، فَإِنَّ خَرَجَ الْقَدْرِ الْمَوْصَى بِهِ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ دَفِعَ إِلَيْهِ ، وَإِلَّا يَدْفَعُ لَهُ ثُلُثُ الْعَيْنِ ، وَكُلُّ مَا تَحْصُلُ مِنَ الذَّيْنِ يُدْفَعُ إِلَيْهِ ثُلُثُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ (١) .

• • •

٣١٥٣ - هذه الأحكام المتضمنة في المادة السابقة فيما إذا كانت الوصية بجزء معين ، سواء أضيف هذا الجزء إلى كل المال أو إلى نوع منه ، أما إذا أوصى شخص لغيره بمقدار من النقود كآلف جنيه مصرية وكان هذا المقدار يخرج من ثلث أموال الموصى ولم يوجد مانع آخر لتنفيذ هذه الوصية نفذت .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (١٩٠/٦) : « إذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه ؛ لأن إيفاء حق كل واحد ممكن من غير بخص بأحد فيصار إليه قال *تختلج* (وإلا فثلث العين وكلما خرج من شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الألف) أي إن لم يخرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ثلث العين ، ثم كلما خرج شيء من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الألف ؛ لأن الموصى له شريك الوراثة في الحقيقة ، ألا ترى أنه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصصه بالعين بخص في حق الورثة ؛ لأن للعين مزية على الدين ؛ ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال ، ولهذا لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث ، وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء ، وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين أثلاثاً فيصار إليه . »

٣١٥٤ - ولكن إذا لم يكن بعض التركة ديوناً ، فإذا كان فيها ديون والمبلغ الموصى به يخرج من ثلث الأموال الموجودة غير منضمة إلى الديون ؛ أخذ الموصى له هذا المبلغ من المال الموجود ؛ إذ لا ضرر على الورثة ولو فرضنا أنهم لم يأخذوا من الديون شيئاً .

٣١٥٥ - أما إذا كان المبلغ لا يخرج من ثلث التركة إلا بضم الديون إليها ، فلا يأخذ الموصى له جميع هذا المبلغ من الأموال الموجودة ، بل يأخذ ما يخرج من ثلثها والباقي يستوفيه مما يؤخذ من الديون ، فكلما يقبض شيء منها يأخذ ثلثه حتى يكمل له المبلغ ، فإذا فرضنا أن شخصاً أوصى لغيره بألف جنيه مصرية ومات تاركاً مالا يساوي أربعة آلاف جنيه وليس في هذا المبلغ دين له ، أو كان من ضمنه ألف جنيه ديناً ؛ أعطينا الموصى له المبلغ الموصى به بتمامه ؛ لأنه يخرج من ثلث الأموال الموجودة ، وإن كانت التركة تساوي ثلاثة آلاف جنيه ومنها ألف ديناً ، أعطينا الموصى له ثلثي الألفين ، وكل ما أخذ من الألف الدين يدفع له ثلثه إلى أن يستوفي حقه ، لأننا لو أعطيناه ألفاً من الألفين الموجودين لتضررت الورثة ؛ إذ ربما لا يحصلون على شيء من الدين ، ولو منعناه أخذ شيء من الموجود وأحلناه على المدينين يستوفي حقه منهم لتضرر هو ؛ لأنه قد لا يحصل على شيء منهم لعدم قدرتهم ، فلا بد من إعمال طريقة لا ضرر فيها على واحد منهما وهي طريقة التي بينها فاتبعها .

الفصل الثالث في الوصية بالمنافع

(مادة ٥٥٢)

إِذَا أَوْصِيَ لِأَحَدٍ بِسُكْنَى دَارِهِ أَوْ بِغَلَّتِيهَا ، وَنَصَّ عَلَى الْأَبَدِ أَوْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ وَلَمْ يَقْتِدِهَا بِوَقْتٍ ؛ فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّكْنَى وَالغَلَّةُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، وَبَعْدَ مَوْتِهِ تَرُدُّ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي .
وَإِنْ قِيدَتِ الْوَصِيَّةُ بِمُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ ؛ فَلِلَّهِ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا إِلَى انْقِضَاءِ تِلْكَ الْمُدَّةِ .
وَإِنْ أَوْصِيَ لَهُ بِالْمُتَقَفَّةِ سِنِينَ ، تَنْصَرَفُ إِلَى ثَلَاثِ سَنَوَاتٍ لَا أَكْثَرَ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢٠٢/٦ ، ٢٠٣) : (باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة) قال **حَقَّاقَة** : (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبداً) ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة يبدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون محبوباً على ملك الميت في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه ، كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في العارية ؛ فإنها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث ؛ فإنه خلافة فيما يملكه المورث وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له ، وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض يفتى ، وكذا الوصية بغلة الدار والعيد جائزة ؛ لأنها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل ؛ إذ الموصى محتاج إلى التقرب إلى الله تعالى بما يقدر عليه ، وكذا الموصى له محتاج إلى قضاء حاجته بأي شيء كان قال **حَقَّاقَة** : (فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه) ؛ لأن حق الموصى له في الثلث لا تراحمه الورثة فيه قال **حَقَّاقَة** : (وإلا) أي : وإن لم يخرج من الثلث (خدم الورثة يومين والموصى له يوماً) ؛ لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهابة فيخدمهم أثلاثاً ، هذا إذا كانت الوصية غير مؤقتة ، وإن كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلاً ، فإن كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوماً إلى أن يمضي ثلاث سنين فإذا مضت سلم إلى الورثة ؛ لأن الموصى له استوفى حقه ، وإن كانت معينة فإن مضت السنة قبل موت الموصى ؛ بطلت الوصية ، وإن مات قبل مضيتها ؛ يخدم الموصى له يوماً ، والورثة يومين إلى أن تمضي تلك السنة ، فإذا مضت سلم إلى الورثة .

وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث ؛ حيث يقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع بها لإمكان قسمة عين الدار أجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً ، وفي المهابة تقديم أحدهما زماناً ، ولو اقتسموا الدار مهابة من حيث الزمان يجوز أيضاً ؛ لأن الحق لهم إلا أن الأول أولى لكونه أعدل ، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار ؛ لأن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار ظاهراً بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث ، وكذا له حق المراجعة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده والبيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعون عنه وعن أي يوسف **حَقَّاقَة** لهم ذلك ؛ لأنه خالص حقهم والظاهر الأول والمعنى ما بيناه .

٣١٥٦ - قد عرفت أن تعريف الوصية في اصطلاح الفقهاء هو : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع .

فيؤخذ من هذا : أن الوصية كما تصح بالأعيان تصح بالمنافع ؛ إذ التمليك يشملهما ؛ لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل ويكون إجارة أو بغير بدل ويكون إعارة ، فكذا بعد الممات ويكون وصية .

٣١٥٧ - ومتى صحت الوصية بمنافع الأعيان ؛ كان الشيء الموصى بمنفعته محبوباً على ملك الميت في حق المنفعة ، ولذا يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف .

= قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٧٥/٤) : « (و) تصح الوصية (بالمنافع) المباحة وحدها مؤقته ومؤبدة ومطلقة ، والإطلاق يقتضي التأييد ؛ لأنها أموال متقابلة بالأعراض كالأعيان ، وتصح بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد والمنفعة لآخر ، وإنما صحت في العين وحدها لشخص مع عدم المنفعة فيها لإمكان صيرورة المنفعة له بإجارة أو إباحة أو نحو ذلك ، قال الزركشي : ولا يصح استثناء منفعة العين إلا في الوصية ، ولو قبل الموصى له بالعين ورد الموصى له بالمنفعة ؛ عادت إلى الورثة لا إلى الموصى له بالعين كما قاله ابن الرفعة ، ولم يتعرض الشيخان لهذه المسألة ، (وكذا) تصح (بشمرة أو حمل سيحذان في الأصح) ؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الفرر وفقاً بالناس وتوسعة فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول ؛ ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم ، والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية ، وقيل : لا يصح لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد ، وعلى الأول إذا أوصى بما يحدث هذا العام أو كل عام عمل به ، وإن أطلق فقال : أوصيت بما يحدث فهل يعم كل سنة أو يختص بالسنة الأولى ، قال ابن الرفعة : الظاهر العموم ، وسكت عليه السبكي وهو ظاهر ، وإذا قلنا بالصحة في الحمل فولدته لدون ستة أشهر ؛ لم يكن موصى به ؛ لأنه كان موجوداً ، وإنما أوصى بما سيحدث أو لأكثر من أربع سنين كان موصى به أو بينهما وهي ذات زوج صحت وإلا فلا قاله الماوردي تبيه : تنبيه الضمير بعد العطف بأو مذهب كوفي ، أما البصري فيفرده فكان الأحسن للمصنف أن يقول سيحدث . »

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (١٦٠/٦) : « جواز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، والثوري ، والليث ، وقال ابن أبي ليلى : لا يصح ذلك ، وقال الطحاوي وهو القياس ، ودليلنا من جهة القياس أن هذا تمليك منافع فصح ذلك من غير بدل كالعربة . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٩٢/٦ ، ٩٣) : « وإن أوصى بشمرة شجرة ، أو بستان ، أو غلة دار ، أو خدمة عبد ، صح ، سواء وصى بذلك في مدة معلومة ، أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله ، هذا قول الجمهور ، منهم ؛ مالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وقال ابن أبي ليلى : لا تصح الوصية بالمنفعة ؛ لأنها معدومة ، ولنا : أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة ، فتصح الوصية بها ، كالأعيان ، ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال ، نص عليه أحمد في سكنى الدار ، وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها ، فإن لم تخرج من الثلث ، أجزئ منها بقدر الثلث ، وبهذا قال الشافعي ، ومالك . »

٣١٥٨ - وينبغي على صحة الوصية بالمنافع : أنه إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره ، أو بغلتها ، أو بغلة أرضه صح ذلك ، ولكن عند الوصية بما ذكر لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة : الأول : أن ينص على الأبد ، الثاني : أن يطلق الوصية ، الثالث : أن يقيدها بمدة معينة .

٣١٥٩ - فإن كان الأول ، كما إذا قال : أوصيت لفلان بسكنى بيتي ، أو بغلة أرضي الفلانية أبداً ؛ استحق الموصى له الغلة والسكنى مدة حياته ، وبعد موته ترد إلى ورثة الموصى .

٣١٦٠ - وإن كان الثاني ، بأن قال : أوصيت لفلان بسكنى داري ، أو بغلة أرضي ، فالحكم كالأول .

٣١٦١ - وإن كان الثالث ، كما إذا قال : أوصيت لفلان بغلة أرضي ، وبين مدة ، فإما أن تكون المدة غير معينة ، وإما أن تكون معينة ، فإن كان الأول كما إذا قال : أوصيت لفلان بغلة أرضي الفلانية ثلاث سنين استحق الموصى له الغلة هذه المدة بعد موت الموصى ؛ لأنه وقت التمليك وإن كان الثاني بأن قال : أوصيت لفلان بسكنى بيتي الفلاني سنة (١٣٢٢ هجرية) ، فإن مضت السنة المذكورة والموصى حي بطلت الوصية ؛ لأنه لا يستحق إلا بعد موت الموصى ، وقد عين زمناً ومضى هذا الزمن في حياته ؛ فلا يثبت الاستحقاق في غيره ، وإن مات قبل مضيتها ؛ استحق الموصى له السكنى فيها ومثله ما إذا مات بعد مضى بعضها .

٣١٦٢ - وهذا إذا كان العدد مصرحاً به في الوصية ، أما إذا لم يصرح به بأن قال : أوصيت لفلان بغلة أرضي سنين ؛ استحق الموصى له الغلة ثلاث سنين لا أكثر ؛ لأنه جمع والجمع وإن كان يطلق على الأكثر منها إلا أن المحقق هو أقل ما يطلق عليه وهو ثلاث ، فاتبعناه تاركين المشكوك فيه .

(مادة ٥٥٣)

إِذَا خَرَجَتِ الْعَيْنُ الْمُوصَى بِسُكْنَاهَا أَوْ بَعَلَّتْهَا مِنْ ثُلْثِ مَالِ الْمُوصِي ، تُسَلَّمُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ لِإِنْتِفَاعِ بِهَا عَلَى حَسَبِ الْوَصِيَّةِ .

وَأِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، وَكَانَتْ مُخْتَمِلَةً لِلْقِسْمَةِ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى مَالٌ غَيْرُهَا ، تُقَسَّمُ أَثْلَاثًا إِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِالسُّكْنَى ، أَوْ تُقَسَّمُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَتْ بِالْعَقْلِ .

وَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ الثُّلْثُ ، وَالْوَرَثَةُ الثُّلْثَانِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُمْ بَيْعُ الثُّلْثَيْنِ مُدَّةَ الْوَصِيَّةِ . وَإِنْ كَانَ لِلْمُوصَى مَالٌ غَيْرُهَا ، تُقَسَّمُ بِقَدْرِ ثُلْثِ جَمِيعِ الْمَالِ ^(١) .

٣١٦٣ - ولكن لا يستحق الموصى له سكنى البيت ، أو غلة الأرض طول عمره ، أو المدة التي عينها الموصى ؛ إلا إذا كان البيت الموصى بسكنائه أو الأرض الموصى بغلتها تخرج من ثلث أموال الموصى .

٣١٦٤ - فإن كان الثلث يضييق عنها ؛ فلا يستحق الموصى له إلا بقدر ما يخرج من الثلث إذا لم تجز الورثة ، وحينئذٍ فيما ألا يكون للموصى مال سوى البيت الموصى بسكنائه أو يكون .

فإن كان الأول : اقتسمه الموصى له والورثة مهايأة في المكان أو الزمان ؛ لأن الحق لهم ، فالأولى بأن يقسم البيت أثلاثاً لينتفع كل باستحقاقه إلى أن يموت الموصى له ، أو يمضي الزمن المعين ؛ فيرد جميعه إلى الورثة ، والثانية : وهي المهايأة بحسب الزمان بأن يسكنه الورثة سنتين ، والموصى له سنة إلى أن يموت أو يستوفي ما عين له ، وبعد ذلك

(١) قول الخليفة : جاء في الجوهرة النيرة (٣٠٠/٢) : (قوله : فإن خرجت رقبة العبد من الثلث سلم إليه لخدمته) ؛ لأن حق الموصى له في الثلث ولا يزاوجه فيه الورثة .

(قوله : وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً) ؛ لأن حقه في الثلث وحققه في الثلثين ، وهذا إذا لم تجز الورثة ؛ لأن العبد لا يمكن قسمته أجزاء ؛ لأنه لا يتجزأ ويمكن استيفاء خدمته على المهايأة ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع ؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً ثم العبد الموصى بخدمته ليس للورثة أن يبيعه إلا إذا أجاز الموصى له بالخدمة ، فإذا أجاز لم ينتقل حقه إلى العوض .

(قوله : فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة) ؛ لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير رضاه وذلك لا يجوز .

يكون جميعه للورثة إلا أن الأولى أعدل ؛ لأن فيها التسوية بينهما زماناً ومكاناً ، وفي الثانية تقديم أحدهما زماناً ، وعندما تكون المهاياة بحسب المكان ؛ لا يجوز للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من الثلثين ؛ لأن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع البيت بحسب عقد الوصية .

٣١٦٥ - إنما أعطيناه الثلث لعدم ظهور مال للموصى سوى البيت ومن الجائز أن يعثر على مال له بحيث يخرج جميع البيت من ثلثة ، فيكون له الحق في سكنى جميعه ، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده ، والبيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعون منه ، وعند أبي يوسف : أنهم يملكون ذلك ؛ لأنه خالص حقهم والظاهر الأول .

٣١٦٦ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان للموصى مال غير البيت الموصى بسكنائه ، إلا أنه لا يخرج من الثلث استحق الموصى له من البيت بقدر ما يخرج من ثلث كل المال .

إذا كان البيت نصف التركة استحق الموصى له ثلثيه والورثة الثلث ؛ لأن ثلثي البيت التركة فتنفذ الوصية في ثلثيه وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية المسائل .

هذا إذا كانت الوصية بالسكنى ، فإن كانت بالغلة ، سواء كانت على البيت أو الأرض ، فلا يقسم البيت أو الأرض ، بل يؤجر كل منهما وتقسم الأجرة على حسب استحقاق كل من الورثة والموصى له .

٣١٦٧ - والذي علم أن الوصية ، سواء كانت بالسكنى أو بالغلة ينظر فيها إلى العين الموصى بسكنائها أو بغلتها ، فإن كانت نفس العين تخرج من الثلث ؛ سلمناها إلى الموصى له للانتفاع بسكنائها أو بغلتها على حسب عقد الوصية ، وإن لم تخرج منه ؛ سلم إليه منها بمقدار الثلث ، فقد جعلنا الوصية بالمنافع مثل الوصية بالأعيان .

٣١٦٨ - استظهر ابن عابدين أن في المسألة روايتين : إحداهما : هذه ووجهها : أن المقصود من الأعيان منافعها فإذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث ؛ صارت بمنزلة العين التي لا منفعة لها ، فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها .

والثانية : أن النظر إلى المنفعة الموصى بها فتقوم المنفعة وينظر إلى النسبة بين هذه القيمة وأموال الموصى .

ينبغي على هذه الرواية : أنه إذا أوصى شخص لغيره بسكنى بيت مدة ثلاث سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة ؛ قومنا سكنى البيت في هذه المدة ، ونسبنا هذه القيمة إلى أموال الموصى ، فإن كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت إلى الموصى له للانتفاع

بسكانه هذه المدة ، فإذا فرضنا أنه يستأجر فيها بثلاثمائة وستين جنيهاً وكانت قيمة البيت ألفاً وخمسمائة ؛ سلمناه جميعه إلى الموصى له لينتفع به المدة الموصى بها بخلاف الرواية الأولى ؛ فإنه لا حق له إلا في ثلث البيت .

ووجه هذه الرواية : أن الموصى به المنفعة لا نفس البيت والنظر إنما يكون للموصى به لا لغيره والأولى هي المتداولة في أكثر الكتب ، وانظر ماذا نصنع على الرواية الثانية إذا كانت الوصية بالسكنى أو بالغلة طول عمر الموصى له .

(مادة ٥٥٤)

المَوْصَى لَهُ بِالسُّكْنَى لَا تَجُوزُ لَهُ الْإِجَارَةُ ، وَالْمَوْصَى لَهُ بِالْغَلَّةِ لَا تَجُوزُ لَهُ السُّكْنَى (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧١٥/٢) : « (ولا) يجوز (لمن وصى له بالخدمة) في العبد (والسكنى) في الدار (أن يؤجر) العبد والدار ، وقال الشافعي : له ذلك ؛ لأن تملك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحياة ولو تملك المنفعة بالاستئجار في حال الحياة تملك الإجارة ، وكذا إذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت ، وهذا لأن المنافع كالأعيان عنده لما مر بخلاف المستعير ؛ فإنه لا يملك المنفعة ؛ لأنها إباحة الانتفاع عنده ، ولهذا لا يتعلق بالإعارة الزوم ، والوصية بالمنفعة يتعلق بها الزوم . ولنا : أن الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تملكها من غيره بعوض كالمستعير فإنه لا يملك الإجارة ؛ وذلك لأن المستعير مالك للمنفعة ؛ إذ التملك في حال الحياة أقرب إلى الجواز بعد المات وإذا احتملت المنفعة التملك بعد الموت بغير عوض فلأن تحتل ذلك في حال الحياة أولى . »

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (١٠٣/٤) : « (تصح) الوصية (بمنافع عبد) ونحوه من الدواب (ودار) ونحوها من العقارات (و) نحو (غلة حانوت) كثمرة بستان مؤقتة ومؤبدة ، والإطلاق يقتضي التأيد ؛ لأنها أموال مقابلة بالأعراض ، فكانت كالأعيان ، وضبط الإمام المنافع بما يملك بالإجارة ، وغلة عطف على منافع ، وهو مشعر بتغيرتها لها . »

قال السبكي : والمنافع والغلة متقاربان ، وكل عين فيها منفعة فقد يحصل منها شيء غير تلك المنفعة ، إما بفعله كالاستغلال ، أو بعوض عن فعل غيره ، أو من عند الله تعالى وذلك الشيء يسمى غلة ؛ فالموصى له به يملكه من غير ملك العين ؛ ولأن المنفعة كأجرة العبد والدار والحانوت وكسب العبد وما ينبت في الأرض كله غلة تصح الوصية به كما تصح بالمنفعة .

تبييه : قد ذكر المصنف في أول الباب الوصية بالمنافع ، وإنما أعادها ليرتب عليها قوله : (ويملك الموصى له منفعة العبد) الموصى بها ، وليست مجرد إباحة خلافاً لأبي حنيفة . لنا : أن الوصية بذلك تترجم بالقبول ، بخلاف العارية ، فله أن يؤجر ويعير ويورث عنه ويوصي بها ، ولهذا عبر المصنف بالمنفعة دون أن ينتفع ، فإنه لو قال : أوصيت لك بأن تنتفع به حياتك ، أو بأن تسكن هذه الدار ، أو بأن يخدمك هذا العبد إباحة لامتلاك ؛ فليس له الإجارة ولا الإعارة في أصح الوجهين ، ويفارق ما مر بأنه هنا عبر بالفعل ، وأسند إلى =

- ٣١٦٩ - فإذا أراد الموصى له أن يستوفي الموصى به بأن أراد أن يسكن البيت في الوصية بالسكنى ، أو يستغله في الوصية بالغلة ؛ فلا حق لأحد في معارضته .
- ٣١٧٠ - أما إذا أراد أن يستوفي غير الموصى به بأن أراد من له السكنى بالإجارة وأخذ الأجرة ، أو أراد الموصى له بالغلة أن يسكن بنفسه ؛ فلا يمكن من ذلك .
- ٣١٧١ - أما الأولى : فباتفاق الحنفية ، وقال الإمام الشافعي رضى الله تعالى عنه : يملك ذلك ، لأنه بالوصية ملكه المنفعة فيملك تملكها لغيره يبدل وبغير بدل ؛ لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية ؛ لأنها ليست بتمليك وإنما هي بإباحة عنده .
- ودليلنا : أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بغير بدل ، فلا يملك تملكه يبدل ، اعتباراً بالإعارة ؛ فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة ؛ لأنها تمليك يبدل فكذلك الوصية .
- وتحقيق هذا الدليل : أن التمليك يبدل لازم وبغيره ليس لازماً ، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل ، والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ، والمتبرع بعد موته لا يمكنه الرجوع فهذا انقطع أما هو ففي وضعه غير لازم .
- ٣١٧٢ - وأما الثاني : وهو ما إذا كانت الوصية بالغلة وأراد الموصى له السكنى

= مخاطب فاقضى قصوره على مباشرته بخلافه ثم .

تنبيه : إطلاقه المنفعة يقتضي عدم الفرق بين المؤبدة والمقيدة وهو كذلك كما قطعاً به في باب الإجارة خلافاً لما مشينا عليه هنا من أن الوصية المؤقتة بإباحة فلا يؤجر (و) يملك أيضاً (أكسابه المعتادة) كاحتطاب ، واصطيد ، وأجرة حرفة ونحوها ؛ لأنها إبدال المنافع الموصى بها بخلاف النادرة كالبهية واللقطة ؛ لأنها لا تقصد بالوصية ، وعن ابن عبد السلام أنه قال : ما زلت أستشكل ملك الرقبة دون المنفعة وأقول : هذا إنما ينتفع ويملك المنافع ، فما الذي بقي للمالك الرقبة حتى رأيت في المنام قائلاً يقول : لو ظهر في الأرض معدن ملكه مالك الرقبة دون المنفعة اهـ . وله أيضاً : عنقه ويهه من الموصى له .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (١٦٠/٦) : « من أوصى له بخدمة عبد ، أو سكنى دار ؛ جاز له أن يكره ذلك إلا أن يعلم أن الموصى أراد أن يسكنها بنفسه خلافاً لأبي حنيفة ، والدليل على ما نقوله : أن هذه منافع فصح بدلها ، فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر قال ذلك كله القاضي أبو محمد . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (٩٢/٦ ، ٩٣) : « وإن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له بنفعها ؛ جاز ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز إجارة المنفعة المستحقة بالوصية ؛ لأنه إنما أوصى له باستيفائه ، ولنا : أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً ، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان ، كما لو ملكها بالإجارة . وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد ، فله ذلك ، وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأي : لا يخرج إلا أن يكون أهله في غير البلد ، فيخرجه إلى أهله . ولنا : أنه مالك لنفعه ، فملك إخراجه ، كالمستأجر . »

بنفسه ، ففيها خلاف بين الحنفية ، فمن قال بالجواز وجه كلامه بأن قيمة المنافع كمينها في تحصيل المقصود ، ولأن الغير يسكن لأجله فإذا سكن بنفسه جاز أيضًا .

ومن قال بعدمه ، وجه كلامه بأن الغلة دراهم أو دنانير مثلاً ، وقد وجبت الوصية بها والسكنى استيفاء المنافع فهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة ؛ فإنه لو ظهر ذَين على الموصي يمكنهم أداءه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها .

ولكن يقال على هذا : إذا لم يمكنهم استرداد المنفعة يستردون القيمة منه ؛ لأنه استوفى غير حقه في المسألتين وصرحوا بأن الثاني أصح فتأمل .

(مادة ٥٥٥)

إِذَا أَوْصَى بِغَلَّةٍ أَرْضِهِ لِأَحَدٍ ، فَلَهُ الْغَلَّةُ الْقَائِمَةُ بِهَا وَقَتَّ مَوْتِ الْمَوْصِي وَالْغَلَّةُ الَّتِي تَحْدُثُ بِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، سَوَاءً نَصَّ عَلَى الْأَبَدِ فِي الْوَصِيَّةِ أَوْ أَطْلَقَهَا ^(١) .

• • •

٣١٧٣ - وهذه الأحكام المتضمنة في المادة السابقة وشرحها فيما إذا كانت الوصية

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق (٢٠٣/٦ ، ٢٠٤) : « (وبشرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أي : إذا أوصى بثمره بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستانه أبداً كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه ؛ فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل . فحاصله : أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائماً وبالثمره لا يستحق إلا القائم ، إلا إذا زاد أبداً ؛ فحينئذٍ يصير كالغلة فيستحقه دائماً ، وهو المراد بقوله : « وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه » أي : إذا زاد في الثمرة لفظه أبداً ؛ صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما ، فيحتاج إلى الفرق بينهما ، والفرق : أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة ، مثل : التخصيص على الأبد ؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعلوم ، والمعلوم مذكور وإن لم يكن شيئاً ، أما الغلة : فتنظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً ، يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعلوم من غير توقف على دلالة أخرى .

وأما الثمرة : فإذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعلوم إلا بدليل زائد عليه ، وإنما قيده بقوله : وفيه ثمرة ؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها ؛ فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعلوم ما عاش الموصي له ، وإنما كان كذلك ؛ لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعلوم إلا مجازاً ؛ فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملاً في حقيقته ، فلا يتناول المجاز ، وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ، ولا يجوز الجمع بينهما ، إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد ؛ تناوئهما عملاً بعموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز .

بالغلة أو بالسكنى ، أما إذا كانت بالثمرة كما إذا قال شخص : أوصيت بثمرة أرضي أو بستاني لفلان ، فإما أن يقول : أبداً ، وإما أن يعين مدة ، وإما أن يطلق .

فإن كان الأول : استحق الموصى له الثمرة ما عاش إذا كان البستان يخرج من ثلث مال الموصي .

وإن كان الثاني : استحقها المدة المعينة .

وإن كان الثالث : بأن قال : أوصيت لفلان بثمرة بستاني ولم يزد شيئاً ، فإما أن يكون به ثمرة وقت موت الموصي ، وإما ألا يكون .

فإن كان الأول : استحق الموجودة فقط ، وإن كان الثاني : استحقها مدة عمره ؛ وحينئذ تكون الوصية بالثمرة مخالفة للوصية بالغلة في صورة الإطلاق ، فإنه في الوصية بالغلة في هذه الصورة يملك الغلة مدة عمره كما لو نص على التأيد فيحتاج إلى الفرق بينهما ، وهو مبني على العرف ؛ لأن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم ، أما الغلة : فتشمل الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى في العرف ؛ ولذا يقال : فلان يأكل من غلة بستانه ، وأرضه ، وبيته ؛ فإذا أطلقت تتناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى .

(مادة ٥٥٦)

إِذَا أَوْصَى بِثَمَرَةِ أَرْضِهِ أَوْ بُسْتَانِهِ ، فَإِنْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ ؛ فَلِلْمَوْصَى لَهُ الثَّمَرَةُ الْقَائِمَةُ وَقَتَّ مَوْتِ الْمَوْصِي دُونَ غَيْرِهَا بِمَا يَخْدُثُ مِنَ الثَّمَارِ بَعْدَهُ .

وَأِنْ نَصَّ عَلَى الْأَبَدِ ؛ فَلِلَّهِ الثَّمَرَةُ الْقَائِمَةُ وَقَتَّ مَوْتِهِ وَالثَّمَرَةُ الَّتِي تَتَجَدَّدُ بَعْدَهُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْعَيْنِ الْمَوْصَى بِهَا ثِمَارًا وَقَتَّ وَفَاتِهِ ^(١) .

• • •

٣١٧٤ - وأما الثمرة : فإذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٢٢/٦ ، ١٢٣) : « إذا أوصى لرجل بثمرة بستانه فهو على وجهين : إما أن قال : أبداً ، أو لم يقل فإن لم يقل فهو على وجهين : أيضاً فإن كان في بستانه ثمار قائمة يوم الموت ؛ كانت له تلك الثمار من ثلث ماله ؛ ولم يكن له ما يحدث من الثمار بعد ذلك إلى أن يموت إذا كان البستان يخرج من ثلث ماله ، هذا إذا كان في البستان ثمار قائمة يوم الموت ؛ فأما إذا لم يكن في البستان ثمار قائمة يوم الموت ؛ فالقياس أن تبطل الوصية ، ولا تنصرف الوصية إلى ما يحدث من الثمار بعد الموت ، ولكن في الاستحسان لا تبطل الوصية ويكون للموصى له ما يحدث من الثمار بعد الموت إلى أن يموت الموصى له ، =

عليه ، وإنما شملت الغلة الموجود والمعدوم في صورة الإطلاق وكانت غير موجودة وقت موت الموصى ؛ لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم إلا مجازاً ، فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملاً في حقيقته فلا يتناول المجاز .
وإذا لم يكن فيه ثمره ؛ يتناول المجاز ، فيستحق كل المعدوم ما عاش ، وحيث إن العرف هو الفارق بينهما ؛ فإذا فرض وكان العرف غير ذلك اتبع .

(مادة ٥٥٧)

إِذَا أَوْصَى لِأَحَدٍ بِالْغَلَّةِ وَالْأَخَرَ بِالْأَرْضِ ، جَازَتْ الْوَصِيَّتَانِ .
وَيَكُونُ الْعُشْرُ وَالْحَرَاجُ وَالشَّقِي وَمَا يَلْزَمُ مِنَ الْمَصَارِفِ لِإِصْلَاحِ الْأَرْضِ عَلَى صَاحِبِ
الْغَلَّةِ ، فِي صُورَةِ مَا إِذَا كَانَ بِهَا شَيْءٌ يُسْتَعْلَى ، وَإِلَّا فَهِيَ عَلَى الْمَوْصَى لَهُ بِالْعَيْنِ ^(١) .

٣١٧٥ - فالذي علم أن الموصى له ينتفع بالموصى به على حسب عقد الوصية ، وبعد انتهاء الزمن المعين أو موته يرد إلى الورثة ؛ لأنها باقية على ملكهم ، ولكن هذا إذا لم يوص بنفس الشيء لغير الموصى له بالمنفعة .

فإن فعل ذلك : اتبعت وصيته فينتفع الموصى له بالمنفعة المدة المعينة ، أو مدة عمره على حسب عقد الوصية وبعد الانتهاء تسلم العين إلى الموصى له بالرقبة إن كان حيّاً ، وإلا فلورثته وفي وقت انتفاع الموصى له بالمنفعة يكون كل ما يلزم لنفقة الشيء على صاحب المنفعة كالمستعير ؛ فإن عليه نفقة المستعار .

٣١٧٦ - فإذا كان الموصى به أرضاً ؛ فالعشر ، والحراج والمصاريف اللازمة للإصلاح على المنتفع إن كان بها شيء يستغل ، وإلا فهي على مالك الرقبة ؛ لأن المصاريف والحالة هذه تكون لإصلاحها ، فتلزم مالك الرقبة .

= إذا كان البستان يخرج من ثلث ماله ، وهذا الذي ذكرنا كله إذا لم ينص على الأبد ، فأما إذا قال : أوصيت لك بثمار بستاني أبداً ؛ كان له الثمرة القائمة بعد الموت في البستان وما يحدث بعد ذلك .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (١٢٧/٦) : « ولو أوصى بقلعة نخلة أبداً لرجل ولآخر بربقتها ولم تدرك ولم تحمل ؛ فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة ، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة ، فإن حملت عامّاً ثم أحوالت فلم تحمل شيئاً ؛ فالنفقة على صاحب الغلة ، وهو نظير نفقة الموصى بخدمته ؛ فإنه على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعاً ، وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم ، فإن لم يفعل أي : لم ينفق صاحب الغلة وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل ؛ فإنه يستوفي نفقته من ذلك ، كذا في المتوسط . »

الفصل الرابع في تصرفات المريض

(مادة ٥٥٨)

التَّصَرُّفُ الْإِنشَائِي الْمُنْتَجِزُ الَّذِي فِيهِ مَعْنَى التَّبَرُّعِ ، إِنْ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي خَالِ صِحَّةِ التَّبَرُّعِ ، يَنْفَعُ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ .

٣١٧٧ - لما كانت تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح ؛ تبين الفقهاء أحكام تصرفات الأول في مبحث على حدته .

٣١٧٨ - ولكن ليس كل مريض يكون حكم تصرفه مخالفاً لحكم تصرفات الصحيح ؛ بل المريض مرض الموت ، فإذا لا بد من معرفته حتى يمكننا الحكم على التصرفات بحسب الشخص الذي تصدر منه .

٣١٧٩ - وقد اختلفوا في تعريف مرض الموت على أقوال كثيرة والمعول عليه منها : أنه هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ويكون الغالب فيه موت المريض ؛ ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة لوظائفهم ، كالسوقي ، والكاتب ، والمدرس ، والقاضي وهذا في حق الرجل .

٣١٨٠ - أما في حق المرأة : فهو المرض الذي يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت ؛ فظهر أنه لا بد في مرض الموت بالنسبة للمذكر والمؤنث من أمرين : وهما : غلبة الهلاك منه ، والعجز عن القيام بالمصالح . فإذا حصل العجز المذكور بسبب المرض وانتفت غلبة الموت ، كالرمد وكسر الرجل مثلاً ، فلا يعد هذا مرض الموت ، لانتفاء غلبة الهلاك . وليس المريض وحده هو الذي تخالف تصرفاته تصرفات الصحيح ، بل هناك أصحاء يلحقون به في أحكام تصرفاتهم ، وهم من كانوا في حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالباً .

٣١٨١ - ويتفرع على هذا : أنه إذا تبارز رجلان ، أو حكم على شخص بالإعدام لارتكابه جريمة القتل مثلاً وقدم ليقتنص منه ، أو كان شخص في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها ، أو غرقت بالفعل ، أو أفرس سبع شخصاً وبقي حيّاً في فمه ،

وتصرف كل منهم في هذه الحالة يعتبر هذا التصرف كتصرف المريض مرض الموت .
 ٣١٨٢ - ثم إن بعض الأمراض لا يستمر طويلاً كالتيفوس ؛ فإن من مرض به يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد ؛ فإن تصرف صاحبه ، فإن صح أو مات ؛ سرت عليه أحكام الأصحاء أو المرضى ، وبعضها قد يمكث زمناً طويلاً كالسل والفالج ، فإذا تصرف المريض بواحد منهما ؛ اختلفت الأقوال في اعتباره صحيحاً أو مريضاً مرض الموت .
 فبعضهم يقول : ما دام يزداد ما به ، فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضاً مرض الموت ، وإن لم يزد اعتبر صحيحاً .

٣١٨٣ - ومن قائل : إن لم يرج برؤه يتداو ؛ فهو مريض مرض الموت . وإن كان يرجى اعتبر صحيحاً وبعضهم يقول : لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحاً .

٣١٨٤ - وهؤلاء اختلفوا في حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة ، وبعضهم اعتبر العرف ، وبعضهم يقول : إن لم يلزم فراشه فهو صحيح ، وإلا اعتبر مريضاً . والمعول عليه منها : أنه ما دام يزداد ما بهم من العلة ؛ فحكمهم كالمرضى ، فإن قدمت العلة بأن تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في أحوالهم بحيث لا يخشى الموت منه ؛ تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح ، فمتى كان الشخص في حالة يغلب عليه فيها الهلاك ، سواء كان مريضاً أو واقفاً في حالة خطيرة يخشى منها الهلاك غالباً وتصرف وهو في هذه الحالة ومات من مرضه أو وهو على تلك الحالة ؛ حكمنا على هذا التصرف بأنه صدر منه وهو مريض مرض الموت ، أو وهو ملحق به فتجرى عليه الأحكام المناسبة له .

٣١٨٥ - وبعدما تقدم يمكننا أن نقول : إن الأشخاص وإن كانوا ينقسمون بحسب التصرفات التي تصدر منهم إلى أقسام كثيرة ، إلا أنه يصح تقسيمهم بحسب هذا المقام إلى قسمين : الأول : الصحيح ؛ الثاني : المريض مرض الموت ، والملحق به وكل منهما لتصرفاته أحكام مخصوصة فاستمع لما يلقي عليك حتى تعرف حكم تصرف كل .

٣١٨٦ - التصرفات تنقسم بالنظر لهذا المقام إلى قسمين :

القسم الأول : التصرفات المنجزة .

الثاني : التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والأولى ، إما أن تكون إنشائية ؛ وهي التي يقارن مدلولها التلفظ بها ، كالهبة ، والبيع ، والوقف ، فإن التملك لا يحصل

إلا وقت صدورها ، وأما أن تكون إخبارية وهي التي تكون حكاية عن شيء مضى قبل التلفظ بها وهو الإقرار .

٣١٨٧ - فإن كان التصرف منجزاً وكان المتصرف صحيحاً ، فإما أن يكون غير محجور عليه ، وأما أن يكون محجوراً عليه .

فإن كان الأول : نفذت هذه التصرفات من جميع ماله ، سواء كانت إنشائية أو إخبارية ، وسواء كانت لوارث أو لغير وارث ، وسواء كانت تصرفات معاوضة فيها معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأزيد منها ، أو تصرفات تبرع كالهبة والصدقة . ويتفرع على هذا : أنه إذا باع الشخص المذكور لمن أراد أو اشترى ممن شاء ، أو تصدق على من أراد ؛ فلا حق لأحد في الاعتراض عليه في جميع هذه التصرفات ، وقد تقدم لك هذا المبحث بالنسبة للهبة في شرح مادة (٥٠١) فراجعه فإنه مفيد .

٣١٨٨ - وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان محجوراً عليه اختلفت أحكام التصرفات بالنسبة لسبب الحجر الذي قام به ، وأسباب الحجر ستة على ما تقدم في محله ، وهي : الصغر ، والجنون ، والعتة ، والسفه ، والدُّنْ والغبلة ، فإذا أردت أن تعرف أحكام تصرفات واحد منهم فما عليك ، إلا أن ترجع إلى مبحثه في الحجر تجدها مفصلة تفصيلاً حسناً .

(مادة ٥٥٩)

التَّصَرُّفُ الْمُضَافُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ يَنْفَعُ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ، لَا مِنْ جَمِيعِهِ ، وَإِنْ كَانَ صُدُورُهُ فِي حَالِ الصَّحَّةِ (١) .

• • •

٣١٨٩ - وإن كان التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وهو الوصية بأن قال : وهبت لفلان نصف مالي بعد وفاتي أو أوصيت له به فلا تنفذ من كل المال ، بل من الثلث ، سواء كان صدورها في حال الصحة ، أو في حال مرض الموت .

ولكن نفاذها من الثلث ليس في جميع الأحوال ، بل قد تنفذ الوصية من كل المال ، وقد لا تنفذ في شيء منه ؛ لأن الحكم يختلف باختلاف حال الموصى ، والموصى له ، والموصى به ؛ فلا تكنف بما ذكر في هذه المادة ؛ لأنه في غاية الإجمال فلا يفيدك شيئاً .

(١) ينظر تعليقاتنا على مادة (٥٤٥) .

فإذا أردت التفصيل الذي لا مزيد عليه بالنسبة لهذا المقام ؛ فارجع إلى شرح مادة (٥٣٢) والمواد الخمس التي بعدها تجد كل ما تريده في هذا الموضوع .

(مادة ٥٦٠)

جميع تصرفات المريض الإنشائية من هبة ووقف وصمان ومحاباة في الإجازة ، والاستيجار والمهر والبيع والشراء وغير ذلك من المعاملات ، حكمها حكم الوصية في اعتبارها من الثلث ، والمرض الذي يترأ منه ملحق بالصحة^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥١/٢) : « مريض وقف داراً في مرض موته ، فهو جائز إذا كان يخرج من ثلث المال ، وإن كان لم يخرج فأجازت الورثة فكذا ، وإن لم يجيزوا بطل فيما زاد على الثلث ، وإن أجاز البعض دون البعض جاز بقدر ما أجازوا وبطل في الباقي إلا أن يظهر للميت مال غير ذلك فينفذ الوقف في الكل ، كذا في فتاوى قاضي خان .

فإن أبطل القاضي الوقف في الثلثين ثم ظهر له مال ؛ يخرج الكل من الثلث . فإن كان قائماً بعينه في يد الورثة ؛ تصير كلها وقفاً . وإن لم يكن باع الوارث ؛ لا ينقض بيعه ، لكن يؤخذ منه قدر ما باع ، وبشترى به أرضاً أخرى فتوقف مكانها ، كذا في محيط السرخسي . ولو حصل للميت مال بأن قتل عمداً ثم إن الورثة صالحوا القاتل على مال لا ينتقض البيع بالاتفاق . ولو باع بعض الورثة دون البعض ، فما لم يبع يعود وقفاً ، وما يبع يشتري بقيمته أرض وتوقف ، كذا في الذخيرة .

قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (٨٢/٤ ، ٨٣) : « إذا قلنا المرض مخوفاً أي ؛ يخاف منه الموت لا نادراً وإن لم يكن غالباً كما نقلاه عن الإمام وأقره وإن نازع فيه ابن الرفعة (لم ينفذ) بفتح الباء وسكون النون وضم الفاء ، ويجوز ضم الباء ، وفتح النون ، وتشديد الفاء (تبرع زاد على الثلث) بل هو موقوف ، لأنه محجور عليه في الزيادة . تنبيه : استشكل إطلاق المصنف عدم النفوذ بأنه إن كان بالنظر لباطن الأمر ؛ فلا فرق بين أن يظنه مخوفاً أو لا ؛ إذ المناط حينئذ المرض المخوف لا ظناً ، وإن كان بالنظر لظاهر الأمر فهو مخالف لقول الأكثرين حيث قالوا : لو أعتق أمة في مرض موته جاز لوليها أن يزوجه لأنها حرة في الظاهر ، ولا اعتبار باحتمال ظهور ذنن ، فإن تحققنا نفوذ العتق استمرت الصحة ، وإلا فإن أجاز الوارث وقلنا : هي تنفيذ ، فكما لو خرجت من الثلث أو رد أو أجاز . وقلنا : هي عطية مبتدأة بان فساده .

وقال ابن الحداد : ليس لوليها أن يزوجه ، فكلامهم هذا إنما يأتي على مقالة ابن الحداد . قال الزركشي : وينبغي حمل الوقف في كلامهم على وقف الاستمرار وال لزوم لينتظم الكلامان . ١ هـ . وهو حمل صحيح (فإن برأ) بفتح الراء وكسرهما أي : خلص من المرض (نفذ) بفتح النون التبرع المذكور أي : استمر نفوذه لتبين عدم الحجر فإن مات به قال المصنف تبها للبعوي أو يهدم أو غرق أو قتل أو ترد لم ينفذ الزائد على الثلث ، هذا كله إذا لم ينته إلى حالة يقطع فيها بموته ، فإن انتهى إلى ذلك بأن شخص بصره بفتح الشين والحاء أي : فتح عينيه بغير تحريك جفن وبلغت روحه الحلقوم في النزاع ، أو ذبح أو شق بطنه وخرجت أمعاؤه =

= أو غرق فغمره الماء ، وهو لا يحسن السباحة فلا عبرة بكلامه في وصية ولا في غيرها فهو كالميت على تفصيل يأتي في الجنائيات (وإن ظنناه) أي : المرض (غير مخوف فمات) منه (فإن حمل) الموت من هذا المرض (على) موت (الفجأة) بضم الفاء وفتح الجيم ممدودًا ويفتح الفاء وسكون الجيم مقصورًا كأن مات وبه وجع ضرس أو عين (نفذ) التبرع (وإلا) أي : وإن لم يحمل على الفجأة كإسهال يوم أو يومين (فمخوف) أي : تبيننا باتصاله بالموت أنه مخوف ، لا أن إسهال يوم أو يومين مخوف فلا ينافي ما يأتي . فإن قيل : المرض إن اتصل بالموت كان مخوفًا وإلا فلا فائدة لنا في معرفته . . أجبب بأنه لو قتل أو غرق مثلاً في هذا المرض إن حكمنا بأنه مخوف لم ينفذ كما مر وإلا نفذ (ولو شككنا في كونه) أي : المرض (مخوفًا لم يثبت إلا ب) قول (طبييين) عالمين بالطب (حريين عدلين) أي : مقبولي الشهادة ؛ لأنه تعلق به حق آدمي من الموصى له والوارث فاشتراط فيه شرط الشهادة كغيرها ، وقد علم من قوله : « طبييين » كونهما عالمين بالطب ، ومن قوله : « عدلين » كونهما مسلمين مكلفين فإنهما من شروط العدالة ، فلا يثبت بنسوة ولا برجل وامرأتين ؛ لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال . نعم إن كان المرض علة باطنة بامرة لا يطلع عليها الرجال غالبًا ثبت بمن ذكر . تنبيه : أشعر كلام المصنف بقبول شهادتهما في كون المرض غير مخوف وهو كذلك ، كما صرح به الرافعي خلافاً للمتولي وإن علل ذلك بأنها شهادة نفي ؛ لأنه نفي محصور ، ولو قال الطبييان : هذا المرض سبب ظاهر يتولد منه مخوف فمخوف ، أو يفضي إلى مخوف نادراً ؛ فلا ، ولو اختلف الوارث والمتبرع عليه في كون المرض مخوفًا بعد موت المتبرع ؛ فالقول قول المتبرع عليه ؛ لأن الأصل عدم الخوف وعلى الوارث البينة ، ولم يعرف المصنف المرض المخوف استثناءً بذكر أمثلة منه ذكرها بقوله : (ومن المخوف قولنج) بضم القاف وفتح اللام وكسرهما .

قال الرافعي : وهو أن يتعدد الطعام في بعض الأمعاء فلا ينزل ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدي إلى الهلاك ، ويقال فيه قولون .

وقد يقال : إن هذا غير القسم الأول ؛ لأنه عند الأطباء أقسام .

تنبيه : قد علم من قول المصنف : ومن المخوف عدم انحصاره فيما ذكره وهو كذلك فإنها كثيرة ، فمنه هيجان المرة الصفراء والبلغم والدم بأن يتورم وينصب إلى عضو كيد ورجل فيحمر ويتنفخ ، ومنه الطاعون وهو هيجان الدم في جميع البدن وانفتاحه وإن لم يصب المتبرع إذا كان مما يحصل لأمثاله كما قاله الأذري ، ومنه القيء الدائم أو المصحوب بخلط من الأخلاط كالبلغم أو دم ، ومنه الجراحة إذا كانت نافذة إلى الجوف ، أو كانت على مقتل ، أو في موضع كثير اللحم ، أو حصل معها ضربان شديد ، أو تأكل ، أو تورم . ومنه البرسام بكسر الواو وهو ورم في حجاب القلب أو الكبد يصعد أثره إلى الدماغ (والمذهب أنه يلحق بالمخوف) من الأمراض السابقة (أسر كفار اعتادوا قتل الأسرى) ولو اعتاد البيعة أو القطار قتل من أسروه كان الحكم كذلك كما بحثه الزركشي .

أما من لم يعتد قتل الأسرى كالروم فلا خوف في أسرهم (والتحام) أي : اختلاط (قتال بين) فريقين (متكافئين) أو قريبين من التكافؤ سواء أكانا مسلمين أم كافرين ، أم كافراً ومسلماً ، ولغظة متكافئين مزيدة على المحرر ، ولا خوف إذا لم يلحتم القتال ولو كانا يتراميان بالنشاب ولا في الفريق الغالب (وتقديم لقصاص) =

= بخلاف الحبس له كما هو ظاهر كلامهم ، ذكره البلقيني ، ثم حكى عن بعض المالكية أنه حكاه عن الشافعي . فإن قيل : مقتضى ما يأتي في الوديعة من أنه إذا مرض مرضاً مخوفاً أو حبس ليقتل لزمه الوصية بها ؛ لأن الحبس للقتل كالترديد له . أوجب بأن التقديم للقصاص وقت دهشة ، فلو قيل إنه لا يوصي إلا ذلك الوقت ، فيما أن نضمنه لو ترك أو لا ، إن ضمنناه أضررناه وإن لم نضمنه أضررنا بالمالك ، فاقتضت المصلحة بأن يلحق الحبس للقتل بالمخوف هناك بخلافه هنا (أو رجم) في الزنا ، أو قتل في قطع طريق (واضطراب ربح) هو مغن عن قوله : (وهيجان موج) لتلازمهما (في) حق (راكب سفينة) في بحر أو نهر عظيم كالنيل والفرات وإن كان يحسن السباحة . نعم إن كان ممن يحسنها وهو قريب من الساحل لا يكون مخوفاً كما قاله الزركشي ، ولا خوف إذا كان البحر ساكناً (وطلق حامل) بسبب ولادة ، بخلاف إسقاط علقه أو مضغعة كما في زيادة الروضة لحظر الولادة دونهما ، وخرج بطلق حامل الحمل نفسه فليس بمخوف . فائدة : روى الثعلبي في تفسير آخر سورة الأحقاف عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال : « إذا عسر على المرأة ولادتها ، فيكتب في صحيفة ثم يغسل ويسقى : بسم الله الرحمن الرحيم لا إله إلا الله الخليم الكريم ، سبحان الله رب السموات ورب الأرض ورب العرش العظيم ، كأنهم يوم يرونها لم يلبثوا إلا غشيقةً أو ضحاها ، كأنهم يوم يرون ما يوعدون لم يلبثوا إلا ساعة من نهار بلاغ ، فهل يهلك إلا القوم الفاسقون (وبعد الوضع ما لم تفصل المشيمة) وهي التي تسميها النساء الخلاص ، فإن انفصلت المشيمة فلا خوف إن لم يحصل بالولادة جرح ، أو ضربان شديد ، أو ورم .

تنبيه : لا يلحق بالأمراض السابقة وجع العين ولا الضرس ولا الصداع ولا الهرم ولا الحرب ونحو ذلك . قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٨٠/٨) : « ولزم إجازة الوارث بمرض لم يصح بعده إلا لتبين عذر لكونه في نفقته ، أو دينه ، أو سلطانه إلا أن يحلف من جهل مثله أنه جهل أن له الرد يعني : أن المريض مرضاً مخوفاً إذا أوصى بوصايا في حال مرضه بأكثر من الثلث وأجازها الوارث قبل موت الموصي ، فإن تلك الإجازة تلزم الوارث ما لم يكن الوارث له عذر ، أما إن كان له عذر بأن كان في نفقة الموصي ويخشى أنه إن لم يجز وصيته قطع عنه نفقته ، فإن تلك الإجازة لا تلزمه حينئذ ، وكذلك لا تلزمه الإجازة إن كان على الوارث ذنن للموصي ويخشى أنه إن لم يجز وصيته طالبه بدينه وسجنه ، أو كان يخشى سلطان الموصي وجاهه ، فإن لم يكن للوارث عذر بأحد هذه الأمور ، فإن الإجازة تلزمه إلا أن يحلف من جهل مثله أنه ما علم أن الإجازة تلزم ، وأنه جهل ذلك ، فإن حلف وكان مثله بجهل ذلك ، فإن الإجازة لا تلزمه حينئذ ، وظاهره أنه لا فرق في لزوم الإجازة من الوارث بين من تبرع بالإجازة ومن سأله الموصي في ذلك ، وإليه ذهب غير واحد من شيوخ عبد الحق ، ولا يجوز إذن البكر ، ولا الابن السفية وقوله : (لا بصحة) هو مفهوم قوله : « بمرض » وذكره ليرتب عليه قوله : (ولو بكسفر) يعني أن الإنسان إذا أوصى في حال صحته بوصايا زائدة على ثلث ماله وأجاز الوارث في حال صحة الموصي ، فإن الإجازة لا تلزم الوارث ، ولو كان الموصي فعل ذلك في صحته في حال سفره ، أو في حال حجه ، أو غزوه ، وهذا مدخول الكاف لعدم جريان السبب .

قول الحنابلة : جاء في المعني (١٠٠/٦ ، ١٠١) : « وما أعطى في مرضه الذي مات فيه ، فهو من الثلث وجملة ذلك : أن التبرعات المنجزة ، كالمعتق ، والمحاباة ، والهبة المقبوضة ، والصدقة ، والوقف ، والإبراء من =

= الدين ، والعفو عن الجناية الموجبة للمال ، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال . لا تعلم في هذا خلافاً . وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت ، فهي من ثلث المال ، في قول جمهور العلماء . وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح ؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم ، زيادة لكم في أعمالكم » . رواه ابن ماجه . وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث . وروى عمران بن حصين ، أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه ، لا مال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة . رواه مسلم .

وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته ، فغيره أولى ؛ ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت ، فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث ، كالوصية . وحكم العطايا في مرض الموت المخوف ، حكم الوصية في خمسة أشياء ؛ أحدها : أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة . الثاني : أنها لا تصح لو ارثت إلا بإجازة بقية الورثة . الثالث : أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ؛ ولأن النبي ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال : « أن تصدق وأنت صحيح شحيح ، تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان » متفق عليه . ولفظه : قال رجل : يا رسول الله : أي الصدقة أفضل ، قال : « أن تصدق وأنت صحيح حريص » . الرابع : أنه يراحم بها الوصايا في الثلث . الخامس : أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت ، لا قبله ولا بعده .

ويغارق الوصية في ستة أشياء ؛ أحدها : أنها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها ، وإن كثرت ؛ ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة ؛ لا لحقه ، فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع في الوصية ؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت ، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية ، بخلاف العطية في المرض ؛ فإنه قد وجدت العطية منه ، والقبول من المعطي ، والقبض ، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت . الثاني : أن قبولها على الفور في حال حياة المعطي وكذلك ردها ، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت ؛ لما ذكرنا من أن العطية تصرف في الحال ، فتعتبر شروطه وقت وجوده ، والوصية تبرع بعد الموت ، فاعتبر شروطه بعد الموت . الثالث : أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة ؛ من العلم ، وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق ، والوصية بخلافه . الرابع : أنها تقدم على الوصية ، وهذا قول الشافعي ، وجمهور العلماء . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وزفر ، إلا في العتق ؛ فإنه حكي عنهم تقديمه ؛ لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ، ويسري وقفه ، وينفذ في ملك الغير ، فيجب تقديمه . ولما ، أن العطية لازمة في حق المريض ، فقدمت على الوصية ، كعطية الصحة ؛ ولأنها عطية بشمرة ، فقدمت على العتق ، كعطية الصدقة ، وكما لو تساوى الحقان . الخامس : أن العطايا إذا عجز الثلث عن جميعها ، بدئ بالأول فالأول ، سواء كان الأول عتقاً أو غيره . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد ، وإن كانت من أجناس ، وكانت المحاباة متقدمة قدمت ، وإن تأخرت سوي بينها وبين العتق ، وإنما كان كذلك ؛ لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة ، فقدمت ، إذا تقدمت ، كفضاء الذئب ، وإذا تساوى جنسها سوي بينها ؛ لأنها عطايا من جنس واحد ، تعتبر من الثلث ، فسوي بينها ، =

٣١٩٠ - وإن كان التصرف منجزاً وكان المتصرف مريضاً مرض الموت والتصرف إنشائي : كالهبة والوقف والبيع والشراء وغيرها من المعاملات ؛ حكمنا على هذه التصرفات حكمنا على الوصية .

٣١٩١ - وحينئذٍ ننظر إلى هذه التصرفات ، فتارة يكون التصرف الذي صدر منه تبرعاً محضاً كالهبة والوقف ، وتارة يكون تصرف معاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأكثر منها .

فإن كان الأول ، بأن وهب لشخص شيئاً من أملاكه ؛ نظرنا إلى الواهب والموهوب له والشيء الموهوب ، كما نظرنا إلى الموصي و الموصى له والموصى به وعند ذلك لا يخلو الحال من التفصيل الآتي وهو : الواهب الذي هو مريض مرض الموت ، إما أن يكون غير مديون ، وإما أن يكون مديوناً ، فإن كان مديوناً ، فإما أن يكون دينه مستغرقاً لتركته ، وإما أن يكون غير مستغرق لها ، وعلى كل حال ، فإما أن يكون الموهوب له وارثاً للواهب ، أو أجنبيّاً منه ، وإن كان أجنبيّاً ، فإما أن يكون للواهب وارث أو لا ، وفي كل هذه الأحوال إما أن يكون الموهوب أقل من ثلث تركته ، أو مساوياً له أو أكثر

= كالوصية وقال أبو يوسف ، ومحمد : يقدم العتق ، تقدم أو تأخر .

ولنا : أنهما عطيّتان منجزتان ، فكانت أولاهما أولى ، كما لو كانت الأولى محاباة عند أبي حنيفة ، أو عتقاً عند صاحبيه ؛ ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي ، فإذا كانت خارجة من الثلث ، لزمّت في حق الورث ، فلو شاركتها الثانية ، لمنع ذلك لزومها في حق المعطي ؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى ، بخلاف الوصايا ؛ فإنها غير لازمة في حقه ، وإنما تنزّم بالموت في حال واحدة ، فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما ، بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة غير صحيح ؛ فإنها بمنزلة الهبة ، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث . فأما إن وقعت دفعة واحدة ، كأن وكل جماعة في هذه التبرعات ، فأوقعوها دفعة واحدة ، فإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينهما ، فكملنا العتق كله في بعضهم ، وإن كانت كلها من غير العتق ؛ قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم ، لأنهم تساوا في الاستحقاق ، فقسم بينهم على قدر حقوقهم ، كفرماء المفلس وإنما خولف هذا الأصل في العتق ، لحديث عمران بن حصين ؛ ولأن القصد بالعتق يكمل الأحكام ، ولا تكمل الأحكام إلا بتكميل العتق بخلاف غيره ، ولأن في قسمة العتق عليهم إضراراً بالورثة والميت والعيبد ، على ما يذكر في موضعه . وإن وقعت دفعة واحدة ، وفيها عتق وغيره ، ففيه روايتان ؛ إحداهما : يقدم العتق لتأكيد. والثانية : يسوى بين الكل ؛ لأنها حقوق تساوت في استحقاقها ، فساوت في تنفيذها ، كما لو كانت من جنس واحد ، وذلك لأن استحقاقها حصل في حالة واحدة . السادس : أن الواهب إذا مات قبل تقييض الهبة المنجزة ، كانت الحيرة للورث ، إن شاءوا قبضوا ، وإن شاءوا منعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم .

منه وكل له حكم يخصه .

وإليك البيان : فإن كان الواهب غير مديون أصلاً وكان الموهوب له أجنبيًا منه ولم يكن له وارث ؛ نفذت الهبة كلها ، ولو كان الموهوب كل التركة ، فلا حق لأحد في المعارضة ولا بيت المال ، بل إذا لم تكن الهبة بالكل ، فله الباقي ، وإن كانت بالكل فلا يستحق شيئاً ، والسبب في ذلك : أن الموهوب له في هذه الحالة يعتبر موصى له ، وهذا مقدم على بيت المال في الاستحقاق والمتأخر لاحق له في معارضة المتقدم .

٣١٩٢ - وإن كان الواهب مديوناً وكان دينه مستغرقاً لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمته وقت موته أربعة آلاف جنيه مثلاً وتركته تقوم بهذا المبلغ ؛ فلا تنفذ الهبة ، سواء كان الموهوب قليلاً أو كثيراً ، وسواء كان الموهوب له أجنبيًا من الواهب أو وارثاً له ، إلا إذا أبرأه الدائون ؛ فإنها تنفذ ولو استغرقت جميع المال .

٣١٩٣ - ولا عبرة بإجازة الورثة في هذه الحالة ، لأن الحق ليس لهم ، إذ حقهم في الإرث مؤخر عن قضاء الديون ، فالإجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق ، فإن شاء ألغاهها وإن شاء أمضاها .

٣١٩٤ - وإن كان الواهب مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألفي جنيه وتركته تساوي أربعة آلاف جنيه ؛ نخرج من التركة أولاً مقدار الديون ونحكم على المبلغ الزائد بالحكم على الهبة في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدّين .

٣١٩٥ - وإن كان الواهب غير مديون وكانت الهبة لوارث وكان للواهب ورثة غيره ، فلا تنفذ الهبة إلا إذا أجازتها الورثة ، سواء كانت الهبة بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه ؛ لأن فيه إثثار بعض الورثة على البعض الآخر ، فإذا لم نحفظ لهم الحق أدى ذلك إلى قطيعة الرحم وهي منهي عنها .

٣١٩٦ - ويشترط في صحة الإجازة : أن يكون المميز من أهل التبرع ، فإجازة الصبي ، والمجنون ، والمعته ، والمحجور عليه لسفه غير معتد بها ؛ لأن كلا منهم ليس أهلاً له ، ويعتبر كون الموهوب له وارثاً أو غير وارث وقت موت الواهب لا وقت الهبة ، كما حكمنا بهذا الحكم على الوصية .

٣١٩٧ - وإن كان الواهب غير مديون وكانت له ورثة وكان الموهوب له أجنبيًا منه بأن كان غير وارث له وقت موته ، فإن كان الموهوب لا يتجاوز ثلث التركة ، نفذت

الهبية وإن لم تجزها الورثة .

فإن تجاوز الثلث توقف الزائد على إجازة الورثة ، فإن ردها بطلت فيه ، وإن أجازوها نفذت ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه ، فيزول المانع والأصل في هذا حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه المتقدم في شرح مادة (٥٣٥) .
٣١٩٨ - ومثل الهبة فيما ذكر الضمان وهو الكفالة التي هي : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالذَّين .

فإذا كان شخص مديناً لآخر في خمسمائة جنيه مثلاً وضمن المدين شخص آخر بهذا المبلغ ؛ كان هذا كفالة ؛ فإذا فرضنا أن الضامن كان مريضاً مرض الموت وكان كل من المضمون له (وهو الدائن) والمضمون عنه (وهو المديون) أجنبيًا منه ولم يكن له وارث نفذ الضمان ؛ فللدائن الحق في أخذ الدين المضمون به من تركته ، وليس لأحد حق في معارضته ولو استغرق هذا الذَّين كل التركة .

٣١٩٩ - وإن كان الضامن مديوناً ودينه مستغرق لتركته ؛ فلا ينفذ الضمان ولو قل الدين المضمون به ؛ إلا إذا أبرأه الدائنون الذين تعلق بأمواله قبل هذا الضمان ؛ لأن الحق لهم في هذه الحالة .

٣٢٠٠ - وإن كان الضامن مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته ؛ نخرج من التركة أولاً مقدار الديون الثابتة ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الذَّين بالحكم على الضمان في حالة خلو التركة عن الديون .

٣٢٠١ - وإن كان الضامن غير مديون أصلاً وكان المكفول له أو عنه وارثاً وكان للضامن ورثة غيره ؛ فلا ينفذ هذا الضمان إلا إذا أجازته الورثة وكانوا من أهل التبرع ، سواء كان الذَّين المضمون قليلاً أو كثيراً . فإن أجازت الورثة ؛ ثبت للمضمون له أخذ الذَّين من التركة ، وإن لم يجيزوا فلا حق له في أخذ شيء منها ؛ بل يأخذ دينه من المدين الأصلي وهو المكفول عنه .

٣٢٠٢ - وإن كان الضامن غير مديون وكانت له ورثة وكان كل من المضمون له وعنه أجنبيًا منه . فإن كان المال المضمون لا يتجاوز ثلث المال ؛ نفذ ، وإن لم تجزه الورثة ، فإن تجاوز الثلث ؛ توقف الزائد على إجازتهم .

فإن رده بطل ، وإن أجازوه نفذ ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع ، وقس باقي تصرفات المريض التي هي تبرع محض كالوقف والصدقة على الهبة والضمان .

٣٢٠٣ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان التصرف من تصرفات المعاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة ؛ حكمنا على المبلغ المحايى به حُكْمَنَا على الوصية ، فننظر إلى حال البائع والمشتري والقدر المحايى فيه وتجري الأحكام المتقدمة ؛ وذلك أن الشخص المريض مرض الموت إما أن يبيع لوارث أو لغير وارث ، وعلى كل ، فإما أن يكون مديوناً أو غير مديون ، وإن كان مديوناً ، فإما أن يكون الدين مستغرقاً لتركته أو غير مستغرق لها . وإليك بيان الأحكام :

٣٢٠٤ - فإن باع المريض لوارثه بمثل القيمة أو بغين يسير وكان المريض غير مديون كان هذا البيع موقوفاً على إجازة باقي الورثة ، فإن أجازوه نفذ وإن رده بطل .

٣٢٠٥ - وإن باع المريض لغير وارثه بأن كان أجنبيًا منه وليس على المريض دين ، أو كان عليه ولكنه غير مستغرق لتركته ، فإن كان البيع بمثل القيمة أو بغين يسير ، كان هذا البيع نافذاً لازماً ، فليس لأحد من الورثة حق في الاعتراض على هذا العقد ، ومثل الورثة الدائون إن كان الغبن لا يؤثر على حقوقهم .

٣٢٠٦ - وسبب هذا الحكم في هذه الحالة والتي قبلها أن المريض ممنوع من إثارة بعض الورثة بالعين ؛ لأن الناس لهم أغراض في العين فلا يملك إثارة بعض الورثة بها .

٣٢٠٧ - وأما في حق غير الورثة فهو ممنوع من إبطال المالية حتى كان له أن يبيع له جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منها إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دين ؛ لأن له أن يحايي غير الوارث بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرع به ، فبعد موت المريض تكون الغرماء أحق بمالية التركة والورثة أحق بالأعيان ؛ ولذا كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة من الدائنين حتى لو كانت التركة مستغرقة بالدين ، فأراد الورثة استخلاصها ونقد المال يجبر زب الدين على القبول ، لأنهم عند استغراق التركة بالدين وإن كان لا ملك لهم حق استخلاصها .

أما لو قالوا : نحن نؤدي الدين . ولم يدفعوا فعلاً ؛ فيكون للقاضي أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء ، بخلاف الأجنبي ؛ فإنه لو نقد الدين لا يجبر صاحب الدين على القبول ، لأن الأجنبي ليس له استخلاص التركة وهذا إذا كان الدين مساوياً لقيمة التركة . فلو كان زائداً عنها ؛ فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة ؛ لأن الغرماء قد يكون لهم غرض صحيح في استبقاء الأعيان ؛ إذ من الجائز أن يبيعوها بعد زمن بما يستوفون منه جميع ديونهم والحكم الثابت لجميع الورثة يثبت لبعضهم .

فإذا سلم بعضهم في الأعيان للدائنين ولم يرد دفع قيمتها ؛ كان للبعض الآخر حق في الاستخلاص .

٣٢٠٨ - وما تقدم من الفرق بين الوارث وغيره هو مذهب الإمام الأعظم ووافقه صاحبان في الحالة الثانية ، وهي : ما إذا كان البيع لغير وارث ، وخالفاه في الحالة الأولى ؛ وهي : ما إذا كان البيع لوارث فقالا : إن كان البيع بمثل القيمة فلا حق لباقي الورثة في الاعتراض على هذا البيع ، لانتفاء التهمة ، ولتمكن الورثة من أن يشتروا بالثمن الذي أخذه المورث عيناً أخرى مثل المبيعة .

٣٢٠٩ - أما لو كان الثمن انقص من القيمة ولو يسيراً ؛ فيوقف على إجازتهم ، فإن لم يجيزوا تخير الوارث المشتري بين أمرين .

الأول : أن يبلغ المبيع تمام القيمة ، وحينئذ يسقط حقهم في الإعتراض .

الثاني : أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى التركة ويستلم الثمن الذي دفعه للمورث .

٣٢١٠ - وقد ظهر من هذا أن علة عدم نفاذ بيع المريض لبعض الورثة عند صاحبين هي وجود التهمة حتى لو انتفت بأن كان البيع بمثل القيمة نفذ ؛ وإن لم تجزه الورثة وعند الإمام الأعظم هي إثارة بعض الورثة بالأعيان .

٣٢١١ - ويؤخذ حكم ما إذا باع المريض مرض الموت لوارثه شيئاً من أمواله بأكثر من قيمته من توجيه كل من المذهبيين .

٣٢١٢ - وإن باع المريض لغير الوارث أيضاً وكان غير مديون ولكن البيع فيه غبن فاحش ، وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين ؛ فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون النقص الذي حصل في الثمن أقل من ثلث ماله .

الثاني : أن يكون مساوياً له .

الثالث : أن يكون زائداً على الثلث .

٣٢١٣ - فإن كان الأول أو الثاني : فهو محاباة جائزة من المريض للمشتري ، فليس للورثة حق في الإعتراض على المشتري ؛ لأن المريض له أن يتبرع في مرض موته لغير وارثه بثلث ماله ويكون هذا التبرع نافذاً ؛ وإن لم تجزه الورثة .

وإن كان الثالث : وهو ما إذا كان النقص الذي حصل في الثمن زائداً على الثلث خيرت الورثة بين أمرين :

الأول : إجازة الزائد على الثلث ، وحينئذٍ فلا يلزم المشتري بشيء ، لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه .

الثاني : أن لا يجيزوه ، وفي هذه الحالة يخير المشتري بين أمرين : الأول : أن يدفع للورثة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين . الثاني : أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى الورثة ، وحينئذٍ يعطى المشتري ما دفعه من الثمن لما علم مراؤا أن المريض ليس له أن يعطى غير الوارث أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة .

فلو فرض أن شخصاً باع وهو مريض مرض الموت بيتاً إلى أجنبي منه بمائتي جنيه وكانت قيمة البيت تساوي خمسمائة جنيه ؛ فيكون قد حاباه بثلاثمائة جنيه .

فإن كانت جميع أموال المريض تساوي ألف جنيه ؛ فليس للورثة حق في الاعتراض على هذا العقد ؛ لأن القدر المحابي به وهو الثلاثمائة أقل من ثلث أموال المريض . ومثله ما إذا كانت جميع أمواله تساوي تسعمائة جنيه ؛ لأن القدر الذي حابي به المشتري مساو للثلث ؛ فينفذ وإن لم تجز الورثة .

ولو كانت جميع أموال المريض تساوي ستمائة جنيه فقط ؛ ثبت للورثة حق الاعتراض على هذا العقد ؛ لأنه في هذه الحالة يكون القدر المتبرع به أكثر من الثلث ، إذ هو ثلاثمائة ، وثلث أموال المريض مائتان فقط ، فيثبت لهم هذا الحق .

وحينئذٍ فإما أن يفسخ المشتري البيع ويسلم المبيع إلى الورثة ويستلم الثمن الذي دفعه ، وأما أن يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثلثين اللذين هما أربعمائة في هذا المثال ؛ وتكون المائتان اللتان هما ثلث المال وصية له وهذا أحسن له كما هو وظاهر .

٣٢١٤ - وإن كان المريض الذي باع شيئاً من أملاكه لأجنبي منه بغبن فاحش مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته ؛ فما علينا إلا أن نخرج مقدار الدين من التركة ونحكم على المبلغ الباقي بعد إخراجه بالإحكام التي حكمنا بها في الأحوال التي يكون المريض فيها غير مديون أصلاً .

٣٢١٥ - وإن باع المريض لغير الوارث وكان عليه دين مستغرق لتركته ، فإن لم يكن في البيع محاباة أصلاً بأن كان بمثل القيمة ؛ فلا حق للدائنين في الاعتراض ؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها ، فالدين وإن كان قد أخرج شيئاً عن ملكه بهذا العقد ، إلا أنه أدخل فيه ما يقابله من الثمن المساوي لقيمته .

أما لو كانت فيه محاباة ، سواء كانت قليلة أو كثيرة ؛ فلا ينفذ إلا بإجازة الدائنين ،

لأن الحق لهم لا للورثة في هذه الحالة ؛ إذ الإرث مؤخر عن قضاء الديون فإذا لم يجيزوا بخير المشتري بين أمرين :

الأول : فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثمن ، وحيثيذ يضم المبيع إلى التركة وتباع ليقسم ثمنها على الدائنين إن وفي بديونهم وإلا فيأخذ كل منهم بنسبة دينه ولكن هذا إذا لم ترد الورثة استخلاص التركة بدفع ما عليها من الديون .
فإن أرادوا ذلك أجبوا إلى طلبهم ؛ لأن حق الدائنين متعلق بمالية التركة لا بأعيانها كما علم قريتا .

الثاني : أن يبلغ المشتري المبيع تمام قيمته ، وفي هذه لا ينزع الدائنون المبيع من تحت يده ؛ إذ لا ضرر يلحقهم.

٣٢١٦ - وإنما لم ينظر للمحابة في هذه الحالة ويقال فيها ما قيل فيما إذا كان المريض غير مديون وهو التفصيل بين المحابة التي تخرج من الثلث والتي تزيد عليه ؛ لأنه لو كان مديوناً لم يثبت له حق في المحابة أصلاً ؛ إذ حق الدائنين مقدم على من سواهم ؛ لأن ما يأخذونه في مقابلة ما أعطوه بخلاف المتبرع له ، فإنه يأخذ المتبرع به بلا عوض .
ولكن محل تخيير المشتري بين الأمرين المتقدمين إذا كان كل منهما ممكناً ، فإن تعذر أحدهما كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة .
٣٢١٧ - ومثل البيع في كل الأحوال المتقدمة الشراء فإذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح ، أو من أجنبي وكان غير مديون أو مديوناً ، سواء كان دينه مستغرقاً لتركته أو غير مستغرق لها أتبع الأحكام المتقدمة في البيع .

٣٢١٨ - لكن إن كان في العقد محابة اعتبرت بزيادة الثمن عن قيمة المبيع في صورة الشراء بخلاف البيع ، فإنها معتبرة بالزيادة في القيمة ؛ لأن المحابة فيها لا تكون إلا بذلك .

٣٢١٩ - وأما محابة المريض في الإجارة بأن أجر أرضاً له ثلاث سنين بألف جنيه وكانت قيمة أجرتها في هذه المدة ألفين ؛ فلا يظهر أن حكمها كحكم الوصية ؛ لأن الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين فلا ضرر على الورثة فيما بعد الموت ؛ لأن الإجارة لما بطلت صارت المنافع مملوكة لهم وفي حياته لا ملك لهم فلا ضرر عليهم فيما يستوفيه المستأجر حال حياة المؤجر ، ومثل الإجارة الاستئجار بأن استأجر شيئاً بأكثر من قيمته وكانت المحابة كثيرة ، فتأمله .

ولا يمكننا الحكم على المرض بأنه مرض موت إلا إذا مات به الشخص ؛ لأنه يؤخذ

من الإضافة أنه هو المرض الذي يكون الموت في نهايته ؛ ولذا لو برئ منه المريض حكماً على جميع تصرفاته بالأحكام التي نحكم بها على تصرفات الأصحاء .

٣٢٢٠ - وقد نصوا على أن جميع تصرفات المريض نافذة في حال حياته ولو كان الغالب الهلاك من هذا المرض ؛ لأنه من الجائز أن يبرأ هو منه وإن كان غيره يموت به ؛ لأن الآجال لا يعلمها إلا الله وكثيراً ما تخلفت ظنون الحكماء ، قال تعالى : ﴿ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ (١) .

ويبنى على ذلك : أنه لو أقر بشيء لغيره ولو كان المقر له وارثاً ؛ يؤمر في الحال بتسليمه له ؛ إذ يجوز برؤه من هذا المرض ، فيكون حكم تصرفه كحكم تصرفات الأصحاء ، ومثل الإقرار بجميع تصرفاته من هبة ، ووقف ، وبيع ، وشراء بمحابة فما دام المريض حيّاً لا يثبت لأحد حق في الاعتراض على هذا التصرف ، فإذا مات ؛ أجرينا على كل تصرف ما يناسبه من الأحكام المتقدمة .

(مادة ٥٦١)

هبة المَقْعَدِ والمَفْلُوجِ والمَسْلُولِ تَنْقُذُ مِنْ كُلِّ مَالِهِ ، إِذَا تَطَاوَلَ مَا بِهِ سَنَةٌ وَلَمْ يُخَشَ مَوْتَهُ مِنْهُ . فَإِنْ لَمْ تَطُلْ مُدَّتُهُ ، وَخِيفَ مَوْتُهُ بِأَنْ كَانَ يَزْدَادُ مَا بِهِ يَوْمًا فَيَوْمًا ، يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ مِنَ التَّلْتِ (٢) .

٣٢٢١ - وإن كان التصرف منجزاً والمتصرف مريض مرض الموت وكان التصرف إخبارياً وهو الإقرار ؛ فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

(١) لقمان : ٣٤ .

(٢) قول الخنفة : جاء في البحر الرائق (٤٨٧/٨) : (والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إن تطاول ذلك ، ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال) ؛ لأنه إذا تقادم العهد صار من طبعه كالعمى والرج ، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت ، ومرض الموت لا يكون سبباً للموت غالباً ، وإنما يكون سبباً للموت إذا كان بحيث يزداد حالاً فحالاً إلى أن يكون آخره الموت ، وأما إذا استحکم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت ، لا يكون سبباً آخره الموت كالعمى ونحوه ، ولهذا لا يستقل بالتداوي ، قال الخنفة : (وإلا فمن التلت) أي : إن لم يتناول يعتبر تصرفه من التلت إذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه ؛ لأنه من ابتدائه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون من مرض الموت ، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعته من التلت ، كذا ذكر الشارح .

الأول : أن يكون الإقرار لغير وارث .

الثاني : أن يكون لوارث .

فإن كان الأول : صح الإقرار ونفذ بلا توقف على تصديق الورثة ولو استغرق جميع ماله . فإذا قال المريض : إن لفلان في ذمتي ألف جنيه مثلاً وكان المقر له أجنبيًا منه ؛ صح هذا الإقرار ، ولا حق لأحد في معارضته ، بل له أن يستوفي كل هذا المبلغ من التركة بعد تسديد ديون الصحة .

وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كان الإقرار لوارث توقف على تصديق بقية الورثة ولو قل المقر به ؛ فإن شاءوا أنفذوه وإن أرادوا إلغائه أبطوه .

ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان المقر به عيّن أو دينًا ، سواء أقر بأن في ذمته لوارثه مائة جنيه مثلاً ، أو كان وارثه مدينًا له فأقر بأنه قبض منه هذا الدين أو من ضامن الوارث في الدين الذي عنده ، فإن هذا كله يتوقف على تصديق الورثة إلا في ثلاث مسائل وسنذكرها قريبًا .

والسبب في ذلك : أن في هذا الإقرار تفضيل بعض الورثة على البعض الآخر بسبب إعطائه شيئًا من المال بعد ما تعلق حق جميعهم به .

وهذا لا ينفذ كالوصية له ؛ لما فيه من إبطال حق الباقيين ؛ وإنما تعلق حقهم بماله لاستغنائهم عنه بعد الموت الذي وجد سببه هو المرض ؛ فلا يمكن من إبطال حق بعضهم بجعل شيء من ماله للبعض الآخر .

ومقتضى هذا السبب : أن لا ينفذ الإقرار للأجنبي أيضًا إلا في الثلث كما في الوصية له ، فإن زاد عن الثلث فلا ينفذ الزائد إلا بتصديق الورثة ؛ لأن فيه إبطال حقهم بعدما تعلق بماله فلا يمكن منه وهو القياس .

ولكنهم أخذوا فيه بالاستحسان تاركين القياس ظهرًا لما ورد عن ابن عمر رضی اللہ تعالیٰ عنهما : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث ؛ فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله وأن أقر لوارث فقير جائز ، إلا أن يصدقه الورثة .

فأخذ علماؤنا بهذا ؛ لأن قول الواحد فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس .

٣٢٢٢ - ووجه هذا الاستحسان : أننا لو لم نقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته في الصحة حذرًا من ضياع أموالهم فينسند عليه طريق التجارة والمداينة فيلحقه الضرر ، فلا يحجر عليه بالنسبة لهذا الإقرار لاحتياجه إلى المعاملة كما لا يحجر عليه في حق

الأجنبي بالنسبة للتبرع له إلى الثلث لحاجته إلى التقرب إلى الله تعالى فيه .
ولكن يقال : إن الحاجة موجودة بالنسبة للوارث أيضًا ؛ لأن الناس كما يعاملون
الأجنبي يعاملون الوارث .
وأجابوا عن ذلك : بأنه قلما تقع المعاملة معه ، لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع
الوارث ، لأنه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل .

(مادة ٥٦٢)

إِقْرَارُ الْمَرِيضِ بِدَيْنٍ لِعَظِيمٍ وَارْتِهَ صَاحِبِهِ ، وَيَتَقَدُّ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ ، وَإِنْ اسْتَفْرَقَهُ . وَكَذَا
إِقْرَارُهُ بِعَيْنٍ ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ بِمُتَمَلِّكِهِ لَهَا فِي مَرَضِهِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٣٦٧/٢) : « (و) قيل (إقرار مريض ولو لوارث) بدين وعين ؛ لأنه
أي : لغير الوارث لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، أما الأول : فلأنه تصرف في خالص ماله وهو يقتضي الجواز ،
وأما الثاني : فلأن المانع من الجواز كان الإرث وقد انتفى (ولو) وصلية كان إقراره (بكل ماله) لما روي عن
ابن عمر رضي الله عنه أنه قال : إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث ؛ فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله .
والقياس : أن لا يصح إقراره إلا في الثلث ؛ لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ،
ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث ، فكذا إقراره وجب أن لا ينفذ إلا في الثلث ، ولكن ترك
القياس لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه . »

قول الشافعية : جاء في الإقناع (٧٧ ، ٧٦/٣) : « (و) قيل (إقرار مريض ولو لوارث) بدين وعين ؛ لأنه
انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذب ويتوب فيها العاصي ؛ فالظاهر أنه لا يقر إلا بتحقيق (ولا يقدم) فيما لو
أقر في صحته بدين وفي مرضه لآخر بآخر ، أو أقر في أحدهما بدين ، وأقر وارثه بآخر (إقرار صحة) على
إقرار مرض (ولا) إقرار (مورث) على إقرار وارث بل يتساويان كما لو أقر بهما في الصحة أو في المرض
وإقرار وارثه كإقراره ؛ فكانه أقر بالدينين . »

قول الخبالية : جاء في المغني (١٢٣/٥ ، ١٢٤) : « (والإقرار بدين في مرض موته ، كالإقرار في الصحة ،
إذا كان لغير وارث) هذا ظاهر المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ
عنه من أهل العلم ، على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز . وحكى أصحابنا رواية أخرى ؛ أنه
لا يقبل ؛ لأنه إقرار في مرض الموت ، أشبه الإقرار لوارث ، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنه لا يقبل
إقراره بزيادة على الثلث ؛ لأنه ممنوع من عطية ذلك لأجنبي ، كما هو ممنوع من عطية الوارث ، فلا يصح
إقراره بما لا يملك عطيته ، بخلاف الثلث فما دون .

ولنا ، أنه إقرار غير متهم فيه ، فقيل : كالإقرار في الصحة ، يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه ،
وإبراء ذمته ، وتحري الصدق ، فكان أولى بالقبول . وفارق الإقرار للوارث ؛ لأنه متهم فيه ، على ما سنذكره . »

٣٢٢٣ - ومثل الإقرار بالدين الإقرار بالعين ، فإذا أقر المريض لوارثه بأن البيت الفلاني مملوك له فلا ينفذها الإقرار إلا بتصديق بقية الورثة ، إما إذا كان الإقرار لأجنبي ؛ فإنه ينفذ وإن لم يكن له مال غيره بدون احتياج إلى تصديق الورثة .

٣٢٢٤ - وقيد بعضهم نفاذ إقرار المريض بالأعيان للأجنبي من جميع ماله بما إذا كان الإقرار حكاية عن شيء ثابت في الماضي .

أما إذا كان الغرض منه ابتداء التملك ، توقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة ، ومعنى ابتداء التملك في الإقرار أن يكون إقرارا في الصورة وهو الحقيقة ابتداء تملك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن الشيء الذي أقر به ملك له ؛ وإنما قصد إخراجها في صورة الإقرار لأجل أن لا يكون فيه منع ظاهر على المقر مريداً بذلك الإضرار بالورثة كما يحصل كثيراً في زماننا .

ولا فرق في ذلك بين ما إذا ملك الشيء المقر به وهو مريض ، أو ملكه وهو صحيح واستمرت ملكيته له حتى مرض .

وهذا القيد حسن ؛ لأن هذا ليس إقرارا في الحقيقة ؛ إذ حقيقة الإقرار هي الحكاية عن ثابت قبله ولهذا كان الإقرار مظهر الملك المقر له لا سبباً للملك كما هو رأى الكثيرين .

٣٢٢٥ - وما يشهد لهذا التقييد : ما ذكره في القنية وهو بالمعنى إذا أقر شخص وهو صحيح بأن البيت الفلاني الذي تحت يديه مملوك لفلان ، ثم مات الأب والابن مريض فلا يستحق المقر له البيت إلا إذا كان يخرج من ثلث المال ؛ لأن إقرار الابن متردد بين أن يموت الابن أولاً فيبطل أو الأب أولاً فيصح فصار كالإقرار المبتدأ في المرض .

(مادة ٥٦٣)

إِقْرَارُ الْمَرِيضِ لِوَارِثِهِ بِاطِّلٍ ، إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ ، سَوَاءَ كَانَ إِقْرَارًا بِعَيْنٍ أَوْ ذَنْبٍ عَلَيْهِ لِلْوَارِثِ أَوْ بِقَبْضِ ذَنْبٍ لَهُ مِنَ الْوَارِثِ أَوْ مِنْ كَفِيلِهِ ، إِلَّا فِي صُورَةِ مَا إِذَا أَقْرَأَ بِاسْتِهْلَاكِ وَدَيْعِيهِ الْمَعْرُوفَةِ الَّتِي كَانَتْ مُودَعَةً عِنْدَهُ ، أَوْ أَقْرَأَ بِقَبْضِهِ مَا كَانَ وَدِيْعَةً عِنْدَ وَاْرِثِهِ ، أَوْ بِقَبْضِ مَا قَبْضَهُ الْوَارِثُ بِالْوَكَاةِ مِنْ مَدْيُونِهِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٢٥/٥) : (وإن أقر المريض لوارثه بطل ، إلا أن يصدقه بقية الورثة) وقال الشافعي بطلته يجوز إقراره له بناء على أصله أنه لا يخبر عليه فيما فيه فكأن رقبته لما فيه من =

= إظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كإقراره لأجنبي وبارث آخر ، وبوديعة مستهلكة للوارث ، وهي معروفة بأن أودعها على رءوس الأشهاد .

ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين » وقول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما إذا أقر الرجل في مرضه بدين غير وارث فإنه جائز ، وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فقير جائز إلا أن يصدقه الورثة ؛ ولأن فيه إثبات بعض الورثة بماله بعدما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية له ؛ وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من إبطال حقهم بالإقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم ، وهو القياس في الإقرار للأجنبي ، إلا أنا تركناه ؛ لأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذراً من إتياء أموالهم فيسند عليه طريق التجارة والمداينة ، فيخرج حرجاً عظيماً فلا يخبر عليه في حقه لحاجته إلى المعاملة ، كما لا يحجر عليه في حقه من التبرع إلى الثلث لحاجته إلى التقرب إلى الله تعالى فيه بخلاف الوارث ؛ لأن المعاملة معه نادرة ؛ إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدي إلى سد بابها ، والإقرار بالنسب من حوائجه الأصلية ؛ لأنه يحتاج إلى بقاء نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة ؛ ولأن الإقرار بالنسب ليس فيه إبطال حقهم قصداً ، وإنما يبطل حقهم بالموت بشرط أن يتحد دينهما وفي الإقرار يبطل في الحال بإقراره قصداً فافتراقاً ولا تهمة في الإقرار الوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرها فيقبل إقراره ؛ لأن رده كان للتهمة فانتهى الحكم بانتفائها ، ألا ترى أن لو كذبناه فمات وجب الضمان من ماله ؛ لأنه مات مجهلاً ، وعليه بينة ، فلا فائدة في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل إقراره باستهلاكها إلا أن يصدقه بقية الورثة ؛ لأن الحنجر كان لحقهم ، فإذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم ، وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح إلا أن يصدقه البقية » .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٤٦/٢ ، ٢٤٧) : « (ولا يجوز) أي : ولا يصح (إقرار المريض) مرضاً مخوفاً (لوارثه بدين) في ذمته حيث كان يتهم على الإقرار له ، كما لو أقر لشخص من الورثة مع وجود مساويه وأولى لأقرب منه (أو) أي : ولا يجوز إقرار المريض (بقبضه) أي : بقبض الدين الذي على وارثه المتهم على الإقرار له كما لو قال : الدين الذي كان على ابني البار أو الصغير مع وجود العاق أو الكبير قد أداه إلي ، والحال أنه لا بينة له فلا يقبل منه ذلك .

قال خليل : يؤخذ المكلف بلا تخبر بإقراره لأهل لم يكذبه ولا يتهم كالعبد في غير المال بل بما يوجب على نفسه عقوبة فإنه يصح ، وأخرس ومريض إن ورثه ولد لأبعد ، أو لملاطفته ؛ فإنه يصح لعدم الاتهام ، واعلم أن قيد الاتهام إنما يعتبر في إقرار المريض وفي إقرار الصحيح المحجور عليه كمن أحاط الدين بماله ، ولا يعتبر في إقرار الصحيح غير المحجور عليه ؛ ولذا قالوا بصحة إقرار الزوج لزوجته ولو علم ميله لها ، وإنما فصلوا في إقراره في حال مرضه فقالوا : إن علم ميله لها لا يصح ، وإن علم بغضه لما صح ، وإن جهل حاله معها صح إن ورثه ابن ولو صغيراً ، وكذا لو ورثه بنون حيث لم تنفرد بولادة الصغير ، فلا يصح لانتهامه ، والمرض الخفيف بمنزلة عدمه ، ولما قدم أن إقرار المريض لمن يتهم عليه غير صحيح وكان إيصاله بالحج عنه ربما يتوهم منه » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٢٤/٥) : « (وإن أقر لوارث ، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بينة) وبهذا قال شريح ، وأبو هاشم ، وابن أذينة ، والنخعي ، ويحيى الأنصاري ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وروي ذلك عن =

٣٢٢٦ - فهذا كالتنصيب على أن المريض إذا أقر بعين في يده للأجنبي إنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه إياه في حال مرضه معلوماً حتى يمكن جعل إقراره إظهاراً لحق المقر له لا تمليكا ، أما إذا علم تمليكه في حال مرضه فإقراره لا ينفذ إلا من ثلث المال .

وقال في الفصول العمادية : إقرار المريض للأجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال وهو صريح فيما تقدم من التقييد .

٣٢٢٧ - وقد جاء في مادة (١٦٠١) من المجلة : والإقرار لأجنبي صحيح من جميع المال في مرض الموت إذا لم يكن عليه دين الصحة ولم يعلم أن المقر ملكه بسبب هبة أو إرث أو شراء أو مدة قرية .

٣٢٢٨ - وأما إذا علم أن المريض كان ملكه بسبب مما ذكر ، وكان قريب عهد في تمليكه ؛ فيكون من الثلث ، سواء حمل على الوصية إن كان في مذاكرة الوصية ، وإلا فعلى الهبة إذا كان معلوماً ذلك عند كثير من الناس ، فهذا صريح في أن الإقرار لا ينفذ من جميع المال إلا إذا كان المقر له مالكا للشيء المقر به والإقرار أظهر ذلك . أما إذا كان الغرض منه ابتداء تمليك في الحال فلا ينفذ إلا من الثلث ؛ وإنما أكثرنا في هذه المسألة من المنقول ؛ لأن بعضهم ينكر هذا التقييد ولا يفرق بين حقيقة الإقرار ومجازة مع أنه في غاية الحسن ولم يحمل المطلق على المقيد فيزول ما عندهم من الإشكال .

٣٢٢٩ - إذا تقرر هذا فينبغي أنه متى حصل نزاع في إقرار ورفعت المسألة إلى القاضي ، بحثها ، مدقق فينظر إلى الأغراض لا إلى الألفاظ حتى يصل إلى الحقيقة فيحكم بما تقتضيه .

= القاسم ، وسالم ، وقال عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، وأبو ثور : يقبل ؛ لأن من صح الإقرار له في الصحة ، صح في المرض ، كالأجنبي ، وللشافعي قولان كالْمُذْهِبِينَ .

وقال مالك : يصح إذا لم يتهم ، ويظن إن اتهم ، كمن له بنت وابن عم ، فأقر لابنته ، لم يقبل ، وإن أقر لابن عمه ، قبل ؛ لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه ، وعلّة منع الإقرار التهمة ، فاختص المنع بموضعها .

ولنا : أنه إيصال ماله إلى وارثه بقوله في مرض موته ، فلم يصح بغير رضی بقیة ورثته ، كهنته ؛ ولأنه محجور عليه في حقه ، فلم يصح إقراره له ، كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الأجنبي ؛ فإن هبته له تصح ، وما ذكره مالك لا يصح ؛ فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها ، فوجب اعتبارها بمطنتها وهو الإرث ، وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما .

٣٢٣٠ - ويستثنى من عدم نفاذ إقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل ؛ فالإقرار فيها نافذ وإن لم يصدقه الورثة :

الأولى : إذا كان للوارث وديعة معروفة عند مورثه بأن أودع عنده ألف جنيه مثلاً يد شهود ، سواء كان ذلك في صحته أو في حال مرضه فأقر المريض بأنه استهلكها ، نفذ . وإن عارضت الورثة فيه ، وحيثُ يثبت للمقر له استيفاء هذا المبلغ من التركة قبل قسمتها عليهم ؛ لأن قضاء الديون مقدم على الإرث .

٣٢٣١ - وسبب استثناء هذه المسألة : أن الضمان واجب في تركته وإن لم يقر ؛ لأن الوديعة متى كانت معروفة ومات المودع مُجهلاً لها ولم توجد في تركته ثبت للمودع أخذ بدلها ، لأن الأمانات تضمن بموت الأمين غير مبين لها فالإقرار وعدمه في الحقيقة ، سواء بالنسبة للضمان .

الثانية : إذا كان للمورث وديعة عند الوارث فأقر وهو مريض بأنه قبضها منه ، صح هذا وإن لم تصدقه الورثة فلا حق لهم في مطالبته بها .

والسبب في ذلك : أنه إذا مات ولم يقر بالقبض فادعى الوارث أنه سلمها له في حياته صدق في دعواه من غير إقامة بينة ، لأنه أمين وحكمه ما ذكر ؛ ولذا كان هذا الحكم غير خاص بالوديعة ، بل هو شامل لجميع الأمانات كالعارية ، ومال الشركة ، والمضاربة فمتى أقر بقبضها من وارثه نفذ وإن لم تصدقه الورثة للسبب المتقدم .

الثالثة : إذا أقر بقبض ما قبضه الوارث من مديونه بطريق الوكالة فإذا فرضنا أن المورث كان دائئاً لشخص ووكل وارثه في قبض الدين منه ، ثم أقر وهو مريض بأنه استلم الذي قبضه وارثه من مديونه بطريق التوكيل نفذ هذا الإقرار وإن لم تصدقه الورثة ؛ لأن الوكيل أمين في مال الموكل فيكون السبب ما ذكر في سابقتها .

وقال الإمام الشافعي رضى الله تعالى عنه في أحد قوليه: إن إقرار المريض لوارثه نافذ وإن لم تصدقه الورثة .

ووجه هذا القول : أن الإقرار مظهر حقاً ثابتاً وقد ترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال ، فإن حال المرض أدل على الصدق ؛ لأنه حال تدارك الحقوق ، فلا يجوز أن يثبت الحُجْر عن الإقرار به ، فصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وهذا جائز بالاتفاق ؛ فليكن هذا مثله .

٣٢٣٢ - وفصل الإمام مالك في ذلك فقال : بالنفاذ وإن لم يصدقه باقي الورثة إن لم يكن مُتَّهَماً فيه وبعدم النفاذ إلا بتصديق الورثة إذا كان متهمًا .

٣٢٣٣ - فإذا فرض أن شخصاً مريضاً مرض الموت ليس ورثة إلا بنتاً وابن عم شقيق أو لأب فأقر لابنته بشيء من أمواله ، توقف النفاذ على تصديق ابن العم ؛ لأنه متهم فيه ؛ إذ الظاهر أنه يريد تفضيل بنته على أبن عمه ولو كان الإقرار لابن العم نفذ ؛ وإن لم تصدقه البنت ؛ لأنه لا يتهم في أنه يريد تفضيله على بنته فيكون الظاهر أنه صادق في هذا الإقرار فينعدم التهمة وهو تفضيل بهم المتتبعين للحقائق .

٣٢٣٤ - وأما الإمام أحمد فهو موافق للإمام الأعظم أبي حنيفة .

(مادة ٥٦٤)

الْبَيْزَةُ بِكَوْنِ الْمَقْرُ لَهُ وَإِرثًا أَوْ غَيْرِ وَإِرثِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ .
وَمَعْنَى كَوْنِهِ وَإِرثًا عِنْدَ الْإِقْرَارِ : أَنَّهُ قَامَ بِهِ سَبَبٌ مِنْ أَشْبَابِ الْمِيرَاثِ ، وَلَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ مِيرَاثِهِ مَانِعٌ عِنْدَ الْمَوْتِ .

فَلَوْ أَقْرَ لَغَيْرِ وَإِرثِ بِهَذَا الْمَعْنَى ؛ جازَ وَإِنْ صَارَ وَإِرثًا بَعْدَ ذَلِكَ ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ إِرثُهُ بِسَبَبِ حَدِيثٍ بَعْدَ الْإِقْرَارِ ؛ كَمَا لَوْ أَقْرَ لِأَجْنَبِيَّةٍ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ السَّبَبُ قَائِمًا ، لَكِنَّ مَنَعَ مَانِعٌ ثُمَّ زَالَ بَعْدَهُ ، كَمَا لَوْ أَقْرَ لِابْنِهِ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ ، ثُمَّ أَسْلَمَ ، فَإِنَّهُ يَبْتَطُلُ الْإِقْرَارُ ، وَكَذَا لَوْ أَقْرَ لِأَخِيهِ الْمُتَّحِبِّ بِاخْتِلَافِ دِينِ أَوْ وُجُودِ ابْنِ إِذَا زَالَ حُجْبُهُ بِإِسْلَامِهِ أَوْ مَوْتِ الْإِبْنِ ؛ لَا يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ وَزَوَالِ الْمَانِعِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَلَوْ أَقْرَ لِأَخِيهِ مَثَلًا ثُمَّ وَلِدَ لَهُ ابْنٌ وَاسْتَمَرَّ حَيًّا إِلَى الْمَوْتِ ، يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لَوْجُودِ الْمَانِعِ عِنْدَ الْمَوْتِ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (١٤٤/٤ ، ١٤٥) : (المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثاً للمريض في وقت وفاته ، أما الوراثة الحادثة بسبب حاصل في وقت وفاة المقر ، ولم تكن قبلاً ؛ فلا تكون مانعة لصحة الإقرار ، فعليه إذا أقر أحد في مرض موته بمال لامرأة أجنبية ثم تزوجها ومات يكون إقراره نافذاً ، وأما الإقرار لمن كانت وراثته قديمة ، ولم تكن حاصلة بسبب حادث كهذا ؛ فلا يكون إقراره نافذاً ، مثلاً لو أقر من له ابن لأحد إخوته من أبوين بمال ثم مات بعد موت ابنه لا يكون إقراره نافذاً ؛ لما أن أخاه يرثه من حيث كونه أمثلاً له) . المراد من الوارث في هذا المبحث أي : في مبحث الإقرار للوارث ؛ هو الذي كان وارثاً للمريض وقت وفاته ، وليس الوارث للمريض ، وقت إقراره ، وللورثة أربع صور ، الصورة الأولى : أن يكون المقر له وارثاً وقت الإقرار ، وغير وارث وقت الموت فهذا الإقرار جائز مثلاً لو أقر من لا ولد له في مرض موته لأخيه بمال ثم ولد له ولد بعد الإقرار كان إقراره صحيحاً حيث إنه حين وفاة المقر كان ولده مولوداً فأصبح أخوه غير وارث ، فلذلك لو أقر أحد في مرض موته ؛ بأنه استوفى =

= من بنته المتوفية مطلوبه (المائة درهم) ، وأنكر ابنه الاستيفاء بإقراره صحيح ؛ لأن البنت المتوفية ليست بوارثة . كذلك لو أقر أحد في مرض موته لزوجته بدين كذا دراهم وتوفت الزوجة ثم توفي المقر بعد ذلك كان إقراره صحيحاً ؛ لأن الزوجة المتوفية ليست بوارثة .

وقد جاء في الدر المختار : أن الميت ليس بوارث كما لو أقر لامرأة في مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك وارثاً منكرها لما أقر به صح إقراره .

الصورة الثانية : أن يكون المقر وارثاً وقت الإقرار ووقت الموت معاً ، وفي ذلك احتمالان : الاحتمال الأول : أن يكون المقر له وقت الإقرار ووقت الموت وارثاً ، ولا يخرج من الورثة أثناء ذلك ، وحكم ذلك قد مر في المادة (١٥٩٨) . الاحتمال الثاني : أن يكون المقر له وقت الإقرار ووقت الموت وارثاً ، إلا أنه قد خرج من الورثة أثناء ذلك ، وهذا الإقرار عند الإمام أبي يوسف غير صحيح .

مثلاً : لو أقر المريض الذي لا ولد له ؛ لأحد إخوانه لأبويه بمال ثم ولد له ولد وتوفي بعد ذلك الولد ثم توفي المريض ؛ بإقراره لأخيه غير صحيح ، كذلك لو أقر المريض في مرض موته لزوجته بمال ، وأبانها بعد الإقرار ثم تزوجها بعد انقضاء عدتها ثم توفي المريض في ذلك المرض ؛ فلا يصح إقراره ؛ لأن المقر متهم في إقراره للتطبيق ، والزواج والإقرار المذكور صحيح عند الإمام محمد ؛ لأن عدم جواز الإقرار هو السبب الموجود وقت الإقرار ، وبقاء الورثة فإذا لم يبق السبب فالإقرار يكون صحيحاً .

الصورة الثالثة : أن يكون المقر له غير وارث في وقت الإقرار ، وفي وقت الموت معاً ، وحكم ذلك قد ذكر في المادة (١٥٩٦) .

الصورة الرابعة : أن يكون المقر له غير وارث وقت الإقرار ووارثاً وقت الموت ويوضح حكمه على الوجه الآتي ، وهو : إذا كانت وراثة المقر له وقت الموت لسبب كان موجوداً وقت الإقرار فالإقرار غير صحيح ، وإذا كان لسبب جديد ، فالإقرار صحيح ، وهذه الصورة توضح في الفقرات الآتية : أما إذا كان المقر له وقت الإقرار غير وارث للمقر ثم أصبح وارثاً له وقت الوفاة بسبب حادث بعد الإقرار ، فلا تمنع الورثة الحاصلة على هذا الوجه صحة الإقرار ؛ فلذلك لو أقر أحد في مرض موته بمال لامرأة أجنبية ثم تزوجها وتوفي المقر بعد ذلك ؛ فيكون إقراره نافذاً ؛ لأنه حين وقوع الإقرار كان الإقرار لأجنبي وليس لوارث فلذلك يكون نافذاً ولازماً ، ولا يبطل بعد ذلك ، والحكم في الهبة والوصية ليس على هذا الوجه .

مثلاً لو وهب ، أو أوصى أحد بمال لامرأة أجنبية في مرض موته ثم تزوجها وتوفي بعد ذلك فلا تصح الهبة ، والوصية ؛ لأن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، والهبة في مرض الموت وصية أيضاً ، والحال أن تلك المرأة تكون وارثة بعد الموت ، أما إذا كان المقر غير وارث وقت الإقرار ، وكانت وراثته الحاصلة بعد ذلك ليست حاصلة بسبب حادث بل كانت بسبب قديم ؛ فلا ينفذ إقراره أيضاً ، مثلاً لو أقر من له ولد في مرض موته بمال لأحد إخوانه لأبوين وبعد وفاة ولده توفي المقر بذلك المرض ، فحيث إن المقر له كان أخاه ، وأصبح وارثاً له وبما أن الأخوة سبب قديم فلا ينفذ ذلك الإقرار ؛ لأن المريض محجور من الإقرار للوارث ، والأخ وارث إلا أنه محجور بالابن وبزوال الحاجب قبل الموت ؛ فالأخ قد ورث بالسبب الموجود وقت الإقرار ، والخجّر مستند إلى وقت الإقرار ، وأما في الأجنبية : فسبب الإرث يثبت بعد الإقرار فلا يمكن استناد الخجّر =

٣٢٣٥ - فالذي علم هذا أن الإقرار يختلف حكمه بالنسبة للوارث ولغيره فإذا لا بد من معرفتهما حتى نحكم على كل واحد بالحكم الذي يناسبه فاصغ للتفصيل الذي ينتفي عليك حتى يتميزا عن بعضهما ، وهو أن الشخص المريض إذا أقر لغيره بشيء من أمواله فلا يخلو حال ذلك الغير من أمور أربعة :

الأول : أن يكون وارثاً للمقر وقت الإقرار ، وليس وارثاً له وقت الموت .

الثاني : أن يكون وارثاً وقتها ؛ وليس وارثاً فيما بينهما .

الثالث : أن يكون غير وارث وقت الإقرار ؛ ولكنه صار وارثاً وقت الموت .

الرابع : أن يكون غير وارث وقتها .

٣٢٣٦ - فإن كان الأول : نفذ الإقرار وإن لم تصدقه الورثة .

وينبغي على ذلك : أنه كان للمريض أخوة وليس له ابن فافر لأحد أخوته بشيء ثم ولد ابن واستمر حيًا ، مات أبوه اعتبر الأخ أجنبيًا منه ، فيستحق الشيء المقر به اتفاقًا ؛ لأنه غير وارث وقت موت المقر ؛ إذ الابن يحجب جميع الأخوة من الميراث .

٣٢٣٧ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان وارثاً وقتها ولم يكن وارثاً فيما بينهما ، ففيه خلاف . فأبو يوسف يعتبره وارثاً فيقول : لا ينفذ الإقرار إلا بتصديق الورثة . ومحمد يعتبره أجنبيًا فيقول : ينفذ وإن لم يصدقه .

ويضرب على هذا : أنه إذا أقر الزوج لزوجته وهو مريض ثم أبانها وبعد انقضاء عدتها تزوجها ثانيًا ومات وهي زوجته ، فلا يكون الإقرار نافذًا إلا بتصديق الورثة عند أبي يوسف ؛ ويكون نافذًا وإن لم يصدقه عند محمد .

ووجه أبو يوسف كلامه ، بأن العبرة بحالة الإقرار وحالة الموت ؛ لأن حالة الإقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم ، فلا يعتبر ما بينهما ؛ إذ لا تعلق للحكم به خصوصًا وأن المقر متهم في الطلاق .

ومحمد يقول : إن المقر له لما صار أجنبيًا ؛ نفذ الإقرار كما لو أنشأه في هذا الوقت ،

= إلى ما قبل العلة ، كذلك لو أقر الأخ المسلم لأخيه النصراني فأسلم المقر له قبل وفاة المقر ثم توفي المقر فلا يصح إقراره حيث قد أصبح أخوه وارثاً له ؛ لأن الأخوة التي هي سبب الإرث كانت قائمة وقت الإقرار . كذلك لو أقر أحد في مرض موته بمال لأجنبي مجهول النسب ثم ادعى بأن ذلك الأجنبي ولده ، وكان المقر له أهلاً للتصديق وصدق ذلك الإقرار بالنسب فيثبت نسبه ، ويظل الإقرار لوجود الورثة وقت الموت ، أما إذا كذب الأجنبي كونه ولدًا للميت ، أو كان نسبه معروفًا فيكون الإقرار صحيحًا لعدم ثبوت النسب .

ألا ترى أنه لو لم يتزوجها ثانيًا كان نافذاً فلا يؤثر العقد بعد ذلك ؟
وبعضهم قال : إن أبا يوسف رجع عن قوله ووافق محمدًا .

٣٢٣٨ - وإن كان الثالث : وهو ما إذا كان غير وارث وقت الإقرار ثم صار وارثًا وقت الموت ؛ ففيه تفصيل ؛ لأن استحقاقه للإرث إما أن يكون بسبب موجود وقت الإقرار ، وأما أن يكون بسبب حادث بعده ، فإن كان الأول : اعتبر وارثًا بالاتفاق ، فلا ينفذ الإقرار إلا بتصديق الورثة ، وإن كان الثاني : اعتبر أجنبيًا اتفاقًا ، فينفذ وإن لم يصدقوه . على الأول : أنه إذا أقر شخص وهو مريض مرض الموت لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت أبيه ومات الأب بعد ذلك ، فلا يستحق الأخ الشيء المقر به إلا إذا صدقه الورثة ؛ لأن السبب الذي استحق به الإرث وقت موت المقر وهو القرابة كان موجودًا وقت الإقرار ؛ ولكنه كان غير وارث وقت وجود الحاجب له وهو الابن ، ومثل هذا ما إذا أقر الشخص لأخيه المخالف له في دينه ثم أسلم قبل وفاته ؛ لأن سبب الإرث وهو القرابة كان موجودًا وقت الإقرار وإن كان هناك مانع منه وهو اختلاف الدين .
ويضرب على الثاني : أن المريض إذا أقر لامرأة أجنبية منه ثم تزوجها ومات وهي على ذمته ؛ استحققت جميع المقر به ، وإن عارضت الورثة ؛ لأن السبب الذي ورثت به وهو الزوجية لم يكن موجودًا وقت الإقرار .

٣٢٣٩ - وإن كان الرابع : وهو ما إذا كان غير وارث وقتها بأن أقر لشخص غير قائم به سبب من أسباب الميراث ومات وهو كذلك ، ولو وجد السبب فيما بينهما اعتبر المقر له أجنبيًا فيستحق جميع المقر به وإن لم تصدقه الورثة .

فإذا أقر لامرأة أجنبية منه وهو مريض ثم تزوجها وطلقها ومات وهي خارجة عن ذمته ، أو لم يتزوجها ؛ استحققت جميع المقر به ولو عارضت الورثة .

ومتى عرفت هذه الأحوال يمكنك أن تخرج أى مثال يرد عليك تابعًا للحالة التي هو منها ، ولا يخفى عليك بعد معرفة ما ذكر أن الوارث هنا يخالف الوارث بالنسبة للوصية ؛ إذ المعتبر فيه بالنسبة لها أن يكون وارثًا وقت موت الموصى بقطع النظر عن وقت الوصية .

(مادة ٥٦٥)

إِذَا أَمَرَ الْمَرِيضُ بِدَيْنٍ أَوْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ لِمَنْ طَلَّقَهَا بَائِثًا بِطَلْقِهَا فِي مَرَضٍ مُؤْتَمِرٍ ، فَلَهَا الْأَقْلُ مِنَ الْإِرْثِ وَمِنَ الدَّيْنِ أَوْ الوَصِيَّةِ إِنْ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا .
وَإِنْ طَلَّقَهَا بِلاَ طَلْبِهَا ، فَلَهَا المِيرَاثُ بِأَلْفَا مَا بَلَغَ إِنْ مَاتَ فِي عِدَّتِهَا (١) .

٣٢٤٠ - ومن التصرفات التي اتهموا فيها المريض ونظروا فيها لحق الورثة إقراره أو وصيته لمن أبانها ، وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً وهو مريض مرض الموت وأقر لها بدين أو أوصى لها بوصية ثم مات من مرضه هذا ؛ قالوا : إن هذا الطلاق إما أن يكون بطلبها ، وإما أن يكون بغيره ، فإن كان الأول : ومات قبل انقضاء عدتها واستحقت أقل الشيتين وهما : مقدار ما ترثه منه والدين المقر به لها ، أو المبلغ الموصي لها به والسبب في ذلك : تهمة المواضعة بين الزوجين ؛ إذ يجوز أن الزوج يريد أن يعطي لزوجته أكثر مما تستحقه في الميراث لو مات وهي على ذمته ، فيتفقان على طلبها الطلاق لينفتح لهما باب الإقرار ، أو الوصية ، فيرد عليهما هذا القصد السيئ نظراً لحقوق الورثة ، ولا تهمة في أقلهما ؛ فثبتت ويعطى لها بحكم الإقرار لا بحكم الإرث ؛ ولذا لا تصير شريكة في أعيان التركة .
فإن مات بعد انقضاء عدتها استحقت كل المقر به أو الموصى به ؛ لأنها والحالة هذه تكون أجنبية منه ؛ إذ الإرث لا يتأتى بعد انقضاء العدة .

٣٢٤١ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان الطلاق بغير طلبها ، فلها الميراث بالغا قدره ما بلغ إن مات في عدتها ؛ لأنه والحالة هذه يكون هارباً من إرثها ، فيرد عليه قصده السيئ فترثه ، فإن استمر حيّاً حتى انقضت عدتها ومات ، استحقت الوصية أو المقر به ؛ إذ لا إرث بعد انقضاء العدة ، وقد تقدم ذلك مستوفى في طلاق المريض .

(١) قول الحنفية : جاء في تبين الحقائق ٢٦/٥ ، ٢٧ : « ولو أقر لمن طلقها ثلاثاً فيه (أي : في المرض) فلها الأقل من الإرث والدين (هذا إذا طلقها بسؤالها ، وإن طلقها بلا سؤالها ، فلها الميراث بالغاً ما بلغ ، ولا يصح الإقرار لها ؛ لأنها وارثة ؛ إذ هو فار ، وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما إذا طلقها بسؤالها ، فإنها لا ترث لكن لما أقر لها بالدين بقيا متهمين فيه ؛ لأن الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الإقرار لها فتعطى أقلهما رثاً لقصددهما ، وعلى هذا إذا أوصى لها تعطى الأقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا ، وقد ذكرنا المسألة بشعبها في الطلاق » .

(مادة ٥٦٦)

إِبْرَاءُ الْمَرِيضِ مَذْيُونُهُ وَهُوَ مَذْيُونٌ بِمُسْتَشْفَرِي غَيْرِ جَائِزٍ ، إِنْ كَانَ الْمَذْيُونُ أجنبيًا مِنْهُ .
وَإِبْرَاؤُهُ مَذْيُونُهُ الْوَارِثُ لَهُ غَيْرِ جَائِزٍ مُطْلَقًا ، سِوَاءَ كَانَ الْمَرِيضُ مَذْيُونًا أَمْ لَا ، وَسِوَاءَ
كَانَ الدَّيْنُ ثَابِتًا لَهُ عَلَيْهِ أَوْ كَفَالَةً ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية (٥٤/٢ ، ٥٥) : « مريضة مرض الموت أبرأت فيه زوجها من دين لها بذمته ومن مؤخر صداقتها المعلوم لها عليه وماتت من مرضها المذكور عنه وعن ابن وبنت من غيره لم يجيزوا الإبراء المذكور ، فهل يكون الإبراء غير جائز ؟

(الجواب) : نعم ، قال في التنوير : إبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز أي : لا يجوز إن كان أجنبيًا ، وإن كان وارثًا فلا يجوز مطلقًا سواء كان المريض مديونًا أو لا للثمة . ا هـ .

مريض أبرأ وارثه من دين له عليه أصلًا أو كفالة بطل ، وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره ، وجاز إبراؤه الأجنبي من دين له عليه إلا أن يكون الوارث كفيلاً عنه فلا يجوز ؛ إذ يبرأ ببراءته ولو كان الأجنبي هو الكفيل عن الوارث جاز إبراؤه من الثلث ، ولم يجز إقراره بقبض شيء منه ؛ إذ فيه براءة الكفيل فصولين وفيه عن الجامع أقر أنه أبرأ فلانًا في صحته من دينه لم يجز ؛ إذ لا يملك إنشاءه للحال ، فكذا الحكاية بخلاف إقراره بقبض ؛ إذ يملك إنشاءه بتملك الإقرار به ومر أن إقراره لوارثه لم يجز حكاية ولا ابتداء ، وللأجنبي يجوز حكاية من كل ماله وابتداء من ثلثه . ا هـ . وما عزاه إلى الجامع نقله في البدائع أيضًا ، ثم إن الذي يظهر لي في الجواب عن مسألة الإبراء المارة أن الإبراء نافذ من ثلث المال ؛ إذ لا يخفى أنه تبرع بلا عوض ، وقد صرحوا بأن تبرع المريض من الثلث ، فقوله فيما مر : « وجاز إبراء الأجنبي » أي : من الثلث وقوله : « إذ لا يملك إنشاءه للحال » أي : من كل ماله ، وهذا الجواب أحسن مما تقدم ، ثم رأيت ذلك مصرحًا به في الجوهرة حيث قال : وإن قال المريض قد كنت أبرأت فلانًا من الدين الذي عليه في صحتي لم يجز ؛ لأنه لا يملك البراءة في الحال فإذا أسندها إلى زمان متقدم ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، حكمتنا بوجودها في الحال فكانت من الثلث . ا هـ . ولله الحمد لكنه مخالف لقوله فيما مر : « وللأجنبي » يجوز حكاية من كل ماله وابتداء من ثلثه ، وسنذكر في جواب السؤال الآتي تمام الكلام على ذلك ثم اعلم أنهم قد ذكروا هنا عبارات ظاهرها متناقض ، منها ما مر ، ومنها ما في الخلاصة أن المريض إذا أقر باستيفاء دين الصحة في المريض يصح سواء كان عليه دين صحة أو لا . ا هـ .

ومثله في الولوالجية فهذا أيضًا مخالف لما مر من قوله : لا يصدق في قبض الثمن إلا بقدر الثلث ومثله ما في الخلاصة أيضًا لو أقر بقبض دين له كان في المرض صدق من الثلث وبخالفه ما في الحانية لو باع المريض عيّنًا من أعيان ماله من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن صح من جميع ماله . ا هـ . ومنها ما في الخلاصة أيضًا من قوله : « ولو أقر باستيفاء دين أقرضه في مرضه لا يصح لو عليه دين صحة وإلا جاز » . ا هـ . فقوله : « وإلا جاز » يقتضي أن يصدق من كل المال لا من الثلث فقط قال في نور العين ولعل في هذه المسألة أيضًا روايتين أو أحد قوليه سهو والله أعلم . ا هـ .

وقد علمت قوله المار : « الظاهر أن هذا » أي : تصديقه من كل المال أصح ، ولكن فيه تفصيل ، قال شيخ =

= مشايخنا السائحاني : وفي البدائع : فإن أقر المريض باستيفاء دين وجب في حال الصحة يصح سواء كان عليه دين الصحة أو لا ، وإن أقر باستيفاء دين وجب له في حالة المرض ، فإن وجب بدلاً عما هو مال لا يصدق في حق غرماء الصحة ويصدق في حقهم فيما وجب بدلاً عما ليس بمال . ا هـ . وظاهر إطلاقه : أنه يصدق وينفذ من كل التركة ، وهو صريح المحيط ويظهر لي العمل بما في الخلاصة فيما فيه تهمة ، والمراد بالتهمة ما إذا قامت قرينة دالة على أن مراده إضرار الورثة أو الغرماء ؛ وأنه كاذب في ذلك الإقرار ويؤيده ما في حاشية البيري عن التارخانية : أشهدت المرأة شهوداً على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهوداً على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد والشهود يعلمون ذلك ، وسعهم أن لا يقبلوا الشهادة إلخ ، ولا يخفى أن المراد الإشهاد في حال الصحة ؛ إذ الإقرار في المرض للوارث غير صحيح أصلاً ، ولو شهد الشهود به فحيث سوغوا للشهود عدم الشهادة فيما إذا قصد المقر الإضرار ؛ لأنه جور ، فينبغي للقاضي عدم سماع تلك الدعوى حيث علم ذلك أو قامت له عليه قرينة ظاهرة ، ومثله ما إذا أقر المريض بقبض دينه من الأجنبي لكن هنا إقراره له قد يكون بطريق الإبراء أو الوصية ، فينبغي نفاذه من الثلث ؛ لأن إبراء الأجنبي جائز بخلاف الوارث هذا غاية ما تحرر في هذا المقام ، وبأني قريباً فيه مزيد كلام ، والله تعالى أعلم .

قول الحنابلة : جاء في المعني (٣٨٢ ، ٣٨١/١٠) : « وإذا كاتب عبداً في صحته ، ثم أعتقه في مرض موته ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته ، أو مال كتابته ، عتق ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان ، وقيمة المكاتب مائة ، ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإننا نعتبر قيمته دون مال الكتابة ، وهي تخرج من الثلث .

ولو كان مال الكتابة مائة ، وقيمته مائة وخمسون ، اعتبرنا مال الكتابة ، ونفذ العتق ، ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها ؛ وإنما اعتبرنا الأقل ؛ لأن قيمته إن كانت أقل ، فهي قيمة ما أنلف بالإعتاق ، ومال الكتابة ما استقر عليه ؛ فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه ، أو يمتنع من أدائه ، فلا يجبر عليه ، فلم يحتسب له به ؛ وإن كان عوض الكتابة أقل ، اعتبرناه ؛ لأنه يعتق بأدائه ، ولا يستحق السيد عليه سواه ، وقد ضعف ملكه فيه ، وصار عوضه ؛ وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون ماله سوى المكاتب قيمته مائة ؛ فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ، ونعمل بحسابه ، فيعتق منه ثلثاه ، ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة ، فإن أداه ، عتق ، وإلا رق منه ثلثه .

ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين ، بقي ثلثه بخمسين ، فأداه ، أن يقول : قد زاد مال الميت ؛ لأنه حسب على الورثة بمائة ، وحصل لهم بثلثه خمسون ، فقد زاد مال الميت ، فينبغي أن يزيد بما عتق منه ؛ لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد ، والإرث عنه ، ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه ؛ لأن ربه يجب إيتاؤه للمكاتب ، فلا يحسب من مال الميت .

فعلی هذا ، إذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين ، وقيمة العبد مائة ، وللميت مائة أخرى ، عتق من العبد ثلثاه ، وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون ، عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة ، فقد زاد لهم ثلث الخمسين ، فيعتق من العبد قدر ثلثها ، وهو تسع الخمسين ، وذلك نصف تسعة ، فصار العتق ثابتاً =

٣٢٤٢ - ومن التصرفات التي جعلوا حكمها حكم الوصية : إبراء المريض مدينه من الدين أى : التنازل له عنه ، ولما كان لا يمكننا الحكم على الوصية في أول الأمر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله أو لا تنفذ في شيء منه ، لأن ذلك يختلف باختلاف حال الموصى والموصى له والموصى به .

٣٢٤٣ - كذلك لا يمكننا الحكم على التنازل عن الدين إلا بعد معرفة حال المتنازل وهو مسقط الدين ، والمتنازل له وهو المسقط عنه ، والمتنازل عنه وهو الدين ، فإذا يلزمك أن تلتفت للتفصيل الذي بينه حتى تعرف في نهايته حكم كل حالة على حدها ، وهو الشخص المريض مرض الموت أما أن يكون غير مديون ، وأما أن يكون مديوناً ، فإن كان مديوناً : فإما أن يكون دينه مستغرقاً لتركته أو غير مستغرق لها ، وعلى كل ، فإما أن يكون الشخص المتنازل له عن الدين وارثاً للمتنازل ، أو أجنبياً منه ، وإن كان أجنبياً : فإما أن يكون للمتنازل عن الدين وارث أو لا ، وفي كل من هذه الأحوال ، إما أن يكون الدين المتنازل عنه أقل من ثلث التركة ، أو مساوياً له ، أو أكثر منه واليك الأحكام :

فإن كان المتنازل عن الدين غير مدين أصلاً وكان المتنازل له أجنبياً منه ولم يكن للمتنازل وارث ؛ نفذ هذا التنازل .

ولو استغرق جميع ماله فلا حق لأحد في المعارضة ، ولو كان بيت المال ؛ لأن هذا التنازل يعتبر وصية ، والموصى له مقدم في الاستحقاق على بيت المال والمتأخر لا يعارض المتقدم .

٣٢٤٤ - وإن كان المتنازل مديناً وكان دينه مستغرقاً لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمته وقت موته ألفي جنيه مثلاً وتركته تقوم بمثل هذا المبلغ ؛ فلا ينفذ هذا التنازل ، ولو كان الدين المتنازل عنه قليلاً .

٣٢٤٥ - ولا فرق حيثئذ بين ما إذا كان المتنازل له وارثاً أو غير وارث ولكن محل

= في ثلثيه ، ونصف تسعه ، وحصل للورثة المائة ، وثمانية أتساع الخمسين ، وهو مثلاً ما عتق منه ؛ فإن قيل : لم أعتقم بعضه ، وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ، وقد قلم : إن المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة !؟ قلنا : إنما أعتقنا بعضه هاهنا بإعتاق سيده ، لا بالكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته ، نفذ في ثلث ماله ، وبقي باقيه لحق الورثة ، والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة ، إذا كان عتقه بها ؛ لأنه إذا بقي عليه شيء ، فما حصل الاستيفاء ، ويختص المعاوضة ، فلم تثبت الحرية في العوض .

ذلك : إذا لم يرثه الدائون ، فإن أبرأه نفذ ولو استغرق الدين المتنازل عنه جميع ماله ؛ لأنهم أصحاب الحقوق في هذه الحالة ، وحقهم مقدم ، فإذا تنازلوا عن حقوقهم نفذ ؛ لزوال المانع منه .

٣٢٤٦ - وإن كان المتنازل مديناً ودينه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألف جنيه وتركته تساوي ثلاثة آلاف جنيه ؛ نخرج من التركة أولاً مقدار ما عليه من الديون ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الديون وهو في هذا المثال ألفاً جنيه بالحكم على التنازل في حالة ما إذا لم يكن عليه دين أصلاً ، وقد عرفته .

٣٢٤٧ - وإن كان المتنازل غير مدين وكان المتنازل له وارثاً ، وكان للمتنازل ورثة غيره ؛ فلا ينفذ هذا التنازل إلا إذا إجازته الورثة ، سواء كان الدّين المتنازل عنه أقل من الثلث أو مساوياً له ، أو أكثر منه ، لأننا إذا نفذناه بدون إجازة الباقي ، تضرر غير المتنازل له بسبب تفضيل المتنازل بما يأخذه زائداً عن الاستحقاق الذي قدره الله له في التركة ، فيؤدي هذا التضرر إلى قطعية الرحم ، فجعل الشارع لهم الحق في الإجازة وعدمها منعاً لذلك .

٣٢٤٨ - وإن كان المتنازل غير مديون وله ورثة وكان المتنازل له عن الدين أجنياً منه ، فإن كان الدّين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال ، نفذ التنازل ، وإن لم تجزه الورثة . أما إذا تجاوز الثلث ؛ فإن الزائد يكون موقوفاً على إجازة الورثة ؛ لأن الشارع أعطى للمريض مرض الموت حق التبرع إلى ثلث أمواله بالنسبة للأجانب ، وإن لم تجزه الورثة ؛ فإن زاد المتبرع به عنه ؛ توقف الزائد على إجازتهم ، فإن أجازوه ؛ نفذ ؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه ، فيزول المانع فينفذ .

(مادة ٥٦٧)

إِبْرَاءُ الزَّوْجَةِ زَوْجَهَا فِي مَرَضِهَا الَّذِي مَاتَتْ فِيهِ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ (١) .

٣٢٤٩ - ولما كانت الزوجية سبباً من أسباب الميراث ، وكان التنازل عن الدّين

(١) قول الخفية : جاء في الفتاوى الهندية (١ / ٣٢١ ، ٣٢٢) : « ولو أبرأت زوجها من مهرها أو وهبته إياه ثم ماتت بعد مدة فقالت الورثة : أبرأته في مرض موتها وأنكر الزوج ، فاقول قوله ، كذا في التبيين » .

لوارث لا ينفذ ولو كان المتنازل عنه قليلاً إلا بإجازة بقية الورثة ، كان تنازل أحدهما وهو مريض مرض الموت عن ذئب للآخر مثل ذلك في الحكم .

٣٢٥٠ - فإذا أبرأت الزوجة زوجها عن ذئب لها في ذمته وهي مريضة مرض الموت ، أو أبرأها هو كذلك توقف نفاذ هذا الإبراء على إجازة بقية الورثة ولو قل الذئب المبرأ منه .
٣٢٥١ - فإن لم يكن لأحدهما وارث غير الآخر ؛ نفذ الإبراء ولو استغرق جميع المال ، لأن المنع كان لحق الورثة ولم يوجدوا فينفذ .

فإذا فرضنا أن شخصاً له في ذمة غيره ستمائة جنية فتنازل الدائن عن هذا الذئب وهو مريض مرض الموت إلى مديونة ، فإن كان المتنازل له عن الذئب وارثاً للدائن ؛ فلا ينفذ هذا التنازل إلا بإجازة بقية الورثة ، ولو كانت تركته بالألوف أو كان غير مديون ، وإن كان المتنازل له أجنبيًا ، فإن كان المتنازل مديوناً بدين مستغرق ؛ فلا ينفذ أيضاً إلا بإجازة الدائنين .

٣٢٥٢ - وإن كان دينه غير مستغرق للتركة ، فإن كان هذا التنازل لا يضر بحقوق الدائنين بأن كان ما يبقى من أمواله بعد هذا الذئب يفي بديونهم ؛ نفذ من غير توقف على إجازتهم وإن لم يف ؛ فلهم الحق في المعارضة بالنسبة للمقدار المؤثر على حقوقهم .
٣٢٥٣ - وإن كان المتنازل غير مديون أصلاً وكان المتنازل له أجنبيًا وله ، فإن كان الذئب المتنازل عنه يخرج من ثلث التركة بأن فرضنا في هذا المثال أن تركته المتنازل تساوي ألفاً وثمانمائة جنية أو أكثر بما فيها هذا المبلغ نفذ هذا التنازل وإن لم تجزه الورثة . وإن كان أكثر من الثلث بأن كانت جميع أمواله لا تساوي إلا تسعمائة جنية مثلاً ؛ نفذ الإبراء بقيمة الثلث وهو هنا ثلثمائة جنية ، وأما الزائد ؛ فإنه يتوقف على إجازة الورثة ؛ فإن أجازوه وهم من أهلها ؛ نفذ لأن المنع قد زال .

(مادة ٥٦٨)

الدَّيْنُ مُقَدَّمٌ عَلَى الوَصِيَّةِ ، وَ الوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الإِرْثِ وَ دَيْنُ الصُّحَّةِ مُطْلَقًا ، سِوَاءَ عِلْمِ بَيِّنَةٍ أَوْ عِلْمٍ بِالإِقْرَارِ .

وَمَا لَزِمَهُ فِي مَرَضِهِ بِسَبَبِ مَعْرُوفٍ ، كَيْكَاحِ مُشَاهِدٍ بِمَهْرِ الْمَيْلِ ، وَبَيْعِ مُشَاهِدٍ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ ، وَإِثْلَافِ مَالٍ لِلغَيْرِ مُشَاهِدٍ أَيْضًا ، كُلُّ ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا أَقْرَبَ بِهِ فِي مَرَضٍ مَرُوتِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمُقْرَبُ بِهِ فِي الْمَرَضِ وَدِيعةً ^(١) .

٣٢٥٤ - وقد علمت أن الشخص متى أقر لغيره بدين وهو صحيح غير محجور عليه نفذ هذا الإقرار من كل ماله ، سواء كان المقر له أجنبيًا من المقر أو وارثًا له ، وسواء كان المقر مدنيًا أو غير مدني ، أما إذا أقر وهو مريض مرض الموت ؛ فلا ينفذ إقراره إلا إذا كان المقر له أجنبيًا ، ولم يكن المقر مديونًا ويترتب على نفاذ الإقرار : إلزام المقر بكل الديون ، سواء لزمته في حال صحته أو في حال مرضه .

٣٢٥٥ - ولكن إذا لم يقض المدين الدين حال حياته ، بل مات وهي في ذمته ، فلا يكون حكمها واحدًا بالنسبة لقضائها ، بل تقضى ديون الصحة أولًا من التركة ، ثم ديون المرض ، ولا بأس من أن نبين لك الحقوق المتعلقة بالتركة بوجه الإجمال تاركين

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٣٠٢/٢) : « (دين صحته) أي : المريض (وما لزمه) أي : المريض (في مرضه) أي : في مرض الموت (بسبب معروف) كبدل ما ملكه بالاستقراض أو بالشراء ، وعائنهما الشهود أو أهلك مالا أو تزوج بمهر مثلها وعائنهما الناس (سواء) ؛ لأنه لما علم سببه انتفى التهمة في الإقرار به فصار كالدين الثابت بالبيينة في مرضه (ويقدمان) أي : دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف (على ما أقر به في مرضه) ولو كان المقر به وديعة كما في البحر هذا عندنا ، وعند الأئمة الثلاثة : الدينان سواء ، لأنه إقرار لا تهمة فيه ؛ لأنه صادر عن عقل ، والذمة قابلة للحقوق في الحالين .

ولنا أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت في أول مرضه ؛ لأنه عجز عن قضائه عن مال آخر ، فالإقرار فيه صادف حق غرماء الصحة فكان محجورًا عنه ومدفوعًا به (والكل) أي : كل واحد من دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ، ودين المرض الثابت بمجرد الإقرار ، فالكل إفرادي فإنه أكثر استعمالًا كما في القهستاني (مقدم على الإرث) ، وإن أحاط الدين المذكورة جميع ماله ، والقياس : أن لا ينفذ إلا من الثلث لكن ترك بالأثر ، وهو قول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ؛ إذا أقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته ، والأثر في مثله كالخبر ؛ لأنه من المقدرات فلا يترك بالقياس ، فصار المقر له أولى من الورثة ، ولأن حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته ، وقضاء دينه من حوائجه الأصلية كتكفينه .

التفصيل إلى شرح مادة (٥٨١) .

٣٢٥٦ - فاعلم أن الأموال المخلفة عن الشخص بعد وفاته ؛ إما أن يتعلق بها حق للغير حال ، وإما أن لا يتعلق بها هذا الحق . فإن كان الأول : كالشيء المرهون والمؤجر إذا عجل المستأجر الأجرة ؛ قدم الحق المتعلق بالشيء على غيره من الحقوق .
وإن كان الثاني : فهناك حقوق أربعة مرتبة كالآتي :

٣٢٥٧ - أولاً : التجهيز وهو فعل ما يحتاج إليه الميت من حين موته إلى حين دفنه بلا إسراف ولا تقتير ، بل على حسب أمر الشريعة الإسلامية المطهرة
٣٢٥٨ - ثانياً : قضاء الدين ، ولكن يقدم دين الصحة على دين المرض عندما تضيق التركة عن الوفاء بالكل .

ودين الصحة : هو ما لزم الشخص في حال صحته ، سواء علم بالبينة أو بالإقرار وما لزمه في حال مرضه بشرط أن يعلم ثبوته بطريق المعاينة ، ويسمى الأول : دين صحة حقيقة ، والثاني : دين صحة حكماً أى أنه متساو له في الحكم .

ودين المرض : هو ما أقر به في مرض موته أو أقر به وهو في حالة يغلب عليه فيها الهلاك ، كمن حكم عليه بالإعدام لارتكابه جريمة القتل ، وقدم ليقصص منه ، وليس هناك طريق لإثبات هذا الدين إلا الإقرار .

وحيث نقول : إن الدين الذي عليه إما أن يكون لشخص واحد ، وأما أن يكون لمتعدد ، فإن كان الأول : ووفى ما بقي من التجهيز به ؛ فيها ، وإن لم يف ؛ فإن شاء الدائن أسقط الباقي عنه ، وإن شاء تركه لدار الجزاء .

وإن كان الثاني : وكانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها ديون صحة أو كلها ديون مرض وكان في التركة وفاء بالكل ، أخذ كل دينه . وإن كانت التركة أقل من الديون ؛ أخذ كل منهما بنسبة دينه ، فإذا فرضنا أن شخصاً توفي وعليه ألف جنيه لثلاثة أشخاص أحدهم له خمسمائة ، وللثاني مائتان ، وللثالث ثلثمائة ، فإن كانت التركة تساوي ألف جنيه أو أكثر ، أخذ كل منهم دينه كاملاً ؛ لأن التركة تفي بالكل وإن كانت التركة لا تساوي إلا خمسمائة جنيه قسمت بينهم على الديون قسمة تناسبية ، وحيث إن التركة في مثل هذا المثال نصف مجموع الديون ؛ فيأخذ كل منهم نصف دينه ولك أن تقسم التركة على مجموع الديون وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فحاصل الضرب هو ما يستحقه ذلك الدائن .

والعمل هكذا ٥٠٠ ÷ ١٠٠٠ = ١/٢ و ٢/١ × ٥٠٠ = ٢٥٠

فهذا المبلغ هو ما يخص الدائن بخمسائة واستخراج نصيب الدائن بمائتين ، ونصيب الدائن بثلاثمائة يحصل بمثل هذا العمل ، ومرجع الطريقتين واحد ، فاتبع ما يسهل عليك ، فإن الغرض الوصول إلى المقصود .

٣٢٥٩ - فإن لم تتساو الديون في الحكم بأن كان بعضها ذئب صحة وبعضها ذئب مرض ، فإن كانت تفي بالكل ؛ أعطى كل دينه ، وإن لم تف ، قدم ذئب الصحة ، فإن بقي شيء ؛ أعطى لأصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة .

٣٢٦٠ - وإنما قدمت ديون الصحة على ديون المرض ؛ لأنه بمجرد مرضه مرض الموت تعلق حق الدائنين بما في يده ؛ لأنها حالة العجز عن الاكتساب غالباً ، فليس له أن يشرك فيه غيرهم .

٣٢٦١ - وإنما تساوت الديون التي لزمته في حال مرضه بإقراره أن كان سببها معلوماً والديون التي لزمته في حال صحته ؛ لأنه لما علم السبب انتفت التهمة عن الإقرار ، بل هي ثابتة ، وإن لم يقر .

فإذا استقرض مالا في مرضه وعاین الشهود دفع المقرض المال إليه أو اشترى شيئاً وعاین الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استهلك مالا لغيره على رءوس الأشهاد ساوت هذه الديون ديون الصحة ؛ لأن إثباتها ممكن وإن لم يقر ، فلا مرد لها حيث كانت أسبابها معلومة .

٣٢٦٢ - ثالثاً : تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقي بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل التركة فإذا أوصى لشخص أجنبي منه بثلث ماله وكانت تركته تسعمائة جنية ولكن صرف منها في تجهيزه ثلاثون جنيهاً ؛ وكان عليه مائتان وسبعون جنيهاً ذئباً وأراد الموصى له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين ؛ فلا يجاب إلى ، بل يعطى ثلث الباقي بعدهما وهو مائتا جنية .

٣٢٦٣ - فقد علمت من ذلك أن الذئب مقدم على الوصية وإن كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدمة على الذئب مثل قوله تعالى : ﴿ وَلَهُمْ الرُّبُوعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّلُومُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِكُمْ نُصُوبًا يَهَا أَوْ ذَيْنٌ ﴾ (١) . فظاهر هذه الآية أن الوصية مقدمة على الذئب لذكرها قبله .

والجواب عن ذلك : ما قاله سيدنا على كرم الله وجهه : إنكم تقرؤون الوصية قبل الدّين ، وكان رسول الله ﷺ يبدأ بالدّين .

٣٢٦٤ - والسر في تقديمها في الآيات القرآنية : أنها تشبه الميراث في كونها مأخوذة بلا عوض ، فيشق إخراجها على الورثة ، فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدّين ، فإن نفوس الورثة مطمئنة إلى أدائه لكونه في مقابله شيء ، وربما كان الشيء المقابل له موجودًا في التركة .

ففي تقديم ذكرها بعث على أدائها معه وتنبه على أنها مثله في وجوب الأداء والمساواة إليه ؛ ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية وهي « أو » .

٣٢٦٥ - رابعًا : الإرث فيقسم باقي التركة على المستحقين له بعد إخراج الحقوق المتقدمة كما ستعرفه في شرح مادة (٥٨٤) .

(مادة ٥٦٩)

لَيْسَ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ ذَيْنَ بَعْضِ غُرْمَائِهِ دُونَ الْبَعْضِ عِنْدَ تَسَاوِيِ الدُّيُونِ حُكْمًا ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ إِعْطَاءً مَهْرٍ لِلزُّوجَةِ أَوْ إِيفَاءً أُجْرَةَ ، بَلْ تَشَارِكُ الزُّوجَةُ وَمَنْ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ غُرْمَاءَ الصُّحَّةِ . وَيُسْتَنْبَى مِنْ ذَلِكَ : مَا إِذَا أَدَّى بَدَلَ مَا اسْتَقْرَضَهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَاهُ فِيهِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ إِذَا ثَبَتَ الْقَرْضُ وَالشِّرَاءُ بِالْبِزْهَانِ ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدَّ ثَمَنَ مَا اشْتَرَاهُ فِيهِ أَوْ بَدَلَ مَا اسْتَقْرَضَهُ فِيهِ حَتَّى مَاتَ ؛ فَالْبَائِعُ أَسْوَأُ الْغُرْمَاءِ مَا لَمْ تَكُنِ الْعَيْنُ الْمَبْعُوعَةَ بَاقِيَةً فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ ، يُقَدَّمُ عَلَى غَيْرِهِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في تبيين الحقائق (٢٤/٥) : « ولا يجوز للمريض أن يقضي ذين بعض الغرماء دون بعض ؛ لأن فيه إبطال حق الباقيين إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه ، وقد علم ذلك بالينة ؛ لأنه لم يبطل حقهم ، وإنما حوله من محل أخرجه عن ملكه إلى محل حصله ، فصار كما لو رد عين ما استقرضه إلى المقرض أو رد المبيع بعيب ، وهذا ؛ لأن إخراجها عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد إخراجًا بخلاف ما إذا تزوج امرأة وأعطاه المهر ؛ حيث يكون لهم أن يشاركوا المرأة فيما قبضت ، وكذا إذا استأجر عينًا وأوفى أجرتها فإنهم يشاركونه ؛ لأنه أخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به ؛ لأن المنافع لا يتعلق حقهم بها ، فصار كأنه قضى حق بعض الغرماء ، ولهم فيه أن يشاركوه فكذا هذا .

٣٢٦٦ - فقد ظهر جلياً أن الديون بالنسبة لقضائها ليست في درجة واحدة ، بل ديون الصحة مقدمة على ديون المرض وحينئذٍ فإذا أراد المريض أن يقضى ديون بعض الغرماء دون البعض الآخر فلا يخلو الحال من أحد أمرين:

الأول : أن تكون التركة تفي بكل الديون .

الثاني : ألا تكون كذلك .

فإن كان الأول : فلا يعارضه أحد ؛ لأنه لم يؤثر بهذا العمل على حق أحد من الدائنين ؛ إذ كل يستوفي دينه بأكمله ، فلا يثبت له حق الاعتراض ، سواء كانت الديون مختلفة في الحكم أو متساوية فيه .

وإن كان الثاني ، وهو ما إذا كانت غير التركة غير وافية بجميع الديون ، فإما أن تكون الديون مختلفة في الحكم ، أو متساوية فيه ، **فإن كان الأول :** فإن أراد أن يقضي الدَّيْن القوي وهو دَين الصحة ، فلا حق لصاحب الدَّيْن الضعيف في المعارضة ؛ لأن حقه مؤخر ، وإن أراد قضاء الديون المرض ؛ ثبت لصاحب الدَّيْن القوي حق معارضته لتقدم حقه .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا كانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها ديون صحة أو كلها ديون مرض ، ثبت لهم حق الاعتراض على تفضيله بعضهم على البعض الآخر لتعلق حق الجميع بما في يده على السواء ؛ فإذا فرضنا أنه سلم لبعضهم دينه ؛

= فإن قيل : يصح إقراره بوارث آخر وفيه إبطال حق غيره من الورثة لا سيما إذا كان المقر له يحجب غيره ، فوجب أن يجوز إقراره بالدَّيْن وإن كان فيه إبطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة أيضاً بل أولى ؛ لأنه أدنى من الحجب . قلنا : إن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً فيضاف إلى الموت ؛ ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا ؛ لم يضمن شيئاً ؛ لأنه ورث بالموت ، فأما الدَّيْن فلا يجب بالموت بل بالإقرار ؛ فيمنع من ذلك في حقهم .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٠٨/٦) : « إن قضى المريض بعض غرمائه ، ووفت تركته بسائر الديون ، صح قضاؤه ، ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ؛ وإن لم يف بها ؛ ففيه وجهان : أحدهما : أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ، ومشاركته فيما أخذه . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن حقوقهم تعلقت بماله بمرضه ، فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم ، كثيره ؛ ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز ، فكذلك إذا قضاها . والثاني : أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ، ولا مشاركته ، وهو قياس قول أحمد ، ومنصوص الشافعي ؛ لأنه أدى واجباً عليه ، فصح ، كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه ، أو باع بعض ماله وسلمه ، ويفارق الوصية ؛ فإنه لو اشترى ثياباً ثمنته صح ، ولو وصى بتكفينه في ثياب ثمنته لم يصح ، يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه ، وقد صح عقيب البيع ، فكذلك إذا تراخى ؛ إذ لا أثر لتراخيه .

ثبت للبعض الآخر الحق في استرداده ليأخذ منه بنسبة دينه ، فلا يختص الآخذ بما أخذ .
 ٣٢٦٧ - ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كان المأخوذ مهزأ ، أو أجرة شيء استوفى منفعتة ، أو غيرهما ؛ لأن ما حصل للمريض من النكاح وسكنى الدار مثلاً لا يصلح لتعلق حقهم بعين التركة ، فيكون في تخصيصهما بإعطاء شيء من ماله إبطالاً لحق الغرماء وهو لا يملكه .

٣٢٦٨ - ويستثنى من ذلك مسألتان :

الأولى : إذا أدى بدل ما استقرضه في مرضه .

الثانية : إذا دفع ثمن ما اشتراه في مرضه بمثل القيمة ، إلا أنه يشترط ثبوت كل من القرض والشراء بالبرهان لا بمجرد الإقرار .

٣٢٦٩ - فإذا استقرض المريض ألف جنيه مثلاً ، أو اشترى بيتاً بما ذكر وكانت قيمته كذلك وقد علم كل منهما بالبرهان ودفع مثل ما أخذه قرضاً للمقرض أو ثمن البيت الذي اشتراه ؛ سلم لكل منهما ما أخذ ، فلا حق لباقي الدائنين في استرداده ليشاركه فيه . والسبب في ذلك : أنه حصل في يده مثل ما نقدوا حق الغرماء تعلق بمالية التركة لا بأعيانها ، فإذا حصل له مثل ما دفع فلا يعد تفويتاً لحقوقهم .

ولكن محل ذلك : إذ أعطى المريض ما ذكر حال ، فإن مات قبل الدفع ؛ فلا يخلو الحال بالنسبة للمبيع من أحد أمرين :

الأول : أن يكون موجوداً تحت يد البائع .

الثاني : أن يكون سلمه إلى المشتري في حياته .

فإن كان الأول : ثبت له حق المنع حتى يستوفي ثمنه ، فإن دفع إليه فيها ، وإلا فيباع على ذمة المشتري ؛ لأنه مملوك له ، فإن كان ثمنه الذي بيع به الآن يساوى ما اشترى به أولاً أخذه البائع ، وأن زاد ضم الزائد إلى التركة ، وأن نقص أخذ البائع كله ويكون في الباقي أسوة الغرماء .

وإن كان الثاني : وهو ما إذا سلمه إلى المشتري ثم مات قبل أن يدفع إليه الثمن ؛ فالبائع أسوة الغرماء ولو وجد المبيع بعينه في التركة .

٣٢٧٠ - فإذا فرض أن شخصاً باع لغيره بيتاً بخمسائة جنيه مثلاً وقبضه المشتري بإذن بائعه قبل أن يدفع الثمن ثم مات ولم يترك سوى هذا البيت وكانت عليه ديون

أخرى فقال البائع : أنا أحق بهذا البيت أستوفي منه ديني أولاً فإن بقي شيء يأخذه غيري من الدائنين ، وقال الدائنون : لا حق لك في هذا الطلب ، بل نحن شركاء في هذا البيت ، فيقسم بيننا على نسبة دين كل منا ؛ فلا يجاب البائع إلى طلبه ويجاب الدائنون وحينئذ يباع البيت ويقسم الثمن بينهم بنسبة دين كل منهم .

٣٢٧١ - وقال الإمام الشافعي : إذا وجد البائع المبيع في تركة المشتري بعد موته وقبل نقده الثمن ، كان أحق به من سائر الغرماء ، فيستوفي منه دينه أولاً ، لأن دينه متعلق بهذا الشيء فلا يزاحمه غيره ممن ليس له حق فيه .

٣٢٧٢ - واستدل الإمام الأعظم بدليلين : أولهما : نقلي ، والثاني : عقلي .
فالأول : قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا مات المشتري مقلساً ، فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء » (١) .

والعقلى : هو أن البائع لما سلم المبيع وقبضه المشتري بإذنه فقد أسقط حقه في الحبس حتى يستوفي الثمن ، فصار المبيع من مملوكات المشتري لا حق للبائع فيه ، وإنما للبائع مطالبة المشتري بالثمن لا غير ، فيكون دائناً مثل غيره فلا يميز عن غيره .

٣٢٧٣ - وقد يتفق إن دَين بعض الدائنين كان ثمن مبيع أيضاً وتصرف فيه المشتري قبل وفاته .

٣٢٧٤ - ومن الجائز أن يكون هذا الدائن باع ما باعه للمشتري بعد البائع الذي وجد متاعه بعينه ، فلو أعطيناه من كان متاعه موجوداً وحرماً الآخر ؛ لتضرر مع اتفاقهما في سبب الدُين .

٣٢٧٥ - وليس هناك سبب في تأخير من لم يجد مبيعه في التركة سوى تصرف المشتري فيه قبل وفاته ، وليس له دخل في ذلك ، فيمنع الضرر عنهما بقدر ما يمكن ؛ وذلك يكون بالقسمة التناسبية ؛ إذ لو أعطينا بعضهم جميع دينه ولم نعط البعض الآخر شيئاً لكان أشد ضرراً من إعطاء كل منهما بعض دينه وهو ظاهر .

(١) سنن أبي داود (كتاب : البيوع / باب : في الرجل يفسد فيجد الرجل متاعه بعينه عنده / ٣٥٢٠) ،
وسنن ابن ماجه (كتاب : الأحكام / باب : من وجد متاعه عند رجل قد أفلس / ٢٣٥٩) .

الفصل الخامس في أحكام المفقود

(مادة ٥٧٠)

المفقودُ : هُوَ الغَائِبُ الَّذِي لَا يُدْرَى مَكَانُهُ ، وَلَا تُعْلَمُ حَيَاتُهُ ، وَلَا وَفَاتُهُ ^(١) .

٣٢٧٦ - الأشخاص وإن كانت تنقسم بحسب الحكم عليهم إلى أقسام كثيرة ، إلا أنه يمكننا تقسيمهم بحسب هذا المقام إلى ثلاثة أقسام :

٣٢٧٧ - الأول : مَنْ تحققت حياته .

٣٢٧٨ - الثاني : مَنْ تحققت وفاته .

٣٢٧٩ - الثالث : مَنْ لا يعلم حاله .

٣٢٨٠ - والكلام الآن خاص بالثلث وهو المفقود .

٣٢٨١ - وهو في اللغة اسم مفعول من : فقدت الشيء ، إذا أضلته ، ومعناه في اصطلاح الفقهاء : غائب لم يدر أحي هو أم ميت ، وأهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره فبالجد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم الميعاد ^(٢) .

(١) قول الخفنية : جاء في بدائع الصنائع (١٩٦/٦) : « المفقود : اسم لشخص غاب عن بلده ، ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٠٢) : المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان .

جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : الفصل الثامن عشر : أحكام عامة : الحكم بموت المفقود : المادة (١٧٧) : المفقود الذي قُعد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدته ما لم يكن فقدته أثر كارثة كزلازل ، أو غارة جوية ، أو في حالة اضطراب الأمن وحدثت الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقدته ، أما إذا كان في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً .

(مادة ٥٧١)

إِذَا تَرَكَ الْمَقْفُودُ وَكَيْلًا قَبْلَ غِيَابِهِ لِحَفِظِ أَمْوَالِهِ وَإِدَارَةِ مَصَالِحِهِ ، فَلَا يَنْعَزِلُ وَكَيْلُهُ بِفَقْدِهِ ، وَلَا تَنْزِعُ الْوَرِثَةُ الْمَالَ مِنْ يَدِهِ وَلَا أَمِينٌ بَيْتَ الْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ الْمَقْفُودُ لَا وَارِثَ لَهُ أَصْلًا .
وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ تَعْمِيرُ عَقَارَاتِ الْمَقْفُودِ إِذَا اخْتَأَجَتْ إِلَى تَعْمِيرٍ ، إِلَّا بِإِذْنٍ مِنَ الْحَاكِمِ .

٣٢٨٢ - والمفقود إما أن يترك وكيلًا قبل فقده ، وإما ألا يترك ، فإن كان الأول فهو الذي يحفظ أمواله ويدير مصالحها لبقاء عقد التوكيل بعد الفقد ؛ لأن الوكيل ، وإن كان ينعزل بموت الموكل ، إلا أنه هنا لم يتحقق وفاته فيبقى الوكيل متصرفًا حتى يتحقق موت موكله .

٣٢٨٣ - ولذا لو أجز شيئًا من أملاكه قبل غيابه فلا تنفسخ الإجارة ما دامت المدة المتفق عليها في عقد الإجارة باقية ؛ لأن الإجارة وإن كانت تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر ، إلا أن هذا لم يتحقق موته .

٣٢٨٤ - ويترتب على هذا : أن المفقود إن كانت له ورثة فلا حق لهم في نزع المال من تحت يد الوكيل ؛ لأنهم لا يستحقون ماله بطريق الإرث إلا بعد التحقق من الموت وهذا ليس كذلك .

٣٢٨٥ - وإن لم تكن له ورثة ، فليس لأمين بيت المال نزع ماله من يد هذا الوكيل ؛ لأنه إنما يستولى على الأموال التي لا مستحق لها ولا يمكننا الحكم بذلك إلا إذا تحققت وفاته أو حكم القاضي بموته بعد مضي المدة القانونية التي سيأتي بيانها في شرح مادة (٥٧٦) .

٣٢٨٦ - ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقارات المفقود إذا احتاجت لذلك إلا بإذن من القاضي ، وقالوا في توجيه ذلك : إنه يجوز أن يكون الغائب قد توفي فلا يكون الوكيل وصيًا .

(مادة ٥٧٢)

إِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَقْذُودُ تَرَكَ وَكَيْلًا ، يُنْصَبُ لَهُ الْقَاضِي وَكَيْلًا يُحْصِي أَمْوَالَهُ الْمُنْقُولَةَ وَغَيْرَ الْمُنْقُولَةَ ، وَيَحْفَظُهَا وَيَقْرُومُ عَلَيْهَا ، وَيَحْصُلُ عَلَيْهِ وَزَيْعُ عَقَارَاتِهِ ، وَيَقْبِضُ ذُبُونَهُ الَّتِي أَقْرَبَتْ بِهَا عَرْمَاؤُهُ (١) .

• • •

٣٢٨٧ - وإن كان الثاني وهو ما إذا لم يترك الغائب وكيلًا أقام له القاضي من يحصي

(١) قول الحنفية: جاء في تبيين الحقائق (٣/٣١٠، ٣١١) : « فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه » ؛ لأن القاضي نصب ناظر الكل من عجز عن النظر لنفسه ، وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون وفي نصب ما ذكرنا نظر له فيفعل ، وقوله من يأخذ حقه : يعني يقبض غلاته والديون التي أقر بها غرماؤه ؛ لأنه من باب الحفظ ولا يخاصم في ذنن لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد غيره ، لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي ؛ ولأنه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب ؛ وإنما الخلاف المعروف بين الأصحاب فيمن وكله المالك بقبض الذنن ، هل يملك الخصومة أم لا ؟ فتد أي حنيفة يملك ، وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه ؛ فإذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز ؛ لأنه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فإن قيل : المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إضفاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودًا في القذف قلنا : ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البيئة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا ؟ فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف هكذا ذكر هنا وهو مشكل فإن الاختلاف في نفس القضاء ؛ وإلا لم يتصور الاختلاف في نفس القضاء أبدًا فإذا كان الاختلاف في نفس القضاء فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر ؛ بخلاف ما إذا كان الاختلاف في واقعة فحكم الحاكم بأحد القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ أحد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم ثم الوكيل الذي نصبه القاضي يخاصم في ذنن وجب بعقده بلا خلاف ؛ لأنه أصل فيه فترجع حقوقه إليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله ؛ لأنه تعذر حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها ؛ لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة .

قول الشافعية : جاء في حاشية أسنى المطالب (٣/٤٥٦) : « ولو غاب الرشيد عن ماله غيبة طويلة ، ولا نائب له ، هل يلزم الحاكم أن ينصب من يعمر عقاره ويسقي زرعه ويحفظ ثمرة ماله الظاهر ؟! » ، نعم لأن عليه حفظ مال الغيب كالمهجورين ؛ وكذا لو مات مديون وترك زرعًا وغيره وتعلقت به ديون مستغرقة وتعذر بيعه في الحال ؛ فالظاهر أن على الحاكم أن يسعى في حفظها بسقي وغيره إلى أن يتابع في ديونه حيث لا وارث خاص يقوم بذلك ، وهو ظاهر .

أمواله ، سواء كانت منقولاً أو عقاراً وينميتها بما يكون فيه المصلحة للغائب فيقبض أجره أملاكه المستأجرة قبل الفقد ويؤجر غيرها ويقبض الديون التي أقرت بها الغرماء .

٣٢٨٨ - ومثلها الودائع ويخاصم في الحقوق التي وجبت بعقده ، لأنه أصيل فيها وإنما نصب القاضي وكيلاً في هذه الحالة ، لأنه نصب ناظرًا لكل عاجز عن النظر في شئون نفسه .

٣٢٨٩ - ولا شك أن المفقود كذلك كالصبي والمجنون فيملك ما ذكر ، وليس لهذا الوكيل أن يخاصم في الشيء الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له من عقار أو منقول في يد غيره ؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي فلا يملك الخصومة ؛ لأن فيه تضمن الحكم على الغائب (١) .

(مادة ٥٧٣)

لِلْقَاضِي أَنْ يَبِيعَ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ مِنْ مَالِ الْمَفْقُودِ ، مَتَقُولًا كَانَ أَوْ عَقَارًا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهُ لِيُغْطِيَ لَهُ إِنْ ظَهَرَ حَيًّا ، أَوْ لِمَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْ وَرَثَتِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ .
وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ شَيْئًا بِمَا لَا يُخْشَى عَلَيْهِ الْفَسَادُ ، لَا لِنَفَقَةِ عِيَالِهِ وَلَا لِغَيْرِهَا .

٣٢٩٠ - ولما كان المفقود عاجزاً عن النظر في مصلحة نفسه والقاضي هو الذي ينظر في ذلك ثبتت له ولاية بيع الشيء الذي يتسارع إليه الفساد من ماله ، سواء كان هذا المال منقولاً أو عقاراً .

٣٢٩١ - فالأول : كالفواكه والحريز والجوخ . والثاني : كأرض أو بيت على شاطئ نهر يخشى عليهما منه ؛ لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى .

٣٢٩٢ - ولذا لا تثبت له ولاية بيع ما لا يخاف عليه الفساد أو الهلاك ، لأن حفظ الأمرين ممكن وبعد البيع يحفظ الثمن بما يراه صالحاً ، فإن ظهرت حياة المفقود سلمه إليه وإن حكم بموته بعد مضي المدة القانونية سلمه لمن يستحقه من مورثه .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٠٤) : إذا ترك المفقود وكيلاً عائناً تحكم المحكمة بشيئته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي والأعينت له وكيلاً قضائياً .

(مادة ٥٧٤)

لِلْوَكِيلِ الْمَنْصُوبِ أَنْ يَتَّفِقَ عَلَى عَزْسِ الْمَفْقُودِ وَعَلَى أَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ الْمُسْتَحْقِقِينَ لِلنَّفَقَةِ مِنْ مَالِهِ الْحَاصِلِ فِي بَيْتِهِ ، أَوْ الْوَاصِلِ مِنْ ثَمَنِ بَيْعٍ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، أَوْ مِنْ مَالٍ مُودَعٍ عِنْدَ مُقَرَّبٍ أَوْ ذَيْنَ عَلَى مُقَرَّبٍ .

• • •

٣٢٩٣ - ولكن محل حفظ الثمن المذكور إذا لم يكن هناك من يستحق على الغائب النفقة .

٣٢٩٤ - فإن كان أنفق القاضي أو الوكيل الذي أقامه مقامه عليهم منه ، ومثل هذا الثمن في الحكم المال الموجود في بيت المفقود أن كان من جنس النفقة ؛ لكن بشرط أن يكون المستحق لها هم الأصول والفروع والزوجة ؛ لأن نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضي .

٣٢٩٥ - ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء فيكون القضاء إعانة لهم على وصولهم إلى ما يستحقون فلا يكون قضاء على الغائب ؛ ولذا لا ينفق على غير من ذكروا كالأخوة والأعمام وغيرهم ؛ لأن نفقتهم لا تجب إلا بقضاء القاضي ولا يجوز القضاء على الغائب .

٣٢٩٦ - والوديعة والذَّيْنِ مثل ما ذكر في الحكم ، ولكن لا ينفق على الزوجة والأصول والفروع منهما إلا إذا كان كل من المودع والمدين مقراً بالوديعة ، أو الدين والزوجة أو النسب .

٣٢٩٧ - فإن لم يقر بذلك ، فإن كان القاضي يعلم كل ذلك حكم بالنفقة أيضاً ، وإن كان يعلم ببعضه يشترط الإقرار بما لم يعلمه .

٣٢٩٨ - ومتى حكم القاضي على المودع أو المدين بالإعطاء وسلم كل منهما الوديعة والذَّيْنِ بأمره فلا يضمنان للغائب شيئاً إذا حضر ؛ لأن القاضي له ولاية الدفع والأخذ .

٣٢٩٩ - فإن سلم كل منهما ما عنده إلى الزوجة أو أحد الأصول والفروع بغير أمر القاضي فلا يبرأ أمام الغائب إذا حضر من سفر، بل يضمن المودع الوديعة والمدين الذَّيْنِ لتعدي المودع وعدم إيصال الذَّيْنِ إلى صاحبه أو نائبه .

٣٣٠٠ - وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في نفقه زوجة الغائب

والأصول والفروع فلا تكتف بهذا ، فإنه في غاية الإجمال ، بل ارجع إلى المباحث المتقدمة تجد كل ما تريد في هذا الموضوع .

(مادة ٥٧٥)

الْمَقْهُودُ يُعْتَبَرُ حَيًّا فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَضُرُّهُ ، وَهِيَ الَّتِي تَتَوَقَّفُ عَلَى ثُبُوتِ مَوْتِهِ .
فَلَا يَتَزَوَّجُ عِزْسَهُ أَحَدٌ ، وَلَا يَقْسِمُ مَالَهُ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَلَا تُفْسَخُ إِجَارَاتُهُ ، وَلَا يُفْرَقُ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ عِزْسِهِ وَلَوْ بَعْدَ مَضِيِّ أَرْبَعِ سِنِينَ قَبْلَ ظُهُورِ الْحَالِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢/ ٢٩٩ ، ٣٠٠) : « المفقود : هو الذي غاب عن أهله أو بلده أو أسرته العدو ولا يدري أحيى هو أو ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار ، وحكمه أنه حي في حق نفسه لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، وهو ميت في حق غيره لا يرث من مات حال غيبته ، كذا في خزانة المفتين . وينصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويقبض غلاته والديون التي أقر بها غرامؤه ، ولا يخاصم في ذنن لم يقر به لغريم ولا في نصيب له في عرض أو عقار في يد غيره ؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ؛ وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب ، فإذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا ، فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز ؛ لأنه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق ثم الوكيل الذي نصبه القاضي يخاصم في ذنن وجب بعقده بلا خلاف ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله ، كذا في التبيين . ولا يبيع ما لا يتسارع إليه الفساد في نفقة ولا في غيرها منقولاً كان أو عقاراً ، كذا في غاية البيان ، ينفق من ماله على من تجب عليه نفقته ، حال حضرته بغير قضاء كزوجته وأولاده وأبويه وكل من لا يستحقها بحضرته إلا بقضاء ؛ فإنه لا ينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما ، ومعنى قولنا من ماله النقدان ، كذا في خزانة المفتين ، والتبر بمنزلة التقدين في هذا الحكم ، وهذا إذا كان المال في يد القاضي ، وإن كان ودعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين الودعة والدين والنسب والنكاح إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، وإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى إقرارهما ، وإن كان أحدهما ظاهراً دون الآخر يشترط الإقرار بما ليس بظاهر في الصحيح ، وإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي فالودع يضمن والمديون لا يبرأ ، وإن جحد المودع والمديون أصلاً أو جحد الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من يستحق النفقة حصصاً في ذلك ، لا يفرق بينه وبين امرأته وحكم بموته بمضي تسعين سنة وعليه الفتوى ، وفي ظاهر الرواية يقدر بموت أقرانه فإذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته ويعتبر موت أقرانه في أهل بلده ، كذا في الكافي ، والمختار أنه يفوض إلى رأي الإمام ، كذا في التبيين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه ، كذا في الهداية ، فإن عاد زوجها بعد مضي المدة فهو أحق بها ، وإن تزوجت فلا سبيل له عليها ويعتبر ميتاً في ماله يوم تمت المدة ، وفي مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فقده ، كذا في التارخانية . »

- ٣٣٠١ - ومن حيث إن المفقود غير معلوم الحال فلا يمكننا الحكم عليه بأحكام الأحياء أو الأموات ؛ ولذا نص الفقهاء على أن الأحكام عليه مختلفة فقالوا أنه يعتبر حيًا في حق بعض الأحكام ويعتبر ميتًا بالنسبة للبعض الآخر.
- ٣٣٠٢ - فيعتبر حيًا بالنسبة للأحكام التي تضره وهي التي تتوقف على ثبوت موته .
- ٣٣٠٣ - وينبغي على ذلك : أنه لا يفرق بينه وبين زوجته فلا يجوز لها التزوج بغيره ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ إجارته التي عقدها قبل فقده ، بل تستمر كل هذه الأشياء إلى ظهور الحال وحينئذ يحكم بحسبها .
- ٣٣٠٤ - ويعتبر ميتًا بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره ، وهي المتوقعة على ثبوت حياته .

(مادة ٥٧٦)

المفقود يُعْتَبَرُ مَيِّتًا فِي حَقِّ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَنْفَعُهُ وَتَضُرُّ غَيْرَهُ، وَهِيَ الْمُتَوَقَّعَةُ عَلَى ثُبُوتِ حَيَاتِهِ .
فَلَا يَرِثُ مِنْ غَيْرِهِ ، وَلَا يُحْكَمُ بِاسْتِحْقَاقِهِ لِلْوَصِيَّةِ إِذَا أُوصِيَ لَهُ بِوَصِيَّةٍ ، بَلْ يُوقَفُ نَصِيْبُهُ فِي الْإِرْثِ وَتَنْسَطُهُ فِي الْوَصِيَّةِ إِلَى ظُهُورِ حَيَاتِهِ أَوْ الْحُكْمِ بِوَفَاتِهِ .

- ٣٣٠٥ - وينبغي على ذلك : أنه لا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بشيء ومات الموصي وهو مفقود ؛ بل يوقف نصيبه في الإرث وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته .
- ٣٣٠٦ - فإن ظهر أنه حي استحق الإرث والوصية ، وإن لم تظهر حياته وحكم بموته ؛ فالوقوف لأجله من الإرث والوصية يكون لورثة المورث والموصي .
- ٣٣٠٧ - والسبب في ذلك أن اعتباره حيًا إنما هو باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لأن يستحق به مال الغير ولكنه صالح ؛ لأن يدفع به استحقاق غيره لماله فيكون كأنه حي في ماله ميت في حق مال غيره .
- ٣٣٠٨ - ومعنى اعتباره ميتًا في حق هذه الأحكام أنه عند عدم ظهور الحال ومضى المدة القانونية يحكم بوفاته ويسري هذا الحكم من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم بالوفاة كما هو الشأن في الحالة الأولى .

٣٣٠٩ - إذ لو اعتبرناه ميتًا في هذه الحالة لما وقفنا لأجله شيئًا مما يستحقه من غيره مع أنه ليس كذلك ؛ ولذا كان الظاهر أن يقال : إنه موقوف الحكم بالنسبة لهذه الأحكام .

(مادة ٥٧٧)

يُحَكَّمُ بِوَفَاةِ الْمَفْقُودِ إِذَا انْقَرَضَتْ أَقْرَانُهُ فِي بَلَدِهِ .
فَإِنْ تَعَذَّرَ التَّفْحُصُ عَنِ الْأَقْرَانِ ، وَحَكَّمَ الْقَاضِي بِمَوْتِهِ بَعْدَ مُضِيِّ تِسْعِينَ سَنَةً مِنْ حِينِ
وِلَادَتِهِ ، صَحَّ حُكْمُهُ ^(١) .

•••

٣٣١٠ - ولما كان الحكم بالبقاء في هذه الدنيا مستحيلًا ؛ إذ لا بد لكل شخص من يوم تعثره فيه المنية ، والمفقود كذلك فلا يمكن الحكم باستمرار حياته ، إلا أن هذا اليوم مجهول لنا وخاف علينا احتيج إلى بيان المدة التي يحكم بموته بعد مضيها من تاريخ فقده .

٣٣١١ - ولكن لما لم يرد بها تقدير شرعًا اختلفت المذاهب فيها وتشعبت آراء بعضها ، والذي يؤخذ من كلام الحنفية أنه لا يحكم بوفاته إلا إذا انقضت أقرانه من بلده فإذا لم يبق أحد من أقرانه حيًا حكم بموته ؛ لأن الشيء الذي تقع الحاجة إلى معرفته يكون طريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله ؛ وذلك كقيم المتلفات ، ومهر مثل النساء ، ويقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر ، والأحكام الشرعية تبني على الغالب دون النادر .

٣٣١٢ - فإن تعذر الفحص عن الأقران حكم بموته بعد مدة ، وقد اختلفوا في تقديرها فمن قائل تقدر بمائة وعشرين سنة من يوم ولد فإذا مضت هذه المدة حكم القاضي بموته ؛ لأن الأعمار في زماننا قلما تزيد على هذه المدة فيقدر بها .

(١) قول الحنفية : جاء في الهداية (٦/١٤٧ ، ١٤٨) : (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنًا بموته) قال رحمته : وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة : وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران ، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة ، وقدره بعضهم بتسعين ، والأقيس أن لا يقدر بشيء ، والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) ؛ لأنه مات في ذلك الوقت معناه ؛ إذ الحكمي معتبر بالحقيقي (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) ؛ لأنه لم يحكم بموته فيها ، فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحدًا مات في حال فقده) ؛ لأن بقاءه حيًا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق .

٣٣١٣ - ومن قائل : تقدر بمائة ، ومن قائل بتسعين ؛ لأن الغالب في الأعمار هذا ، ولكن هذا لا يصح إلا إذا قيل : إن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك ، ومن قائل تقدر بستين .

٣٣١٤ - ومن قائل : تقدر بسبعين واختاره صاحب الفتح قائلًا : وعندي هذا أحسن ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين » (١) . فكانت المنتهى غالبًا .

٣٣١٥ - وأنت خيرير بأن هذا الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي ؛ ولذا اختار الزيلعي ووافقه كثيرون أنه يفوز إلى رأي الإمام ؛ لأنه يختلف باختلاف البلاد والأشخاص فيجتهد ويحكم بالقرائن الظاهرة الدالة على موته أو عدمه ؛ إذ من فقد في المهلكة أو وقت ملاقات العدو أو مع قطاع الطريق أو سافر مريضًا بالمرض الغالب الهلاك يخالف من فقد لا في مثل هذه الأحوال .

٣٣١٦ - ولا شك أن الملك العظيم إذا فقد وانقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات لاسيما إذا دخل في مهلكة وما سبب اختلافهم في المدة إلا اختلاف آرائهم فلا معنى للتقدير بمدة معينة .

٣٣١٧ - فأى وقت رأى الحاكم المصلحة في الحكم بموته حكم به وهذا هو الأليق بالفقه ؛ وبعد الحكم عليه بالموت تعتد زوجته عدة الوفاة وتحل بعدها للأزواج .

٣٣١٨ - وهذا الرأي موافق لمذهب الشافعية ؛ إذ عندهم لا تقدر المدة بزمان معين على الصحيح ، بل إذا لم يثبت لدى القاضي موته، فإنه يجتهد ويحكم بموته بعد انقضاء المدة التي لا يعيش فوقها غالبًا .

٣٣١٩ - وفي مذهب الإمام مالك تفصيل وهو : من فقد في بلاد الإسلام وانقطع خبره عن زوجته كان لها أن ترفع الأمر إلى المحاكم مع بيان الجهة التي تعرف أو تظن أنه سار إليها أو يمكن أن يوجد فيها ، والمحاكم يبحث عنه في مظنات وجوده بأي طريق يراه مؤديًا إلى تعرف حاله ، وبعد العجز عن خبره يضرب لها أجلاً وهو أربع سنين فإذا انتهت اعتدت الزوجة عدة الوفاة ويحل لها بعد ذلك أن تزوج بغيره .

٣٣٢٠ - ومن فقد في معترك بين المسلمين بعضهم مع بعض وثبت أنه حضر القتال

(١) سنن الترمذي (كتاب : الدعوات عن رسول الله / باب : في دعاء النبي / ٣٥٥٠) ، وسنن ابن ماجه

(كتاب : الزهد / باب : الأمل والأجل / ٤٢٣٦) .

جاز لزوجته أن ترفع الأمر إلى الحاكم وبعد البحث عنه وعدم العثور عليه تعتد الزوجة ، ولها أن تزوج بعد العدة ويورث ماله بمجرد العجز عن خبره .

٣٣٢١ - فإن لم يثبت إلا أنه سار مع الجيش فقط كان حكمه كما تقدم في الحالة الأولى ، ومن فقد في حرب بين المسلمين وغيرهم كان لزوجته أن ترفع الأمر إلى الحاكم وبعد البحث عنه يضرب له أجل سنة .

٣٣٢٢ - فإذا انقضت اعتدت وحل لها الزواج بعد العدة ويورث ماله بعد انقضاء السنة ، وضرب الآجال لاعتداد زوجة المفقود إذا كان من ماله ما تنفق منه الزوجة أو لم تحش على نفسها الفتنة وإلا رفعت الأمر إلى القاضي ليطلق عليه متى ثبت له صحة دعواها .

٣٣٢٣ - أما الأسير ومفقود أهل الشرك فتنظر زوجته إلى تمام عمره واختلفوا في تقديره ما بين السبعين إلى الثمانين .

٣٣٢٤ - ولما رأى بعض الحنفية أن الحكم في مذهبه شديد من حيث تقديره بموت الأقران أو بمضي المدة المتقدمة قال : إنه يفتى بمذهب الإمام مالك للضرورة كما أنه يفتى به في انقضاء عدة ممتدة الطهر ، فإن الحنفية يقولون : إن المرأة متى رأت دم الحيض ولو مرة وانقطع عنها لسبب من الأسباب وكانت متزوجة ثم حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة فلا تنقضي عدتها إلا إذا عاودها الدم فتعد بثلاث حيض ، فإن لم يعد فلا تنقضي إلا إذا بلغت سن الإياس وهو خمس وخمسون سنة ، وتعد بعده بثلاثة أشهر كاملة ، والمالكية يقولون : تنقضي عدتها بسنة كاملة .

٣٣٢٥ - ففتى بمذهبه ؛ لأن هذا الحكم في غاية الشدة بالنسبة للرجال لالتزامهم بالإنفاق على المرأة حتى تنقضي العدة وبالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن ؛ لأنه من الجائز أن تبقى في العدة خمسا وأربعين سنة كاملة وأربعين سنة كاملة بأن تكون رأت دم الحيض وهي بنت تسع وطلقها زوجها بعد رؤيته ولم تره بعد ذلك فتمكث حتى تبلغ خمسا وخمسين وقد تقدم لك هذا المبحث في شرح مادة (٣١٢) .

٣٣٢٦ - وفصل الإمام أحمد فقال : إن فقد في حالة يغلب فيها الهلاك كمن فقد بين الصفيين حال التحام القتال أو غرق مركب فسلم قوم وغرق آخرون بحث عنه مدة أربع سنين .

٣٣٢٧ - فإن لم يوقف له على أثر قسم ماله على ورثته بعدها واعتدت زوجته عدة

الوفاء وبعد انقضائها لها التزوج .

٣٣٢٨ - وإن فقد في حالة لا يغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة أو سياحة أو طلب علم ، فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود إلى أهله ففيه رأيان أحدهما انتظاره إلى مضي تسعين سنة من مولده ؛ لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا الزمن ، والثاني تفويضه إلى اجتهاد الحاكم فينظر ومتى وقع اجتهاده على شيء حكم به ويجتهد الحاكم أيضًا إذا فقد وهو ابن تسعين على القول الأول ؛ فتأمل يظهر لك ما فيه المصلحة من هذه المذاهب .

(مادة ٥٧٨)

مَتَى حُكِمَ بِمَوْتِ الْمَقْذُودِ ، يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَوْجُودِينَ وَقَتَّ صُدُورِ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ ، وَيُرَدُّ الْقِنَاطُ الْمَوْقُوفُ لَهُ إِلَى مَنْ يَرِثُ مَوْرَثَتَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَيُرَدُّ الْمَوْصَى لَهُ بِهِ إِنْ كَانَتْ لَهُ وَصِيَّةٌ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْصِي ، وَتَعْتَدُ عِنْدَ ذَلِكَ زَوْجَتُهُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ وَتَحْمِلُ لِلْأَزْوَاجِ بَعْدَ انْقِضَائِهَا (١) .

٣٣٢٩ - ومتى حكم بموت المفقود يعتبر ميتًا بالنسبة لماله من تاريخ الحكم وبالنسبة لمال غيره من يوم الفقد ، ويترتب على الأول أن ماله يقسم بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته فلا شيء لمن مات قبله ، لأن شرط التوريث بقاء الوارث حيًا بعد تحقق موت المورث .

٣٣٣٠ - فإذا فقد شخص عن ثلاثة أبناء ومات أحدهم عن أولاد بعد الفقد وقبل الحكم بموته ثم حكم به والابن وأولاد الابن موجودون استحق الابن كل التركة ولا شيء لأولاد الابن ؛ لأن أباهم مات قبل الحكم بموت المفقود فلا يستحق شيئًا .

٣٣٣١ - ويترتب على الثاني أن المال الذي وقف لأجله من المورث أو الموصى يرد إلى ورثة مورثه أو ورثة الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى لا وقت الحكم بموت المفقود .

٣٣٣٢ - فإذا توفي شخص عن ثلاثة أبناء أحدهم مفقود ؛ أخذ الابن الموجودان الثلثين ووقف الثلث الآخر إلى ظهور الحال ؛ فإذا مات أحد الابنين الحاضرين عن ابن

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

قبل الحكم بموت المفقود ثم حكم به أخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف وابن الابن الذي توفي والده قبل الحكم بموت المفقود النصف الآخر ؛ لأن أباه مستحق له فيأخذه ابنه ميراثاً عنه ، ومثله في هذا الحكم الوصية فإذا أوصى شخص لآخر بألفي جنيه مثلاً ومات الموصي والموصى له مفقود وكان الثلث يفي بالموصى به وقف إلى ظهور الحال ؛ فإذا مات أحد ورثة الموصى عن ورثة بعد موت الموصي وقبل الحكم بموت الموصى له ، وهو المفقود ثم حكم بموته استحققت ورثة المتوفي ما كان يستحقه هو لو كان موجوداً .

(مادة ٥٧٩)

إِذَا عَلِمَتْ حَيَاةَ الْمَفْقُودِ أَوْ حَضَرَ حَيًّا فِي وَقْتِ مِنَ الْأَوْقَاتِ، فَإِنَّهُ يَرِثُ مِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ أَقَارِبِهِ .
فَإِنْ عَادَ حَيًّا بَعْدَ الْحُكْمِ بِمَوْتِهِ ، فَالْبَاقِي مِنْ مَالِهِ فِي أَيْدِي وَرَثَتِهِ يَكُونُ لَهُ ، وَلَا يُطَالَبُ أَحَدٌ مِنْهُمْ بِمَا ذَهَبَ (١) .

٣٣٣٣ - فإن لم تظهر حياة المفقود اتبعنا الأحكام المتقدمة إما إذا ظهرت حياته في وقت من الأوقات ، فإما أن يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة ، وأما أن يكون بعده .
٣٣٣٤ - فإن كان الأول ورث من مات قبل ذلك من أقاربه واستحق ما كان موصى له به فيأخذ الموقوف لأجله .

٣٣٣٥ - وإن كان الثاني فالباقي من ماله في أيدي ورثته يكون له ، وأما الهالك أو المستهلك فلا يأخذ منهم بدله ؛ لأنهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم ، بل بحكم من القاضي فلا يكونون متعددين فينتفي عنهم الضمان .

(١) قول الخفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢/٣٠٠) : « ولا يرث المفقود أحدًا مات في حال فقده ، ومعنى قولنا : « لا يرث المفقود أحدًا » أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكاً للمفقود ، أما نصيب المفقود من الإرث فيتوقف ، فإن ظهر حيًّا علم أنه كان مستحقًّا ، وإن لم يظهر حيًّا حتى يبلغ تسعين سنة فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال يوم مات صاحب المال ، كذا في الكافي ، وإذا أوصى له توقف الموصى به إلى أن يحكم بموته فإذا حكم بموته يرد المال الموصى به إلى ورثة الموصي ، كذا في التبيين . »

(مادة ٥٨٠)

إِذَا ادَّعَتْ زَوْجَةُ الْمَفْقُودِ مَوْتَهُ ، أَوْ ادَّعَاهُ الْوَرِثَةُ ، أَوْ غَيْرُهُمْ مِنْ أَزْنَابِ الْحَقُوقِ ، وَأَقِيَمَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ ، يَجْعَلُ الْقَاضِي الْوَكِيلَ الَّذِي بِيَدِهِ مَالُ الْمَفْقُودِ خَصْمًا عَنْهُ .
وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ ، يُنْصَبُ لَهُ قِيَمًا تُقْبَلُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، لِإثْبَاتِ دَعْوَى مَوْتِهِ (١) .

• • •

٣٣٣٦ - ومحل انتظار المفقود المدة المتقدمة قبل إذا لم يدع أحد صاحب شأن أنه توفي .

٣٣٣٧ - أما إذا حصل ذلك بأن ادعت زوجته أو ورثته ذلك فالقاضي يسمع هذه الدعوى ، ولكن لما كان الحكم لا بد أن يكون على حاضر فالقاضي يجعل الوكيل الذي بيده مال المفقود خصمًا عنه .

٣٣٣٨ - فإن لم يكن له وكيل ينصب له قِيَمًا تقام عليه الدعوى فيسمعها القاضي ويتحرى عن صدقها بقدر ما في وسعه ، فإن ثبتت لديه بالطريق الشرعي حكم بما تقتضيه .

(١) بنظر تعليقنا على مادة (٥٧١) .

الأقطام الشرعية في
الأحوال الشخصية

الجزء الثاني

في المواريث ، وفيه أبواب

الباب الأول في ضوابط عمومية

(مادة ٥٨١)

شُرُوطُ المِيرَاثِ ثَلَاثَةٌ :

أَوَّلًا : تَحَقُّقُ مَوْتِ المُوَرِّثِ أَوْ إِحْقَاقُهُ بِالمُوَرِّثِ حُكْمًا .

ثَانِيًا : تَحَقُّقُ حَيَاةِ الوَارِثِ بَعْدَ مَوْتِ المُوَرِّثِ أَوْ إِحْقَاقُهُ بِالأَحْيَاءِ تَقْدِيرًا .

ثَالِثًا : العِلْمُ بِالجِهَةِ الَّتِي بِهَا الإِرْثُ وَبِالدَّرَجَةِ الَّتِي يَجْتَمِعُ فِيهَا الوَارِثُ وَالمُوَرِّثُ ^(١) .

• • •

٣٣٣٩ - اعلم أن هذا العلم كما يسمى بـ « علم الميراث » يسمى بـ « علم الفرائض »

أيضًا .

٣٣٤٠ - والفرائض جمع : فريضة ، وهي مأخوذة من : الفَرَضُ ، والفَرَضُ له معاني

في اللغة :

٣٣٤١ - منها التقدير ، كقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ

فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَيَنْصِفْ مَا قَرَضْتُمْ ﴾ ^(١) . أي : قَدَّرْتُمْ .

٣٣٤٢ - ومنها : ما يعطى من غير عوض ، تقول العرب : ما أصببت منه فرضًا ولا

(١) قول الشافعية : جاء في حاشية أسنى المطالب (٣٨٧/٦) : « وأما شروطه فأربعة أيضًا ، أولها : تحقق

موت المورث أو إلحاقه بالموتى تقديرًا كجنين انفصل ميتًا في حياة أمه أو بعد موتها بجنابة عليها موجبة للفرقة ،

فيقدر أن الجنين عرض له الموت لتورث عنه الفرقة ، أو حكمتا كمفقود حكم القاضي بموته اجتهاذاً . وثانيها :

تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه ولو بلحظة . وثالثها : معرفة إدلائه للميت بقراءة أو نكاح أو ولاء .

ورابعها : معرفة بالجهة المتقتضية للإرث تفصيلًا وهذا يختص بالقاضي ، فلا يقبل شهادة الإرث مطلقة بل لابد

من بيان الجهة التي اقتضت الإرث منه والدرجة التي اجتمع فيها » .

قول المالكية : جاء في الفراوي على الفواكه الدواني (٢٤٩/٢) : « وشروطه ثلاثة : تقدم موت المورث ،

واستقرار حياة الوارث بعده ، والعلم بالجهة المتقتضية للإرث » .

قول الحنابلة : جاء في كشف القناع (٤٠٥/٤) : « وشروطه ثلاثة : تحقق حياة الوارث أو إلحاقه بالأحياء ،

وتحقق موت المورث أو إلحاقه بالأموات ، والعلم بالجهة المتقتضية للإرث » .

(٢) البقرة : ٢٣٧ .

قرضًا . أي : ما أخذت منه شيئًا بغير عوض ولا بعوض .

٣٣٤٣ - ومنها : التبيين ؛ كقوله تعالى : ﴿ قَدْ قَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِيْلَةً أَيْمَنَكُمْ ﴾ (١) .
أي : بينها .

٣٣٤٤ - ومنها : الإنزال ؛ كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِي فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لَرَأْدُكَ
إِنْ مَعَارَفٌ ﴾ (٢) . أي : أنزله عليك .

٣٣٤٥ - ومنها : الإحلال ، كقوله تعالى : ﴿ مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ
لَهُ ﴾ (٣) . أي : أحل الله له .

٣٣٤٦ - وإنما سمي العلم بقسمة الموارث بـ : « علم الفرائض » ؛ لأن معاني
الفرض المتقدمة موجودة فيه ، لما فيه من السهام المقدرة والإعطاء المجرد عن العوض ، وقد
أنزل الله تعالى فيه القرآن وبين لكل وارث نصيبه وأحله له .

٣٣٤٧ - والعالم بهذا العلم يقال له : فاریض وفَرِضِي (بفتح الفاء والراء) .

٣٣٤٨ - ولهذا العلم : تعريف ، وأركان ، وأسباب ، وشروط ، وموانع ، وحقوق
متعلقة بالتركة ، ومستحقون للتركة (٤) . وإليك بيانها :

(١) التحريم : ٢ . (٢) القصص : ٨٥ .

(٣) الأحزاب : ٣٨ .

(٤) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « في أحكام عامة » :

١ - يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي .

٢ - يجب لاستحقاق الإرث تحقيق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا ، ويكون
الحمل مستحقًا للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة (٤٣) .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٠) :

١ - يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي .

٢ - يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا ويكون
الحمل مستحقًا للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة (٢٣٦) .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٦٥) الإرث انتقال حتمي لأموال ومنافع وحقوق مالية
بوفاء مالكيها لمن استحقها .

المادة (٢٦٦) أركان الإرث :

أ - المورث . ب - الوارث .

ج - التركة .

المادة (٢٦٧) أسباب الإرث : الزوجية والقرابة .

تعريف علم الميراث

٣٣٤٩ - علم الميراث : هو علم بأصول فقه وحساب تعرف بحق كل وارث من التركة .

٣٣٥٠ - ولا شك أن من تلك الأصول الموصوفة بما ذكر معرفة كون الوارث صاحب فرض كالأم والجدة الصحيحة والزوج ، أو عصبية كالابن والأخ الشقيق والعم لأب ، أو صاحب رحم كبنت البنت و بنت الأخ الشقيق ، لأنه لو لم يعرف كل منهم لأعطي غير المستحق ومنع المستحق ، وفي ذلك من الأضرار ما لا يخفى .

٣٣٥١ - ويدخل في تلك الأصول أيضًا الأصول المتعلقة بالمنع من الميراث ، كالقتل واختلاف الدين ، بأن يعرف أن القاتل لا يرث المقتول متى كان القتل بغير حق .

٣٣٥٢ - والأصول المتعلقة بالحجب ، وهو منع شخص عن الميراث لوجود من هو أولى منه ، بأن يعرف أن الابن يحجب الأخ الشقيق ، والأخ الشقيق يحجب الأخ لأب ، والأب يحجب الجد وهكذا ، لأن الشخص إذا لم يعرف تلك الأصول وعرضت عليه مسألة فيها أشخاص يحجب بعضهم البعض الآخر ، فرمما يعطي المحجوب ويمنع الحاجب ، أو يعطي الكل ، وفي هذا من الإجحاف بالحقوق ما لا يخفى .

٣٣٥٣ - وبالتأمل نجد أن هذه الأصول هي العمدة في ذلك ، إذ بدونها لا تعرف الحقوق ، ولذا قالوا : من لا مهارة له بها ، لا يحل له أن يقسم فريضة .

٣٣٥٤ - والحق في التعريف يشمل الإرث وغيره ، كالوصية والدين وما يجب بالصلح والإقرار .

= المادة (٢٦٨) شروط الإرث :

يشترط لاستحقاق الإرث ما يلي :

أ - موت المورث حقيقة أو حكماً .

ب - حياة الوارث حين موت مورثه حقيقة أو تقديرًا .

ج - العلم بالجهة المفضية للإرث .

أركان الميراث

- ٣٣٥٥ - أركان الميراث ثلاثة :
- ٣٣٥٦ - أولها : مورث : وهو من يستحق غيره أن يرث منه .
- ٣٣٥٧ - وثانيها : وارث للمورث : وهو من فيه قوة أخذ التركة أو بعضها لقرابة أو زوجية أو ولاء ، وإن لم يأخذ بالفعل لما منع كالحجب .
- ٣٣٥٨ - فإذا توفي شخص عن ابن ، وابن ابن ، وأخذ الابن كل التركة ولا شيء لابن الابن ، لأنه محجوب بالابن مع أن فيه قوة الأخذ ؛ إذ لولا وجود الابن لأخذ التركة . أو لعدم وجود ركن كالتركة ؛ فإنه إذا توفي شخص وترك أقارب له ، ولكنه لم يترك شيئاً ، كانت الأقارب وارثة له ؛ لأن فيهم قوة الأخذ ؛ وإنما لم يأخذوا لعدم وجود شيء يرثونه .
- ٣٣٥٩ - وثالثها : شيء موروث : فإذا فقدت .
- ٣٣٦٠ - هذه الأركان فقد الإرث ، وإن وجدت وجد .

أسباب الميراث

- ٣٣٦١ - أسباب الميراث ثلاثة :
- ٣٣٦٢ - الأول : الزواج الصحيح : ولو بلا وطء ولا خلوة ، فإذا تزوج رجل امرأة بعقد صحيح ومات أحدهما ولو قبل الدخول والخلوة بها ، ورثه الآخر . فإذا كان الزواج فاسداً ، وهو ما فقد شرطاً من شروط الصحة أو باطلاً كزواج المتعة والزواج المؤقت ، فلا توارث به ولو كان بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة .
- ٣٣٦٣ - الثاني : النسب : أي : القرابة ، ويدخل تحته ثلاثة أنواع :
- ٣٣٦٤ - أولها : ذوو الفروض : كالأم والبنت والأخ لأم .
- ٣٣٦٥ - ثانيها : العصبات : كالأخ الشقيق وابنه والعمة الشقيقة والعمة لأب .
- ٣٣٦٦ - ثالثها : ذوو الأرحام : كالأعمام لأم والعمة مطلقاً والأخوال والخالات مطلقاً .
- ٣٣٦٧ - الثالث : الولاء : سواء كان آتياً من جهة العتق أو من جهة الموالة .
- ٣٣٦٨ - والولاء بالفتح والمد اسم مصدر وهو في اللغة : النصرة والمجبة ، وفي

العرف : قرابة حكومية حاصلة من عتق أو مولاة ، ويدخل فيه الإقرار بولاء العتاقة ، فإنه يُورثُ به .

شروط الميراث

٣٣٦٩ - شروط الميراث ثلاثة :

٣٣٧٠ - الأول : موت المورث حقيقة أو حكماً أو تقديرًا .

٣٣٧١ - فالموت الحقيقي ظاهر بأن يشاهد موته لنا .

٣٣٧٢ - والموت الحكمي : بأن يحكم القاضي بموته وهذا في المفقود ، فإذا فقد شخص ولم يعلم مكانه ولا حياته ولا وفاته ، ومضت المدة القانونية وهي تسعون سنة من وقت ولادته ، ولم يظهر له أثر ، حكم القاضي بموته ، وقسمت أمواله على ورثته . وإنما كان هذا موتاً حكماً ؛ لأنه لا يمكننا أن نحكم عليه بأنه مات حقيقة ؛ إذ من الجائز أن يكون حيّاً يرزق ، وإنما موته بحكم الحاكم فقط .

٣٣٧٣ - والموت التقديري : كالجنين الذي ينفصل بجناية على أمه ، فإذا كانت امرأة حاملاً وضربها شخص ، فألقت جنيناً ميتاً ، وجب على الضارب الغرة ، وهي في الشرع خمسمائة درهم ، سواء كان الجنين مذكراً أو مؤنثاً ، وهذه تكون من ضمن تركته ، وتورث عنه ، فموت الجنين تقديري ؛ لأن الضرب ربما كان قبل نفخ الروح فيه .

٣٣٧٤ - الثاني : من الشروط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو إلحاقه بالأحياء تقديرًا .

٣٣٧٥ - فالحياة الحقيقية بأن يشاهد الوارث حيّاً حياة مستقرة بعد موت المورث .

٣٣٧٦ - والحياة التقديرية كالحمل ؛ فإنه إذا توفي شخص عن زوجة حامل مثلاً ، اعتبر هذا الحمل من ضمن الورثة مع أن حياته ليست حقيقية ؛ إذ ربما يكون الموت قبل نفخ الروح فيه .

٣٣٧٧ - الثالث : من الشروط العلم بجهة إرث الشخص الوارث ؛ بأن يعلم أنه وارث من جهة القرابة أو من جهة الزوجية أو من جهة الولاء ؛ لاختلاف الأحكام في كل ذلك ، فلا بد من العلم بالجهة حتى يتأتى للقاضي الحكم ؛ ولهذا قالوا : إن هذا الشرط يختص بالقضاء .

الحقوق المتعلقة بالتركة

(مادة ٥٨٢)

يَتَعَلَّقُ بِمَالِ الْيَتِّ حَقُوقُ أَرْبَعَةٍ مُقَدَّمَةٌ بِنَعْضِهَا عَلَى نَعْضٍ :

أَوَّلًا : تَبْدَأُ مِنَ الشَّرِكَةِ بِمَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ الْمَيْتُ مِنْ جِوْنِ مَوْتِهِ إِلَى ذَفْنِهِ .

ثَانِيًا : قَضَاءُ مَا وَجِبَ فِي الدَّيْنِ مِنَ الدُّيُونِ مِنْ جَمِيعِ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ .

ثَالِثًا : تَنْفِيذُ مَا أَوْصَى بِهِ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ بَعْدَ الدُّيْنِ .

رَابِعًا : قِسْمَةُ الْبَاقِي إِذَا تَعَدَّدَتِ الْوَرَثَةُ الَّذِينَ تَبَّتْ إِرْثُهُمْ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ أَوْ الْإِجْمَاعِ ، وَإِلَّا فَالْكُلُّ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ إِذَا انْفَرَدَ غَيْرُ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ ، فَإِنَّهُمَا لَا يَرِثَانِ كُلَّ الشَّرِكَةِ . هَذَا إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ الْغَيْرِ كَالرَّهْنِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْحَقُوقِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِعَيْنِ الْمَالِ فِي خَالَ الْحَيَاةِ ^(١) .

•••

٣٣٧٨ - الأموال التي يتركها المتوفى لا تخلو حالها من أحد أمرين :

٣٣٧٩ - الأول : أن يتعلق بها حق غيره حال حياته .

٣٣٨٠ - الثاني : ألا يتعلق بها ذلك الحق .

٣٣٨١ - فالأموال الأولى لا تسمى تركة ؛ ولذا كان صاحب الحق المتعلق بها مقدماً على غيره ولو كان تجهيز المتوفى ، وذلك كالشيء المرهون والمستأجر عند تعجيل الأجرة ، والمبيع المحبوس بالثمن ، والشيء الذي جعل مهراً .

٣٣٨٢ - فإذا كان الشخص مديناً لغيره ، ورهن عنده بيتاً مثلاً بالدين ، ومات الراهن ، كان المرتهن أحق بهذا البيت . ومعنى ذلك : أن المرتهن يستوفي دينه أولاً قبل كل شيء من ثمن البيت ؛ لأن حقه متعلق به حال حياة الراهن . فإن وقى ثمنه بدينه فقط فيها ، وإن زاد الثمن عن الدين ، استوفى من الثمن أو لا قدر دينه والباقي يكون تركة للراهن يُفَعَّلُ به ما سيأتي في التركة . وإن نقص الثمن عن الدين ، أخذ كل الثمن ،

(١) قول الخنيفة : جاء في الفتاوى الهندية (٢٢١/٥) : « قسمة التركة وعلى الميت أو له دين أو موسى له وفي ظهور الدين بعد القسمة وفي دعوى الوارث ديناً في التركة أو عيناً من أعيان التركة . وإن أقر أحد الورثة بدين على الميت وجحد الباقيون قسمت التركة بينهم ، ويؤمر المقر بقضاء كل الدين من نصيبه عدنا إذا كان نصيبه يفي لكل دين . كذا في فتاوى قاضي خان » .

ورجع بالباقي على التركة .

٣٣٨٣ - فإذا فرض أن الدين كان خمسمائة جنيه ، وثمان البيت هو هذا المبلغ ، أخذ الكل . وإن زاد بأن كان ستمائة مثلاً ، أخذ دينه والمائة الباقية تكون تركة . وإن نقص بأن كان ثمنه أربعمائة مثلاً ، أخذ الكل ورجع بالمائة الباقية له على التركة .

٣٣٨٤ - وإذا أجر شخص لآخر شيئاً عشر سنين مثلاً ، وقبض أجرة تلك المدة معجلاً ، وبعد مضي سنة مثلاً مات المؤجر ، فإن المستأجر في هذه الحالة يكون أحق بالبيت المستأجر من غيره على حسب الطريقة المتقدمة في المرهون ، فله حبه وعدم تسليمه للورثة حتى يستوفي مقابل ما بقي له من الأجرة التي عملها لتعلق حقه بالبيت حال حياة المستأجر فيقدم على غيره .

٣٣٨٥ - وإذا اشترى شخص من آخر شيئاً ومات قبل استلامه ، ودفع الثمن ، قدم حق البائع على غيره من كافة الحقوق ؛ لتعلق حقه بالمبيع حال حياة المشتري ، فله حبس المبيع حتى يستوفي الثمن بالطريقة المتقدمة في الشيء المرهون .

٣٣٨٦ - وإذا تزوج رجل امرأة وأمهرها فداناً من الأرض مثلاً ، ودخل بها ، ومات قبل أن تستلمه ، أخذته وليس لأحد حق فيه ؛ لأنها ملكته حال حياته .

٣٣٨٧ - والأموال الثانية : وهي التي لم يتعلق بها حق للغير حال حياة المتوفى ، تسمى : تركة .

٣٣٨٨ - وهي في اللغة : ما يتركه الشخص ويقيه مطلقاً .

٣٣٨٩ - وفي الاصطلاح : ما يتركه الميت خالياً من تعلق حق الغير بعينه .

٣٣٩٠ - ويتعلق بها حقوق أربعة مرتبة ، أي : مقدم بعضها على بعض .

٣٣٩١ - الأول : التجهيز : وهو فعل ما يحتاج إليه الميت من حين موته إلى حين

دفنه ، ويخرج من كل ماله بلا إسراف ولا تقتير . فتعلق هذا الحق بالتركة بالتوسط على حسب ما علم وعهد عن الشارع .

٣٣٩٢ - ويكون ذلك في الكفن من حيث العدد ومن حيث القيمة .

٣٣٩٣ - فأما التوسط فيه من حيث العدد ، فهو بأن يكفن بكفن السنة ، وهو

بالنسبة للرجل ثلاثة أثواب : إزار ، وقميص ، ولفافة . وبالنسبة للمرأة خمسة أثواب : إزار ، وقميص ، ولفافة ، وخمار ، وخرقة يربط بها ثدياها .

٣٣٩٤ - وأما التوسط فيه من حيث القيمة ؛ فهو بأن يكون من أوسط ثيابه . فإن كان للرجل ثوب يلبسه في الأعياد وآخر يلبسه بين أقرانه وثالث يلبسه في منزله ، يكفن من نوع الثاني ؛ لأنه المتوسط . وأما المرأة فمن نوع ما تلبسه لزيارة أبيها .

٣٣٩٥ - والإسراف فيه نوعان :

٣٣٩٦ - الأول : من حيث العدد بأن يزداد في كفن الرجل على ثلاثة أثواب ، وفي كفن المرأة على خمسة .

٣٣٩٧ - والثاني : من حيث القيمة بأن يكفن فيما قيمته مائة مثلاً وقيمة ما يلبسه في حياته سبعون .

٣٣٩٨ - ومحل ذلك : إذا لم يوص قبل وفاته بأن يكفن في شيء مخصوص ، فلو أوصى به تعتبر الزيادة على كفن المثل من الثلث . فإن كانت تخرج منه نفدت ، وإن لم تجزها الورثة . وإن كانت تزيد على الثلث ، فإن أجازتها الورثة نفدت أيضاً ، وإن لم تجز نفذ منها بقدر الثلث فقط .

٣٣٩٩ - وكما يبدأ من تركة الميت بصرف كل ما يلزم له ، كذلك يبدأ منها بتجهيز من تلزمه نفقته إذا مات قبله ولو بلحظة ؛ كولدته والديه وزوجته .

٣٤٠٠ - وإن كان في الزوجة خلاف ، فأبو يوسف يلزم الزوج بتجهيزها ولو كانت غنية ، ومحمد لا يلزمه ولو كانت مُعسرة والزوج مُوسيراً . والفتوى على قول أبي يوسف . ومحل الخلاف : إذا لم يقم بها مانع يمنع من الوجوب عليه حالة الموت ؛ كما إذا كانت ناشئة وقته .

٣٤٠١ - الحق الثاني : من الحقوق المتعلقة بالتركة قضاء دينه الذي له مطالب من جهة الخلق ، فيخرج من ماله بعد التجهيز .

٣٤٠٢ - والدين في العُرف : وجوب مال في الذمة بدلاً عن شيء آخر . فالزكاة ليست بدين ؛ لأن الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلاً عن شيء آخر .

٣٤٠٣ - والدين الذي عليه : إما أن يكون لشخص واحد ، وإما أن يكون لمتعدد .

٣٤٠٤ - فإن كان الأول ، ووفى ما بقي به ، فيها . وإن لم يَف ، فإن شاء الدائن أسقط الباقي عنه ، وإن شاء تركه لدار الجزاء .

٣٤٠٥ - وإن كان لمتعدد ، وكانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها

ديون صحة أو كلها ديون مرض ، وكان في التركة وفاء بالكل ، أخذ كل دينه .
٣٤٠٦ - وإن كانت التركة أقل من الديون ، أخذ كل منها بنسبة دينه .

٣٤٠٧ - فإذا فرضنا أن لشخص مائة جنيه ولآخر مائتين ولآخر ثلاثمائة ، ومجموع التركة ستمائة أو أكثر ، أخذ كل جميع دينه ؛ لأنها وافية بالكل . وإن كانت التركة ثلاثمائة جنيه ، قسمت التركة على الديون قسمة تناسبية ؛ فيأخذ كل منهم من التركة بنسبة دينه . وحيث إن التركة نصف مجموع الديون ، فيأخذ كل نصف دينه ، فصاحب المائة يأخذ خمسين ، وصاحب المائتين يأخذ مائة ، والثالث يأخذ مائة وخمسين ، فالمجموع ثلاثمائة ، وهو جميع التركة . ولك أن تقسم التركة على مجموع الديون ، وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم ، فحاصل الضرب هو ما يستحقه ، والعمل هكذا :

$$٣٠٠ \div ٦٠٠ = ٢/١ \text{ و } ٢/١ \times ١٠٠ = ٢/١٠٠ = ٥٠ .$$

فهذا هو ما يخص الدائن و $٢/١ \times ٢٠٠ = ٢/٢٠٠ = ١٠٠$ وهذا المبلغ هو ما يخص الدائن بمائتين .

$$١٥٠ = ٢/٣٠٠ = ٣٠٠ \times ٢/١$$

٣٤٠٨ - ومرجع الطريقتين واحد ، فاتبع ما شئت .

٣٤٠٩ - فإن لم تتساو الديون في الحكم ؛ بأن كان بعضها دين صحة والبعض الآخر دين مرض ، فإن كانت التركة نفي بالكل ، أعطي كل دينه . وإن لم تف بالكل ، قدم دين الصحة . فإن بقي شيء أعطى لأصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة .

٣٤١٠ - ودين الصحة : هو ما ثبت بالبينة أو بالإقرار في حال صحته أو في حال مرضه ، لكن علم ثبوته بطريق المعاينة . كالذي وجب بدلاً عن مال ملكه أو استهلكه . ولكن الأول دين صحة حقيقة ، والثاني دين صحة حكماً ، أي : إنهما متساويان في الحكم .

٣٤١١ - ودين المرض : هو ما أقر به في مرض موته ، ولم يعلم ثبوته بطريق المعاينة ، أو أقر به عند خروجه للمبارزة أو للقتل قصاصاً . ولكن الأول دين مرض حقيقة ، والثاني دين مرض حكماً ، فهما في الحكم سواء .

٣٤١٢ - فإن كان الدين لله ﷻ كدين زكاة وكفارة وفدية وغيرها من الواجب له تعالى : فإما أن يوصي به قبل موته ، أو لا .

٣٤١٣ - فإن لم يوص به ، سقط بالموت عندنا ؛ لأنها عبادة ، والعبادة شرطها الأداء بالنفس ، فإذا مات فات الشرط ، إلا أن يتبرع بها الورثة .

٣٤١٤ - وإن أوصى به قبل وفاته ، اعتبرت وصية ، فلا تنفذ إلا من الثلث ، إلا إذا أجازها الورثة فإنها تنفذ من الكل .

٣٤١٥ - الحق الثالث : من الحقوق المتعلقة بالتركة تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقي بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل المال .

٣٤١٦ - فإذا أوصى لرجل بثلث ماله ، وكانت تركته تسعمائة جنية ، ولكن صرف منها في تجهيزه عشرون جنيهاً ، وكان عليه مائتان وثمانون جنيهاً ديناً ، وأراد الموصى له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين ، يمنع من ذلك ويعطى ثلث الباقي بعدهما .

٣٤١٧ - ولو أوصى لشخص بمائة جنية ، وكانت تركته ثلاثمائة ، ولكن جهز بخمسة عشر جنيهاً ، وكان عليه خمسة وثمانون جنيهاً ديناً ، فأراد الموصى له أخذ كل المائة ؛ لأنها ثلث التركة ، وامتنعت الورثة من ذلك ، أعطى ثلث المائتين الباقيتين بعد التجهيز وقضاء الدين .

٣٤١٨ - ولو فاته صلاة ، وأوصى بأن يطعم عنه ، فعلى الورثة أن يطعموا عنه من ثلث ما بقي بعدهما ، لكل صلاة نصف صاع من بُرٍّ .

٣٤١٩ - وإن فاته صوم رمضان بمرض أو سفر ، وتمكن من قضاؤه بعد برئه أو إقامته ولم يقض حتى مات ، وأوصى بالإطعام ، فعلى الورثة أن يطعموا لكل يوم نصف صاع من بُرٍّ .

٣٤٢٠ - ولو حج عنه الوارث بلا وصية ، يرجى من الله تعالى قبوله .

٣٤٢١ - وإذا اجتمع دين الله تعالى الموصى به مع الوصية للعباد : فإما أن يفى الثلث بالكل ، أو لا يفى .

٣٤٢٢ - فإن كان الأول ، نفذ كل من الوصيتين .

٣٤٢٣ - وإن كان الثاني ، قدمت الوصية للعباد أولاً . فإن بقي شيء ، صرف إلى الوصية بحقوق الله تعالى . وإن لم يبق شيء ، سقطت الوصية بحقوق الله تعالى .

٣٤٢٤ - فإذا أوصى لشخص بثمانين جنيهاً ، وبأن يطعم عن صومه وصلاته ،

وكانت تركته بعد التجهيز والتكفين ثلاثمائة جنيه ، وكانت المائة التي هي ثلثها تفي بالكل ، نفذت الوصيتان .

٣٤٢٥ - ولو فرض أن ما أوصى به حقاً لله تعالى يزيد على العشرين الباقية بعد الثمانين الموصى بها لشخص معين ، نفذت الوصية في هذا المقدار فقط . ولو كانت الثمانون ثلث تركته بعد التجهيز والتكفين بأن كانت التركة مائتين وأربعين جنيهاً ، أعطى الموصى به هذا المقدار ، ولا تجبر الورثة على تنفيذ الثانية ؛ لأن الوصية للعباد قد استغرقت الثلث . وإنما قدم حق العباد على حق الله تعالى ؛ لأن العبد محتاج والله هو الغني .

٣٤٢٦ - واعلم أن الوصية : إما أن تكون مطلقة ، أو مقيدة .

٣٤٢٧ - فإن كان الأول فقد اتفقوا على أنها مقدمة على الإرث ؛ كأن يقول : أوصيت لفلان بهذا البيت ، أو : بمائتي جنيه . فقبل أن تأخذ الورثة شيئاً يعطى الموصى به للموصى له ، ويقسم ما سواه على الورثة ، لكن بشرط أن يخرج من ثلث المال . فإن كان أكثر من الثلث ، أعطي قدر الثلث فقط ، إلا إذا أجازت الورثة الوصية وهم من أهل التبرع .

٣٤٢٨ - وإن كان الثاني كأن يقول : أوصيت لفلان بثلث مالي ، أو : بربعه . ففيه خلاف ؛ فمن نظر إلى أن قسمة الميراث لا تكون إلا بعد إخراج نصيب الموصى له قال : إنها مقدمة المطلقة . ومن نظر إلى أنها شائعة في التركة تزداد بزيادتها وبالعكس قال : لا تقديم فيها أصلاً ، بل الموصى له شريك للورثة . ولكن المعول عليه أنها مقدمة على الإرث مطلقاً ، أي : سواء كانت مطلقة أو مقيدة .

٣٤٢٩ - فقد علمت من ذلك أن الوصية مقدمة على الإرث ومؤخرة عن الدين ، وإن كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدمة على الدين مثل قوله تعالى : ﴿ وَكَأَنَّمْ يَصِفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَوْ يَكُنْ لَهُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ أَرْبَعٌ وَمِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوْصِيكُمْ بِهَا أَوْ دَيْنٌ وَلَهُنَّ أَرْبَعٌ وَمِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي تَوْصِيَّتِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ ﴾ (١) . فظاهر هذا أنها مقدمة على الدين لذكرها قبله .

٣٤٣٠ - والجواب عن ذلك : أن السر في تقديمها عليه أنها تشبه الميراث في كونها

مأخوذة بلا عوض ، فيشق إخراجها على الورثة ، فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدين ، فإن نفوس الورثة مطمئنة إلى أدائه لكونه في مقابلة شيء ، وربما كان الشيء المقابل له موجودًا في التركة ، ففي تقديم ذكرها بعث على أدائها معه وتنبية على أنها مثله في وجوب الأداء والمسارة إليه ؛ ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية وهي «أو» . روي عن سيدنا علي كرم الله وجهه أنه قال : رأيت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية .

٣٤٣١ - الحق الرابع : من الحقوق المتعلقة بالتركة الإرث .

٣٤٣٢ - وهو اصطلاحًا : حق قابل للتجزؤ ، يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك .

٣٤٣٣ - فحينئذ يقسم الباقي بعد الحقوق المتقدمة على الورثة الذين ثبت إرثهم بالكتاب أو السنة أو الإجماع .

٣٤٣٤ - فمن الذين ثبت إرثهم بالكتاب : الزوجان ، كما في الآية المتقدمة : ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾^(١) .

٣٤٣٥ - والذين ثبت إرثهم بالسنة : الجدات ، لقوله ﷺ : «أطعموا الجدات السدس»^(٢) .

٣٤٣٦ - ومن الذين ثبت إرثهم بالإجماع : الجد ؛ فإنهم أجمعوا على أنه قائم مقام الأب عند عدمه . وابن الابن ؛ فإنهم أجمعوا أيضًا على أنه قائم مقام الابن عند عدمه . و بنت الابن ؛ فإنها قائمة مقام البنت الصلبية عند عدمها بالإجماع .

٣٤٣٧ - ومحل القسمة : إذا تعددت الورثة ، فإن كلاً يأخذ حقه من التركة ؛ كما إذا توفي شخص عن بنت و بنت ابن وزوجة وأخ شقيق ، فالبنت تأخذ النصف ، و بنت الابن تأخذ السدس ، والزوجة تأخذ الثمن ، والأخ الشقيق يأخذ الباقي بطريق التعصيب .

٣٤٣٨ - فإذا كان الموجود من الورثة واحدًا فقط : فإما أن يكون غير الزوج والزوجة ، أو واحدًا منهما .

٣٤٣٩ - فإن كان غيرهما ، استحق الكل ؛ لأنه إن كان عصبه كالابن أو الأخ

(١) النساء : ١٢

(٢) سنن الدارمي (كتاب : الفرائض / باب : في الجدات / ٢٩٣٣) بلفظ : «أطعم جدة شدشا» .

الشقيق أو الأخ لأب أخذ الكل بطريق التعصيب ، وإن كان صاحب فرض كالبنت والأخت والأم أخذ بعض التركة بطريق الفرض والبعض الآخر بطريق الرد .

٣٤٤٠ - وإن كان أحد الزوجين أخذ فرضه فقط ؛ لأنه وإن كان صاحب فرض مثل الأخت والأم ، ولكن لا يرد عليهما ما بقي من التركة فلا يستحق الكل .

٣٤٤١ - وإنما قدمت الحقوق المتعلقة بالمال حال الحياة على غيرها ؛ لتقدمها عليه حال حياة الشخص فكذا بعد وفاته ؛ لأن حالة الوفاة معتبرة بحالة الحياة ، فكما أن المرتهن أحق من الراهن بالرهن حال حياته ، يكون أحق به بعد وفاته ، خصوصاً وأن هذا المال ليس بتركة للمتوفى كما عرفته مما تقدم .

٣٤٤٢ - وإنما رتبتم الحقوق الأربعة المتعلقة بالتركة الترتيب المتقدم ؛ لما استعرفه . فقدم التجهيز على قضاء الديون ؛ لأنه بعد وفاته كالنفقة عليه حال حياته ؛ إذ منه الكفن وهو كاللباس حال الحياة ، وإذا أريد قضاء دين شخص حال حياته من أمواله ، تركت له نفقته ونفقة من تلزمه أولاً ، وسدد دينه من الباقي ، فكذلك يقدم بعد الوفاة على قضاء الديون ما هو كالنفقة .

٣٤٤٣ - وقدم قضاء الديون على تنفيذ الوصية ؛ لأن الدين مستحق بعبوض والوصية بغير عبوض ، ولا شك أن الأول أقوى ، وربما كان العبوض الذي في مقابلة هذا الدين موجوداً في التركة ، فقدم قضاؤه على الوصية .

٣٤٤٤ - وقدمت الوصية بالثلث على الإرث ؛ لأننا لو قدمنا الإرث عليها لم يبق شيء للموصى له ؛ إذ الورثة يقتسمون التركة بينهم ، فتقدمها على الإرث ضروري ، وحينئذ لم يبق للإرث مرتبة إلا الرابعة (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (٤) يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :

(أولاً) ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن .

(ثانياً) ديون الميت .

(ثالثاً) ما أوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

وبوزع ما بقي بعد ذلك على الورثة ، فإذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي :

(أولاً) استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

(ثانياً) ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

- = جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٢) : ١ - يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :
- أ - ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع .
- ب - ديون الميت .
- ج - الوصية الواجبة .
- د - الوصية الاختيارية .
- هـ - الموارث بحسب ترتيبها في هذا القانون .
- ٢ - إذا لم توجد ورثة قضي من التركة بالترتيب الآتي :
- أ - استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .
- ب - ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .
- ٣ - إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٦٣) التركة ما يتركه المتوفى من أموال ومنافع وحقوق مالية .
- المادة (٢٦٤) تتعلق بالتركة حقوق مقدم بعضها على بعض حسب الترتيب التالي :
- أ - نفقات تجهيز المتوفى بالمعروف .
- ب - قضاء ديون المتوفى .
- ج - تنفيذ الوصية .
- د - إعطاء الباقي من التركة إلى الورثة .
- (١٢) في أسباب الإرث وأنواعه . أسباب الإرث :
- الزوجية والقرابة والعصوبة السببية .
- يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض .
- ويكون الإرث بالقرابة بطريق الفرض أو التصيب أو بهما معا ، أو بالرحم مع مراعاة قواعد الحجب والرد .
- فإذا كان لوارث جهتا إرث ورث بهما معا مع مراعاة أحكام المادتين (١٤) و (٣٧) .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٣) يتم ترتيب المستحقين للتركة على الوجه الآتي :
- أ - أصحاب الفروض .
- ب - المصبات .
- ج - الرد على أصحاب الفروض من غير الزوجين .
- د - ذوي الأرحام .
- هـ - الرد على أحد الزوجين .
- و - المقر له بنسب محمول على الغير .
- ز - الموصى له بما زاد عن الحد ، الذي تنفذ فيه الوصية .
- ح - بيت المال .
- المادة (٣١٩) أ - إذا أقر المتوفى ، حال حياته ، بالنسب على نفسه ، فلا يتعدى إقراره إلى الورثة ،
- مالم يستوف الإقرار شروط صحته .
- ب - إذا أقر المتوفى بنسب على غيره ، ولم يثبت بغير الإقرار وفقاً لأحكام هذا القانون ولم يرجع عن إقراره ، فيستحق المقر له تركة المقر ما لم يكن له وارث .
- ج - إذا أقر بعض الورثة لآخر ، بالنسب على مورثهم ، ولم يثبت النسب بغير هذا الإقرار ، فيأخذ المقر له نصيبه من المقر ، دون سواه ما لم يكن محجوباً .
- (١٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : * (٨) في الإرث بالفرض : الفرض سهم مقدر للوارث في التركة ، ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض وهم :

= الأب ، الجد الصحيح وإن علا ، الأخ لأم ، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجة ، البنات ، بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأبي الأم ، الجدة الصحيحة وإن علت .

(٩) مع مراعاة حكم المادة (٢١) : للأب فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل . والجد الصحيح هو الذى لا دخل فى نسبه إلى الميت أنثى . وله فرض السدس على الوجه المبين فى الفقرة السابقة . (١٠) لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلاث للثنتين فأكثر ، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء . وفى الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة بشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً على الوجه المتقدم .

(١١) للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وللزوجة ولو كانت مطلقة رجماً إذا مات الزوج وهي فى العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وتعتبر المطلقة بائناً فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض وهي فى عدته .

(١٢) مع مراعاة حكم المادة (١٩) :

(أ) للواحدة من البنات فرض النصف وللثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) للبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة .

(١٣) مع مراعاة حكم المادتين (١٩) و (٢٠) :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف وللثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة .

(١٤) للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين أو أكثر من الإخوة والأخوات . ولها الثلث فى غير هذه الأحوال . غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض الزوج . والجدة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت .

وللجدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

(١٥) إذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم فى الإرث .

(١٦) جاء فى قانون الأحوال الشخصية المصري : هـ فى الإرث بالتعصيب إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب .

والعصبة من النسب ثلاثة أنواع :

(١) عصبة بالنفس .

(٢) عصبة بالغير .

(٣) عصبة مع الغير .

(١٧) للعصبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

(١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .

(٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا .

(مادة ٥٨٣)

المستحقون للتركة عشرة أصناف مقدّم بعضها على بعض كالترتيب الآتي :

الأول : صاحب الفرض ، وهو من فرض له سهم في القزان الغرير أو الشقة أو الإجماع .

الثاني : العصبه من النسب ، وهو : من يأخذ ما بقي من التركة بعد الفرض أو الكل

- (٣) الأخوة ، وتشمل الأخوة لأبوين والأخوة لأب وأبناء الأخ لأبوين وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما .
- (٤) العمومة ، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب وأبناء من ذكروا وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .
- (١٨) إذا اتحدت العصبه بالنفس في الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت . فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقديم بالقوة .
- فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة ، فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .
- (١٩) العصبه بالغير هن :
- (١) البنات مع الأبناء .
- (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهم مطلقاً أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك .
- (٣) الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة لأب .
- ويكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين .
- (٢٠) العصبه مع الغير هن :
- الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض . وفي هذه الحالة يعتبرن بالنسبة لباقي العصبات كالإخوة لأبوين أو لأب ويأخذن أحكامهم في التقديم بالجهة والدرجة والقوة .
- (٢١) إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضاً والباقي بطريق التعصيب .
- (٢٢) إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان :
- الأولى : أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً أو إناثاً عصبين مع الفرع الوارث من الإناث .
- الثانية : أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث . على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس . ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة أو الأخوات لأب .

عِنْدَ صَاحِبِ الْفَرُوضِ .

الثَّالِثُ : الْعَصَبَةُ الشَّيْبِيَّةُ ، وَهُوَ : مَوْلَى الْعَتَاقَةِ وَهِيَ عُصْبَةٌ نَسَبِيَّهَا نِعْمَةُ الْمُغْتَنِبِ .

الرَّابِعُ : عَصَبَتُهُ بِأَنْفُسِهِمْ عَلَى التَّرْتِيبِ ، وَالْمُغْتَنَقُ لَا يَرِثُ مِنْ مُغْتَنِبِهِ .

الخَامِسُ : الرَّدُّ عَلَى ذَوِي الْفَرُوضِ النَّسَبِيَّةِ بِقَدْرِ حُقُوقِهِمْ .

السادسُ : ذُوو الْأَرْحَامِ عِنْدَ عَدَمِ الرَّدِّ عَلَى ذَوِي الْفَرُوضِ ، وَذُوو الرَّجْمِ : هُمُ الَّذِينَ

لَهُمْ قَرَابَةٌ لِلْيَمِيَّتِ وَلَيْشُوا بِعَصَبَةٍ وَلَا ذَوِي سَهْمٍ .

السَّابِعُ : مَوْلَى الْمُوَالَاةِ ، وَهُوَ : كُلُّ شَخْصٍ وَالْأَهْ آخَرَ بِشَرْطِ كَوْنِ الْأَذْنَى حُرًّا غَيْرَ

عَرَبِيٍّ وَلَا مُغْتَنَقًا لِعَرَبِيٍّ وَلَا لَهُ وَارِثٌ نَسَبِيٌّ وَلَا عَقْلٌ عَنْهُ يَبْتِثُ الْمَالُ أَوْ مَوْلَى مُوَالَاةٍ آخَرَ ؛

وَكَوْنُهُ مَجْهُولُ النَّسَبِ بِأَنْ قَالَ : أَنْتَ مَوْلَايَ تَرْتِيبِي إِذَا مِتُّ وَتَعَقَّلَ عَنِّي إِذَا جَنَيْتُ . وَقَالَ

الْآخَرَ وَهُوَ حُرٌّ مُكَلَّفٌ : قِيلَتْ . فَيَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ وَيَصِيرُ الْقَابِلُ وَارِثًا . وَإِذَا كَانَ الْآخَرَ

أَيْضًا مَجْهُولُ النَّسَبِ إِلَى آخِرِ سُرُوطِ الْأَذْنَى ، وَقَالَ لِلأَوَّلِ مِثْلَ ذَلِكَ وَقَبْلَهُ وَرِثَ كُلُّ

مِنْهُمَا صَاحِبَهُ وَعَقَلَ عَنْهُ ، فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ وَأَحَدَ الزَّوْجَيْنِ فَالْبَاقِي مِنَ الثَّرِكَةِ

بَعْدَ نَصِيْبِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لَهُ .

الثَّامِنُ : الْمَقْرُ لَهُ بِالنَّسَبِ ، وَهُوَ : مَنْ أَقْرَ لَهُ شَخْصٌ أَنَّهُ أَخُوهُ أَوْ عَمُّهُ بَحِيْثٌ لَمْ يَبْتِثْ

بِإِقْرَارِهِ نَسَبَهُ مِنْ أَبِي الْمَقْرِ وَإِنْ بَصُرَ الْمَقْرُ عَلَى ذَلِكَ الْإِقْرَارِ إِلَى جِوْنِ مَوْتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ

لِلْمَقْرِ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ غَيْرُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَمَاتَ وَتَرَكَ الْمَقْرُ لَهُ بِالنَّسَبِ الْمَذْكُورِ فَمَا بَقِيَ مِنَ

الثَّرِكَةِ بَعْدَ نَصِيْبِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَهُوَ لَهُ .

التَّاسِعُ : الْمَوْصَى لَهُ بِجَمِيْعِ الْمَالِ ، وَهُوَ : مَنْ أَوْصَى لَهُ شَخْصٌ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُ أَحَدٍ

الزَّوْجَيْنِ أَوْ لَا وَارِثَ لَهُ أَصْلًا ، فَلَهُ بَاقِي الثَّرِكَةِ بَعْدَ نَصِيْبِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ أَوْ كُلِّهَا .

الْعَاشِرُ : يَبْتِثُ الْمَالُ يُوضَعُ فِيهِ الْمَالُ الَّذِي لَا مُسْتَحِقَّ لَهُ مِنْ ذِكْرِ بِطَرِيقِ الْحِفْظِ وَيُضْرَفُ

فِي مَضَارِفِهِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في البحر الرائق (٥٥٧/٨) : • وأما ما يستحق به الإرث وما يحرم به فنقول :

ما يستحق به الإرث شيان : النسب والسب فالنسب على ثلاثة أنواع المنتسبون إليه وهم : الأولاد والمنتسب

هو إليهم وهم الآباء والأمهات ، والسبب وهم : الأخوات والأعمام والعمات وغير ذلك ، والسبب ضربان :

زوجية وولاء ، والولاء نوعان : ولاء عتاقة وولاء الموالة ، وفي النوعين من الولاء يرث الأعلى من الأسفل

ولا يرث الأسفل من الأعلى هذا بيان جملة ما يستحق به الإرث . جئنا إلى بيان ما يحرم به الإرث فنقول : =

٣٤٤٥ - وبعد التجهيز وقضاء الدين وتنفيذ الوصية من الثلث إذا كانت لأجنبي ولم تجز الورثة ، يعطى الباقي للمستحقين ، إلا أنهم ليسوا في مرتبة واحدة ، بل بعضهم أولى من البعض الآخر عند الاجتماع . وهم عشرة :

٣٤٤٦ - الأول : صاحب الفرض : وهو من فرض له سهم في القرآن العزيز أو السنة أو الإجماع .

٣٤٤٧ - وقد عرفت كلاً منهم مما تقدم .

٣٤٤٨ - وأصحاب الفروض اثنا عشر ؛ أربعة من الذكور وهم : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ لأم ، والزوج . وثمانية من الإناث وهن : البنت ، وبنت الابن ، والأم ، والجددة الصحيحة ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم ، والزوجة .

٣٤٤٩ - فالوجود منهم يأخذ فرضه أولاً ، وما بقي أخذه العاصب النسبي . فإن لم يبق شيء من فروضهم فلا شيء له .

٣٤٥٠ - فإذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وأم وأخ شقيق ، كان للبنت في هذه المسألة النصف ولبنت الابن السدس وللأم السدس أيضاً والباقي وهو السدس للأخ الشقيق .

= ما يحرم من به الميراث ؛ الرق حتى إن العبد لا يرث من الحر والحر لا يرث من العبد وسيأتي شيء من ذلك بعدها ، واختلاف الدينين حتى لا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من الكافر وسيأتي أيضاً ، والقتل مباشرة بغير حق ففي القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء : أحدها : المباشرة سواء كانت عمداً أو خطأ حتى إن من تسبب إلى قتل مورثه بأن صب الماء على الطريق فزلق به مورثه فمات أو حفر بئراً على حافة الطريق فوقع فيها مورثه ومات لا يحرم من الميراث . الثاني : أن يكون القتل بغير حق ، والقتل بحق لا يوجب حرمان الإرث ، ألا ترى أن من صال عليه مورثه فقتله الوارث دفقاً لصيائه لا يوجب حرمان الميراث . الثالث : أن يكون المباشر مخاطباً حتى إن الصبي والمجنون إذا قتل لم يتعلق به حق وجوب القصاص ولا حرمان الميراث ، وكذلك اختلاف الدارين سبب لحرمان الميراث ؛ لأن الميراث إنما يستحق بالنصرة ، ولا تناصر عند اختلاف الدارين ولكن هذا الحكم في أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى إن المسلم إذا مات في دار الإسلام وله ابن مسلم في دار الهند أو الترك يرث .

وفي الكافي : ثم اختلاف الدارين على نوعين حقيقي كالحرابي مات في دار الحرب وله ابن ذمي في دار الإسلام فإنه لا يرث الذمي من ذلك الحرابي وكذا لو مات ذمي في دار الإسلام وله أب أو ابن في دار الحرب فإنه لا يرث ذلك الحرابي من ذلك الذمي وحكمي كالمستأمن والذمي حتى ولو مات مستأمن في دارنا لا يورث منه وارثه الذمي وكذلك الدين سبب لحرمان الميراث ، وهذا إذا كان الدين مستغرقاً للتركة ، أما إذا لم يكن مستغرقاً فالقياس أن لا يوجد حرمان الإرث وفي الاستحسان لا يوجب ، وقد قيل : البعد سبب لحرمان الميراث أيضاً حتى لا يرث البعيد من القريب ؛ إذ لو ورث لورث جميع العالم من واحد وأنه محال .

٣٤٥١ - وإذا توفيت الزوجة عن زوج وأخت لأب وابن أخ شقيق، كان للزوج في هذه المسألة النصف وللأخت لأب النصف أيضًا وحيث إن فرضهما استغرق التركة فلا شيء لابن الأخ الشقيق .

٣٤٥٢ - الثاني من المستحقين للتركة : العاصب بنفسه من النسب : وهو من يأخذ ما بقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم ، أو يأخذ الكل عند عدم أصحاب الفروض .

٣٤٥٣ - فإذا توفي شخص وترك عاصبًا بنفسه نسبيًا : فإما أن يكون معه أصحاب فروض ، أو لا . فإن كان معه أصحاب فروض : فإما أن تكون فروضهم غير مستغرقة للتركة ، أو مستغرقة لها .

٣٤٥٤ - فإن كانت فروضهم غير مستغرقة للتركة ، أخذ الباقي . وإن كانت فروضهم مستغرقة للتركة ، فلا شيء له .

٣٤٥٥ - وإن لم يكن معه أصحاب فروض ، أخذ الكل .

٣٤٥٦ - فإذا توفي شخص ولم يترك إلا ابناً أو أختاً شقيقاً أو ابن أخ لأب ، أخذ الموجود منهم الكل بطريق التعصيب .

٣٤٥٧ - والعاصب بنفسه النسبي ينحصر في أربع جهات : البنوة، والأبوة ، والأخوة، والعمومة .

٣٤٥٨ - فالبنوة تشمل : الابن ، وابن الابن وإن سفل .

٣٤٥٩ - والأبوة تشمل : الأب ، والجد الصحيح وإن علا .

٣٤٦٠ - والأخوة تشمل : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

٣٤٦١ - والعمومة تشمل : العم الشقيق ، والعم لأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم لأب وإن نزل كل منهما .

٣٤٦٢ - فهؤلاء هم العصبات النسبية .

٣٤٦٣ - وليسوا في الاستحقاق سواء ، بل هم مرتبون بالترتيب الذي سيلقي عليك . فيقدم أولاً بالجهة ، وثانيًا بالدرجة ، وثالثًا بالقوة . فإن اتفقوا فيها ، استروا في الاستحقاق .

٣٤٦٤ - فجهة البنوة وإن نزلت مقدمة على جهة الأبوة ، وهذه مقدمة على جهة

الأخوة ، وهذه مقدمة على جهة العمومة .

٣٤٦٥ - فإن وجد شخصان من جهة واحدة ، كالابن وابن الابن فقدم الابن ؛ لأنه أقرب درجة .

٣٤٦٦ - وإن وجد شخصان متحداً في الجهة والدرجة ، قدم الأقوى كأخ شقيق وأخ لأب فيحجب الأول الثاني .

٣٤٦٧ - فإن استوا في الكل ، استوا في الاستحقاق كابنين أو أخوين شقيقين أو لأب ، وسيظهر ذلك بما لا مزيد عليه في الإرث بالتعصيب .

٣٤٦٨ - وإنما قدمت أصحاب الفروض على العصبات النسبية ؛ لقوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت الفرائض فلاولى رجل ذكر » (١) .

٣٤٦٩ - ولأن أصحاب الفروض إنما قدرت لهم تلك السهام بلا تعرض لغيرهم ؛ ليأخذوها من التركة ابتداءً ، فإن بقي شيء يأخذه غيرهم .

٣٤٧٠ - ولأن في تقديم العاصب النسبي حرمان أصحاب الفروض ؛ إذ ليس له شيء مقدر ، بل يأخذ الكل بطريق العصوبة ، فلو بدأنا به لم يبق شيء لأصحاب الفروض .

٣٤٧١ - ومحل تقديم أصحاب الفروض على العاصب النسبي : إذا لم يكن صاحب الفرض محجوباً به ، وإلا فلا يأخذ شيئاً .

٣٤٧٢ - فإذا توفي شخص عن بنت وأم وأخ لأب ، أخذت البنت فرضها وهو النصف ، وأخذت الأم السدس والباقي للأخ للأب . فكل من البنت والأم أخذ فرضه ؛ لأنهما ليستا محجوبتين بالأخ .

٣٤٧٣ - أما إذا توفي شخص عن أخت شقيقة وابن أو عن أخت لأب وجد ، فالابن يأخذ كل المال في الصورة الأولى ولا شيء للأخت الشقيقة معه ؛ لأنها محجوبة به وإن كانت صاحبة فرض . والجد يأخذ كل المال في الصورة الثانية ، ولا شيء للأخت للأب معه ؛ لأنها محجوبة به وإن كانت صاحبة فرض . ولا يمكنك أن تقف على هذا الموضوع تمام الوقوف إلا بعد معرفة الحجب .

(١) صحيح البخاري (كتاب : الفرائض / باب : ميراث الولد من أبيه وأمه / ٦٧٣٢) ، وصحيح مسلم (كتاب : الفرائض / باب : ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر / ١٦١٥) ، وسنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : في ميراث العصبية / ٢٠٩٨) .

٣٤٧٤ - الثالث من المستحقين للتركة : العصة السببية : وهو مولى العتاقة ؛ وهو : من كان سبباً لثبوت قوة حكمية للرقيق يرفع بها عن نفسه يد الاستيلاء والتملك ، ويصير بها أهلاً للولاية والشهادة والمالكية .

٣٤٧٥ - فعند عدم العصة النسبية يعطى للعصبة السببية ، وإنما كان العاصب السابق عاصباً نسبياً وهذا عاصب سببي ؛ لأن عصوبة الابن والأب مثلاً آتية من جهة النسب ، وعصوبة المعتق آتية من جهة السبب وهو العتق ، والعاصب النسبي بنفسه لا يكون إلا مذكراً ، بخلاف العاصب السببي فإنه عبارة عن الشخص المعتق ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً .

٣٤٧٦ - والولاية ثابتة للمعتق على عتيقه ، سواء كان العتق اختيارياً أو اضطرارياً ؛ فالاختياري أن يعتق عليه بلفظ أعتاق أو فرعه كتدبير واستيلاء أو بشرائه ذا رحم محرم منه . والاضطراري بأن يرث ذا رحم محرم منه فيعتق عليه ، فإن الإرث اضطراري ، وحيث إنه دخل في ملكه به عُتِقَ عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من ملك ذا رحم محرم منه ، عتق عليه وولأه له » (١) .

٣٤٧٧ - فإذا توفي شخص وترك أصحاب فروض وعاصباً نسبياً وعاصباً سببياً ، أخذ أصحاب الفروض فروضهم ، وإن بقي شيء من التركة أخذ العاصب النسبي ، ولا شيء للعاصب السببي ؛ لأنه متأخر عنه .

٣٤٧٨ - فإذا لم يكن هناك عاصب نسبي ، أخذ العاصب السببي ما أبقتة أصحاب الفرائض .

٣٤٧٩ - وكذا إذا توفي شخص ولم يترك أصحاب فروض ولا عاصباً نسبياً وترك عاصباً سببياً ، أخذ كل التركة .

٣٤٨٠ - الرابع من المستحقين للتركة : عصة العاصب السببي بأنفسهم .

٣٤٨١ - ولا يكونون إلا من الذكور ، وهم منحصرون في أربع جهات :

٣٤٨٢ - الأولى : بنوة المعتق ؛ وتشمل : ابنه ، وابن ابنه وإن سفل .

٣٤٨٣ - الثانية : أبوته ؛ وتشمل : أب المعتق ، وجدته الصحيح وإن علا .

٣٤٨٤ - الثالثة : أخوة المعتق ؛ وتشمل : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

٣٤٨٥ - الرابعة : عمومة المعتق : وتشمل : عمه الشقيق ، وعمه لأبيه ، وابن عمه الشقيق ، وابن عمه لأبيه وإن نزل كل منهما .

٣٤٨٦ - وترتيبهم في الاستحقاق يكون كترتيبهم في الجهات المتقدمة ؛ فبنوة المعتق مقدمة على أبوته ، وأبوته مقدمة على أخوته ، وأخوته مقدمة على عمومته . ويسمى هذا التقديم تقديمًا بالجهة . وقس التقديم بالدرجة والقوة على ما تقدم لك في إرث العصابات النسبية .

٣٤٨٧ - فإذا توفي شخص وترك أصحاب فروض وعاصبًا نسبيًا وعاصبًا سببيًا وعصبة العاصب السببي ، أخذ أصحاب الفروض فروضهم أولاً ، وإن بقي شيء أخذه العاصب النسبي ، ولا شيء للعاصب السببي ؛ لأنه مؤخر عن العاصب النسبي ، ولا لعصبته ؛ لأنها مؤخرة عنه ، فإذا لم يستحق هو فمن باب أولى من هو مؤخر عنه .

٣٤٨٨ - فإذا لم يترك إلا أصحاب فروض وعصبة العاصب السببي ، أخذ أصحاب الفروض فروضهم والعصبة تأخذ الباقي .

٣٤٨٩ - فإذا توفي الزوج عن زوجته وبنته وابن معتقه مثلاً ، أخذت الزوجة فرضها وهو الثمن في هذه الحالة والبنث النصف والباقي يأخذه ابن المعتق .

٣٤٩٠ - وإنما قدم العاصب النسبي على السببي ؛ لأنه أقوى منه ، إذ عصوبته آتية من جهة النسب فهي أقوى مما هي آتية من جهة السبب . وقدم العاصب السببي على عصبته ؛ لأنها ما انتسبت إلى المعتق بفتح التاء إلا بالمعتق بكسرهما فهو الواسطة ، والقاعدة : أن كل من أدلى بواسطة حجته تلك الواسطة ؛ إلا أولاد الأم ، فإنهم ينتسبون بها ، ومع ذلك لا تحجبهم ، وستعرف كل ذلك معرفة تامة في الحجب إن شاء الله تعالى .

٣٤٩١ - فإذا عدم المعتق وعصبته ، وكان للمعتق معتق ، استحق كل المال أو ما أبقته أصحاب الفرائض . فإن لم يوجد فعصبته بأنفسهم على الترتيب الذي عرفته في عصبة المعتق .

٣٤٩٢ - الخامس : ذوو الرد ؛ فيرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم ، فالرد عليهم لا يكون إلا عند عدم العصابات ، سواء كانت نسبية أو سببية ؛ إذ لو وجد عاصب مطلقاً أخذ ما أبقته أصحاب الفرائض ، ولا يتأتى أيضًا إلا إذا كانت فروضهم غير مستغرقة للتركة ؛ لأن الفروض لو استغرقتها ، لم يبق شيء حتى يرد عليهم .

٣٤٩٣ - فإذا توفيت الزوجة عن زوج وأم وأخ لأم ، أخذ الزوج النصف والأم الثلث والأخ لأم السدس ، وهذه الفروض مستغرقة للتركة ، فلا رد حينئذ .

٣٤٩٤ - وإذا توفي شخص عن أم وأخ لأم ، أخذت الأم الثلث والأخ لأم السدس ، وهذان الفرضان عبارة عن النصف فلم تستغرق الفروض التركة ، فيرد النصف الباقي عليهما بقدر استحقاقهما . وحيث إن الأم تستحق مثلي ما يستحق الأخ لأم ، فيرد الباقي عليهما أثلاثاً ، فتأخذ الأم ثلثي النصف وهو عبارة عن الثلث ، ويأخذ الأخ لأم ثلث النصف ، وهو عبارة عن السدس ، وحينئذ تجعل المسألة من ثلاثة للأم اثنتان منها فرضاً وردّاً وللأخ لأم واحد فرضاً وردّاً أيضاً ، فالأم أخذت الثلث بالفرض ومثله بالرد والأخ لأم أخذ السدس فرضاً ومثله ردّاً .

٣٤٩٥ - ثم إنه لا يرد على كل أصحاب الفروض ، بل بعضهم .

٣٤٩٦ - وذلك أنهم ينقسمون قسمين : أصحاب فروض نسبية ، وأصحاب فروض سببية . فأصحاب الفروض النسبية : الأب ، والجد الصحيح ، والأخ لأم ، والبنات ، وبنات الابن ، والأم ، والجددة ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم . وأصحاب الفروض السببية : الزوجان .

٣٤٩٧ - فالقسم الأول يرد عليه ما بقي من التركة بعد الفروض إن لم يكن فيهم عصبية ، فإن كان وهما الأب والجد ، أخذ كل منهما الباقي بطريق التعصيب لا الرد .

٣٤٩٨ - والثاني لا يرد عليه ، فليس له في التركة إلا فرضه ، وإن لم يوجد عاصب .

٣٤٩٩ - وإنما سمي الأول صاحب فرض نسبي والثاني صاحب فرض سببي ؛ لأن كل أفراد القسم الأول استحقوا الفروض من جهة النسب ، أي : القرابة ، بخلاف الزوجين ، فإنهما استحقا الفرض بجهة السبب وهو الزوجية .

٣٥٠٠ - وإنما رد على أصحاب الفروض النسبية لا السببية ؛ لأن قرابة أفراد القسم الأول باقية بعد الموت بخلاف السبب الذي هو الزوجية ، فإنه انقطع بالموت .

٣٥٠١ - السادس من المستحقين للتركة : ذوو الأرحام : وهم الذين لهم قرابة للميت وليسوا بعصبية ولا ذوي فرض .

٣٥٠٢ - وحيث قد عرفت مما تقدم أصحاب الفروض والعصابات ، تعرف أن كل من كان قريباً للميت وليس واحداً منهما فهو من ذوي الأرحام ، كابن البنت وبنات البنت وأبي الأم وابن الأخت . وستعرف جميعهم عند كيفية تورثهم إن شاء الله تعالى .

٣٥٠٣ - فإذا توفي شخص ، ولم يترك أصحاب فروض نسبية ولا عصبية ، وكان له ذوو أرحام أخذوا تركته . وكذلك إذا ترك صاحب فرض سببي . كما إذا ماتت الزوجة عن زوجها وابن بنتها ، أخذ الزوج فرضه وهو النصف والباقي لابن البنت ؛ لأن الزوج من أصحاب الفروض السببية ، فلا يرد عليه شيء بعد أخذ فرضه ، بخلاف ما إذا كان الموجود من الوارثين صاحب فرض نسبي ، فإنه يأخذ فرضه ويرد عليه الباقي ، وبخلاف ما إذا ترك عاصبًا ، سواء كان نسبيًا أو سببيًا مع ذي الرحم ، فإنه لا يأخذ شيئًا ؛ لأن العاصب يستحق الكل بطريق التعصيب وهو مقدم على ذوي الأرحام .

٣٥٠٤ - السابع من المستحقين للتركة : مولى الموالاة : وهو الذي قبل موالاة الميت حين قال له : أنت مولاي ، ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت . فالشخص المولي بكسر اللام يقال له : الأذنى ، والمؤالي - بفتحها - يقال له : الأعلى .

٣٥٠٥ - ويشترط في الأذنى ستة شروط :

٣٥٠٦ - الأول : أن يكون حرًا ؛ لأنه لو كان رقيقًا فليس له أن يوالي غير سيده ؛ إذ هو وكسبه ملك له فليس له أن يوالي غيره .

٣٥٠٧ - الثاني : أن يكون غير عربي ؛ لأنه لو كان عربيًا ، كان معروف النسب ، ومتى كان معروف النسب فليس له أن يوالي غير آبائه .

٣٥٠٨ - الثالث : ألا يكون معتقًا ، إذ لو كان أصله رقيقًا وأعتق كان ولاؤه لمن أعتقه ولمعصبته ، فليس له أن يعطي هذا الولاء إلى غيرهم .

٣٥٠٩ - الرابع : ألا يكون له وارث نسبي بأن لم يكن له ابن أو أخ أو بنت مثلًا ؛ إذ لو كان له وارث فليس له أن يورث غيره مع وجوده .

٣٥١٠ - الخامس : ألا يكون بيت المال عقل عنه ، فإن حصل ذلك ؛ كما إذا جنى جنابة ولا مال عنده فدفع بيت المال ما لزمه من تلك الجنابة ، صار وليه ، فليس له أن يخرج نفسه من ولايته ويولي غيره .

٣٥١١ - السادس : ألا يكون عقل عنه مولى موالاة آخر ، فإن حصل ذلك بأن والى شخص غيره وجنى جنابة ، فدفع المؤالي بفتح اللام - بفتح اللام - ما لزم المؤالي - بكسر اللام - من تلك الجنابة ، فليس له أن يخرج نفسه من موالاة الأول إلى موالاة غيره ؛ لأن حقه تأكد بالعقل .

٣٥١٢ - فمتى حصل عقد بالكيفية المتقدمة ، وتوفرت الشروط في المؤالي - بكسر

اللام - ، ثبتت الولاية عليه للموالى - بفتحها - ، وصار وارثاً له عند عدم من ذكر قبله من المستحقين .

٣٥١٣ - وإذا فرض أن الموالى - بفتح اللام - توفرت فيه الشروط المتقدمة ، ووالى الآخر صح ، وصار كل منهما ولياً للآخر ، يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى . فعقد الموالاة كما يصح من جانب واحد ، يصح من الجانبين متى توفرت الشروط في كل منهما .

٣٥١٤ - واستحقاقه ثبت بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَنَأُوهُمْ تَصْيِبُهُمْ ﴾^(١) . وقد كان التوارث بالموالاة في ابتداء قدمه عليه الصلاة والسلام المدينة مع وجود ذوي الأرحام ، ثم نسخ بآية : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾^(٢) . فأخر التوارث به عنهم ولم يهمل لحديث : « المسلمون عند شروطهم فيما أحل »^(٣) . وتقوم عصبه مولى الموالاة مقامه عند عدمه ، وترتيبها كترتيب عصبه المعتق .

٣٥١٥ - فإذا توفي شخص وترك صاحب فرض نسبي أو عصبه أو ذا رحم ، فلا يأخذ مولى الموالاة شيئاً ؛ لأن صاحب الفرض النسبي يأخذ كل التركة فرضاً ورداً ، والعاصب يستحق الكل بطريق العصبية ، وذو الرحم يستحق الكل .

٣٥١٦ - وأما إذا ترك صاحب فرض سببي ومولى موالاة ، أخذ صاحب الفرض فرضه والباقي يأخذه مولى الموالاة .

٣٥١٧ - وكذا إذا مات شخص ولم يترك صاحب فرض أصلاً ولا عاصباً مطلقاً ولا ذا رحم وترك مولى موالاة أو عصبته ، أخذ هو أو عصبته كل التركة .

٣٥١٨ - اثنا من المستحقين للتركة : المقر له بالنسب ؛ ولكن لا بد فيه من قيود أربعة :

٣٥١٩ - الأول : أن يكون مجهول النسب ؛ إذ لو كان معروفه لم يصح هذا الإقرار أصلاً .

٣٥٢٠ - الثاني : أن يكون محمولاً على غيره ، كأن يقول المقر : هذا ابن أبي . أي : أخي . أو : هذا ابن ابني ، أو : عمي (مثلاً) . فإن هذا الإقرار يتضمن حمل النسب

(٢) الأنفال : ٧٥ .

(١) النساء : ٣٣ .

(٣) المعجم الكبير (٤٤٠٤) .

على الغير ، وهو الأب في المثال الأول والابن في المثال الثاني والجد في المثال الثالث ، وهو غير صحيح في حق ذلك الغير ، ويصح في حق نفسه فتلزمه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث .

٣٥٢١ - فإذا لم يكن النسب محمولاً على غيره ، بل على نفسه ؛ كما إذا قال : هذا ابني . واشتمل على شرائط صحته ؛ بأن كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله ، صح الإقرار واندرج في الورثة النسبية المتقدمين .

٣٥٢٢ - الثالث : عدم ثبوت نسب المقر له من ذلك الغير ؛ بأن لم يصدقه أبوه في هذا النسب ، أو لم يصدقه الورثة ، أو لم يشهد معه رجل آخر ؛ إذ لو صدقه الأب أو الورثة وكانوا من أهل الإقرار أو شهد معه على النسب رجل آخر ، يكون كباقي الورثة المتقدمين .

٣٥٢٣ - الرابع : أن يموت المقر على إقراره . فلو رجع عنه أو أنكره ثم مات ، لا يرث المقر له من المقر ؛ لأن هذا الإقرار وصية معنى ، فصح رجوعه عنه ، ولا ينتقل الإرث إلى فرع المقر له ولا إلى أصله .

٣٥٢٤ - فإذا توفي شخص ولم يترك إلا المقر له بالنسب على الغير ، أخذ كل التركة .

٣٥٢٥ - وكذلك إذا ترك أحد الزوجين معه ، فإن أحد الزوجين يأخذ فرضه ، والمقر له بالنسب المذكور يأخذ الباقي ؛ لأن أحد الزوجين لا يرد عليه .

٣٥٢٦ - بخلاف ما إذا ترك صاحب فرض غير أحد الزوجين ، فإنه يأخذ الكل فرضاً ورداً .

٣٥٢٧ - وبخلاف ما إذا ترك عاصباً مطلقاً ، فإنه يأخذ الكل بطريق العصوبة ، وكذا إذا ترك أحدًا من ذوي الأرحام ، فإنه يأخذ الكل أيضًا .

٣٥٢٨ - ومثله ما إذا ترك مولى الموالاة أو أحدًا من عصبته ، فإنه يأخذ كل المال ولا شيء للمقر له ؛ لأن الكل مقدمون عليه في الاستحقاق

٣٥٢٩ - التاسع من المستحقين للتركة : الموصى له بما زاد على الثلث ؛ لأن الوصية إن كانت بالثلث لأجنبي ؛ فإنها تنفذ وإن لم ترض الورثة ، وتكون مقدمة على الإرث .

٣٥٣٠ - وأما الوصية المتأخرة إلى الدرجة التاسعة ، فهي بالزائد على الثلث ، سواء كان الكل أو لا ، فلا يستحق الموصى له الزائد على الثلث ، سواء كان الكل أو لا ، إلا إذا لم يوجد أحد ممن تقدم ، أو وجد ولكن لا يستحق كل التركة كأحد الزوجين ،

فإنه لا يستحق إلا فرضه ، وحينئذ فليس له الحق في المعارضة .

٣٥٣١ - العاشر من المستحقين للتركة : بيت المال : وهو مكان يُوضع فيه المال تحت يد أمين ، ليصرف في مصارفه الشرعية .

٣٥٣٢ - أي : إذا لم يوجد واحد من المذكورين ، توضع التركة في بيت المال على أنها مال ضائع فصارت لجميع المسلمين ، فتوضع تحت يد الأمين ؛ ليصرفها في مصارفها الشرعية .

٣٥٣٣ - وليس ذلك بطريق الإرث بناء على أن الكل إخوة : ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾^(١) . بدليل أن الذمي إذا لم يكن له وارث، يوضع ماله في بيت المال ، مع أنه لا ميراث للمسلم من غيره .

٣٥٣٤ - ويشهد له أيضاً أنه يسوي بين الذكر والمؤنث من المسلمين في العطية من ذلك المال ، ولا تسوية بينهما في الموارث .

٣٥٣٥ - ويشهد له أيضاً أنه يعطى من ذلك المال من وُلد بعد موت صاحبه ، وللولد مع والده ولو كان إرثاً لما صح كل ذلك .

٣٥٣٦ - وعند الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه : أن بيت المال إن كان منتظماً يقدم على الرد وذوي الأرحام ، وإن لم ينتظم رُدُّ على ذوي الفروض النسبية بنسبة فروضهم ، فإن لم يوجد يصرف لذوي الأرحام ، ولا ميراث عنده أصلاً لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب على الغير^(٢) .

(١) الحجرات : ١٠

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :

أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .

ب - اختلاف الدين بين المسلم وغيره .

ج - لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

الباب الثاني في الموانع من الإرث

(مادة ٥٨٤)

موانع الإرث أَرْبَعَةٌ :

الأوَّلُ : الرِّقُّ وَافْرًا [كاملاً] كَانَ كَالْقَنَّ وَالْمَكَاتِبِ ، أَوْ نَاقِصًا كَالْمُدْبِرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الرِّقُّ يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الْإِرْثِ ؛ لِأَنَّهَا بِأَهْلِيَّةِ الْمَلِكِ رَقَبَةٌ ^(١) .

٣٥٣٧ - اعلم أن الموانع جمع : مانع .

٣٥٣٨ - وهو في عرف الفرضيين : ما تفوت به أهلية الإرث بعد قيام سببه .

٣٥٣٩ - فما يفوت به الإرث دون أهليته ليس بمانع ، بل هو حاجب .

٣٥٤٠ - والمنوع عن الميراث لفوات الأهلية يسمى : محروماً ، والمنوع من الإرث

لوجود من هو مقدم عليه يسمى : محجوباً .

٣٥٤١ - والفرق بينهما : أن المحروم لا يؤثر على غيره من الورثة أصلاً ، بخلاف

المحجوب فإنه يؤثر على غيره .

٣٥٤٢ - مثلاً : الزوج يستحق النصف عند عدم وجود الفرع الوارث ، والرابع عند

وجوده ، فإذا فرض أن امرأة توفيت عن زوجها وابنها الرقيق ، استحق الزوج النصف

وإن كان ابنها موجوداً ؛ لأنه قام به مانع من موانع الإرث وهو الرق فهو محروم ،

فلا يؤثر على الزوج في استحقاقه النصف .

٣٥٤٣ - والأخوة لأُم يستحقون الثلث في بعض الأحوال ، ويحجبون بالأب

حجب حرمان ، والأم تستحق الثلث إذا لم يكن معها فرع وارث أو اثنان من الإخوة

(١) قول الخنيفة : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٤/٦) : « الرق يمنع الإرث ولا فرق في ذلك بين أن يكون

قنًا ، وهو الذي لم يتعقد له سبب الحرية أصلاً وبين أن يتعقد له سبب الحرية كالمُدْبِرِ والمكاتب وأم الولد ومعنى

البعض عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، كذا في التبيين وأما المستسعى في إعتاق الراهن المعسر فيرث ويورث عنه ، كذا

في الكافي . »

والأخوات ، فإن وجد معها واحد من المذكورين استحققت السدس .

٣٥٤٤ - فإذا فرض أن شخصًا توفي وترك أمه وأباه وإخوته لأمه ، فالأم تأخذ السدس لوجود الأخوة لأم وإن كانوا محجوبين بالأب .

٣٥٤٥ - والموانع المذكورة أربعة :

٣٥٤٦ - الأول : الرق

٣٥٤٧ - وهو في اللغة : الضعف . يقال : رق الثوب . إذا ضعف .

٣٥٤٨ - وفي الاصطلاح : عجز حكمي قائم بالإنسان . بمعنى أن: الرقيق عاجز لا يقدر على ما يقدر عليه الحر من الشهادة والولاية والملك .

٣٥٤٩ - والرق يمنع التوارث مطلقًا ، أي: سواء كان كاملاً كالقن والمكاتب ، أو ناقصًا كالمدير وأم الولد .

٣٥٥٠ - فالقن : هو المملوك الذي لم يثبت له نوع من أنواع الحرية أصلاً . والمكاتب : هو الذي كاتبه سيده على مبلغ معلوم ؛ بأن قال له : كاتبتك على عشرين جنيهاً مصرية مثلاً إن أديتها لي تصير حرًا .

٣٥٥١ - فكل من هذين كامل الرق ، أما القن فظاهر ، وأما المكاتب فلقوله عليه الصلاة والسلام : « المكاتب رقيق ما بقي عليه درهم » .

٣٥٥٢ - والمدير : هو المملوك الذي قال له سيده : أنت حر بعد موتي . وأم الولد : هي الأمة التي أتت بولد من السيد ، فادعاه بأن قال : هذا الولد ابني ؛ فإنه يثبت نسبه منه وتصير الأمة أم ولد .

٣٥٥٣ - فهذان رقعهما ناقص ، لأنهما اكتسبا شيئاً من الحرية ؛ ولذا لا يجوز للسيد بيعهما ويعتقان بموت السيد .

٣٥٥٤ - وإنما كان الرق مانعاً من الإرث ؛ لأنه ينافي أهلية الملك ؛ إذ الرقيق لا يملك المال بسائر أسباب الملك ، فلا يملكه أيضًا بالإرث ؛ ولأن جميع ما في يده من المال لمولاه ، فلو ورثناه من أقاربه لدفع المال الذي أخذه لسيده ، فيكون توريثاً للأجنبي بلا سبب وهو باطل إجمالاً .

٣٥٥٥ - ويستثنى من ذلك : المكاتب الذي مات عن وفاء ، فإنه يعتق في آخر حياته ويؤدي بدل كتابته من المال الذي تركه ، وما بقي فهو ميراث لورثته الموجودين وقت

الموت ، سواء كانوا موجودين وقت الكتابة أو لا (١) .

(مادة ٥٨٥)

الثاني : القتل الذي يتعلّق به حُكْمُ الْقِصَاصِ أَوْ الْكَفَّارَةِ . وَهُوَ إِمَّا عَمْدٌ وَفِيهِ الْإِثْمُ وَالْقِصَاصُ ، أَوْ شِبْهُ عَمْدٍ وَفِيهِ الْكَفَّارَةُ وَالْإِثْمُ وَالذِّبَةُ الْمَغْلُطَةُ لَا الْقَوْدُ ، أَوْ خَطَأً كَأَن زَمِيَ صَيْدًا فَأَصَابَ إِنْسَانًا وَفِيهِ الْكَفَّارَةُ وَالذِّبَةُ . فَفِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ الْمَقْتُولَ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَتْلُ بِحَقٍّ ، أَمَّا إِذَا قَتَلَ مُؤَرَّثَةً قِصَاصًا أَوْ حَدًّا أَوْ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، فَلَا جُزْمَانَ مِنَ الْإِرْثِ . وَكَذَا لَوْ كَانَ الْقَتْلُ تَسْبِيًا ، بِلَا مُبَاشَرَةٍ ، أَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا ، لِعَدَمِ تَعَلُّقِ حُكْمِ الْقِصَاصِ أَوْ الْكَفَّارَةِ بِذَلِكَ (٢) .

٣٥٥٦ - الثاني من موانع الإرث : القتل

٣٥٥٧ - ولكن ليس كل قتل مانعاً منه ؛ وذلك أن القتل الذي تتعلق به أحكام

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (٥) « من موانع الإرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة . وبعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعي . جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :

أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .

ب - اختلاف الدين بين المسلم وغيره .

ج - لا يمنع الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٦٩) يحرم من الإرث من قتل مورثه سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو متسبباً شريطة أن يكون عند ارتكابه الفعل عاقلاً بالغاً حد المسؤولية الجنائية .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٤/٦) : « القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيئاً عندنا سواء قتل عمداً أو خطأ ، وكذلك كل قاتل وهو في معنى الخاطئ كالنائم إذا انقلب على مورثه ، وكذلك إن سقط من سطح على مورثه فقتله أو أوطأ بدابته مورثه وهو راكبها ، كذا في المسبوط وقتل الصبي ، والمجنون ، والمعنوه ، والمبرسم ، والموسوس ؛ لا يوجب حرمان الميراث ؛ لأن الحرمان يثبت جزاء قتل محظور وفعل هؤلاء ليس بمحظور والتسبب إلى القتل لا يحرم الميراث كحافر البئر وواضع الحجر وصاب الماء في الطريق ونحوه ، وكل قتل أوجب القصاص أو الكفارة كان مباشرة فيحرم به الميراث ، وما لا يوجب ذلك فهو تسبب لا يحرم الميراث والفائد والسائق متسببان ، وفي قتل الباغي العادل وعكسه تفصيل وخلاف عرف في السير . كذا في الاختيار شرح المختار . »

مخصوصة على خمسة أنواع :

٣٥٥٨ - الأول : العمد .

٣٥٥٩ - الثاني : شبه العمد .

٣٥٦٠ - الثالث : الخطأ .

٣٥٦١ - الرابع : ما جرى مجرى الخطأ .

٣٥٦٢ - الخامس : القتل بتسبب .

٣٥٦٣ - فالذي يمنع الإرث من هذه الأنواع هو القتل الذي يتعلق به حكم القصاص أو الكفارة ، وهو الأربعة الأول .

٣٥٦٤ - فإن الأول فيه القصاص ، والثلاثة التي بعده فيها الكفارة وإن كانت فيها الدية أيضًا .

٣٥٦٥ - فالعمد : هو أن يتعمد شخص ضرب آخر بشيء لا تطيقه البنية غالبًا ، سواء كان هذا الشيء مفرقًا للأجزاء كالسلاح والممدد من الخشب والحجر ، أو غير مفرق لها كحجر ثقيل وإبرة في مقتل . وهذا هو الموعول عليه .

٣٥٦٦ - وفي هذا النوع الإثم والقصاص ولا كفارة فيه ؛ لأنه كبيرة محضة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِدًا فَجَزَاءُ لَهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَعَظِيبَ آثَمٍ عَلَيْهِ وَلَعْنَةٌ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ ^(١) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « أكبر الكبائر : الإشراف بالله تعالى ، وقتل النفس ، وعقوق الوالدين ، وقول الزور » ^(٢) . وفي الكفارة معنى العبادة ، بدليل أن للصوم والإعتاق فيها مدخلًا ، فلا يناط بها .

٣٥٦٧ - وإنما اشترط في العمد أن يكون بالآلة لا تطيقها البنية في الغالب ؛ لأن العمد هو القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليل ، ودليله : استعمال القاتل آلة القتل . فأقيم الدليل مقام المدلول ؛ لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية ، ولهذا لم يقبل قول القاتل : لم أقصد قتله ؛ لأن استعمال آله المتقدمة دليل عليه ، فلا يلتفت إلى قوله .

٣٥٦٨ - وشبه العمد : هو أن يتعمد شخص ضرب آخر بما تطيقه البنية غالبًا ، كضربه بكفه أو بعضا معتادة أو حجر خفيف على القول الظاهر .

(١) النساء / ٩٣ .

(٢) صحيح البخاري (كتاب : الديات / باب : قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ آتَيْهَا ﴾ / ٦٨٧١) .

٣٥٦٩ - وموجب هذا الإثم لتعمد الضارب والكفارة والدية المغلظة على العاقلة لا القصاص ؛ لأنه لم يتعمد قتله .

٣٥٧٠ - والكفارة : هي عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . ولا دخل للإطعام في هذه الكفارة ؛ لأن النص لم يرد به ، والمقادير توقيفية . والدية المغلظة : مائة من الإبل خمس وعشرون من التي طعنت في السنة الثانية ، ومثلها من التي دخلت في السنة الثالثة ، ومثلها من التي طعنت في الرابعة ، ومثلها من التي دخلت في الخامسة ، وتسمى الأولى : بنت مَخَاض ، والثانية : بنت لَبُون ، والثالثة : حَقَّة ، والرابعة : جَدْعَة . هذا إذا قضي بها من الإبل . فإن قضي بها من النقود ، تكون ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة .

٣٥٧١ - والخطأ ينقسم إلى قسمين ، لأنه إما أن يكون خطأ في الظن ، أو خطأ في الفعل .

٣٥٧٢ - فالأول : كأن يرى شيئا من بعد ، فيظنه صيدا فيرميه ، فإذا هو إنسان .

٣٥٧٣ - والثاني : كأن يرمي غرضا أو صيدا ، فيصيب آدميا .

٣٥٧٤ - وما جرى مجرى الخطأ كانقلاب نائم على شخص أو سقوطه عليه من سطح فيقتله .

٣٥٧٥ - وموجب كل منهما الكفارة والدية المخففة على العاقلة والإثم كان أخف من إثم القتل العمد وشبهه ، والدية المخففة لا تظهر إلا إذا كانت من الإبل ، فإنها تكون أحماسا : عشرون من الذكور التي مضى عليها سنة ودخلت في الثانية ، ومثلها من الإناث ، ومثلها من التي مضى عليه سنتان ودخلت في الثالثة ، ومثلها من التي دخلت في الرابعة ، ومثلها من التي طعنت في الخامسة . فإن كانت من النقود فكما تقدم في المغلظة ، وهذا رأي بعضهم . ويرى بعضهم أن المغلظة لا تكون إلا من الإبل أرباعا ، وأما المخففة فإنها تكون من الإبل أحماسا أو من الدنانير أو الدراهم ، وهذا هو الظاهر ؛ إذ به تظهر فائدة التخليط والتخفيف .

٣٥٧٦ - والقتل يتسبب : كما إذا حفر شخص بئرا ، أو وضع حجرا في غير ملكه ، فوقع مورثه في البئر أو عثر في الحجر فوقع ، فمات .

٣٥٧٧ - وموجب هذا النوع الدية المخففة على العاقلة لا الكفارة ولا إثم القتل ، بل عليه إثم الحفر والوضع في غير ملكه ، وهذا النوع لا يحرم من الإرث كما عرفته مما تقدم .

٣٥٧٨ - والقتل العمد لا يمنع من الإرث إلا إذا كان بغير حق ، فإن كان بحق ، كما إذا قتل مورثه قصاصًا أو حدًا ، بأن قتل الزوج امرأته أو ذات رحم من محارمه الإناث لأجل الزنى ، فإنه يرث منها عندنا . لكن لا بد من تحقق الزنى ، أما بمجرد التهمة فلا يرث ، أو دفعا عن نفسه ، كما إذا أراد مورثه قتله ولا يمكن دفعه عن نفسه إلا بقتله فقتله ، فإن يرثه .

٣٥٧٩ - ومثله : ما إذا كان القاتل صبيًا أو مجنونًا ، فإنه يرث المقتول أيضًا ، وكذا لو أكره شخص على قتل مورثه بوعيد قتل ففعل ، يرث أيضًا .

٣٥٨٠ - ولكن يقال : كيف يستثني هذه الصور مع أن مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام : « القاتل لا يرث » ^(١) . أنه يحرم مطلقًا كما ذهب إليه الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه ؟ .

٣٥٨١ - والجواب عن ذلك : أنه إنما أخرج القاتل بحق ؛ لأن الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور ، فإذا كان بحق ، فلا حظر فيه ، فلا عقوبة ، فلا منع من الإرث .

٣٥٨٢ - وإنما أخرج القاتل بسبب ؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة ، ألا ترى أنه لو فعل ذلك في ملكه لم يؤخذ بشيء ، والقاتل يؤخذ بفعله ، سواء كان في ملكه أو في ملك غيره .

٣٥٨٣ - وإذا لم يكن قاتلاً حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو حرمان الميراث والكفارة ، وأما وجوب الدية على العاقلة فلصيانة دم المقتول عن الهدر ، بخلاف المخطئ فإنه مباشر للقتل المحظور ، فترتب عليه الكفارة والحرمان من الإرث .

٣٥٨٤ - وإنما أخرج الصبي والمجنون ؛ لأن الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور ، وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعًا ؛ إذ لا يتصور توجيه خطاب الشارع إليهما بخلاف المخطئ ، فإنه أهل لذلك .

٣٥٨٥ - وأيضًا الحرمان باعتبار التقصير في التحرز ، ويتصور نسبة التقصير إلى المخطئ وما مجرى مجراه دونهما .

٣٥٨٦ - وأما المقتول فقد يرث القاتل ، ويتصور ذلك مثلاً فيما إذا ضرب أحد الأخوين أخاه ضربة تؤدي إلى موته ، وقيل موت المضروب مات الضارب بسبب من

(١) سنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : ما جاء في إبطال ميراث القاتل / ٢١٠٩) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الديات / باب : القاتل لا يرث / ٢٦٤٥) .

(مادة ٥٨٦)

الثالث : اِخْتِلَافُ الدِّينِ : فَلَا يَرِثُ الْكَافِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ وَلَا الْمُسْلِمُ مِنَ الْكَافِرِ ، بِخِلَافِ الْمُؤْتَدِّ ، فَإِنَّهُ يَرِثُهُ قَرِيبُهُ الْمُسْلِمُ ، أَيْ : يَرِثُ مَالَهُ الَّذِي اِكْتَسَبَهُ الْمُؤْتَدُّ فِي خَالِ إِسْلَامِهِ ، وَأَمَّا مَا اِكْتَسَبَهُ فِي خَالِ رِدَّتِهِ فَيُوضَعُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . هَذَا فِي حَقِّ الْمُؤْتَدِّ الذَّكَرِ .
وَأَمَّا الزَّوْءَةُ الْمُؤْتَدَّةُ فَيَرِثُ قَرِيبُهَا الْمُسْلِمُ مَا اِكْتَسَبَتْهُ فِي خَالِ إِسْلَامِهَا وَفِي خَالِ رِدَّتِهَا (٢) .

• • •

٣٥٨٧ - الثالث من موانع الإرث : اختلاف الدين

٣٥٨٨ - فلا يرث المسلم من غير المسلم ، ولا غير المسلم من المسلم .

٣٥٨٩ - فإذا كان أخوان أحدهما مسلم - والآخر غير مسلم ومات أحدهما ، فلا يرثه الآخر . وكذا لو تزوج مسلم بغير مسلمة وكانت كتائية ، ومات أحدهما ، فلا يرثه الآخر ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » (٣) . وهذا

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية : (٦) لاتوارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض .

و إختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين .

ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .
جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :

أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .

ب - اختلاف الدين بين المسلم وغيره .

ج - لا يمنع الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنع مثل ذلك للسوريين .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٠) لا توارث مع اختلاف الدين .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٤/٦) : « وإختلاف الدين أيضًا يمنع الإرث والمراد به الإختلاف بين الإسلام والكفر ، وأما إختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبدة الوثن فلا يمنع الإرث حتى يجري التوارث بين اليهودي والنصراني والمجوسي » .

(٣) سنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : لا يتوارث أهل ملتين / ٢١٠٨) ، وسنن أبي داود (كتاب : الفرائض / باب : هل يرث المسلم الكافر / ٢٩١١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفرائض / باب : ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك / ٢٧٣١) .

هو المذهب المنصور .

٣٥٩٠ - وإن كان بعضهم يقول : يرث المسلم من غير المسلم ، ولا عكس ، مستدلاً بقوله عليه الصلاة والسلام : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه »^(١) . ومن العلو أن يرث المسلم من غير المسلم ، بلا عكس .

٣٥٩١ - والجواب عن ذلك : أن المذكور في هذا الحديث نفس الإسلام ، فيكون معناه : أنه إن ثبت الإسلام على وجه ولم يثبت على وجه آخر ، فإنه يثبت ويعلو ، كالمولود بين مسلم وكناية ، فإنه يحكم بإسلام الولد . أو المراد : العلو بحسب الحجة .
٣٥٩٢ - والمعلو عليه أن غير المسلمين يتوارثون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

٣٥٩٣ - وقال بعضهم : يجري التوارث بين اليهود والنصارى لا بينهما وبين المجوس ؛ لأنهما اتفقا على التوحيد والإقرار بنبوّة موسى عليه السلام وإنزال التوراة ، فهما على ملة واحدة ، بخلاف المجوس حيث ينكرون التوحيد ويثبتون بالتعدد ولا يعترفون بنبي ولا بكتاب منزل فهم أهل ملة أخرى .

٣٥٩٤ - وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا توارث بين اليهود والنصارى أيضًا ، لاختلاف اعتقادهم في عيسى عليه الصلاة والسلام والإنجيل بخلاف أهل الأهواء ؛ لأنهم يعترفون بالأنبياء والكتب ، ولكنهم يختلفون في تأويل الكتاب والسنة ، وذلك لا يوجب اختلاف الملة .

٣٥٩٥ - وأما الشخص المرتد ، وهو : الراجع عن دين الإسلام عاقلًا طائغًا ، سواء كان مذكّرًا أو مؤنثًا . فلا يرث من المسلم ولا من غيره ولو مرتدًا ، ولكن ليس ذلك لاختلاف الدّين ؛ لأنه لا دين له ؛ لأن ما انتقل إليه لا يقر عليه ، والمعتبر في الإرث الملة .
٣٥٩٦ - وورثه غيره ، سواء كان الشخص المرتد مذكّرًا أو مؤنثًا ، وسواء كان المال الذي تركه اكتسبه حال إسلامه أو حال رده وهذا قول الصحابين .

٣٥٩٧ - وقال الإمام : إن كان الشخص المرتد مؤنثًا أخذ وارثها جميع ما تركته ، سواء اكتسبته حال إسلامها أو حال ردها ؛ وإن كان مذكّرًا ، أخذ وارثه ماله الذي اكتسبه حال إسلامه ، وأما ما اكتسبه حال رده فيكون فيقًا لبيت مال المسلمين .

(١) السنن الكبرى للبيهقي (٢٠٥/٦) ، وسنن الدارقطني (٢٥٢/٣) (٣٠) .

٣٥٩٨ - ووجه قولهما : أن الجميع لورثته أن المرتد لا يقر على ما اعتقده ، بل يجبر على العود إلى الإسلام ، فيعتبر حكم الإسلام في حقه لا فيما ينتفع به هو ، بل فيما ينتفع به وارثه .

٣٥٩٩ - وإنما فرق أبو حنيفة بين المذكر والمؤنث ؛ لأن الأنثى لا تقتل ، بل تحبس وتعزر وتستتاب حتى ترجع إلى الإسلام ، فيعتبر الإسلام مستصحباً في حقها ، بخلاف المذكر فإنه إذا لم يرجع إلى الإسلام بعد استنابته مدة ثلاثة أيام يقتل ، فردته موجبة إلى قتله ، فلا يمكننا استصحاب الإسلام في حقه حال رده ، فلا يستحق وارثه المال الذي اكتسبه وقتها ويأخذ ماله الذي اكتسبه حال إسلامه ؛ لأن الإرث منه مسند إلى وقت الإسلام .

٣٦٠٠ - وقال الإمام الشافعي : لا يرث المرتد أحدًا ، ولا يرثه أحد ، بل يوضع ماله في بيت مال المسلمين ^(١) .

(مادة ٥٨٧)

الرَّابِعُ : اِخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ فِي حَقِّ الْمُسْتَأْمِنِ وَالذَّمِي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَفِي حَقِّ الْحَرْبِيِّ وَالْمُسْتَأْمِنِ مِنْ دَارَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، وَفِي حَقِّ الْحَرْبِيِّ وَالذَّمِي .
وَيُوقَفُ مَالُ الْمُسْتَأْمِنِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الَّذِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا اتَّخَذَتْ دَارُهُمَا ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٤) : يمنع من الإرث ما يلي :

أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .

ب - اختلاف الدّين بين المسلم وغيره .

ج - لا يمنع الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٤/٦) : « واختلاف الدارين يمنع الإرث ، كذا في التبيين ، ولكن هذا الحكم في حق أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى لو مات مسلم في دار الحرب يرثه ابنه الذي في دار الإسلام . ثم اختلاف الدار على نوعين : حقيقي كحربي مات في دار الحرب وله أب أو ابن ذمي في دار الإسلام فإنه لا يرث الذمي من ذلك الحربي ، وكذا لو مات ذمي في دار الإسلام وله أب أو ابن في دار الحرب ، فإنه لا يرث ذلك الحربي من هذا الذمي . والحكمي كالمستأمن والذمي حتى لو مات مستأمن في دارنا لا يرث منه وارثه الذمي ، والدار إنما تختلف باختلاف المنعة أي : الجيش والملك ، لانقطاع العصمة فيما بينهم ، كذا في الكافي » .

٣٦٠١ - الرابع من موانع الإرث : اختلاف الدارين

٣٦٠٢ - وهذا المانع خاص بغير المسلمين ؛ لأن دار الإسلام دار أحكام ، فلا تختلف الدار فيما بين المسلمين ؛ لأن حكم الإسلام يجمعهم ، إذ هو لا يتغير في وقت من الأوقات .

٣٦٠٣ - فلا توارث بين المستأمن والذمي وإن كان سبب الإرث كالقربة موجودًا ، ولا توارث بين الحربيين ولا المستأمنين إذا اختلفت دارهما ، بأن يكون أحدهما فرنسائياً ، والآخر إنكليزيًا مثلاً .

٣٦٠٤ - ولا توارث أيضًا بين الحربي والذمي ، لاختلاف الدار ، ويوقف مال المستأمن في دار الإسلام لورثته الذين في دار الحرب إذا اتحدت دارهما .

٣٦٠٥ - فإذا دخل ألماني مثلاً دارنا بأمان فهو مستأمن ، فإذا هلك في ديارنا ، وكانت له ورثة في داره ، أعطي ماله إليهم .

٣٦٠٦ - بخلاف ما إذا اختلفت دارهما ، كما إذا كانت أقرابه في فرنسا ، وتجنس بالجنسية الفرنسية ، فإنهم لا يعطون شيئًا من ماله لاختلاف الدار .

٣٦٠٧ - ثم إن اختلاف الدار : إما أن يكون حقيقة وحكمًا ، أو حكمًا فقط ، أو حقيقة فقط .

٣٦٠٨ - فالأول : كالحربي والذمي وكالحربيين من دارين مختلفين ؛ لأن الدارين مختلفتان حقيقة وأحكامهما متباينة .

٣٦٠٩ - والثاني : كالذمي والمستأمن في دارنا ؛ لأن الدار وإن كانت واحدة حقيقة ، إلا أنها مختلفة حكمًا ، لأن المستأمن من أهل دار الحرب حكمًا لتمكنه من الرجوع إليها .

٣٦١٠ - والثالث : كمستأمن في دارنا وحربي في دارهم ، فإن الدار وإن اختلفت حقيقة لكن المستأمن من أهل دار الحرب حكمًا كما علمت ، فهما متحدان في الحكم ؛ ولذا يدفع مال المستأمن لوارثه الحربي عند اتحاد الدار ، لبقاء حكم الأمان في ماله لحقه وإبصال ماله لورثته من حقه ، فيلزمنا القيام به كسائر حقوقه .

٣٦١١ - ومما تقدم يعلم أن المانع من الإرث هو اختلاف الدارين حكمًا ، سواء كان حقيقة أيضًا أو لا دون الاختلاف حقيقة فقط .

٣٦١٢ - وقال الإمام الشافعي رحمته الله : اختلاف الدارين ليس مانعًا من الإرث أصلًا .

٣٦١٣ - ووجه مذهب أبي حنيفة : أن الورثة تبتني على النصرة والولاية ، فإذا اختلفت الدار باختلاف المنعة ، أي : العسكر واختلاف الملك كأن يكون أحد الملكين في الهند وله منعة ، والآخر في روسيا مثلاً وله منعة أيضاً ، وانقطعت العصمة فيما بينهم حتى استحل كل منهم قتال الآخر ، انتفت النصرة والولاية ، فتنفني الورثة المبنية عليهما .

٣٦١٤ - ولذا لو كان بين ملكين تناصر وتعاون على أعدائهما بأن تحالفا ، ثبتت الورثة ، لوجود التناصر والتعاون والتعاقد .

٣٦١٥ - وبقي من موانع الإرث اثنان :

٣٦١٦ - الأول : جهالة تاريخ الموت :

٣٦١٧ - كالغرقى والحرقى والهدمى والقتلى ، فإذا انهدم بيت مثلاً على من فيه ، وكان فيه من يرث بعضهم بعضاً ، فلا توارث بينهم ، بل نعتبرهم كأنهم أجنب من بعضهم ومال كل واحد منهم يكون لورثته الأحياء .

٣٦١٨ - الثاني : جهالة الوارث :

٣٦١٩ - بأن التبس بغيره ، وذلك في مسائل :

٣٦٢٠ - منها « امرأة أرضعت صبيًا مع ولدها ، وماتت ولم يعلم أيهما ولدها ، فلا يرثها واحد منهما » .

٣٦٢١ - ومنها : أن يترك شخص ولده في مكان ، ثم يندم يرجع ليأخذه ، فإذا فيه ولدان ، ولم يعرف ولده منهما ومات قبل الظهور ، فلا يرثه واحد منهما ، ويوضع ماله في بيت المال ، ونفقتهما على بيت المال ، وكذا لا يرث أحدهما الآخر .

٣٦٢٢ - ومنها : مسلم وغير مسلم استأجرا لولديهما مرضعة واحدة ، فكبرا ، ولم يعلم ولد المسلم من ولد النصراني ، فالولدان مسلمان ولا يرثان من أبويهما ، إلا أن يصطلحا فلهما الميراث .

الباب الثالث

في أصحاب الفروض وبيان فروضهم

(مادة ٥٨٨)

الإِزْتِ الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ نَوْعَانِ : إِزْتٌ بِالْفَرْضِ ، وَإِزْتٌ بِالتَّعْصِيبِ .
وَالْفُرُوضُ الْمَقْدَرَةُ فِي الْقُرْآنِ الْعَزِيزِ سِتَّةٌ : التَّصْفُ ، وَالرُّبْعُ ، وَالثَّمَنُ ، وَالثَّلْثَانِ ، وَالثُّلُثُ ،
وَالسُّدُسُ .

وَأَصْحَابُهَا اثْنَا عَشَرَ ، أَرْبَعَةٌ مِنَ الذُّكُورِ ، وَهَمُّ : الْأَبُ ، وَالْجَدُّ الصَّحِيحُ وَهُوَ أَبُو الْأَبِ
وَإِنْ عَلَاً ، وَالْأَخُ لِأُمِّ ، وَالرُّوْجُ .

وَمِنَ النِّسَاءِ ثَمَانِيَّةٌ ، هُنَّ : الزَّوْجَةُ ، وَالْبِنْتُ ، وَالْأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ ، وَبِنْتُ الْإِبْنِ وَإِنْ سَفَلَتْ ،
وَالْأَخْتُ لِأَبٍ ، وَالْأَخْتُ لِأُمِّ ، وَالْأُمُّ ، وَالْجَدَّةُ الصَّحِيحَةُ ^(١) .

• • •

٣٦٢٣ - اعلم أن الإرث المجمع عليه نوعان :

٣٦٢٤ - الأول : إرث بالفرض .

٣٦٢٥ - الثاني : إرث بالتعصيب .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى ستة :
النصف ، والرابع ، والثلث ، والثلثان ، والثلث ، والسدس ؛ أما النصف ففرض خمسة أصناف : فرض الزوج
إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، وفرض بنت الصلب ، وفرض بنت الابن عند عدم بنت الصلب ،
وفرض الأخت لأب وأم ، وفرض الأخت لأب عند عدم الأخت لأب وأم » .

وجاء فيه أيضاً (٤٨٧/٦ ، ٤٨٨) : « ذوي الفروض هم : كل من كان له سهم مقدر في كتاب الله تعالى
أو في سنة رسوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أو بالإجماع . كذا في الاختيار شرح المختار . وهم اثنا عشرة
نفساً ؛ عشرة من النسب واثان من السبب . أما العشرة بالنسب فثلاثة من الرجال وسبعة من النساء ،
أما الرجال فالأول الأب وله ثلاثة أحوال : الفرض المحض ، وهو السدس مع الابن أو ابن الابن وإن سفل ،
والتعصيب المحض وذلك أن لا يخلف غيره فله جميع المال بالمعصوبة ، وكذا إذا اجتمع مع ذي فرض ليس
بولد ولا ولد ابن كزوج وأم وجدة فيأخذ ذو الفرض فرضه والباقي للأب بالمعصوبة ، والتعصيب والفرض معاً
وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس فرضاً . والنصف للبنت أو الثلثان للبنتين فصاعداً والباقي له
بالتعصيب ، كذا في خزانة المفتين » .

٣٦٢٦ - والفروض المقدرة في كتاب الله تعالى لأصحاب الفروض ستة لا سبع لها ، وهي : النصف ، والرابع ، والثلث ، والثلثان ، والثلث ، والسدس .

٣٦٢٧ - وأصول مسائل الميراث سبعة ، ولكن لا يمكن استخراجها إلا بعد معرفة مآخذ هذه الفروض الستة والنسب بين الأعداد والقاعدة عند كل نسبة وجدت ، فاصغ لما يلقي عليك حتى تعرف في نهايته كيف استخرجت هذه الأصول .

مآخذ تلك الفروض

٣٦٢٨ - لما كانت هذه الفروض كلها كسورًا ، كانت مآخذها مآخذ الكسور .

٣٦٢٩ - والمآخذ جمع : مأخذ ؛ وهو : أقل عدد يمكن أن يؤخذ منه كل فرض بانفراده ، ويكون عددا صحيحًا .

٣٦٣٠ - ومأخذ كل فرض سميئُهُ ، أي : العدد المشارك له في المادة ، إلا النصف فإنه من اثنين ، فمأخذ النصف اثنان والرابع أربعة والثلث ثمانية ، وكل من الثلثين والثلث ثلاثة والسدس ستة ؛ لأن عدد أربعة مشارك للربع في مادته وهو أقل عدد يمكن أخذ الربع منه عددًا صحيحًا ، وقس الباقي على ذلك .

٣٦٣١ - وإن شئت فقل : مأخذ كل فرض من هذه الفروض مقام الكسر عندما يوضع على هيئة كسر اعتيادي ، وعلى هذا لا استثناء أصلًا ؛ لأن النصف الذي هو مستثنى من الأول إذا وضعته كسرًا اعتياديًا كان مقامه اثنين وهما مأخذه ، وهكذا الثلثان والثلث وغيرهما .

٣٦٣٢ - والفروض المذكورة نوعان :

٣٦٣٣ - الأول : النصف ، والرابع ، والثلث .

٣٦٣٤ - والثاني : الثلثان ، والثلث ، والسدس .

٣٦٣٥ - وإن شئت فقل : النصف ونصفه ونصف نصفه ، والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما . وهذه الطريقة تسمى ب : طريقة التدلي . أي : البداية بالأكبر والانتهاؤ بالأصغر .

٣٦٣٦ - وهناك طريقة أخرى تسمى ب : طريقة التعلي ، بمعنى أنك تبدئ بالأصغر وتنتهي بالأكبر ، فتقول : الثلث والرابع والنصف ، والثلث والثلثان . أو تقول : الثلث وضعفه وضعفه وضعفه ، والثلث وضعفه وضعفه وضعفه .

٣٦٣٧ - وأخصر من هذا كله قولك : الربع والثلث ونصف كل وضعفه .

٣٦٣٨ - والسبب الذي دعا الفرضيين إلى جعل الفروض الستة نوعين أن أقلها مقدارًا هو الثمن الذي مأخذه الثمانية ، والربع والنصف يؤخذان منها بلا كسر ، فجعلوا الثلاثة نوعًا واحدًا .

٣٦٣٩ - وأقل فرض بعده السدس الذي مأخذه الستة والثلث والثلثان يؤخذان منها بلا كسر ، فجعلوا الثلاثة الأخرى نوعًا آخر .

٣٦٤٠ - وغاية ما يجتمع من الفروض في مسألة وإن كان بعضها من جنس واحد خمسة ؛ كما لو توفي شخص عن أم وأخت شقيقة وزوجة وأخت لأب وأخت لأم ، فلأم السدس ، وللشقيقة النصف ، وللزوجة الربع ، وللأخت لأب السدس ، وللأخت لأم السدس . وأصل المسألة من اثني عشر ، وتعمل إلى خمسة عشر .

النسب بين الأعداد

٣٦٤١ - كل عددين يفرضان لا بد أن تكون بينهما نسبة من أربع ؛ وهي : التماثل ، والتداخل ، والتوافق ، والتباين .

٣٦٤٢ - فتماثل العددين : كون أحدهما مساويًا للآخر ؛ كثلاثة وثلاثة ، ويسميان : التماثلين . ولا بد هاهنا من اعتبار العددين في محلين ؛ إذ مطلق الثلاثة مجردًا عن المحل لا تعدد فيه فلا تتصف بالمساواة . فإذا وجد عددان متماثلان عند الفرضيين ، أخذوا واحدًا منهما وكان هو أصل المسألة .

٣٦٤٣ - وتداخل العددين المغاير كل منهما للآخر : أن يعد أصغرهما الأكبر ؛ أي : يفنيه فلا يبقى من الأكبر شيء إذا ألقى الأصغر منه مرتين فأكثر ؛ كأربع واثني عشر ، فإنك إذا أقيمت الأربعة من الاثني عشر ثلاث مرات لم يبق منها شيء ، فهذان العددان يسميان ب : المتداخلين . ولك أن تقول في معرفة التداخل : أن يقبل العدد الأكبر القسمة على الأصغر بدون باقي . وهو معنى الأول ، وإن اختلف التعبير . وحيثئذ يكون من أمارات انتفاء التداخل أن يكون الأصغر زوجًا والأكبر فردًا . وإذا وجد عددان متداخلان عند الفرضيين ، أخذوا الأكبر ويكون أصل المسألة .

٣٦٤٤ - وتوافق العددين : ألا يعد الأقل الأكثر ، ولكن يفنيهما عدد ثالث غير الواحد . فإن كان هذا العدد اثنين يقال : إنهما متوافقان بالنصف ، كما في العشرة

والأربعة . وإن يكن العدد ثلاثة فهما متوافقان بالثلث ؛ كما في التسعة والاثني عشر . وإن كان العدد أربعة فهما متوافقان بالربع ؛ كالثمانية مع العشرين ، فإن الأربعة تعدهما ، فهما متوافقان في كسر وهو الربع إذ هي مأخذ للجزء الذي وقعت فيه الموافقة ، والمعتبر في هذه الصناعة إذا تعدد العاؤ أن يؤخذ أكبر عدد يعدهما ليكون جزء الوفق أقل ، فيسهل الحساب ، فلا يلتفت إلى أن الاثني تعدهما أيضًا فيتوافقان بالنصف . وإن شئت فقل : يعرف توافق العددين بأن يوجد بينهما قاسم مشترك ، فإن وجدت عدة قواسم اعتبر القاسم المشترك الأعظم لهذين العددين . فإن وجد عددان متوافقان عند الفرضيين ، ضربوا وفق أحدهما في كامل الآخر ، وحاصل الضرب يكون أصلًا للمسألة .

٣٦٤٥ - ويعرف تباين العدد : بأن لا يفني العددين المختلفين عدد ثالث إلا الواحد ؛ كالست وال سبع ، وعلى هذا القياس . وإن شئت فقل : يعرف تباين العددين بكون العددين أولين معًا . فإن وجد عددان متباينان عندهم ضربوا العددين في بعضهما وحاصل الضرب يكون أصلًا للمسألة .

أصول المسائل

٣٦٤٦ - كل مسألة ترد عليك في علم الفرائض لا بد أن يكون أصلها واحدًا من سبعة ؛ وهي : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

٣٦٤٧ - فلا تخرج مسألة عن هذه الأصول في أول الأمر ، وإن كان بعض هذه الأصول وهو الستة والاثنا عشر والأربعة والعشرون تزيد عن أصلها ، وستعرف ذلك إن شاء الله تعالى في باب العول .

٣٦٤٨ - والذي دعانا إلى ضرورة معرفة مأخذ الفروض والنسبة بين العددين هو معرفة هذه الأصول ؛ إذ لا تيسر إلا بهما ، إذ هذه الأصول السبعة آتية من مأخذ الفروض المتقدمة مع ملاحظة النسب بين الأعداد .

٣٦٤٩ - وبيان ذلك : أنه إذا وجد معك في المسألة صاحب فرض واحد ، يكون أصل المسألة من مأخذ ذلك الفرض .

٣٦٥٠ - فإذا توفي شخص عن بنت وأخ شقيق ، كان أصل المسألة من اثنين ؛ لأنه مأخذ النصف الذي هو فرض البنت والباقي للأخ الشقيق ؛ لأنه عاصب . وعلى هذا القياس .

- ٣٦٥١ - وإن كانت الفروض متعددة : فإما أن تكون من نوع واحد ، أو من نوعين .
- ٣٦٥٢ - فإن كانت من نوع واحد ، فمأخذ الأقل هو المعتبر . فإذا اجتمع في المسألة السدس والثالث والثلاثان كأُم وأختين لأُم وأختين لأبوين ، يكون أصل المسألة ستة ؛ لأن الأُم لها السدس ، والأختين لأُم الثلث ، والأختين لأبوين الثلثان ، وقد عرفت أن مأخذ السدس ستة ومأخذ كل من الثلث والثلثين ثلاثة ، وبين ثلاثة التي هي مأخذ الثلث وثلاثة التي هي مأخذ الثلثين تماثل ، فنكتفي بواحد منهما ، وبين ثلاثة وستة التي هي مأخذ السدس تداخل ، فنكتفي بالأكبر وهو ستة ، فيكون أصل المسألة .
- ٣٦٥٣ - وإذا اجتمع في المسألة الثمن مع النصف كزوجة وبنت ، يكون أصلها من ثمانية ؛ لأن مأخذ النصف الذي هو اثنان داخل في الثمانية التي هي مأخذ الثمن ، فنكتفي بالأكبر ويكون أصل المسألة .
- ٣٦٥٤ - وإذا اجتمع الربع والنصف كزوج وبنت ، كان أصل المسألة من أربعة ؛ لأن مأخذ النصف الذي هو فرض البنت اثنان وهو داخل في الأربعة ، التي هي مأخذ الربع نصيب الزوج ، فيكون أصل المسألة من أربعة .
- ٣٦٥٥ - وإن كانت الفروض الموجودة في المسألة من النوعين لاحظنا النسبة بين الأعداد التي هي مأخذ الفروض الموجودة ، وجربنا على ما تقدم نستخرج أصل المسألة الموجودة معنا .
- ٣٦٥٦ - فإذا اختلط النصف الذي هو من النوع الأول بكل النوع الثاني أو ببعضه ، تكون المسألة من ستة .
- ٣٦٥٧ - فالأول كزوج وشقيقتين وأختين لأُم وأم ، فللزوجة النصف ، وللشقيقتين الثلثان ، وللأختين لأُم الثلث ، وللأُم السدس .
- ٣٦٥٨ - والثاني كزوج مع واحد من هؤلاء فقط ، أو مع اثنين منهم . وهذا الأصل وهو ستة قد أخذ بطريق الانفرد ؛ لأنه مأخذ السدس .
- ٣٦٥٩ - وإن اختلط الربع بكل النوع الثاني أو ببعضه ، تكون المسألة من اثني عشر .
- ٣٦٦٠ - فالأول كزوجة وشقيقتين وأختين لأُم وأم ، ففرض الزوجة الربع ومأخذه من أربعة ، وفرض الشقيقتين الثلثان ومأخذهما من ثلاثة ، وفرض الأختين لأُم الثلث ومأخذه من ثلاثة أيضًا ، وفرض الأُم السدس ومأخذه من ستة ، فالأعداد الموجودة معنا هي (٣ ، ٣ ، ٤ ، ٦) وبين الأولين تماثل ، فنكتفي بواحد منهما ، وبينه وبين ستة

تداخل فنكتفي بالأكبر وهو ستة ، وبين ستة وأربعة توافق بالإنصاف ؛ لأن اثنين تعدهما فنضرب وفق أحدهما وهو نصفه الذي هو خارج قسمته على القاسم المشترك بينهما في كامل الآخر ، وحاصل الضرب يكون أصلاً للمسألة . فإذا ضربت ٣ في ٤ ، أو ٢ في ٦ يكون الحاصل اثني عشر فهو أصل المسألة .

٣٦٦١ - والثاني كزوج مع واحد من هؤلاء فقط ، أو مع اثنين منهم .

٣٦٦٢ - وإذا اختلط الثمن من النوع الثاني ببعض النوع الأول ، فالمسألة من أربعة وعشرين ؛ كزوجة وبتين وأم ، فالأعداد التي معنا ثمانية التي هي مأخذ نصيب الزوجة وثلاثة التي هي مأخذ نصيب البنتين ؛ لأن لهما الثلثين وستة التي هي مأخذ نصيب الأم وبين ثلاثة وستة تداخل فنكتفي بالأكبر وهو ستة وبينها وبين ثمانين توافق بالإنصاف ؛ لأن الاثنين يعد كل منهما ، فنأخذ وفق أحدهما وهو نصفه ونضربه في كامل الآخر ، وحاصل الضرب هو أصل المسألة بأن نضرب ٣ في ٨ ، أو ٤ في ٦ يساوي ٢٤ وهو أصل المسألة .

٣٦٦٣ - فعلم لك مما تقدم أن خمسة أصول مأخوذة من المآخذ بطريق الانفراد وهي : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية . وإن كان بعضها مأخوذاً بطريق الاجتماع أيضاً ، وأن اثنين منها مأخوذان بطريق الاختلاط وهما : اثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

٣٦٦٤ - فعندما ترد عليك مسألة من المسائل ، انظر في الفروض الموجودة فيها ، واتبع الطريقة المتقدمة ، واستخرج أصلها ، وأعط كل ذي حق حقه منه .

٣٦٦٥ - وهناك طريقة أسهل من هذه بكثير ؛ وهي : أن تفرض كل مسألة من أربعة وعشرين ، وتعطي كل وارث ما يستحقه منها ؛ ولذا كانت هي المتبعة الآن في التقسيم .

٣٦٦٦ - وأصحاب الفروض المتقدمة اثنا عشر : أربعة من الرجال ، وثمانية من الإناث .

٣٦٦٧ - فالأربعة هم : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ لأم ، والزوج .

٣٦٦٨ - والثمانية هن : البنت ، وبنات الابن ، والأم ، والجددة الصحيحة ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم ، والزوجة .

٣٦٦٩ - وبعض هؤلاء يكون عاصباً بنفسه مع كونه صاحب فرض أيضاً ؛ وهما اثنان : الأب ، والجد (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٥) : ١ - الفرض سهم مقدر للوارث في التركة =

(مادة ٥٨٩)

النَّصْفُ هُوَ فَرَضٌ خَمْسَةٌ مِنَ الْوَرَثَةِ :
 لِلزَّوْجِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَيْتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَإِنْ سَقَلَ ، وَالْوَلَدُ يَتَاوَلُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى .
 وَلِبْنَتِ الصُّلْبِ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً .
 وَلِبْنَتِ الْإِبْنِ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً وَمُتَفَرِّدَةً عَنِ الصُّلْبِيَّةِ .
 وَلِلْأُخْتِ لِأَبَوَيْنِ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً وَمُتَفَرِّدَةً عَنِ الْبِنْتِ وَبِنْتِ الْإِبْنِ .
 وَلِلْأُخْتِ لِأَبٍ إِذَا كَانَتْ وَاحِدَةً وَمُتَفَرِّدَةً عَنْهُنَّ ، بِشَرْطِ عَدَمِ وَجُودِ الْمُعْصَبِ عَلَى مَا يَأْتِي (١) .

= يبدأ في التوريث بأصحاب الفروض وهم: الأب ، الجد العصبي وإن علا ، الأخ لأم ، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجة ، البنات ، بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأب ، الأم ، الجدة الثابتة وإن علت .
 ٢- الجد العصبي : هو الذي لا يدخل في نسبه إلى الميت الأنتى فإذا دخلت في نسبه أنتى فهو جد رحمي ، والجدة الثابتة هي : التي لا يدخل في نسبهها إلى الميت ، جد رحمي .
 وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٢) يكون الإرث بالفرض أو التعصيب أو بهما معا أو بالرحم .

المادة (٢٧٥) أ - الفرض هو حصة محددة للوارث في التركة بالنص الشرعي .

ب - الفروض هي : النصف ، والربع ، والنصف ، والثلاثان ، والثلث ، والسدس ، وثلث الباقي .
 ج - أصحاب الفروض هم : الزوج ، الزوجة ، الأب ، الأم ، البنت ، الأخوة لأم ، بنات الابن ، الأخت الشقيقة ، الأخت لأب ، الجدة الصحيحة والجد الصحيح .

(١) قول الخليفة : جاء في الجوهرة النيرة (٣٠٤/٢ ، ٣٠٥) : (النصف فرض خمسة : الابنة وابنة الابن إذا لم تكن ابنة الصلب والأخت للأب وللأم والأخت للأب إذا لم تكن أخت لأب وأم) ولا أخوها (والزوج إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن) وما فضل من هذا يصرف إلى العصبية . (قوله : والربع فرض للزوج مع الولد أو ولد الابن وللزوجات إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن) وإنما خص ولد الابن في المسألتين ؛ لأن ولد البنت ذو رحم لا يرث إلا مع ذوي الأرحام فلا يحجب الزوجين . (قوله : والنصف للزوجات مع الولد أو ولد الابن) وهو منصوص في القرآن . (قوله : والثلاثان لكل اثنين فصاعداً ممن فرضه النصف إلا الزوج) يعني الابنتين والأختين فصاعداً . (قوله : والثلث للأم إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الإخوة والأخوات) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ أَبَوَاؤُهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَبِيهِ أَلْفُ مِائَةٍ ﴾ . (قوله : ويفرض لها في مسألتين ثلث ما بقي وهما زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان فلها ثلث ما بقي بعد فرض

٣٦٧٠ - فقد عرفت أن الفروض المقدرة ستة ومستحقها اثنا عشر ، ولكنك لم تعرف من يستحق منهم النصف ومن يستحق الثمن ومن يستحق الثلث إلخ ، مع أنه لا بد لك من معرفة ذلك ، فإليك البيان :

من يستحق النصف

٣٦٧١ - يستحق النصف من أصحاب الفروض المتقدمة خمسة :

٣٦٧٢ - الأول : الزوج : لكن بشرط ألا يكون للزوجة فرع وارث ؛ وهو الابن وابن الابن وإن سفل والبنات وبنت الابن وإن سفل أيضًا .

٣٦٧٣ - ولا فرق بين أن يكون الفرع الوارث للزوجة من الزوج أو من غيره ، ولو كان ابن زنى ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّوْ يَكُن لَّهُمْ بَوْلٌ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ أَرْبُعٌ مِّمَّا تَرَكَنَّ ﴾ ^(١) . فيستحق كل زوج النصف مما تركته امراته إذا لم يكن لها فرع وارث ؛ لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد ، كقولهم : ركب القوم دوابهم ، ولبسوا ثيابهم .

٣٦٧٤ - ولفظ الولد يتناول ولد الابن بالنص أو بالإجماع ؛ فإذا توفيت الزوجة عن زوجها ولم تترك فرعاً وارثاً ، استحق الزوج النصف ، ولو وجد معه من الورثة عدد كثير . والزوج لا يحجب حجب حرمان أصلاً .

٣٦٧٥ - الثاني : البنت الصلية : وهي التي ليس بينها وبين المتوفى واسطة ، بشرط أن تكون منفردة ، وألا يكون معها ابن للمتوفى .

٣٦٧٦ - فإن وجد معها مثلها ، استحقا الثلثين .

٣٦٧٧ - وإن وجد معها ابن ، ورثت معه بالتعصيب ؛ أي : للمذكر ضعف ما للمؤنث .

= الزوج (والزوجة) ولو كان مكان الأب جد فلها ثلث جميع المال بالإجماع والباقي للجد (قوله : وهو لكل اثنين فصاعداً من ولد الأم ذكورهم وإناثهم فيه سواء) لقوله تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ مَعَهُنَّ مِنْ ذَلِكُمْ فَهُنَّ شُرَكَاءُ فِي أَمْوَالِهِنَّ ﴾ وهذا يقتضي تساوي بينهم . (قوله : والسدس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد أو ولد الابن وهو للأم مع الإخوة والأخوات وللجد مع الولد أو ولد الابن) وللجدات وبنات الابن مع بنت الصلب وللأخوات للأب مع الأخوات للأب والأم وللواحد من ولد الأم ؛ .

٣٦٧٨ - لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ ^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي ذُلِّكُمْ لِيُذْكَرَ بِمِثْلِ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ ^(٢) . وهي لا يدخل عليها حجب حرمان .

٣٦٧٩ - الثالث : بنت الابن : بشرط أن تكون واحدة ومنفردة عن الصلبية ، وألا يكون معها معصب .

٣٦٨٠ - فإن وجدت مع مثلها ، استحققتا الثلثين .

٣٦٨١ - وإن وجدت مع الصلبية ، استحققت السدس فقط .

٣٦٨٢ - وإن وجد معها معصب ، ورثت بالتعصيب ، أي : للذكر ضعف ما للأنثى .

٣٦٨٣ - الرابع : الأخت لأبوين : أي : الشقيقة ، بشرط كونها واحدة ، ومنفردة عن البنت وبنت الابن والأخ الشقيق .

٣٦٨٤ - فإن كانت أختان شقيقتان ، أخذتا الثلثين .

٣٦٨٥ - وإن وجدت مع البنت أو بنت الابن أو معها ، ورثت بالتعصيب مع الغير ؛ أي : بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم تأخذ هي الباقي .

٣٦٨٦ - وإن وجد معها أخ شقيق أو أكثر ، ورثت معه للذكر مثل حظ الأنثيين .

٣٦٨٧ - ولكن محل ذلك إذا لم يكن معها حاجب لها ؛ وهو : كل من الفرع ، والأصل الوارث المذكور .

٣٦٨٨ - الخامس : الأخت لأب : إذا كانت واحدة ، ومنفردة عن البنت الصلبية وبنت الابن والأخ لأب .

٣٦٨٩ - فإن وجدت مع مثلها أو البنت الصلبية أو بنت الابن أو الأخ لأب ، يقال ما قيل في الأخت الشقيقة إذا لم يكن معها من يحجبها ، فإن وجد ، فلا تأخذ شيئاً ، وهو ما تقدم في الأخت الشقيقة ، ويزاد عليه : الأخ الشقيق ، والأخت الشقيقة إذا صارت عصبية مع الغير ، والأختان الشقيقتان إذا لم يكن معها معصب ^(٣) .

(١) النساء : ١١

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٨) : ١ - للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل . والرابع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

٢ - للزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والتمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، وذلك مع مراعاة حكم المادة (١١٦) المتقدمة في طلاق المريض =

من يستحق الربع

(مادة ٥٩٠)

الرُّبُعُ هُوَ فَرَضٌ اثْنَيْنِ مِنَ الْوَرَثَةِ :
 لِلزَّوْجِ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدٌ ابْنٍ وَإِنْ سَقَلَ .
 وَلِلزَّوْجَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدٌ ابْنٍ وَإِنْ سَقَلَ (١) .

* * *

٣٦٩٠ - يستحق الربع اثنان :

٣٦٩١ - الأول : الزوج : إذا كان للزوجة فرع وارث ، وقد عرفته مما تقدم ؛ لقوله تعالى في الآية المتقدمة : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾ (٢) .
 ٣٦٩٢ - الثاني : الزوجة أو الزوجات : إذا لم يكن للزوج فرع وارث ، سواء كان منها أو من غيرها .

٣٦٩٣ - فإذا توفي الزوج عن زوجته ، ولم يترك فرعاً وارثاً ، سواء كان منها أو من غيرها ، استحققت الربع ، ولو ترك من الورثة غيرها ما ترك .

٣٦٩٤ - لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾ (٣) ، (٤) .

٣ - إذا تعددت الزوجات اشتركن في هذه الفريضة .

المادة (٢٦٩) : مع مراعاة حكم المادة (٢٧٧) :

١ - للواحدة من البنات فرض النصف ، وللأثنين فأكثر الثلثان .

٢ - لبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة .

المادة (٢٧٠) : مع مراعاة حكم المادتين (٢٧٧) و (٢٨٠) :

١ - للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف وللأثنين فأكثر الثلثان .

٢ - للأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة .

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة . (٢،٣) النساء : ١٢

(٤) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٨) : ١ - للزوج فرض النصف عند عدم الولد

وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

٢ - للزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، =

من يستحق الثمن

(مادة ٥٩١)

الثَّمْنُ هُوَ فَرَضٌ صَنِفَ مِنَ الْوَرْتَةِ وَهُوَ :

الرَّوْجَةُ أَوْ الرَّوْجَاتُ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدٌ ابْنٍ وَإِنْ سَقَلَ ، سِوَاءَ كَانَ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا (١) .

٣٦٩٥ - يستحق الثمن صنف واحد من الورثة ؛ وهو : الزوجة أو الزوجات إذا كان للزوج فرع وارث ؛ وهو : الابن وابن الابن وإن نزل ، والبنت وبنات الابن وإن نزل أبوها ، سواء كان من الزوجة أو من غيرها ؛ لقوله تعالى في الآية المتقدمة : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ﴾ (٢) .

من يستحق الثلثين

(مادة ٥٩٢)

الثَّلَاثَانِ هُمَا فَرَضٌ أَرْبَعَةٌ مِنَ الْوَرْتَةِ وَهُنَّ :

بِنَاتِ الصُّلْبِ .

وَبِنَاتِ الْإِبْنِ فَصَاعِدًا إِذَا كَانَتَا مُتَفَرِدَتَيْنِ عَنِ الصُّلْبِيَّةِ .

وَلِلْأُخْتَيْنِ لِأَبَوَيْنِ إِذَا كَانَتَا مُتَفَرِدَتَيْنِ عَنِ بِنَاتِ الصُّلْبِ وَبِنَاتِ الْإِبْنِ أَوْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ .

وَلِلْأُخْتَيْنِ لِأَبٍ إِذَا كَانَتَا مُتَفَرِدَتَيْنِ عَنْهُنَّ بِشَرْطِ عَدَمِ الْمُعْصَبِ الذَّكَرِ فِي الْجَمِيعِ (٣) .

٣٦٩٦ - يستحق الثلثين بطريق الفرض أربعة من الورثة :

= والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، وذلك مع مراعاة حكم المادة (١١٦) المتقدمة في طلاق المريض .

٣ - إذا تعددت الزوجات اشتركن في هذه الفريضة .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) . (٢) النساء : ١٢

(٣) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) .

٣٦٩٧ - الأول : بنتا الصلب فأكثر : أما استحقاق البنيتين للثلاثين فلما روي عن جابر أنه قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد ، فقالت : يا رسول الله ، هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا ، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا . فقال النبي عليه الصلاة والسلام : « يقضي الله في ذلك » . فنزلت آية الميراث ، فأرسل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم إلى عمهما فقال : « أعط ابنتي سعد الثلاثين وأمهما الثمن ، وما بقي فهو لك » (١) .

٣٦٩٨ - وأما استحقاق الأكثر من اثنتين للثلاثين ؛ فلقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ (٢) . فعرفنا أن حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة .

٣٦٩٩ - ولك أن تقول : إن حكم المثنى مأخوذ من الآية أيضا ؛ لأن الجمع قد يُراد به الثلثية لاسيما في الموارث ، فيكون المثنى مرادًا بالآية وهو الظاهر ، ألا ترى أن الواقعة كانت لاثنتين ، فأعطاهما رسول الله ﷺ الثلاثين بحكم الآية ، وعلى هذا تكون لفظة فوق في الآية صلة كما في قوله تعالى : ﴿ فَأَضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ ﴾ (٣) . أي اضربوا الأعناق .

٣٧٠٠ - وهذا هو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، وبه أخذ عامة الأمصار .

٣٧٠١ - ويشترط ألا يكون معهما ابن ، فإن وجد كان للمذكر ضعف ما للأنثى ، ولا يدخل حجب الحرمان عليهما .

٣٧٠٢ - الثاني : بنتا الابن فأكثر : إذا كانتا منفردتين عن الصلبية .

٣٧٠٣ - فإن وجدت معهما ، استحققتا السدس تكملة للثلاثين .

٣٧٠٤ - ويشترط أيضًا ألا يكون معهما معصب ، وإلا كان الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين .

٣٧٠٥ - وكذا يشترط ألا يكون معهما حاجب ؛ وهو : الابن ، أو البنتان إذا لم

يكن مع بنتي الابن معصب .

٣٧٠٦ - الثالث : الأختان الشقيقتان : إذا كانتا منفردتين عن بنات الصلب ،

وبنات الابن ، أو واحدة منهن ، وعن الأخ الشقيق .

(١) سنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : ما جاء في ميراث البنات / ٢٠٩٢) ، وسنن أبي داود (كتاب : الفرائض / باب : ما جاء في ميراث الصلب / ٢٨٩١) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفرائض / باب : فرائض الصلب / ٢٧٢٠) .

- ٣٧٠٧ - فإن وجدنا معهما أو مع واحدة منهما ، أخذنا الباقي بطريق العصبة مع الغير .
 ٣٧٠٨ - وإن وجد معهما الأخ الشقيق ، كان الإرث بالتعصيب للمذكر ضعف ما للأنتى .
 ٣٧٠٩ - ويشترط عدم وجود الحاجب كما تقدم في الأخت الواحدة ؛ وهو : كل من الفرع والأصل الوارث المذكور .
 ٣٧١٠ - الرابع : الأختان لأب فأكثر : إذا كانتا منفردتين عن : بنات الصلب ، وبنات الابن ، أو واحدة منهن ، وعن الأخ لأب .
 ٣٧١١ - فإذا وجدنا مع واحد من ذكر ، يقال ما قيل في الأختين الشقيقتين .
 ٣٧١٢ - ويشترط أيضا ألا يكون معهما أخت شقيقة ؛ فإن وجدت أخذنا السدس تكملة للثلثين .
 ٣٧١٣ - وكذا يشترط ألا يكون معهما حاجب كما تقدم في الأخت الواحدة (١) .

من يستحق الثلث

(مادة ٥٩٢)

الثُلُثُ هُوَ فَرَضُ اثْنَيْنِ مِنَ الْوَرِثَةِ :

فَرَضُ الْأُمِّ سِوَاةَ كَانِ الثُّلُثُ ثَلَاثَ الْكُلِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ أَوْ اثْنَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ أَوْ الْأَخَوَاتِ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا أَوْ مِنْهُمَا ، أَوْ ثَلَاثَ الْبَاقِي تَعْدَ فَرَضِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ .
 وَلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا أَوْ مِنْهُمَا (٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧١) : ٢ - لها الثلث في غير هذه الأحوال ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين .
 جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٨٠) : لأولاد الأم فرض السدس للواحد والثلث للثنتين فأكثر ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء وشاركهم الإخوة الأشقاء في الثلث إذا استغرقت الفروض التركة .
 الرد على أحد الزوجين .
 (٢) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) .

٣٧١٤ - يستحق الثلث اثنان من الورثة :

٣٧١٥ - الأول : الأم : ولكن لا تستحقه إلا بشرطين :

٣٧١٦ - الأول : عدم الفرع الوارث . وهو : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والبنات ، وبنات الابن وإن نزل أبوها .

٣٧١٧ - الثاني : عدم اثنين من الإخوة أو الأخوات ، سواء كانت الإخوة أو الأخوات لأبوين أو لأب أو لأم أو مختلطين .

٣٧١٨ - لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ ^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ ^(٢) . واسم الولد في الآية الأولى يتناول الولد وولد الابن سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ، ولفظ الجمع في الإخوة يطلق على اثنين فتحجب بهما من الثلث إلى السدس من جهة كانا أو من جهتين ؛ لأن لفظ « الإخوة » يطلق على الكل ، وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

٣٧١٩ - وروي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه لم يحجب الأم عن الثلث إلى السدس إلا بثلاثة منهم ؛ عملاً بظاهر الآية فإن « الإخوة » جمع ؛ وأقل الجمع ثلاثة .

٣٧٢٠ - والثلث الذي تستحقه الأم : تارة يكون ثلث كل التركة ، وتارة يكون ثلث الباقي بعد فرض بعض أصحاب الفروض .

٣٧٢١ - فيكون ثلث كل التركة متى لم يكن في المسألة : فرع وارث ، أو اثنان من الإخوة ، أو الأخوات ، أو منهما .

٣٧٢٢ - ويكون ثلث الباقي في مسألتين :

٣٧٢٣ - الأولى : إذا توفيت المرأة عن زوج وأم وأب ؛ ففي هذه المسألة تأخذ الأم ثلث الباقي بعد نصيب الزوج فيأخذ الزوج النصف لعدم الفرع الوارث ، والأم تأخذ ثلث الباقي ، وهو في الحقيقة سدس ، والأب له الباقي بطريق التعصيب .

٣٧٢٤ - الثانية : إذا توفي الرجل عن زوجة وأم وأب ؛ فالأم تأخذ ثلث الباقي بعد فرض الزوجة ، فللزوجة الربع لعدم وجود الفرع الوارث وللأم ثلث الباقي ، وهو في الحقيقة ربع ، وللأب الباقي بطريق التعصيب .

٣٧٢٥ - فأى مسألة توجد فيها أصحاب فروض ، تعطى لهم فروضهم بنسبة كل

التركة ، إلا في هاتين المسألتين فإن الأم تأخذ فيهما الثلث بنسبة الباقي بعد فرض أحد الزوجين .

٣٧٢٦ - وهذا هو القول المعول عليه .

٣٧٢٧ - وابن عباس رضي الله عنهما لا يرى ثلث الباقي ، بل ثلث الكل ، والباقي للأب ؛ لأن الله تعالى نص على فرضين للأم الثلث والسدس ، فلا يجوز إثبات فرض ثالث بالقياس ، وكذا قال عليه الصلاة والسلام : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقتهم فلأولى رجل ذكر » ^(١) . والأم صاحبة فرض والأب عصبية في هذه الحالة .

٣٧٢٨ - والجواب عنه : أن الله تعالى جعل للأم ثلث ما ترثه هي والأب عند عدم الولد والإخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى : ﴿ وَوَرِثَةُ أَبَوَاهُ فَلِلَّذِي الثَّلَاثُ ﴾ ^(٢) . أي : ثلث ما يرثانه ، والذي يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه .

٣٧٢٩ - ولأنها لو أخذت ثلث الكل ، يكون نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج أو قريباً من نصيبه مع الزوجة ، والنص يقتضي تفضيله عليها إذا لم يوجد الولد والإخوة ، ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه : ما أراني الله تفضيل الأنثى على الذكر . وقال زيد رضي الله تعالى عنه : لا أفضل الأنثى على الذكر ؛ ولذا أعطاها بعضهم ثلث الباقي في مسألة الزوج ، لا في مسألة الزوجة ؛ لأنها هي التي يلزم فيها التفضيل .

٣٧٣٠ - ومحل عدم تفضيل الأنثى على المذكر إذا كان هناك استواء في القرابة والقرب ، وأما عند الاختلاف فلا يمتنع هذا التفضيل . ولهذا لو كان مكان الأب جد ، كان للأم ثلث الجميع ، ولا ييالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه .

٣٧٣١ - الثاني ممن يستحق الثلث : اثنان فأكثر من ولد الأم : سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو منهما لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرُثُ كَكَلَّةٍ أَوْ أَمْرَأَةٍ وَلَهُ أَحٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَجِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ^(٣) . والمراد بهم : أولاد الأم ؛ لأن أولاد الأب والأم ، أو الأب مذكورون في آية النصف كما عرفته ، ولهذا قرأها بعضهم : (وله أخ أو أخت لأم) .

٣٧٣٢ - واعلم أنه متى اجتمعت إخوة وكانوا ذكورا وإناثا ، أخذ المذكر ضعف الأنثى ، إلا أولاد الأم ، فإنهم يستوون في القسمة ، فلا يفضل مذكرهم على مؤنثهم ؛

(١) سبق تخريجه .

(٢) النساء :

(٣) النساء : ١٢

لأن الشركة المذكورة في الآية تقتضي المساواة ؛ ولأن قرابة غيرهم من الذكور آتية من جهة العاصب بخلاف أولاد الأم ، فإن قرابتهم آتية من جهة الأم وهي ليست بعصبة .
 ٣٧٣٣ - وكما تستوي أولاد الأم في القسمة ، يستوون في الاستحقاق أيضًا ؛ لأن الواحد منهم سواء كان مذكراً أو مؤنثاً يستحق السدس ، بخلاف غيرهم من الإخوة والأخوات فإن الأخت الشقيقة مثلاً صاحبة فرض ولكن أخوها عصبة .

من يستحق السدس

(مادة ٥٩٤)

السُّدُسُ هُوَ فَرَضٌ سَبْعَةٌ مِنَ الْوَرَثَةِ وَهُمْ :
 الْأَبُ .

وَالجَدُّ أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَلَا إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدَ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ .
 وَلِلْأُمِّ إِذَا كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدَ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ أَوْ تَرَكَ اثْنَيْنِ مِنَ الْإِخْوَةِ أَوْ الْأَخَوَاتِ
 فَمُضَاعِدًا أَوْ مِنْهُمَا .

وَلِلْجَدَّةِ وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ .

وَلِوَلَدِ الْأُمِّ إِذَا كَانَ وَاحِدًا .

وَلِابْنِ الْإِثْنَيْنِ إِذَا كَانَ مَعَهَا بِنْتُ صُلَيْبَةٍ .

وَلِلْأُخْتِ لِأَبٍ إِذَا كَانَ مَعَهَا أُخْتُ لِأَبَوَيْنِ (١) .

• • •

٣٧٣٤ - يستحق السدس سبعة من الورثة :

٣٧٣٥ - الأول : الأب : بشرط وجود الفرع الوارث .

٣٧٣٦ - الثاني : الجد الصحيح : وهو أبو الأب بشرط وجود الفرع الوارث وعدم الأب .

٣٧٣٧ - الثالث : الأم : بشرط أن يكون للمتوفى فرع وارث أو اثنان من الإخوة أو الأخوات أو منهما .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٥٨٨) .

- ٣٧٣٨ - الرابع : الجدة الصحيحة أو الجدات : بشرط عدم وجود من يحجبها .
- ٣٧٣٩ - الخامس : ولد الأم المنفرد : سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ، بشرط عدم من يحجبه ؛ وهو : الفرع الوارث مطلقاً ، والأصل الوارث المذكر .
- ٣٧٤٠ - السادس : بنت الابن : إذا وجدت معها بنت صلبية .
- ٣٧٤١ - السابع : الأخت لأب : إذا كانت معها أخت شقيقة .
- ٣٧٤٢ - فكل واحد من هؤلاء السبعة يستحق السدس ، لكن بشروط أكثر مما ذكر في هذه المادة ، وستأتيك مفصلة إن شاء الله تعالى في أحوال أصحاب الفروض .
- ٣٧٤٣ - وقد وضعنا لك جدولاً تعرف منه أصحاب الفروض المتقدمة بطريقة سهلة بقطع النظر عن حجبتهم عن الميراث حجب حرمان ؛ لأن ذلك له موضوع خاص به وهو الحجب ، ولهذا ترى أن هذا الجدول غير كاف لاستخراج أي مسألة مشتملة على أصحاب فروض وعصبات تريد البحث عليها ، بل المتكفل بما ذكر هو الجدول الآتي في هذا الكتاب قبل توريث ذوي الأرحام ^(١) .

-
- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٦٦) : مع مراعاة حكم المادة (٢٨١) للأب وكذا للجد العصبي فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل .
- المادة (٢٦٧) : ١ - لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثالث للابنتين فأكثر ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء .
- ٢ - في الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة وكان مع أولاد الأم أخ شقيق أو أخوة أشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، يقسم الثلث بين الجميع على الوجه المتقدم .
- المادة (٢٦٩) : ٣ - لهن ولو تعددن السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة .
- المادة (٢٧٠) : لهن ولو تعددن السدس مع الأخت الشقيقة .
- المادة (٢٧١) : ١ - للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنتين فأكثر من الأخوة أو الأخوات .
- المادة (٢٧٢) : للجددة الثابتة أو الجدات السدس ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وقرابتين .
- جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني : المادة (١٨٠) : لأولاد الأم فرض السدس للواحد والثالث للابنتين فأكثر ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء وبشاركتهم الإخوة الأشقاء في الثلث إذا استغرقت الفروض التركة .

جدول أصحاب الفروض

النصف فرض (٥)	زوج مع عدم الفرع الوارث	بنت صلبية إذا انفردت عمن بساويها أو عمن يعصبها	بنت ابن كذلك ومع عدم البنت	أخت شقيقة كذلك ومع عدم البنت وبنت الابن	أخت لأب كسابقتها ومع الأخت الشقيقة
الرابع فرض (٢)	زوج مع وجود الفرع الوارث	زوجة أو زوجات مع عدم الفرع الوارث			
الثلثين فرض (١)	زوجة أو زوجات مع عدم وجود الفرع الوارث	اعلم أن الفرع الوارث هو ابن اليت وبنته وابن الابن وإن نزل وبنت الابن نزل أبوها			
الثلثان فرض (٤)	بنتان فأكثر	بنتا ابن فأكثر	أختان شقيقتان فأكثر	أختان لأب فأكثر	ويشترط في الجميع أن لا يكون معهن معصب
الثلث فرض (٢)	أم مع عدم الفرع الوارث وعدم اثنتين من الأخوة والأخوات	اثنان فأكثر من الأخوة والأخوات لأم مع عدم الفرع الوارث مطلقاً والأصل الوارث الذكر الأم المذكور والمؤنث			

السدس فرض (٧)
أب مع وجود الفرع الوارث
جد مع وجود الفرع الوارث أيضًا ومع عدم الأب
بنت ابن فأكثر مع وجود البنت الصلبية
أخت لأب فأكثر مع وجود الشقيقة الواحدة
ولد الأم المنفرد بالشرط المتقدم
أم مع الفرع الوارث أو اثنتين من الأخوة أو الأخوات
جدة وأكثر بشرط أن تكون صحيحة وعدم وجود الأم

الباب الرابع
في بيان أحوال نصيب ذوي الفروض
المتقدمة مع غيرهم من الورثة

(مادة ٥٩٥)

الأبُّ لَهُ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ :

- الْفَرَضُ الْمَطْلُوقُ الْحَالِي عَنِ التَّعْصِيبِ وَهُوَ السُّدُسُ ، وَذَلِكَ مَعَ الْإِبْنِ وَابْنِ الْإِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ .
- وَالْفَرَضُ وَالتَّعْصِيبُ مَعَ الْبِنْتِ وَبِنْتِ الْإِبْنِ وَإِنْ سَقَلَتْ .
- وَالتَّعْصِيبُ أَحْضُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَالِدِ وَوَلَدِ الْإِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « الأب له ثلاثة أحوال : الفرض المحض ، وهو السدس مع الابن أو ابن الابن وإن سفل ، والتعصيب المحض ، وذلك أن لا يخلف غيره فله جميع المال بالعصوبة وكذا إذا اجتمع مع ذي فرض ليس يولد ولا ولد ابن كزوج وأم وجدة ، فيأخذ ذو الفرض فرضه والباقي للأب بالعصوبة ، والتعصيب والفرض معاً وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس فرضاً ، والنصف لبنت أو الثلثان للبنتين فصاعداً والباقي له بالتعصيب ، كذا في خزنة المفتين » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٣/٤) : « الأب يرث (بفرض) فقط السدس كما مر (إذا كان معه ابن أو ابن ابن) وارث وإن سفل والباقي لمن معه (و) يرث (بتعصيب) فقط (إذا لم يكن) معه (ولد ولا ولد ابن) سواء أكان وحده أم معه صاحب فرض كزوجة ، فله الباقي بعد الفرض بالعصوبة وإلا أخذ الجميع ، والأخ الشقيق يشارك الأب في هاتين الحالتين ، فيرث بالفرض وبالتعصيب في غيرها (و) يرث (بهما) أي : الفرض والتعصيب من جهة واحدة (إذا كان) معه (بنت) مفردة أو كان معها بنت أخرى فأكثر (أو بنت ابن) وإن سفل مفردة أو معها بنت ابن أخرى أو بنتا ابن فأكثر (له السدس فرضاً) ؛ لأن لفظ الولد في الآية يشمل الذكر والأنثى ، ولو عطف بالواو لصح ، فإنه لو كان معه بنت وبنت ابن أو بنتا ابن كان الحكم كذلك (والباقي بعد فرضهما) أي : الأب والبنت أو الأب وبنت الابن ، وكذا غيرهما ممن ذكر ، وهو الثلث أو السدس له يأخذه (بالعصوبة) لقوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » ، وأولى بمعنى أقرب ، ولا يصح أن يكون بمعنى أحق لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة فلا يبقى للكلام معنى » .
قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٢٠٧/٨ ، ٢٠٨) : « ويرث بفرض وعصوبة الأب ثم الجد مع بنت ، وإن سفلت كابن عم أخ لأم يعني أن الأب ، أو الجد كل منهما يرث بالفرض والتعصيب معاً مع بنت الصلب ، وإن تعددت ومع بنت الابن ، وإن تعددت فيفرض لأحدهما معها ، أو معهن السدس بالفرض ويأخذ =

٣٧٤٤ - اعلم أن فائدة هذا الباب عظيمة جدًا ؛ إذ يمكنك بعد معرفته أن تعين فرض كل من أصحاب الفروض عند اجتماعه مع غيره ، بخلاف ما تقدم ، فإن أغلبه قاصر على معرفة الفرض عند الانفراد .

٣٧٤٥ - يمكنك أيضًا أن تجيب عن اعتراض يرد عليك مما تقدم ، ومحصله : أن هناك تناقضًا بين قولكم : أصحاب الفروض اثنا عشر . وقولكم : يستحق النصف خمسة ، والرابع اثنان ، والثلثين واحد ، والثلثين أربعة ، والثلث اثنان ، والسدس سبعة ؛ لأن مجموع الكل واحد وعشرون ، فقد زادوا عن اثني عشر .

٣٧٤٦ - والجواب عن ذلك يعرف من معرفة الأحوال ؛ لأنك إذا نظرت في الجدول المتقدم ترى الزوج مثلًا فيمن يستحق النصف وفيمن يستحق الربع بسبب عدم الفرع الوارث ووجوده ، وترى الأم أيضًا فيمن يستحق الثلث ، ومن يستحق السدس حسب الأحوال ، وبنات الابن فيمن يستحق النصف ، وفيمن يستحق الثلثين ، وفيمن يستحق السدس على حسب وجودها مع غيرها من أصحاب الفروض .

= الباقي بالتعصيب ، وكذلك ابن العم إذا كان أمًا ، فإنه يرث السدس بالفرض والباقي بالتعصيب ، فإن كان معه ابن عم آخر ليس أمًا كان ما فضل عن السدس بينهما ، فإن كان ابن العم زوجًا أخذ النصف بالفرض والباقي بالتعصيب إذا لم يكن له من يشاركه فيه أو من هو أولى منه ، وأتى بضم للترتيب الإخباري قصد به الرد على من يتوهم الاشتراك ، وإلا فتم لا محل لها ؛ لأن الأحكام لا ترتيب فيها .
قول الخنابلة : جاء في المغني (١٦٩/٦ ، ١٧٠) : « وليس للأب مع الولد الذكر ، أو ولد الابن ، إلا السدس ، فإن كن بنات كان له ما فضل . يعني ، والله أعلم ، كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس ، فيكون له ثلاثة أحوال ؛ حال يرث فيها بالفرض ، وهي مع الابن أو ابن الابن وإن سفل ، فليس له إلا السدس والباقي للابن ومن معه . لا تعلم في هذا خلافاً ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُورِثُ الْوَلَدُ مِنْ وَالِدِهِ وَمَا يُورِثُ الْوَالِدُ مِنْ وَلَدِهِ وَإِن مَّا كَانَتْ لَكُمْ أَمْوَالٌ مُّسْتَقْبَلَةٌ فَالْوَالِدُونَ الْكُلُّ وَالْجَدُّونَ وَالْأُمَّهَاتُ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ . فإذا أخذ المال إن انفرد . وإن كان معه ذو فرض غير الولد ، كزوج ، أو أم ، أو جدة ، فلذئذ يفرض فرضه ، وباقي المال له ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَّهُ وَالِدٌ وَوَرِثَةٌ فَلِأُمَّهِ وَإِذَا وَلَدًا فَلِأَبِيهِ ﴾ . فأضاف الميراث إليهما ، ثم جعل للأم الثلث ، فكان الباقي للأب ، ثم قال : ﴿ فَإِن كَانَ لَدَى الْإِمْرَةِ فَلِلْأُمِّهِ وَالْأَبِ ﴾ . فجعل للأم مع الإخوة السدس ، ولم يقطع إضافة الميراث إلى الأبوين ، ولا ذكر للإخوة ميراثًا ، فكان الباقي كله للأب . الحال الثالثة ، يجتمع له الأمران ؛ الفرض والتعصيب ، وهي مع إناث الولد ، أو ولد الابن ، فله السدس ؛ لقوله تعالى : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا كَمَا لِلنِّسَاءِ ﴾ . ولهذا كان للأب السدس مع البنات بالإجماع ، ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب ، لما روى ابن عباس ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الحلقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » . متفق عليه . والأب أولى رجل بعد الابن وابنه . وأجمع أهل العلم على هذا كله ، فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه .

٣٧٤٧ - وإذا تتبعت من ذكروا في الجدول ، فلا تجد إلا اثني عشر وارثاً هم أصحاب الفروض المتقدمة ، وحينئذ يندفع التناقض الظاهري .

أحوال الأب

٣٧٤٨ - إذا مات شخص وترك أباً فلا يخلو حال الأب بالنسبة للإرث من أحوال ثلاثة :

٣٧٤٩ - الحالة الأولى : إرثه بالفرض المطلق الخالي من التعصيب ، بمعنى : أنه يأخذ فرضه وهو السدس ، ولا شيء له بعد ذلك أصلاً بطريق التعصيب ، لأن هناك من هو مقدم عليه في التعصيب ، وهي الحالة التي تكون عند وجود الفرع الوارث ، بشرط أن يكون مذكراً وهو الابن وابن الابن وإن نزل .

٣٧٥٠ - فإذا توفي شخص عن أب وابن أو ابن ابن وإن نزل ، فلا يأخذ الأب إلا السدس بطريق الفرض والابن أو ابن الابن يأخذ الباقي بطريق التعصيب ؛ لأن البنوة مقدمة في التعصيب على الأبوة ، فالمسألة على ما تقدم لك من القواعد من ستة للأب واحد والباقي للابن .

٣٧٥١ - فالأب في هذه الحالة يأخذ السدس ولا يزاحمه فيه غيره . وأما الابن فإنه يأخذ الباقي كله إذا لم يكن هناك مستحق معه .

٣٧٥٢ - فإن وجد من أصحاب الفروض من يستحق معه ، أخذ فرضه أولاً ، كالأم وأحد الزوجين .

٣٧٥٣ - فلو توفي شخص عن أب وأم وزوج وابن ، أخذ الأب السدس لوجود الفرع الوارث والأم السدس أيضاً لما ذكر ، والزوج الربع لما تقدم ، والابن الباقي بطريق التعصيب . فالمسألة من اثني عشر ، فللأب السدس اثنان ، وللأم مثله ، وللزوج الربع ثلاثة ، والباقي للابن ، فليس للابن شيء مخصوص بل نصيبه من التركة يختلف باختلاف الورثة الموجودين معه .

٣٧٥٤ - الحالة الثانية : إرثه بالفرض والتعصيب معاً . وهذه الحالة تكون عند وجود الفرع الوارث إذا كان مؤنثاً وهو البنت وبنت الابن وإن نزل أبوها .

٣٧٥٥ - فإذا توفي شخص عن أب وبنت أو بنتين أو بنت وبنت ابن ، أخذ الأب السدس بطريق الفرض والبنت في المسألة الأولى النصف ، والبنتان في الثانية الثلثين ،

والبنت في الثالثة النصف ، وبنت الابن السدس ، والباقي بعد الفروض يأخذه الأب بطريق التعصيب ، وهو في المسألة الأولى الثلث ، وفي الثانية السدس ومثلها الثالثة .

٣٧٥٦ - وكذا الحال فيما إذا وجد مع الأب والفرع الوارث المؤنث من يستحق من أصحاب الفروض ، فإنه لا يأخذ إلا بعد استيفاء أصحاب الفروض فروضهم .

٣٧٥٧ - فإذا توفي شخص عن زوجة وأب وبنت وبنت ابن ، أخذت الزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث ، والأب السدس لما ذكر ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس لوجود البنت الواحدة ، فالمسألة من أربعة وعشرين تأخذ الزوجة ثلاثة ، والأب أربعة ، والبنت اثني عشر ، وبنت الابن أربعة ، فيبقى واحد من أربعة وعشرين يأخذه الأب بطريق التعصيب ، وهو قليل بالنسبة لما أخذه من المسائل المتقدمة ، فالباقي ليس له حد مقدر بل يختلف باختلاف الورثة الموجودين معه .

٣٧٥٨ - الحالة الثالثة : التعصيب المحض ، وهذه تكون إذا لم يوجد فرع وارث أصلاً .

٣٧٥٩ - فإذا توفي شخص عن أب ولم يترك فرعاً وارثاً ولا مذكراً ولا مؤنثاً ، فإن لم يكن مع الأب أحد من الورثة أو كان معه من يحجبون به كالأخوة والأخوات ، أخذ كل التركة بطريق التعصيب . وإن كان معه من أصحاب الفروض من يستحق ، أخذ فرضه وهو يأخذ الباقي .

٣٧٦٠ - فإذا توفي شخص عن أب وأم ، أخذت الأم الثلث والأب الباقي بالتعصيب ، وإن كان معهما زوج ، أخذ فرضه والأم ثلث الباقي والأب الباقي .

٣٧٦١ - وإنما استحق الأب السدس في الحالة الأولى ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا يُؤْتَوْنَ لِكُلِّ وَجْهٍ مِّمَّا لِسُدُسٍ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ ﴾ ^(١) . فقد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعاً ، قال تعالى : ﴿ يَتَّبِعِ مَادَمَ ﴾ ^(٢) ، وعرفاً قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

٣٧٦٢ - ولك أن تقول : عرف ذلك بدليل آخر ، وهو الإجماع ، وإنما استحق في الحالة الثانية بالفرض والتعصيب للآية المتقدمة ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « ألقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقته فلاولى رجل ذكر » ^(٣) .

٣٧٦٣ - وإنما استحق في الحالة الثالثة بالتعصيب المحض ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَاوَدٌ وَوَرِيَةٌ أَبَوَاهُ فَلْيُتْرَكُ الْاُمُّ ﴾ (١) . فذكر فرض الأم وجعل الباقي له دليل أنه عصبه (٢) .

أحوال الجد

(مادة ٥٩٦)

الجدُّ الصَّحيح ، وَهُوَ الَّذِي لَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أُمُّ كَالْأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ إِلَّا فِي الْمَسَائِلِ الْآتِيَةِ :

الأولى : أَنَّ أُمَّ الْأَبِ لَا تَرِثُ مَعَ الْأَبِ ، وَتَرِثُ مَعَ الْجَدِّ .
الثانية : أَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا تَرَكَ الْأَبَوَيْنِ مَعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فَلِلْأُمِّ ثُلُثٌ مَا بَقِيَ بَعْدَ نَصِيبِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْأَبِ جَدٌّ فَلِلْأُمِّ ثُلُثُ الْكُلِّ .
الثالثة : أَنَّ الْإِخْوَةَ الْأَشْقَاءَ أَوْ لِأَبٍ يَشْقُطُونَ مَعَ الْأَبِ إِجْمَاعًا ، وَلَا يَشْقُطُونَ مَعَ الْجَدِّ إِلَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيْفَةَ .

الرابعة : أَنَّ أَبَا الْمُغْتَنِبِ مَعَ ابْنِهِ يَأْخُذُ السُّدُسَ بِالْوَلَاةِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ، وَلَيْسَ لِلْجَدِّ ذَلِكَ اتِّفَاقًا ، وَيَشْقُطُ الْجَدُّ بِالْأَبِ (٣) .

(١) النساء : ١١ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨٠) : إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضًا والباقي بطريق العصبية .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٠) يرث الأب :

أ - سدس التركة فرضًا عند وجود الفرع الوارث المذكور .

ب - سدس التركة فرضًا وما بقي بعد أنصاء أصحاب الفروض بالتعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث .

ج - كل التركة بالتعصيب إذا انفرد .

د - الباقي بعد حصص أصحاب الفروض تعصيبًا عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

(٣) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « الجد والمراد الجد الصحيح كذا في الاختيار شرح المختار ، وهو الذي لا تدخل في نسبه إلى الميت أم كأي الأب أو أمي أبي الأب ، فإن دخل في نسبه إلى الميت أم فهو فاسد كأي أم الأب أو كأي أمي أم الأب أو كأي أمي أم أبي الأب ، ثم الجد الصحيح كالأب عند عدمه إلا في رد الأم إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب وهو يحجب جميع الإخوة والأخوات عند أبي حنيفة بثلاثة وعليه الفتوى ، كذا في الكافي » .

= قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٣٣/٤ - ٣٥) : « إذا اجتمع جد أو أبوه (وإخوة) بكسر الهمزة وضمها (وأخوات) فإن كانوا لأم سقطوا كما مر في فصل الحجب ، وإن كانوا (لأبوين أو لأب) لم يسقطوا به على الصحيح . ثم اعلم أن القول في ميراث الجد مع الإخوة خطير في الفرائض ، ومسائله كثيرة الاختلاف فيما بين الصحابة رضي الله عنهم فمن بهدم وكانوا يحذرون من الخوض فيها ، وورد في حديث : « أجرؤكم على قسم الجد أجرؤكم على النار » قال الدارقطني كما نقله عنه القاضي أبو الطيب : لا يصح رفعه ، وإنما هو عن عمر أو علي رضي الله عنهما . وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : من سره أن يقتحم جرائيم جهنم فليقتض في الجد والإخوة ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه : سلوني عما شئتم من عصبائكم ، ولا تسألوني عن الجد والإخوة ، لا حياه الله ولا يياه قال الماوردي : وأول من ورث الجد مع الإخوة في الإسلام عمر رضي الله تعالى عنه ، ثم بعد اختلافهم أجمعوا على أن الإخوة لا تسقط الجد .

قال ابن عبد البر : لم يخالف إلا فرقة من المعتزلة ، واختلفوا بعد ذلك على مذهبين : أحدهما : أن الجد بمنزلة الأب فيحجب الإخوة والأخوات ، وهو قول أبي بكر وابن عباس وعائشة وجماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه يسمى أباً ؛ ولأنه يأخذ السدس مع الابن وابن الابن كالأب فأسقط الإخوة .

والمذهب الثاني : أنه يشارك الإخوة ، وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، وبه قال الأئمة الثلاثة ؛ ولذلك قال المصنف : (فإن لم يكن معهم ذو) أي : صاحب (فرض فله الأكثر من ثلث) جميع (المال ، و) من (مقاسمتهم كأخ) . أما أخذ الثلث فلأن له مع الأم مثلي مالها ، والإخوة لا ينقصونها عن السدس فلا ينقصونه عن مثليه ؛ ولأن الإخوة لا ينقصون أولاد الأم عن الثلث ، فبالأولى الجد لأنه يحجبهم . وأما المقاسمة فلأنه كالأخ في إدلته بالأب ، وإنما أخذ الأكثر ؛ لأنه قد اجتمع فيه جهتا الفرض والتعصيب فأخذ بأكثرهما . فإن استوى له الأمران ، فالفرضيون يعبرون فيه بالثلث ؛ لأنه أسهل ، ومقتضى التشبيه : أن له مع الأخوات مثل حظ الأنثيين ، وهو كذلك ، والمقاسمة خير له من ثلث المال فيما إذا كانوا دون مثليه ، وذلك في خمس صور : أن يكون مع الجد أخ أو أخت أو أختان أو ثلاث أخوات أو أخ وأخت ، والثلث خير له من المقاسمة فيما إذا زادوا على مثليه ، ولا تنحصر صورته في عدد فيصدق ذلك بخمس أخوات وأخوين وأخت ، أو ثلاث أخوات وأخ ونحو ذلك مما لا ينحصر ، ويستوي له الثلث والمقاسمة في ثلاث صور : أن يكون معه أخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان (فإن أخذ) الجد (الثلث فالباقى لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين كما لو لم يكن معهم جد (وإن كان) معهم ذو فرض يتصور إرثه معهم ، وهو البنات وبنات الابن والأم والجيدات والزوجان (فله الأكثر من سدس التركة) ، ومن (ثلث الباقي) بعد الفرض (و) من (المقاسمة) بعد الفرض ، أما السدس : فلأنه لا ينقص عنه مع الأولاد فمع الإخوة أولى ، وأما ثلث الباقي ؛ فلأنه لو لم يكن معه صاحب فرض لأخذ جميع ثلث المال ، فإذا خرج قدر الفرض مستحقاً أخذ ثلث الباقي وكان الفرض تلف من المال .

وأما المقاسمة فلما سبق من تنزيله منزلة أخ ، وضابط معرفة الأكثر من الثلاثة أنه إن كان الفرض نصفاً فما دونه ، فالمقسمة أغبط إن كان لإخوة دون مثليه ، وإن زادوا على مثليه فثلث الباقي أغبط ، وإن كانوا مثليه =

= استويا ، وقد تستوي الثلاثة ، وإن كان الفرض ثلثين ، فالقسمة أعبط إن كان معه أخت وإلا فله السدس ، وإن كان الفرض بين النصف والثلثين كنصف وثمان ، فالقسمة أعبط مع أخت أو أخ أو أختين ، فإن زادوا فله السدس (وقد لا يبقى) بعد الفرض (شيء) للجد (كبتين وأم وزوج) مع جد وإخوة ، فالمسألة من اثني عشر ، وتعمل بسهم بقية فرض من نقص فرضه ، وحيثيذ (يفرض له سدس) اثنان (ويزداد في العول) إلى خمسة عشر (وقد يبقى) للجد بعد الفرض (دون سدس : كبتين وزوج) مع جد وإخوة ، هي من اثني عشر : للبتين الثلثان ثمانية ، وللزوج الربع ثلاثة ، يبقى للجد سهم (يفرض له) سدس (وتعال) المسألة بواحد على اثني عشر (وقد يبقى) للجد (سدس : كبتين وأم) مع جد وإخوة ، هي من ستة : للبتين أربعة ، وللأم واحد ، ويبقى واحد (فيفوز به الجد وتسقط الإخوة) والأخوات (في هذه الأحوال) الثلاثة لأنهم عصبية ، وقد استغرق المال أهل الفرض (ولو كان مع الجد إخوة وأخوات لأبوين ولأب) بالواو بلا ألف قبلها ، بخلاف ما سبق أول الفصل ؛ فإنه معطوف بأو ؛ لأن الكلام هناك فيما إذا كان معه أحدهما ، والكلام هنا في اجتماعهما ، وحيثيذ (فحكم الجد ما سبق) من خير الأمرين إن لم يكن معه ذو فرض ، وخير الأمور الثلاثة إن كان معه (و) لكن في صورة اجتماعهما (بعد) أي يحسب (أولاد الأبوين) بالرفع بخطفه فاعل بعد (عليه) أي : الجد (أولاد الأب) بالنصب بخطفه مفعول بعد (في القسمة) أي : يدخلونهم في العدد على الجد إذا كانت المقاسمة خيرا له (فإذا أخذ) الجد (حصته) وهي الأكثر مما سبق (فإن كان في أولاد الأبوين ذكر) واحد فأكثر معه أنثى فأكثر (فالباقى لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين (وسقط أولاد الأب) ؛ لأن أولاد الأبوين يقولون للجد : كلانا إليك سواء فنزاحمك بإخوتنا ، ونأخذ حصتهم ، كما أن الإخوة يردون الأم من الثلث إلى السدس والأب يحجبهم ويأخذ ما نقصوا من الأم . فإن قيل : قياس ذلك أن الأخ من الأم مع الجد والأخ الشقيق أن يقول الجد : أنا الذي أحجبه فأزحمك به وأخذ حصته . أوجب بأن الإخوة جهة واحدة فجاز أن ينوب أخ عن أخ ، والأخوة والجدودة جهتان مختلفتان فلا يجوز أن يستحق الجد نصيب الآخر ، وبأن ولد الأب المعدود على الجد ليس بمحروم أبداً بل يأخذ قسطاً مما قسم له في بعض الصور كما سيأتي .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (٢٠٣ ، ٢٠٢/٨) : « وأحد فروض الجد غير المدلي بأنتى يعني أن الجد أبو الأب يكون السدس أحد فروضه في بعض أحواله بأن يكون معه ابن ، أو ابن ابن أو مع ذي فرض مستغرق ، أو مع الإخوة في بعض الأحوال ، وأما الجد أبو الأم ، فإنه لا يرث عندنا شيئاً بلا خلاف وهو المحترز عنه بقوله غير المدلي بأنتى ثم إن الجد ليس له فروض ، وإنما له فرضان السدس ، أو الثلث فأطلق الجمع على ذلك وباحتمل أن يقال : أراد بالفروض الأحوال .

وله مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب الحير من الثلث أو المقاسمة يعني أن الجد أبا الأب يفرض له مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب إذا لم يكن معهم صاحب فرض الحير أي الأفضل من أحد أمرين الثلث أي : ثلث جميع المال أو المقاسمة ، فالثلث له إذا زاد عدد الإخوة ، أو الأخوات على مثليه والمقاسمة خير له إذا نقص عددهم عن مثليه ، فإن كان عددهم مثليه استوت المقاسمة وثلث جميع المال فيقاسم أختاً واحداً ، أو أختين ، أو ثلاث أخوات ، أو أختاً وأختاً ، فإن كان في الفريضة أخوان ، أو أربع أخوات استوت المقاسمة مع =

= الثلث ، فإن زادت الإخوة عن الاثنين والأخوات عن أربع لم ينقص عن الثلث ، وهذا مما يفترق الأب فيه من الجدة ؛ لأن الأب يحجب الإخوة مطلقاً والجدة لا يحجب إلا الإخوة للأم دون الأشقاء أو لأب وقد أشار إلى حكمهم بقوله . وعاد الشقيق بغيره ثم رجع كالشقيقة بمالهما لو لم يكن جد يعني لو ترك جدًا لأب وأخًا شقيقًا ، وإخوة لأب فالشقيق يعد على الجدة الإخوة للأب ليمتنعه كثرة الميراث ، وسواء كان معهم ذو سهم كأب أو زوجة ، أو لا ، فإذا أخذ الجدة حظه رجع الشقيق فأخذ جميع الباقي وأسقط الإخوة لأب ، وكذلك الشقيقة فأكثر تعد على الجدة الإخوة للأب لتمنعه كثرة الميراث ، فإذا أخذ الجدة حظه رجعت الشقيقة بمالها ، وهو النصف عند انفرادها والثلثان عند تعددها وما فضل بعد ذلك فهو للإخوة للأب كجد وأخت شقيقة وأخ لأب تصح من عشرة ، أصلها من خمسة ، للجد سهمان ؛ لأن المقاسمة فيها أحظ له من الثلث يبقى ثلاثة لأخت منها نصف الجميع سهمان ونصف سهم يبقى للأخ نصف سهم ، فإذا ضرب مقام النصف وهو اثنان في الخمسة حصل عشرة للجد أربعة وهي خمس المال ، وللأخت خمسة هي نصفه ، وللأخ سهم وهو الفاضل بعد نصفها وكجد وشقيقة وأختين لأب تصح من عشرين ؛ لأن أصلها من خمسة كالتالي قبلها ؛ لأن المقاسمة خير للجد ، فله سهمان يبقى ثلاثة أسهم للأخت سهمان ونصف فاضرب مقام النصف وهو اثنان في الخمسة يحصل عشرة للجد أربعة وللأخت النصف خمسة ويبقى واحد للأختين للأب بينهما مناصفة فاضرب اثنين عددهما في العشرة يحصل عشرون ومنها تصح .

وله مع ذي فرض معهما السدس ، أو ثلث الباقي أو المقاسمة يعني أن الجدة للأب إذا كان مع ذوي الفروض والإخوة الأشقاء أو لأب فله الأفضل من أحد ثلاثة أشياء ، السدس من رأس المال ، أو ثلث الباقي بعد أخذ ذوي الفروض ففرضهم ، أو المقاسمة ، فمثال الأول : كزوجة وبتين وجد وأخ فأكثر ؛ لأن الباقي بعد الفروض خمسة من أربعة وعشرين ثلثها واحد وثلثان وحصته منها إن قاسم الأخ اثنان ونصف سدس جميع المال ، وهو أربعة أحظ له من المقاسمة وثلث الباقي فيفضل واحد للأخ فأكثر ، ومثال الثاني : كأب وجد وعشرة إخوة ؛ لأن الباقي بعد فرض الأم وهو ثلاثة من ثمانية عشر أحد الأصلين المختلف فيهما خمسة عشر ثلثها خمسة هي أكثر من مقاسمتها فيه عشرة إخوة ؛ إذ يحصل بها له سهم واحد وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من سهم ومن سدس الجميع ؛ إذ هو ثلاثة وإنما مثلت بعشرة إخوة ليكون الباقي منقسمًا عليهم ، فلو كانوا غير ذلك مما يزيد على مثليه كان الحكم كذلك ، ومثال الثالث كجد وجدته وأخ ؛ لأن الباقي بعد فرض الجدة ، وهو واحد من ستة ؛ خمسة ، فيخصه بالمقاسمة اثنان ونصف وذلك أكثر من السدس ؛ إذ هو واحد ومن ثلث الباقي ؛ إذ هو واحد وثلثان فنصح من اثني عشر ، وفي بتين وجد وأخ تستوي المقاسمة ، والسدس وفي أم وجد وأخوين تستوي المقاسمة وثلث الباقي ، وفي زوج وجد وثلاثة إخوة يستوي ثلث الباقي والسدس ، وفي زوج وجد وأخوين تستوي الثلاثة فقوله : معهما أي : الإخوة والأخوات لا حاجة إليه ؛ لأن الكلام في الجدة مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، وقوله : أو ثلث الباقي أو مانعة خلوا لا مانعة جمع فقد تجتمع الثلاثة ، أو اثنان منها . ولا يفرض لأخت معه إلا في الأكدرية والغراء زوج وجد وأم وأخت شقيقة ، أو لأب يفرض لها ، وله ثم يقاسمها ، وإن كان محلها أخ لأب ومعه أخوة لأم سقط يعني أن الجدة للأب لا يقاسم الأخت ، ولا يقدر أختًا معها إلا في مسألة واحدة وهي التي تعرف بالأكدرية وصورتها تركت المرأة زوجها =

٣٧٦٤ - الجد الصحيح وهو : الذي لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى . قائم مقام الأب عند عدمه ، وهو أبو الأب وإن علا .

٣٧٦٥ - فإذا توفي شخص وترك جدًا صحيحًا ، ولم يترك أباه بل توفي في حياته ، قام الجد مقام الأب لو كان موجودًا في جميع أحواله ، فيرث بالفرض المطلق أي : الخالي من التعصيب إذا كان للمتوفى فرع وارث مذكر ، ويرث بالفرض والتعصيب إن كان له فرع وارث من الإناث ، ويرث بالتعصيب المحض إذا لم يكن هناك فرع وارث أصلًا .

= وأما وجدها وأختها شقيقة أو لأب أصلها من ستة ، للزوج النصف وللأم الثلث يفضل سهم يأخذه الجد ؛ لأنه لا ينقص عن سدس جميع المال ويعال للأخت بثلاثة مثل نصف المسألة فتكون المسألة بعولها من تسعة ، فإذا فرض لها وللجد جميعًا أربعة اقتسامه للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأن الجد معها كأخ وأربعة من تسعة لا تنقسم على ثلاثة ، ولا توافقها ، فتضرب ثلاثة عدد الرعوس المنكسر عليها سهامها في أصل المسألة تبلغ سبعة وعشرين ثم يقال : من له شيء من تسعة أخذه مضروبًا في ثلاثة ، فلهما أربعة من تسعة في ثلاثة باثني عشر يأخذ الجد ثمانية ، وتأخذ الأخت أربعة ، وللأم اثنان في ثلاثة ستة ، وللزوج ثلاثة في ثلاثة بتسعة وبلغز بها من وجهين : أحدهما أن يقال : أربعة ورثوا ميتًا أخذ أحدهم ثلث ماله ، وهو الزوج وأخذ الثاني ثلث الباقي ، وهي الأم وأخذ الثالث باقي الباقي وهي الأخت ، وأخذ الرابع الباقي وهو الجد الثاني قال ابن عرفة : بأن يقال ما فريضة آخر قسمها للحمل ، فإن كان أنثى ورثت ، وإن كان ذكرًا لم يرث شيئًا وصورتها كما قد علمت تركت زوجها وجدها وأما الأم حامل ، قال ابن حبيب : وسميت أكرديرة ؛ لأن عبد الملك بن مروان ألقاها على رجل يحسن الفرائض يسمى أكرد فأخطأ فيها فنسبت إليه ، وسمها مالك بالفراء لشهرتها أو لغرور الأخت فيها بفرض النصف ، ولم تأخذ إلا بعبه واحترز بقوله : أخت عما لو كان معه أختان أو أكثر لغير أم ؛ فإنه يأخذ السدس ، ولهما أو لهن السدس ، فلو لم يكن زوج فهي الخرقاء ، ولو لم يكن فيها أم فللزوجة النصف والباقي بين الجد والأخت أثلاثًا ؛ لأن المقاسمة أحظ له ، ولو لم يكن فيها جد كانت المباحلة ، ولو لم يكن أخت كانت إحدى الغراوين إذا كان بدل الجد أب ، ولو كان موضع الأخت أخ لأب ، أو شقيق ومعه إخوة أم اثنان فصاعدًا لم يكن للأخ شيء ؛ لأن الجد يقول له : لو كنت دوني لم ترث شيئًا ؛ لأن الثلث الباقي يأخذه أولاد الأم ، وأنا أحجب كل من يرث من جهة الأم فيأخذ الجد حيتنيز الثلث كاملاً وتسمى المالكية ، وقال زيد : للأخ للأب السدس قبل ، ولم يخالف مالك زيدًا إلا في هذه المسألة ولو أسقط المؤلف قوله لأب لتشمل شبه المالكية حيث كان الأخ شقيقًا لكون الخلاف مع أصحاب مالك ، ولا نص فيها لمالك ، ولا فرق في الأخ للأب بين الواحد والمتعدد لا يقال : الأخ للأب ساقط هنا ، ولو لم يكن معه إخوة أم ، فلا معنى حيتنيز لذكرهم لأننا نقول إما ذكرهم لتكون هي المالكية ولتنبية على مخالفة زيد فيها .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٦) : « والجد كالأب في أحواله الثلاث ، وله حال رابع مع الإخوة يذكر في بابه ، ويسقط بالأب ؛ لأنه يدلي به ، فيسقط به ، كالإخوة ، وكذلك كل جد يسقط بابه ؛ لكونه يدلي به . وينقص الجد عن رتبة الأب في زوج وأبوين ، أو امرأة وأبوين ، فيفرض للأب فيهما ثلث جميع المال ، وباقيه للجد ، بخلاف الأب . »

٣٧٦٦ - فإن تخلل في نسبه إلى الميت أنثى ، كأبي الأم يقال له : جد فاسد . وهذا لا يرث إلا على أنه من ذوي الأرحام ؛ لأن تخلل الأم في النسبة يقطع النسب ، إذ النسب إلى الآباء ، لأن النسب للتعريف والشهرة ، وذلك يكون بالمشهور ، وهو الذكور دون الإناث .

٣٧٦٧ - وإنما قام الجد الصحيح مقام الأب في أحواله المتقدمة ، لأن الجد يسمى : أبا . قال الله تعالى حاكياً عن سيدنا يوسف عليه الصلاة والسلام : ﴿ وَأَتَيْتُ مِثْلَ مَا أَبَاءَىٰ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(١) . وكان إسحاق جده وإبراهيم جد أبيه .
٣٧٦٨ - وقال تعالى : ﴿ يَتَّبِعْ آدَمَ لَا يَفْنَيْكُمْ أَلَيْسَ لَكُمْ عَلِيمًا فَذَكَّرَ أَبْنَاءَكُمْ وَمَنْ يَبْذُرْ بَذْرًا أَوْ يَرْبِئْ حَبًّا وَلَا يُلْقِهَا فِي ظِلْمٍ لَّا يَفْنَىٰ وَلَا يَخْشَىٰ كُفْرًا وَلَا إِتْمَانًا وَلَا أَدْمًا إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَيَجْزِي اللَّهُ الْكَاذِبِينَ ﴾ ^(٢) . وهما آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام .

٣٧٦٩ - وإنما قالوا : يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ؛ لأنه لو كان الأب موجوداً لما ورث الجد شيئاً ، لأن الأب أقرب منه والجد لا ينتسب إلا به ، فلا يرث معه . وإنما يقوم مقامه عند عدمه .

٣٧٧٠ - ولكن يفارق الجد الأب في مسائل أربعة فيما يختص بالميراث ، وإلا فهي كثيرة :

٣٧٧١ - الأولى : إذا توفي شخص ، وكان من ضمن ورثته أب وأم أب ، فلا ترث أم الأب معه ، بل هي محجوبة به حجب حرمان ؛ لأنها انتسبت به . ولكن لو كان من ضمن ورثته جد وأم أب ، ورثت معه ؛ لأنها غير مدلية به فلا يحجبها .

٣٧٧٢ - الثانية : إذا توفي شخص وترك أحد الزوجين مع الأبوين ، فإن الأم تأخذ الثلث الباقي بعد نصيب أحد الزوجين ، وهو في مسألة الزوج سدس ؛ لأن الزوج يستحق النصف في هذه الحالة ، فثلث الباقي سدس . وفي مسألة الزوجة ربع ؛ لأنها تستحق الربع - والحالة هذه - فثلث الباقي ربع ، وهذه المسألة في الحقيقة مسألتان : إحداهما : زوج وأب وأم ، وثانيهما : زوجة وأب وأم .

٣٧٧٣ - ولو كان مكان الأب جد ، بأن توفيت الزوجة عن زوج وأم وجد ، أو توفي الزوج عن زوجة وأم وجد ، أخذت الأم ثلث الكل لا ثلث الباقي .

٣٧٧٤ - الثالثة : إذا توفي شخص عن أب وإخوة أشقاء أو لأب ، كانت التركة

كلها للأب ولا شيء للإخوة الأشقاء أو لأب بالإجماع .

٣٧٧٥ - وإذا توفي عن جد وإخوة أشقاء أو لأب ، أخذ كل التركة الجد وحجب الإخوة حجب حرمان عند أبي حنيفة ، وعلى قوله : لا فرق بين الأب والجد في هذه الصورة ؛ لأن كلاً منهما يحجب الإخوة من الميراث .

٣٧٧٦ - وعند الصحابين والشافعي يشتركون في استحقاق التركة .

٣٧٧٧ - ففارق الجد الأب في هذه الصورة عندهم أيضاً . ومذهب الإمام هو الممول عليه والممول به ، وستضع لك باباً إن شاء الله تعالى في كيفية مقاسمة الجد للإخوة .

٣٧٧٨ - الرابعة : إذا توفي شخص معتق - بفتح التاء - عن ابن المعتق - بكسر التاء - وأبي المعتق ، قال أبو يوسف : يأخذ الأب السدس بالولاية والابن الباقي ، وقال الإمام الأعظم ومحمد : لا شيء للأب ، بل الكل للابن بالولاء .

٣٧٧٩ - وإذا توفي شخص معتق - بفتح التاء - عن ابن المعتق - بكسر التاء - وجد المعتق ، كانت التركة كلها لابن المعتق ولا شيء لجدته بالاتفاق .

٣٧٨٠ - وعلى هذا تكون مخالفة الأب للجد في هذه الصورة على مذهب أبي يوسف فقط .

٣٧٨١ - ووجه قول أبي يوسف : أن الولاء كله أثر الملك ، فيلحق بحقيقة الملك . ولو ترك المعتق مالا ، وترك أباً وابناً ، كان لأبيه سدس ماله والباقي لابنه ، فكذا إذا ترك ولاء .

٣٧٨٢ - ولأبي حنيفة ومحمد : أن الولاء وإن كان أثر الملك ، لكن ليس بمال ، فلا تجري فيه سهام الورثة بالفرضية كما في المال بل هو سبب يورث منه بطريق التعصيب ، فيعتبر الأقرب فالأقرب ، والابن أقرب العصبات فيأخذ الكل ولو جرت فيه سهام الورثة بالفرضية كالمال لكان للنساء نصيب من الولاء بالإرث ولا قائل به ، بل اتفقوا على أنه إذا ترك المعتق - بفتح التاء ابن المعتق - بكسرهما - وبنت المعتق ، كانت كل التركة لابن المعتق ولا شيء لبنته كما ستعرفه إن شاء الله تعالى في العاصب السببي ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٨) أ - الجد الصحيح هو من لا تدخل في نسبه إلى الميت أنثى .

ب - يرث الجد الصحيح :

١ - سدس التركة فرضاً إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر ولم يكن محجوباً .

احوال اولاد الأم

(مادة ٥٩٧)

أَوْلَادُ الْأُمِّ لَهُمْ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ :

السُّدْسُ لِلزَّوْجِ .

وَالثَّلْثُ لِلثَّلَاثِينَ فَصَاعِدًا ، ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ فِي الْقِسْمَةِ سَوَاءً .

وَيَسْقُطُونَ بِ : الابن ، وَاِبْنِ الْاِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ ، وَبِالْبِنْتِ ، وَبِنْتِ الْاِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ ، وَبِالْأَبِ ، وَالجَدِّ (١) .

٢ - سدس التركة فرضًا وما يبقى بعد سهام أصحاب الفروض تعصيبًا عند وجود الفرع الوارث المؤنت ولم يكن محجوبًا .

٣ - كل التركة بالتعصيب إذا انفرد .

٤ - الباقي بعد سهام أصحاب الفروض تعصيبًا عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

ج (يرث الجد الصحيح في حال وجود الإخوة الأشقاء أو لأب :

١ - الأخط من المقاسمة أو ثلث التركة إذا لم يوجد ذو فرض .

٢ - الأخط من سدس جميع المال أو المقاسمة أو ثلث الباقي عن أصحاب الفروض .

٣ - في حال وجود الجد مع الصنفين من الإخوة مجتمعين فإن الأشقاء يعادونه بالإخوة لأب على أن لا ينقص نصيبه عن السدس عند وجود ذي فرض أو عن الثلث عند عدم وجود ذي الفرض .

د) يحجب الجد الصحيح بالأب وبكل جد صحيح أقرب منه .

(١) قول الخليفة : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « والثالث - الأخ لأم وله السدس وللثنتين فصاعدًا الثلث وإن اجتمع الذكور والإناث استوتوا في الثلث » .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٢٨ ، ٢٧/٤) : « (الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا) عن الإخوة

والأخوات للأب (ورثوا كأولاد الصلب) فللذكر الواحد فأكثر كل المال ، وللأنثى النصف وللثنتين فصاعدًا

الثلاث ، وعند اجتماع الصنفين للذكر مثل حظ الأنثيين (وكذا إن كانوا) أي : الإخوة والأخوات (لأب)

وانفردوا عن الإخوة والأخوات لأبوين ورثوا كأولاد الصلب (إلا) أي لكن (في المشتركة) بفتح الراء

المشددة بخطه أي : المشترك فيها بين الشقيق وولدي الأم ، وقيل بكسرها بمعنى فاعلة التشريك (وهي زوج

وأم) أو جدة (وولدا أم) فصاعدًا (وأخ لأبوين) فأكثر (فيشارك الأخ) الشقيق ولو كان معه من يساويه

من الإخوة والأخوات (ولدي الأم في الثلث) بأخوة الأم لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها الفرض ، فأشبه

ما لو كان أولاد الأم بعضهم ابن عم فإنه يشارك بقرابة الأم وإن سقطت عصريته ، وتسمى هذه أيضًا =

= بالحمارية ؛ لأنها وقعت في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه ، فحرم الأشقاء فقالوا : هب أن أباهم كان حمارًا ألسنا من أم واحدة ، فشرك بينهم ، وفي مستدرک الحاكم أن زيدًا هو القائل : هب أن أباهم كان حمارًا أما زادهم الأب إلا قرابًا ، وروي أن عمر رضي الله تعالى عنه هو القائل ذلك ، وروي أنه قضى بها مرة فلم يشرك ، ثم قضى في العام الثاني فشرك فقيل : إنك أسقطته في العام الماضي فقال : ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما قضى . وتسمى المنبرية ؛ لأنه سئل عنها وهو على المنبر ، وروي : هب أن أبانا كان حجرًا ملقى في اليم ، فعلى هذا تسمى الحجرية واليمنية . وأصل المسألة ستة ، وتصح من ثمانية عشر إذا لم يكن مع الأخ من يساويه ، فإن كان معه أخت صحت من اثني عشر ، ولا تفاضل بينه وبينها (ولو كان بدل الأخ) لأبوين (أخ لأب سقط) بالإجماع ؛ لأنه ليس له قرابة أم يشارك بها ، ولو كان بدله أخت لأب فرض لها النصف وعالت ، ولو كانتا اثنتين فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان وأعلت ، ولو كان معهن أخ لأب سقط وأسقطهن ؛ ولذلك سمي هذا الأخ المشوم ، ولو كان بدل الشقيق أخت شقيقة فرض لها النصف أو ثلثان فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان أو خشى شقيق فيتقدير ذكوره هي المشتركة ، وتصح من ثمانية عشر كما مر ، ويتقدير أنوثته تعول إلى تسعة وبينهما تداخل ، فيصحان من ثمانية عشر ، وإلا ضر في حقه ذكوره وفي حق الزوج الأم أنوثته ، ويستوي في حق ولدي الأم الأمران ، فإذا قسمت يفضل أربعة موقوفة بينه وبين الزوج والأم ، فإن كان أنثى أخذها أو ذكرًا أخذ الزوج ثلاثة والأم واحدًا (ولو اجتمع الصنفان) من الإخوة لأبوين والإخوة لأب (فكاجتماع أولاد الصلب وأولاد ابنه) فإن كان من أولاد الأبوين ذكر ، ولو مع أنثى حجب أولاد الأب أو أنثى ، فلها النصف والباقي لأولاد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يكن من ولد الأب إلا أنثى أو إناث فلها أو لهن السدس تكملة الثلثين ، وإن كان ولد الأبوين اثنتين فأكثر فلهما ، أو لهن الثلثان ، والباقي لولد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث ، ولا شيء للإناث الخالص منهما مع الأختين لأبوين فأكثر (إلا أن بنات الابن يعصبن من في درجتهم أو أسفل) منهن كما مر (والأخت لا يعصبا إلا أخوها) لا ابن الأخ ولا ابن العم ، فلو خلف شخص أختين لأبوين وأختًا لأب وابن أخ لأب فلأختين الثلثان ، والباقي لابن الأخ ، ولا يعصب الأخت ؛ لأنه لا يعصب أخته فلا يعصب عمته ، وأيضًا ابن الابن يسمى ابنا حقيقة أو مجازًا وابن الأخ لا يسمى أختًا ، وسكت المصنف عما لو اجتمع أخ لأبوين ولأب ولأم ، وحكمهم أن للأخ للأم السدس ، والباقي للشقيق ولا شيء للأخ لأب ، فإن كان الجميع إناثًا كان للشقيقة النصف وللتني للأب السدس تكملة الثلثين وللتني للأم السدس (وللواحد من الإخوة أو الأخوات أم السدس ، ولاتنتين) منهم (فصاعدًا الثلث سواء ذكورهم وإناثهم) بالإجماع ؛ ولأنهم يشتركون بالرحم فاستوا كالأبوين مع الولد فإنهما يشتركان في الثلث ، وبهذا فارقوا الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، فإن للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأنهم يرثون بالعصوبة .

تبيه : قال الفرضيون : أولاد الأم يخالفون بقية الورثة في خمسة أشياء : أحدها : ذكرهم يدلي بأنثى ويرث . ثانيها : يحجبون من يدلون به حجب نقصان . ثالثها : يرثون مع من يدلون به . رابعها : تقاسمهم بالسوية . خامسها : ذكرهم المنفرد كأنثاهم المنفردة .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٩٨ / ٨ ، ١٩٩) : « من ذي النصف الزوج و بنت ابن ، إن لم =

= تكن بنت وأخت شقيقة أو لأب إن لم تكن شقيقة ذكر أصحاب الفروض يتضمن ضبطها فتركها اختصاصاً منهم الزوج مع عدم الولد ذكراً ، أو أنثى ، أو ولد الولد كذلك ، وإن سفل ، سواء كان الولد منه ، أو من غيره بشرط أن يكون وارثاً لا كعبد ؛ لأن من لا يرث لا يحجب وارثاً إلا الإخوة للأُم ، فإنهم يحجبون الأُم إلى السدس ، ولا يرثون مع الأب كما يأتي ومنهم بنت الصلب ، فإنها تأخذ النصف إذا انفردت ، ومنهم بنت الابن تستحق النصف عند عدم البنت إجماعاً إذا انفردت ، ومنهم الأخت الشقيقة تستحق النصف عند عدم البنت إجماعاً إذا انفردت ، ومنهم الأخت للأب تستحق النصف إذا انفردت ، وأما إذا كان معها شقيقة فلها السدس تكملة الثلثين كما يأتي وعصب كلاً أخ يساويها يعني أن النساء اللاتي تقدم ذكرهن ، وهن البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والتي للأب يعصب كل واحدة منهن أخوها الذي في درجتها بأن كانا شقيقين أو لأب فيأخذ الذكر سهمين والأنثى سهماً تعصيباً ، فلم لو يساوها كالأخ للأب مع الشقيقة ، فإنه لا يعصبها بل تأخذ فرضها وما فضل فهو له تعصيباً . والجد والأوليان الأخريين كذا في بعض النسخ وهو الصواب أي وعصب الجد والبنت وبنت الابن ، الأخت الشقيقة ، والأخت للأب فالأوليان ثنية أولى ، وهما البنت وبنت الابن ، والأخريان ثنية أخرى وهما الأخت الشقيقة والأخت للأب فهزمتها مضمومة والياء فيهما قبل العلامة منقلبة عن ألف التأنيث .

قول المختلطة : جاء في المغني ١٧٤/٦ ، ١٧٥ : (وإذا كان زوج وأم وإخوة وأخوات لأُم وأخت لأب وأم وأخوات لأب ، فللزوج النصف ، وللأُم السدس ، وللإخوة وللأخوات من الأُم الثلث بينهم بالتسوية ، وللأخت من الأب والأم النصف ، وللأخوات من الأب السدس) أما التسوية بين ولد الأُم ، فلا نعلم فيه خلافاً ، إلا رواية شذت عن ابن عباس ، أنه فضل الذكر على الأنثى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ قَهْمَ شُرَكَاءَ فِي اثْتُنَيْتٍ ﴾ . وقال في آية أخرى : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّتِ ﴾ . ولنا : قول الله تعالى : ﴿ وَلَهُ أَجْرٌ أَزْهَنُ مِمَّا لِكُلِّ رَجُلٍ مِمَّنْهَا أَلْسُنُهُ ﴾ . فسوى بين الذكر والأنثى ، وقوله : ﴿ قَهْمَ شُرَكَاءَ فِي اثْتُنَيْتٍ ﴾ . من غير تفضيل لبعضهم على بعض ، يقتضي التسوية بينهم ، كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به ، وأما الآية الأخرى ، فالمراد بها ولد الأبوين ، وولد الأب ، بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللثنتين الثلثين ، وجعل الأخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمع عليه فلا عبرة بقول شاذ ، وتورث ولد الأُم هاتنا الثلث والأُم السدس والزوج النصف ، تسمية لا خلاف فيها أيضاً .

وقد اجتمع في هذه المسألة فروض يضيق المال عنها ، فإن النصف للزوج ، والنصف للأخت من الأبوين ، يكمل المال بهما ، وي زيد ثلث ولد الأُم ، وسدس الأُم ، وسدس الأخت من الأب ، فتعول المسألة بثلاثيها ، وأصلها من ستة أسهم ، فتعول إلى عشرة ، وتسمى أم الفروع ؛ لكثرة عولها ، شبهوا أصلها بالأُم ، وعولها بفروعها ، وليس في الفرائض مسألة تعول بثلاثيها سوى هذه وشبهها ، ولا بد في أم الفروع من زوج واثنين فصاعداً ، من ولد الأُم ، وأم أو جدة ، واثنين من ولد الأبوين ، أو الأب ، أو إحداهما من ولد الأبوين ، والأخرى من ولد الأب ، فعتى اجتمع فيها هذا ، عالت إلى عشرة ، ومعنى العول أن تزدهم فروض لا يتسع المال لها ، كهذه المسألة ، فيدخل النقص عليهم كلهم ، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم ، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص ؛ لضيق ماله عن وفائهم ، ومال الميت بين أرباب الدين إذا لم يف لها ، =

٣٧٨٣ - الولد لغة وشرعاً يطلق على المذكر والمؤنث ، والابن خاص بالمذكر ، والبنث بالمؤنث ، وإن كان العرف لا يطلق الولد إلا على المذكر .

٣٧٨٤ - فأولاد الأم سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً لهم أحوال ثلاث :

= والثالث بين أرباب الوصايا إذا عجز عنها .

وهذا قول عامة الصحابة ، ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم ، يروى ذلك عن عمر ، وعلي ، والعباس ، وابن مسعود ، وزيد . وبه قال مالك في أهل المدينة ، والثوري ، وأهل العراق ، والشافعي ، وأصحابه ، وإسحاق ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور ، وسائر أهل العلم ، إلا ابن عباس ، وطائفة شذت يقل عددها . نقل ذلك عن محمد ابن الحنفية ، ومحمد ابن علي بن الحسين ، وعطاء ، وداود ؛ فإنهم قالوا : لا تعول المسائل روي عن ابن عباس ، أنه قال ، في زوج ، وأخت ، وأم : من شاء باهلته أن المسائل لا تعول ، إن الذي أحصى رمل عاليج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ، ونصفاً ، وثلثاً ، هذان نصفان ذهباً بالمال ، فأين موضع الثلث ؟ فسميت هذه المسألة مسألة المباهلة لذلك ، وهي أول مسألة عاتلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه ؛ فجمع الصحابة للمشورة فيها ، فقال العباس : أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم . فأخذ به عمر ، رضي الله عنه ، واتبه الناس على ذلك ، حتى خالفهم ابن عباس ، فروى الزهري ، عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة ، قال : لقيت زفر بن أوس البصري ، فقال : نمضي إلى عبد الله بن عباس نتحدث عنده ، فأتيناه ، فتحدثنا عنده ، فكان من حديثه ، أنه قال : سبحان الذي أحصى رمل عاليج عدداً ، ثم يجعل في مال نصفاً ، ونصفاً ، وثلثاً ، ذهب النصفان بالمال ، فأين موضع الثلث ، وإجماع الله ، لو قدموا من قدم الله ، وأخروا من أخر الله ، ما عالت فريضة أبداً ، فقال زفر : فمن الذي قدمه الله ؟ ومن الذي أخره الله ؟ فقال : الذي أهبته من فرض إلى فرض ، فذلك الذي قدمه الله ، والذي أهبته من فرض إلى ما بقي ، فذلك الذي أخره الله .

فقال زفر : فمن أول من أعال الفرائض ؟ قال : عمر بن الخطاب . فقلت : ألا أشرت عليه ، فقال : هبته ، وكان امرأ مهيباً . قوله : من أهبته من فريضة إلى فريضة ، فذلك الذي قدمه الله . يريد أن الزوجين والأم لكل واحد منهم فرض ، ثم يحجب إلى فرض آخر لا ينقص منه ، وأما من أهبته من فرض إلى ما بقي ، يريد البنات والأخوات ، فإنهن يفرض لهن ، فإذا كان معهن إخوتهن ، ورثوا بالتعصيب ، فكان لهم ما بقي ، قل أو كثر ، فكان مذهبه ، أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات .

ولنا : أن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه ، فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق ، كأصحاب الديون والوصايا ؛ ولأن الله تعالى فرض للأخت النصف ، كما فرض للزوج النصف ، وفرض للأختين الثلثين ، كما فرض للثلاث للأختين من الأم ، فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم ، مع نص الله تعالى عليه ، بالرأي والتحكيم ، ولم يمكن الوفاء بها ، فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق ، كالوصايا ، والديون ، وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج ، وأم ، وأخوان من أم ، فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه في حجب الأم بأقل من ثلاثة من الإخوة ، وإن نقص الأخوين من الأم ، رد النقص على من لم يهبته الله من فرض إلى ما بقي ، وإن أعال المسألة ، رجع إلى قول الجماعة . وترك مذهبه ، ولا تعلم اليوم قائلاً بمذهب ابن عباس ، ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار في القول بالعلو ، بحمد الله ومنه .

- ٣٧٨٥ - الحالة الأولى : استحقاق السدس للواحد منهم ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً .
- ٣٧٨٦ - فإذا توفي شخص وترك أختاً أو أختاً لأُم ، وليس من ضمن الورثة فرع وارث مطلقاً ولا أصل وارث مذكر ، استحق السدس .
- ٣٧٨٧ - الحالة الثانية : استحقاق الثلث للثنتين فأكثر ، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً أو منهما ، وفي القسمة لا يفضل مذكرهم على مؤنثهم .
- ٣٧٨٨ - فإذا توفي شخص عن أخوين أو أختين لأُم أو أكثر بالشرط المتقدم في الحالة الأولى ، استحقا الثلث ويعطى منه للمذكر مثل ما للمؤنث عند الاختلاط .
- ٣٧٨٩ - الحالة الثالثة : عدم استحقاقهم شيئاً ، وذلك عند وجود الفرع الوارث مطلقاً ، أي : سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ، والأصل الوارث المذكر فالفرع الوارث هو : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والبنات ، وبنات الابن وإن نزل أبوها ، والأصل الوارث المذكر هو : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، فالأُم أو الجدة لا تؤثر على أولاد الأُم في الميراث .
- ٣٧٩٠ - فإذا توفي شخص عن أخوين أو أختين لأُم وابن أو ابن ابن ، أو بنت ، أو بنت ابن ، أو أب ، أو أبي أب ، فلا يستحق أولاد الأُم شيئاً من التركة .
- ٣٧٩١ - وإنما كان حكمهم ما تقدم ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدْحُ إِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهَمَّ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَثِ ﴾ ^(١) . والكلاله : هي عدم وجود الولد والوالد ، لقوله تعالى : ﴿ قُلِ اللَّهُ يُفَيِّنُكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرَأَةٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهَا وَلَدٌ ﴾ ^(٢) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « الكلاله من ليس له ولد ولا والد » ^(٣) .
- ٣٧٩٢ - وولد الابن داخل في الولد ، لقوله تعالى : ﴿ يَتَّبِعِيْ عَادَمَ ﴾ ^(٤) .
- ٣٧٩٣ - والجد داخل في الوالد ، لقوله تعالى : ﴿ كَمَا أَخْرَجَ آبَاؤَكُمْ مِنْ الْجَنَّةِ ﴾ ^(٥) .
- ٣٧٩٤ - فلا يرث لأولاد الأُم مع هؤلاء بالآية والحديث .
- ٣٧٩٥ - ثم لفظ الكلاله في الأصل بمعنى : الإعياء وذهاب القوة ، ثم استعيرت

(١) النساء : ١٢ .

(٢) النساء : ١٧٦ .

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٩١٩٢) من قول عمرو بن شرحبيل .

(٤) الأعراف : ٢٦ .

(٥) الأعراف : ٢٧ .

لقرابة من عدا الولد والوالد ، كأنها كلاله ضعيفة بالقياس إلى قرابة الولاد .
 ٣٧٩٦ - ويطلق أيضًا على من لم يخلف ولدًا ولا والدًا ، وعلى من ليس بولد
 ولا والد من المخلفين ^(١) .

أحوال الزوج

(مادة ٥٩٨)

الزَّوْجُ لَهُ حَالَتَانِ :

النُّصْفُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الْإِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ .
 وَالرُّبْعُ مَعَ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ الْإِبْنِ وَإِنْ سَقَلَ ^(٢) .

٣٧٩٧ - الزوج له حالتان :

٣٧٩٨ - الحالة الأولى : استحقاق النصف ، بشرط عدم الفرع الوارث مطلقًا ، وهو
 كما عرفت : الابن ، وابن الابن وإن سفل ، والبنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها ؛
 لقوله تعالى : ﴿ وَلكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّوْ يَكُن لَّهُنَّ مَالٌ ﴾ ^(٣) .
 والولد يشمل : المذكر والمؤنث ، وولد الابن ولد على ما عرفته غير مرة .

٣٧٩٩ - فإذا توفيت الزوجة عن زوج وورثة أחר ليس فيهم فرع وارث ، استحق

الزوج النصف .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨٤) : يحجب أولاد الأم والأب وبالجد العصبي
 وإن علا وبالولد وولد الابن وإن نزل .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٢) أ - يرث أولاد الأم فرسًا :

١ - السدس ، إذا كان منفردًا ، ولم يكن في الورثة فرع وارث مطلقًا ، ولا أصل وارث مذكر .
 ٢ - الثلث ، إذا كانوا أكثر من واحد ، ولم يكن في الورثة فرع وارث مطلقًا ، ولا أصل وارث مذكر ،
 ويقسم بينهما بالتساوي ، للأنتى مثل حظ الذكر .

ب - يحجب أولاد الأم من الميراث عند وجود الفرع الوارث مطلقًا وإن نزل أو الأصل الوارث المذكر وإن علا .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « للزوج النصف عند عدم الولد وولد الابن ، والرابع
 مع الولد أو ولد الابن كذا في الاختيار شرح المختار » .

(٣) النساء : ١٢ .

- ٣٨٠٠ - الحالة الثانية : استحقاق الربع ، بشرط وجود الفرع الوارث ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعَ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾^(١) .
- ٣٨٠١ - فإذا توفيت الزوجة عن زوج وفرع وارث ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ، فلا يستحق الزوج إلا الربع^(٢) .

أحوال الزوجة أو الزوجات

(مادة ٥٩٩)

الرُّزْجَةُ أَوْ الرُّوْجَاتُ لَهُنَّ حَالَتَانِ :
الرُّبْعُ لِبَواجِدَةٍ أَوْ أَكْثَرَ عِنْدَ عَدَمِ الوَلْدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَقَلَ .
وَالثُّمْنُ مَعَ الوَلْدِ أَوْ وَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَقَلَ^(٣) .

- ٣٨٠٢ - للزوجة أو الأكثر حالتان :
- ٣٨٠٣ - الأولى : الربع ، بشرط عدم وجود الفرع الوارث مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ﴾^(٤) . والمراد بالولد : الفرع الوارث ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً .
- ٣٨٠٤ - فتمت توفى الزوج وترك زوجته وليس له فرع وارث ، سواء كان منها أو من غيرها ، استحققت الربع ولو كان معها كثيرون من الورثة .
- ٣٨٠٥ - الحالة الثانية : الثمن إذا وجد فرع وارث مطلقاً ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾^(٥) . فتمت وجد الفرع الوارث

(١) النساء : ١٢ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٦) يرث الزوج فرضاً :

أ - نصف التركة عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقاً .

ب - ربع التركة عند وجود الفرع الوارث مطلقاً .

(٣) قول الخلفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « وللزوجة الربع عند عدمها والثمن مع أحدهما ، والزوجات والواحدة يشتركن في الربع والثمن وعليه الإجماع ، كذا في الاختيار شرح المختار » .

(٤، ٥) النساء : ١٢ .

للزوج ، فلا تستحق الزوجة أو الزوجات إلا الثمن ، ولو لم يوجد غيره من الورثة ، فاستحقاق الزوجة على النصف من استحقاق الزوج كما هو الشأن في كل مذكر ومؤنث اتفاقا في صفة واحدة ، إلا أولاد الأم ؛ فإن مذكرهم كمؤنثهم في الاستحقاق والقسمة .

٣٨٠٦ - وإنما اشتركن في الربع أو الثمن إذا زدن عن واحدة ؛ لئلا يلزم الإجحاف بيقية الورثة ؛ لأنه لو أعطي لكل واحدة منهن ربعا يأخذن الكل إذا ترك أربع زوجات بلا ولد ، والنصف مع الولد (١) .

أحوال البنات الصلبية

(مادة ٦٠٠)

الْبَنَاتُ الصُّلْبِيَّاتُ لَهُنَّ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ :
 النُّصْفُ لِلْوَّاحِدَةِ إِذَا انْفَرَدَتْ .
 وَالثَّلَاثَانِ لِلْأُتْنَيْنِ فَصَاعِدًا .
 وَمَعَ الْإِبْنِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ وَهُوَ يُعْصِبُهُنَّ (٢) .

٣٨٠٧ - بنات الصلب لهن أحوال ثلاث :

٣٨٠٨ - الأولى : النصف للواحدة إذا انفردت ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ (٣) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٧) أ (ترث الزوجة فرضًا :

١ - ربع التركة عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

٢ - ثمن التركة عند وجود الفرع الوارث مطلقًا .

ب) إذا تعددت الزوجات فيقسم الغرض بينهن بالتساوي .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « البنت لها النصف إذا انفردت ، وللبنتين فصاعداً الثلثان ، كذا في الاختيار شرح المختار وإذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون لابن مثل حظ الأنثيين ، كذا في التبيين » .

٣٨٠٩ - فمتى كان للمتوفي بنت واحدة ، استحققت النصف ، ولا يؤثر عليها غيرها من الورثة الموجودين معها .

٣٨١٠ - الثانية : الثلثان للأكثر من الواحدة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ (١) .

٣٨١١ - فإذا توفي شخص وترك بنتين أو أكثر ، استحققتا الثلثين ولا يزاحمهما غيرها في هذا الاستحقاق .

٣٨١٢ - وهذا قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، وهو المعمول به الآن في كافة الأمصار .

٣٨١٣ - وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما : أنه جعل حكم البنتين منهن حكم الواحدة ، فجعل لهما النصف للآية المتقدمة ؛ فإنه علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء ، وهو جمع وصرح بقوله : ﴿ فَوْقَ اثْنَتَيْنِ ﴾ . وأكده بضمير الجمع بقوله تعالى : ﴿ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . والمعلق على شرط لا يثبت بدونه ؛ ولأن الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن ، وهو يستحق النصف ، وحظ الذكر مثل حظ الانثيين ، فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد .

٣٨١٤ - وللجمهور : ما روي عن جابر أنه قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بابنتها من سعد ، فقالت : يا رسول الله ، هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد ، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً . فقال : « يقضي الله في ذلك » . فنزلت آية الميراث ، فقال : « أعط ابنتي سعد الثلثين ، وأمهما الثمن ، وما بقي فهو لك » (٢) . فعرفنا حكم الجمع بالكتاب ، وحكم المثني بالسنة ؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه .

٣٨١٥ - الحالة الثالثة : الإرث بالتعصيب مع الابن ، سواء كانت واحدة أو أكثر ، فليس لهن شيء مقدر في هذه الحالة ؛ لقوله تعالى : ﴿ يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي ذُلِّكُمْ لِلذَّكْرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ ﴾ (٣) .

٣٨١٦ - فإذا توفي شخص عن بنين وبنات ، كان للابن مثل حظ الانثيين . فإن لم يوجد معهم أحد من الورثة ، قسموا التركة بينهم على هذه النسبة . وإن وجد ؛ فإن

(٢) سبق تخريجه .

(١) النساء : ١١

(٣) النساء : ١١ .

كان محجوبًا بهم ، فلا يأخذ شيئًا ، وقسموا التركة كما سبق كالإخوة والأخوات مطلقًا . وإن لم يكن محجوبًا ، أخذ فرضه ، واقتسموا الباقي بينهم ؛ كالزوج والأب والأم أو الجدة والزوجة ^(١) .

أحوال بنات الابن وإن سفل

(مادة ٦٠١)

بَنَاتُ الْإِبْنِ كَبَنَاتِ الصُّلْبِ ، وَلَهُنَّ أَحْوَالٌ بَيِّنَةٌ :
 التُّصْفُ لِلْوَاحِدَةِ إِذَا انْفَرَدَتْ .
 وَالتُّلْثَانِ لِلْأُنثَيْنِ فَصَاعِدًا عِنْدَ عَدَمِ بَنَاتِ الصُّلْبِ .
 وَلَهُنَّ السُّدُسُ مَعَ الْوَاحِدَةِ الصُّلْبِيَّةِ تَكْمِلَةً لِلتُّلْثَيْنِ .
 وَلَا يَرْتَبُنَّ مَعَ الْبَنَاتِ الصُّلْبِيَّاتِ يَتَتَيْنِ فَصَاعِدًا .
 - إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَحْدَائِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ غَلَامٌ فَيُعْضِيهِنَّ وَيَكُونُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ .
 وَيَسْقُطُنَّ بِالْإِبْنِ بِخِلَافِ بَنَاتِ الصُّلْبِ ^(٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٧٩) أ - ترث البنت فرضًا :

١ - نصف التركة فرضًا إذا كانت واحدة ولم يكن معها ابن .

٢ - ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن ابن .

ب - ترث البنت تعصيبًا للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كان معها أو معهن ابن أو أبناء في درجتها .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٨/٦) : « بنت الابن ، فللواحدة النصف ، وللثنتين فصاعداً الثلثان ، فهن كالصليبات عند عدم ولد الصلب ، كذا في الاختيار شرح المختار فإن اجتمع أولاد الصلب وأولاد الابن فإن كان في أولاد الصلب ذكر فلا شيء لأولاد الابن ذكورًا كانوا أو إناثًا أو مختلطين ، فإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر ولا في أولاد الابن ذكر ، فإن كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف ولبنات الابن السدس واحدة كانت أو أكثر من ذلك ، وإن كانت ابنة الصلب ثنتين فلهما الثلثان ، ولا شيء لبنت الابن وإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر ، وكان في أولاد الابن ذكر فإن انفرد الذكور من أولاد الابن فالباقي بعد نصيب البنات لهم نصفًا كان أو ثلثًا ؛ فإن اختلط الذكور بالإناث من أولاد الابن فنقول : إن كانت بنات الصلب ثنتين فصاعداً فلهن الثلثان والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين عند علي وزيد رضي الله تعالى عنهما ، وهو قول جمهور العلماء - رحمهم الله تعالى - فإن كانت ابنة الصلب واحدة ، فلها =

= النصف والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين . كذا في المبسوط .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (١٩٩/٨) : « وحجبها ابن فوقها وبتان فوقها إلا الابن في درجتها مطلقاً ، أو أسفل فمصعب الضمير في حجبها يرجع لبنت الابن ، والمعنى أن بنت الابن والمراد بها الجنس تحجب بابن فوقها بأن ترك ابنه وبنت ابنه مثلاً وتحجب أيضاً ببنتين فوقها بأن ترك بنتين وبنت ابن إلا أن يكون مع بنت الابن ابن في درجتها أو أسفل منها ، فإنه يعصبها ، أو يعصبهن ، سواء كان أخاها ، أو ابن عمها لكن من في درجتها يعصبها ، أو يعصبهن ، سواء لم يفضل لها ، أو لهن شيء من الثلثين كابنتين مع بنت ابن وابن ابن ، أو فضل لها ، أو لهن كبنت وبنت ابن وابن ابن ، وسواء كان أخاها أو ابن عمها ، وأما من هو أسفل منها بدرجة فيعصبها أو يعصبهن إن لم يكن لها أو لهن في الثلثين شيء بأن كان هناك ابنتان فأكثر ، وأما إن فضل لها ، أو لهن من الثلثين شيء كبنت وبنت ابن وابن ابن ابن ، فإنها تأخذ السدس تكملة الثلثين ، ويأخذ ابن الابن الباقي تعصيباً ، وهذا يرشد إليه لفظ المؤلف إذ هما إذا كانا في درجة واحدة لا يتميز كل منهما عن الآخر ، وأما إذا كان أسفل منها ، فإن كان لها في الثلثين شيء فهي غنية ، ولا تحتاج له إلا إذا لم يكن لها في الثلثين شيء . »

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٦٥/٦ ، ١٦٦) : « (وبنات الابن بمنزلة البنات ، إذا لم يكن بنات) أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في إرثهن ، وحجبهن لمن يحجبه البنات ، وفي جعل الأخوات معهن عصابات ، وفي أنهن إذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن بنات الابن ، وغير ذلك . والأصل في ذلك قول الله ﷻ : ﴿ يُوَسِّئُكَ اللَّهُ بِأَوْلَادِكَ لِلَّذِكْرِ بِشَلِّ حَظِّ الْأُنثَىٰ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ أُمَّتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . وولد البنين أولاداً ، قال الله تعالى : ﴿ يَتَّبِعِ الْإِنسَاءَ ﴾ يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ . وقال : ﴿ يَتَّبِعِ الْإِنسَاءَ ﴾ يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

(فإن كن بنات وبنات ابن ، فلبنتان الثلثان ، وليس لبنات الابن شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين) أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان ، إلا رواية شاذة عن ابن عباس ، أن فرضهما النصف ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ أُمَّتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ . فمفهومه أن ما دون الثلث ليس لهما الثلثان . والصحيح قول الجماعة ، فإن النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » ، وقال الله تعالى في الأخوات : ﴿ فَإِن كَانَتَا أُمَّتَيْنِ فَلَهُمَا الْثُلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾ .

وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين ؛ لأنهما أقرب ؛ ولأن كل من يرث الواحد منهما النصف فللاثنين منهم الثلثان ، كالأخوات من الأيوين ، والأخوات من الأب ، وكل عدد يختلف فرض واحد منهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة ، كولد الأم ، والأخوات من الأيوين ، أو من الأب ، فأما الثلاث من البنات فما زاد ، فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان ، وأنه ثابت بقول الله تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ أُمَّتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ .

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين ، فقيل : ثبت بهذه الآية ، والتقدير : فإن كن نساء اثنتين ، وفوق صلة ، كقوله : ﴿ فَأَشْرِيًا فَوْقَ الْأَخْتَانِ ﴾ . أي اضربوا الأعتاق . وقد دل على هذا أن النبي ﷺ حين نزلت هذه =

٣٨١٧ - بنات الابن لهن أحوال ست :

٣٨١٨ - الأولى : النصف للواحدة إذا انفردت عن البنت الصلبية .

٣٨١٩ - فإذا توفي شخص وترك بنت ابن أو بنت ابن ابن ، ولم يترك بنتاً في المثال الأول أو بنت ابن في المثال الثاني ، أخذت بنت الابن في المثال الأول وبنات الابن في المثال الثاني النصف لا يزاوجهما فيه غيرهما .

٣٨٢٠ - الحالة الثانية : الثلثان إذا كانتا اثنتين فأكثر إذا لم يوجد معهما بنت صلبية .

٣٨٢١ - فإذا توفي شخص عن بنتي ابن ، ولم يترك بنتاً صلبية ، أخذتا الثلثين .

٣٨٢٢ - الحالة الثالثة : تعصبيهن بابن الابن ، فله ضعف ما للأنتى .

= الآية ، أرسل إلى أخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » . وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية ، وبيان معناها ، واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير . ويدل على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع ، وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما . وقيل : بل ثبت بهذه السنة الثابتة . وقيل : بل ثبت بالتبني الذي ذكرناه . وقيل : بل ثبت بالإجماع . وقيل : بالقياس . وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه ، وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها ، فلا يضرنا أيها أثبت . وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين ، سقطت بنات الابن ، ما لم يكن لبيزائهن ، أو أسفل منهن ذكر يعصبن ؛ وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين ، قليلات كن أو كثيرات ، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد ، وقد ذهب الثلثان لولد الصلب ، فلم يبق لهن شيء ، ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب ؛ لأنهن دون درجتهم ، فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهم ، كأخيهن ، أو ابن عمهن ، أو أنزل منهن كابن أخيهن ، أو ابن ابن عمهن ، أو ابن ابن ابن عمهن ، جعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن علي ، وزيد ، وعائشة ؓ . وبه قال مالك ، والثوري ، والشافعي ؓ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ، ومن تبعه ؛ فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض ، هذه إحداها ، فجعل الباقي للذكر دون أخواته . وهو قول أبي ثور ؛ لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين ؛ بدليل ما لو انفردن ، وتوريثن هاهنا يفضي إلى توريثن أكثر من ذلك .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ ﴾ . وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ ؛ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات . وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ؛ ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذر ففرض ، يجب أن يقتسما الفاضل عنه ، كأولاد الصلب ، والإخوة مع الأخوات وما ذكره فهو في الاستحقاق للفرض . فأما في مسائلنا فإنما يستحقون بالتعصيب ، فكان معتبراً بأولاد الصلب ، والإخوة والأخوات ثم ، ويبطل ما ذكره بما إذا خلف ابناً وست بنات ، فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال . وإن كن ثمانياً ، أخذن أربعة أخصامه . وإن كن عشراً ، أخذن خمسة أسداسه . وكلما زدن في العدد ، زاد استحقاقهن .

٣٨٢٣ - الحالة الرابعة : استحقاها السدس إذا وجدت أو وجدن مع البنت الواحدة الصلبية .

٣٨٢٤ - فإذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن أو بنات ابن ، أخذت الصلبية النصف وبنت الابن أو الأكثر السدس تكملة للثلثين ؛ لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في بنت وبنت ابن وأخت : سمعت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يقول : « للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين ، والباقي للأخت » ^(١) . وقوله : « تكملة للثلثين » . دليل على أنهم يدخلن في لفظ الأولاد ؛ لأن الله تعالى جعل للأولاد الإناث ثلثين ، فإذا أخذت الصلبية النصف بقي سدس ، فيعطي لها تكملة لذلك . فلولاً أنهم دخلن في الأولاد وفرضهن واحد ، لما صار تكملة له ، إلا أن الصلبية أقرب إلى الميت فتفضل عليهن بالنصف .

٣٨٢٥ - ومحل أخذهن الفروض المتقدمة إذا لم يكن معهن مذكر . فإن وجد ورثن معه بالتعصيب ، ويكون للمذكر ضعف ما للمؤنث ، ولا فرق بين أن يكون المذكر الذي في درجة بنت الابن أخواها أو ابن عمها ، ويحجب من هي أنزل منه درجة .

٣٨٢٦ - فيكون أخواها إذا خلف شخص بنتاً وابتاً وخلف الابن بنتاً وابنين ، وخلف أحد الابنين بنتاً ، ومات الابن في حياة أبيه ، وكذلك ابنة الذي خلف بنتاً ، ثم مات الأكبر عن بنت وبنت ابن وابن ابن هما أخوان وعن بنت ابن ابن ، أخذت البنت النصف ، والباقي لابن الابن وبنت الابن بالتعصيب ، ولا شيء لبنت ابن الابن ؛ لأنها محجوبة بابن الابن ويوضح ذلك ما في هذه الصورة .

	ميت		
	ابن		بنت
		ابن	بنت
ابن			عصبة
بنت			
محجوبة			

(١) صحيح البخاري (كتاب : الفرائض / باب : ميراث ابنة الابن مع بنت / ٦٧٣٦) ، وسنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : ما جاء في ميراث ابنة الابن مع ابنة الصلب / ٢٠٩٣) ، وسنن أبي داود (كتاب : الفرائض / باب : ما جاء في ميراث الصلب / ٢٨٩٠) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفرائض / باب : فرائض الصلب / ٢٧٢١) .

٣٨٢٧ - ويكون ابن عمها إذا خلف شخص بنتاً وابنين وخلف أحد الابنين بنتاً ،
والآخر خلف ابنين وأحدهما خلف بنتاً ومات بعضهم في حياته ثم مات هو عن بنت
وبنت ابن وأحد ابني الابن الآخر وعن بنت ابن الابن ، أخذت البنت النصف وبنت
الابن وابن الابن الذي هو ابن عمها يأخذان الباقي بالتعصيب ، وبنت ابن الابن
محجوبة بابن الابن كما في هذه الصورة .

	ميت		
	ابن		بنت
			}
ابن	ابن	بنت	
بنت		عصبة	
محجوبة			

٣٨٢٨ - ففي هاتين صورتين يعصب من كانت بحذائه بدون شرط وهي أخته في
الصورة الأولى وبنت عمه في الثانية ، فلهم الباقي بعد نصف الصلبية للذكر مثل حظ
الأنثيين .

٣٨٢٩ - وحيث إن الإرث بالتعصيب في هذه الحالة ، فيسقطن معه لو استغرقت
الفروض التركة ؛ كما إذا توفيت الزوجة عن زوج وأم وأب وبنت وبنت ابن وابن ابن ؛
فأصل المسألة على ما عرفت في كيفية استخراج المسائل اثنا عشر : للزوج الربع ثلاثة
وللأم السدس اثنان ، وللأب السدس اثنان أيضاً ، وللبنت النصف ستة ، فقد عالت
المسألة إلى ثلاثة عشر ، وسقطت بنت الابن وابن الابن .

٣٨٣٠ - ولو فقد ابن الابن لكان لبنت الابن السدس تكملة للثلثين وهو اثنان ،
فتعمل المسألة إلى خمسة عشر ، فهو من أفراد القريب المشعوم الذي لولاه لورثت الأنثى
ولا يكون إلا في درجتها .

٣٨٣١ - الحالة الخامسة : سقوطهن بالصليبتين فأكثر .

٣٨٣٢ - فإذا توفي شخص عن بنتين وبنات ابن ، فلا شيء لهن ، بل الكل للبنتين
فرضاً ورداً إذا لم يوجد من أصحاب الفروض من يستحق معهما . فإن وجد أخذ
فرضه ، فإن بقي شيء يرد عليهما ، وهذا يختلف باختلاف الورثة الموجودين معهما .

٣٨٣٣ - ولكن سقوطهن في هذه الحالة مقيد بما إذا لم يكن معهن معصب ؛ فإن وجد ، أخذن معه بالتعصيب ، سواء كان في درجتهم أو سفل منهن .

٣٨٣٤ - فإذا كان في درجتهم فلا فرق بين كونه أخاهن أو ابن عمهن كما عرفت نظيره فيما تقدم ، وإن كان أسفل منهن فلا فرق بين أن يكون ابن أخيهن أو ابن ابن عمهن فيعصب في هذه الحالة من في درجته ومن فوقه ، لاحتياجها إليه بأخذ من فوقها الثلثين. فيكون ابن أخيهن كما في هذه الصورة :

ميت			
ابن	ابن	ابن	ابن
ابن	ابن	بنت	بنت
بنت	بنت	بنت	بنت
محجوبة			

٣٨٣٥ - فابن الابن في هذه الصورة يعصب أخته وبنت عمه ويحجب بنت أخيه ؛ لأنها أنزل منه درجة ، ويكون ابن ابن عمهن كما في هذه الصورة :

ميت			
ابن	ابن	ابن	ابن
ابن	ابن	بنت	بنت
ابن	ابن	عمته معصبة	بنت عم أبيه
بنت	معصب		معصبة
محجوبة			

٣٨٣٦ - فابن ابن الابن يعصب بنت عم أبيه وعمته ، وذلك في الثلث الباقي للمذكر ضعف ما للأنتى .

٣٨٣٧ - وهذا من أفراد القريب المبارك ؛ إذ لولاه لما وراثنا ولو استغرقت الفروض التركة سقطن معه .

٣٨٣٨ - ولا يشترط في سقوط بنات ابن الابن أن تحوز الصليبتان الثلثين ، بل لو كانت صلبية واحدة وبنت ابن وبنات ابن ابن ، كان الحكم كما تقدم ؛ إذ من فوق بنات ابن الابن يستحقان الثلثين ؛ لأن البنت لها النصف وبنت الابن لها السدس تكملة

لثلاثين ، فلا تستحق بنات ابن الابن شيئاً ، إلا إذا كان معهن معصب ، سواء كان في درجتهم أو أسفل منهن .

٣٨٣٩ - فيكون في درجتهم إذا توفي شخص عن بنت ابن وبنت ابن وبنت ابن ، فلا شيء للأخيرة ، إلا إذا وجد معها ابن ابن ابن ، سواء كان أختاً أو ابن عم أو أنزل منه .
٣٨٤٠ - وإذا كان أسفل منهن ، فلا فرق بين أن يكون ابن أخيهم أو ابن ابن عمهن ، فالأول كهذه الصورة .

ميت			
ابن	ابن	ابن	بنت
ابن	بنت	ابن	بنت
ابن	بنت	ابن	بنت
ابن	بنت	ابن	بنت
ابن	بنت	معصبة	سُدس
بنت	معصب	بابن أخيها	نصف
محبوبة			

والثاني كهذه الصورة

ميت			
ابن	ابن	ابن	بنت
ابن	بنت	ابن	بنت
ابن	بنت	ابن	بنت
ابن	بنت	ابن	بنت
ابن	بنت	معصبة	سُدس
بنت	معصب	بابن أخيها	نصف
محبوبة			

٣٨٤١ - ففي هاتين الصورتين يعصب من فوقه إذا كانت محتاجة إليه ، وهي عمته في الصورة الأولى وبنت عم أبيه في الثانية ، وأما التي لها السدس فلا يعصبها لاستغنائها

عنه بفرضها فيكون قريبًا مباركًا ؛ إذ لولاه لما ورثن .

٣٨٤٢ - فقد علمت من ذلك أن ابن الابن يعصب من هي في درجته مطلقًا ، أي : سواء كانت محتاجة إليه أو لا .

٣٨٤٣ - وأما التي فوقه فلا يعصبها ، إلا إذا كانت محتاجة إليه ، وتكون كذلك إذا كان من فوقها يستحق الثلثين ، سواء كانتا صليبتين أو صلبية و بنت ابن ، وأما التي أسفل من درجته فلا تستحق معه شيئًا ؛ لأنه يحجبها .

٣٨٤٤ - الحالة السادسة : سقوطهن بالابن .

٣٨٤٥ - فإذا توفي شخص عن ابن وبنات ابن ، حجبهن حجب حرمان . وهذا جار في كل مذكر درجته أعلى من المؤنث كما علم مما تقدم (١) .

(١) المادة (٢٨٤) أ - ترث بنت الابن :

١ - نصف التركة فرضًا إذا كانت واحدة وليس معها بنت صلبية ولا ابن ابن في درجتها ولم تكن محجوبة .
٢ - ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن في الورثة بنت صلبية ولا ابن ابن في درجتهن ولم يكن محجوبات .

٣ - السدس تكملة الثلثين فرضًا إذا كان معها بنت صلبية واحدة أو بنت ابن أعلى منها درجة ، فإن تعدد فيقسم السدس بينهم بالسوية .

٤ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه وتقسم التركة بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

ب - تحجب بنت الابن من الميراث إذا كان معها :

- ١ - ابن أو ابن ابن أعلى منها درجة .
- ٢ - بنتان فأكثر ولم يكن معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه .
- ٣ - بنتا ابن فأكثر أعلى منها درجة أو بنت ابن أعلى منها درجة ولم يكن معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه .

أحوال الأخوات لأب وأم أي (الشقيقات)

(مادة ٦٠٢)

الْأَخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ لَهُنَّ أَخَوَالٌ أَرْبَعٌ هِيَ :
النُّصْفُ لِلْوَاحِدَةِ .

وَالثَّلَاثَانُ لِلثَّلَاثِينَ فَصَاعِدًا .

وَمَعَ الْأَخِ الشَّقِيقِي لِلذَّكَرِ مِثْلَ حِطِّ الْأُنثَى ، وَيَصِرْنَ عَصَبَةً بِهِ لِاسْتِوَائِهِمْ فِي الْقَرَابَةِ إِلَى الْمَيِّتِ .

- وَلَهُنَّ الْبَاقِي مَعَ الْبَنَاتِ أَوْ بَنَاتِ الْإِنِّ (١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « الأخوات لأب وهن كالأخوات لأبوين عند عدمهن ، كذا في الاختيار شرح المختار فللواحدة النصف وللأكثر الثلثان عند عدم الأخوات لأب وأم ، ولهن السدس مع الأخت لأب وأم تكملة للثلثين ، ولا يرثن مع الأختين لأب وأم إلا أن يكون معهن أخ لأب فيصعبهن ، فيكون للأختين لأب وأم الثلثان ، والباقي بين أولاد الأب للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولهن الباقي مع البنات أو مع بنات الابن ، كذا في الكافي . الأخوات لأم للواحدة السدس وللثنتين فصاعداً الثلث ، كذا في الاختيار شرح المختار ويسقط الإخوة والأخوات بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب بالاتفاق وبالجد عند أبي حنيفة ~~تلكه~~ ويسقط أولاد الأب بهؤلاء ، وبالأخ لأب وأم ، ويسقط أولاد الأم بالولد وإن كان بنتاً وولد الابن والأب والجد بالاتفاق ، كذا في الكافي . »

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٧/٤ ، ٢٨) : « (الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا) عن الإخوة والأخوات للأب (ورثوا كأولاد الصلب) فللذكر الواحد فأكثر كل المال ، وللأنثى النصف وللثنتين فصاعداً الثلثان ، وعند اجتماع الصنفين للذكر مثل حظ الأنثيين (وكذا إن كانوا) أي : الإخوة والأخوات (لأب) وانفردوا عن الإخوة والأخوات لأبوين ورثوا كأولاد الصلب (إلا في المشتركة) بفتح الراء المشددة بخطفه أي : المشترك فيها بين الشقيق وولدي الأم .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (١٩٩/٨ ، ٢٠٠) : « وأخت لأب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك يعني أن حكم الأخت أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو مع الشقائق حكم بنت الابن مع بنت الصلب فيما سبق ، فتأخذ التي للأب واحدة فأكثر مع الشقيقة الواحدة السدس ويحجب الأخت التي للأب واحدة فأكثر من السدس أخ فوقها أي شقيق ، أو أختان فوقها كذلك ، ولما ذكر أن حكم الأخت ، أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو الشقائق مساوٍ لحكم بنات الصلب ، وكان ابن الأخ هنا مخالفاً لابن الابن هناك استثنى ذلك فقال . إلا أنه إنما يعصب الأخ أي : إنما يعصب الأخت والأخوات للأب الأخ المساوي في الدرجة ، لا ابن الأخ =

٣٨٤٦ - اعلم أن الإخوة والأخوات إذا كانوا لأبوين يقال لهم : بنو الأعيان . سموا بذلك ؛ لأنهم خيار الإخوة والأخوات ؛ أخذًا من أعيان القوم ؛ يعني : خيارهم .

= لأنه لا يعصب من في درجته ، فلا ترث ابنة الأخ معه ، وكذلك لو كانت وحدها ، وإذا لم يعصب ابن الأخ من هو في درجته ، فلا يعصب من فوقه بل يأخذ ما بقي دون عماته وابن الابن ، وإن سفل يعصب من في درجته فجاز أن يعصب من فوقه ، قالوا في قوة لكن دفعًا لما يتوهم من التشبيه من أن الابن الأخ يعصب كابن الابن وفتح أن هنا متعين ، سواء قلنا : إن الاستثناء متصل أو منقطع ؛ لأنه معمول لما قبله ، وأن المعمول لعامل يجب فتح همزتها .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٧/٦ ، ١٦٨) : (والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم ، إذا لم يكن أخوات لأب وأم ، فإن كان أخوات لأب وأم ، وأخوات لأب ، فلأخوات من الأب والأم الثلثان ، وليس للأخوات من الأب شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين . فإن كانت أخت واحدة لأب وأم ، وأخوات لأب ، فلأخت لأب والأم النصف ، وللأخوات من الأب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تكملة الثلثين ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين) وهذه الجملة كلها مجمع عليها بين علماء الأمصار ، إلا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه ، لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الأب إذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين ، فإنه جعل الباقي للذكر من ولد الأب دون الإناث . فإن كانت أخت واحدة من أبوين ، وإخوة وأخوات من أب ، جعل للإناث من ولد الأب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس ، وجعل الباقي للذكور . كفعله في ولد الابن مع البنات ، على ما مر تفصيله وشرحه ، وقد سبق ذكر حجته وجوابها ، بما يضي عن إعادته . فأما فرض الثلثين للأختين فصاعدًا ، والنصف للواحدة المفردة ، فثبت بقول الله تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ عَلَى اللَّهِ يَتَّبِعُونَكَ عَلَى اللَّهِ يُتَّبِعُونَكَ فِي الْكَلْبَةِ إِنْ أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ لَمْ وَلَدٌ وَلَدَةٌ أَحْتَقَ فَلَهَا يَنْصَبُ مَا رَزَقَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ إِنْ كَانَتْ أَنْثَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا رَزَقَ ﴾ . والمراد بهذه الآية ولد الأبوين ، وولد الأب بإجماع أهل العلم .

وروي جابر ، قال : قلت : يا رسول الله ، كيف أصنع في مالي ولي أخوات ، قال : فنزلت آية الميراث : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ عَلَى اللَّهِ يَتَّبِعُونَكَ فِي الْكَلْبَةِ إِنْ أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ ﴾ . رواه أبو داود . وروي أن جابرًا اشتكى وعنده سبع أخوات ، فقال النبي ﷺ : « قد أنزل الله في أخواتك » . فبين لهن الثلثين . وما زاد على الأختين في حكمهما ؛ لأنه إذا كان للأختين الثلثان ، فالثلاث أختان فصاعدًا . وأما سقوط الأخوات من الأب ، باستكمال ولد الأبوين الثلثين ؛ فلأن الله تعالى إنما فرض للأخوات الثلثين ، فإذا أخذته ولد الأبوين ، لم يبق مما فرضه الله تعالى للأخوات شيء يستحقه ولد الأب ، فإن كانت واحدة من الأبوين ، فلها النصف بتص الكتاب ، وبقي من الثلثين المفروضة للأخوات سدس ، يكمل به الثلثان ، فيكون للأخوات للأب .

ولذلك قال الفقهاء : لهن السدس ، تكملة الثلثين فإن كان ولد الأب ذكورًا وإناثًا ، فالباقي بينهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً يَتَّعَلَقُوا بِمَوْلَاكَ فَلِلَّذَكَرِ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثَيْنِ ﴾ . ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب ، إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها ، والأخت من الأب لا يعصبها إلا أخوها ، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين ، ورثم أخوات من أب وابن أخ لهن ، لم يكن للأخوات للأب شيء ، وكان الباقي لابن الأخ ؛ لأن ابن الابن وإن نزل ابن ، وابن الأخ ليس بأخ .

٣٨٤٧ - وإذا كانوا لأب فهم : بنو العلات ؛ وهم : أولاد الرجل الواحد من نسوة شتى . سموا بذلك ؛ لأن العلة الصُّرة ، وهم أولاد الضرائر ؛ إذ أم كل منهم ضرة لأم الآخر .

٣٨٤٨ - وإذا كانوا لأم فهم : بنو الأخياف ؛ لكونهم من أصلين مختلفين . مأخوذ من قولهم : فرس أخيف . إذا كانت إحدى عينيه مخالفة للأخرى .

٣٨٤٩ - فأحوال الأخوات الشقيقات خمس :

٣٨٥٠ - الأولى : النصف للواحدة .

٣٨٥١ - الثانية : الثلثان للثنتين فصاعداً .

٣٨٥٢ - الثالثة : تعصيهن بالأخ الشقيق ، فله ضعف ما للأنتى .

٣٨٥٣ - الرابعة : صيرورتهن عصبه مع البنت أو بنت الابن أو معهما ، فلهن الباقي ، وهو النصف مع البنت والثلث مع البنتين أو مع البنت وبنت الابن . وحينئذ يسقطن إن استفرقت الفروض التركية ، فلا يكون لهن شيء .

٣٨٥٤ - كما لو توفيت الزوجة عن بنتين وزوج وأم وأخت شقيقة ، فأصلها من اثني عشر ، وتعمل لثلاثة عشر للبنتين الثلثان ثمانية ، وللزوج الربع ثلاثة ، وللأم السدس اثنان ، وسقطت الأخت أو الأخوات .

٣٨٥٥ - الخامسة : سقوطهن بالابن وابن الابن وإن سفل ، وبالأب والجد الصحيح وإن علا (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٥) مع مراعاة أحكام المادتين (٢٨٨ ، ٢٨٩) من هذا القانون :

أ - ترث الأخت الشقيقة :

١ - نصف التركية فرضاً إذا لم يكن معها أخ شقيق ولا فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة .

٢ - ثلثي التركية فرضاً إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معها أخ شقيق ولا فرع وارث مؤنث ولم يكن محجوبات .

٣ - بالتعصيب مع الغير إذا كان معها فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة وتأخذ في هذه الحالة ما يبقى من التركية بعد أصحاب الفروض .

٤ - تشارك الأخوة لأم وفقاً لأحكام المادة (٢٨٣) من هذا القانون .

٥ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها أخ شقيق أو أكثر فتقسم التركية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

ب - تحجب الأخت الشقيقة من الميراث إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر أو أب مباشر .

أحوال الأخوات لأب

(مادة ٦٠٣)

الأخوات لأب كالأخوات لأبوين ، ولهنَّ أحوالٌ سيئةٌ :
النصفُ للواحدة إذا انفردت .

والثلثان للثنتين فصاعداً عندَ عدمِ الأخواتِ لأبوين .

ولهنَّ السدسُ معَ الأختِ الواحدةِ لأبوين تكملةً للثلثين .

ولا يرثن معَ الأختينِ لأبوين .

- إلا أن يكونَ معهنَّ أخٌ لأبٍ فيعصِبهنَّ .

السادسُ منَ الأحوالِ المذكورةِ : أن يصرنَ معَ البناتِ الصليباتِ أو معَ بناتِ الابنِ كما تقدمَ في الأخواتِ لأبوين (١) .

٣٨٥٦ - الأخوات لأب لهن أحوال سبع :

٣٨٥٧ - الأحوال الأربع الأولى المتقدمة في الأخوات الشقيقات عند فقد الشقيقة ، إلا أن الذي يعصبن هو الأخ لأب ، ولا يشترط في التعصيب عدم وجود الشقيقة .

٣٨٥٨ - الخامسة : سقوطهن بالابن وابن الابن وإن نزل ، وبالأب والجد الصحيح وإن علا ، وبالأخ الشقيق وبالأخت الشقيقة أيضًا إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن وبالأختين الشقيقتين ، إلا إذا كان معهن معصب وهو الأخ لأب .

٣٨٥٩ - وفي هذه الحالة تقدم الشقيقة على أخي الميت لأبيه ، وكذا الأخت لأب عندما تصير عصبة مع البنت أو بنت الابن تحجب من يحجبه أخواها .

٣٨٦٠ - السادسة : استحقاقهن السدس مع الأخت الشقيقة الواحدة تكملة للثلثين ؛ لأن فرض الشقيقة النصف فالأخت لأب مع الشقيقة كبنت الابن مع البنت في ذلك ، إلا إذا كان معها في هذه الحالة أخ لأب ، فإنه يعصبا في النصف ، فله ضعفها ، وتسقط معه لو استغرقت الفروض التركة .

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

٣٨٦١ - كزوج وأخت شقيقة وأخت لأب وأخ لأب ، فالزوج له النصف والشقيقة النصف ، ولا شيء للأخت والأخ لأب ، فيكون أخاً مشتموماً ؛ إذ لولاه لورثت السدس ، وتعمل المسألة إلى سبعة .

٣٨٦٢ - الحالة السابعة : سقوطهن مع الأختين الشقيقتين . لكن هذا مقيد بما إذا لم يكن معهن معصب ، ولا يكون إلا في درجتهم وهو الأخ لأب ، بخلاف بنات الابن على ما عرفته .

٣٨٦٣ - فإذا توفي شخص عن أختين شقيقتين وأخت أو أخوات لأب ، فلا شيء لها أو لهن بل تأخذ الشقيقتان فرضهما ، وهو الثلثان ، ويرد الثلث الباقي عليهما إذا لم يكن هناك من أصحاب الفروض من يستحقه . فلو كان معها أخ لأب أخذت معه الثلث الباقي للمذكر ضعف ما للأنتى ، وهذا من أفراد الأخ المبارك ؛ إذ لولاه لما ورثت شيئاً ، وبالضرورة تسقط معه إذا استغرقت الفروض التركة كزوجة وشقيقتين وأم وأخت لأب وأخ لأب ، فالمسألة من اثني عشر ؛ للزوجة الربع ثلاثة ، وللشقيقتين الثلثان ثمانية ، وللأم السدس اثنان ، فقد عالت المسألة بواحد ، فلم يبق شيء للأخت والأخ لأب ؛ لأنه عصبية^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٦) مع مراعاة أحكام المادتين (٢٨٨ ، ٢٨٩)

من هذا القانون :

أ - ترث الأخت لأب :

١ - نصف التركة فرضاً إذا لم يكن معها أخ لأب ولا أخت شقيقة ولا فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة .

٢ - ثلثي التركة إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن أخ لأب ولا أخت شقيقة ولا فرع وارث مؤنث ولم يكن محجوبات .

٣ - السدس تكملة الثلثين إذا كانت معها أخت شقيقة ولم يكن معها أخ لأب يعصبها ولم تكن محجوبة .

٤ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها أخ للأب فأكثر فتقسم التركة بينهم أو ما بقي منها بعد سهام أصحاب الفروض للذكر مثل حظ الأنثيين .

٥ - بالتعصيب مع الغير إذا كان معها فرع وارث مؤنث ولم يكن معها أخ لأب يعصبها ولم تكن محجوبة .

ب - تحجب الأخت لأب من الميراث إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر أو أب مباشر أو أخ شقيق أو أخت شقيقة صارت عصبية مع الغير أو أختان شقيقتان إلا إذا كان معها أخ لأب يعصبها .

(مادة ٦٠٤)

الإخوةُ والأخواتُ لأبوينِ والإخوةُ والأخواتُ لأبٍ كُلُّهُم يَسْقُطُونَ بِالابْنِ وَابْنِ الابْنِ
وَإِنْ سَفَلَ وَبِالْأَبِ وَالْجَدِّ .
وَتَسْقُطُ الإخوةُ والأخواتُ لأبٍ بِالأخِ لأبوينِ وَبِالأختِ لأبوينِ إِذَا صَارَتْ عَصَبَةً مَعَ
الْبَنَاتِ أَوْ مَعَ بَنَاتِ الابْنِ ^(١) .

• • •

٣٨٦٤ - فقد علمت من الأحوال المتقدمة أن الأخوات لأبوين أو لأب يسقطن
بالابن وابن الابن وإن سفل ، وبالأب والجد الصحيح وإن علا .
٣٨٦٥ - والأخوات لأب يسقطن أيضاً بالأخ الشقيق مطلقاً وبالشقيقتين ، إلا إذا
كان هناك معصب وهو الأخ لأب ، وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبه مع البنت
أو بنت الابن .

٣٨٦٦ - ومثل الأخوات فيما ذكر الإخوة الأشقاء أو لأب في أنهم يسقطون بالابن
وابن الابن وإن سفل وبالأب والجد الصحيح وإن علا .
٣٨٦٧ - وهذا لا حاجة إليه هنا ؛ لأن الكلام هنا إنما هو في أصحاب الفروض ،
والإخوة الأشقاء أو لأب من العصبات ولهم باب مخصوص ، فكان اللازم أن يأتي
بسقوط الأخوات الشقيقات أو لأب في أحوالهن ، كما عرفته من الشرح المتقدم ،
ويؤخر الكلام على الإخوة في محله ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في الدر المختار (٧٨١/٦) : « ويسقط بنو الأعيان) وهم الإخوة والأخوات لأب
وأم بثلاثة (بالابن) وابنه وإن سفل (وبالأب) اتفاقاً (وبالجد) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (وقالوا
يقاسمهم على أصول زيد ويفتى بالأول) وهو السقوط كما هو مذهب أبي حنيفة » .
(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨١) ترت الأم فرضاً :
أ - سدس التركة إذا كان للميت فرع وارث أو جمع من الأخوة أو الأخوات مطلقاً .
ب - ثلث التركة ، إذا لم يكن للميت فرع وارث ، ولا جمع من الأخوة والأخوات ، ولم يجتمع معها الأب
وأحد الزوجين .
ج - ثلث الباقي من التركة ، بعد نصيب أحد الزوجين ، إذا كان معها أب وأحد الزوجين ، وليس في الورثة
فرع وارث ، ولا جمع من الإخوة والأخوات .

أحوال الأم

(مادة ٦٠٥)

للأم أحوال ثلاثة :

السُّدُسُ إِنْ كَانَ لِلنَّيِّبِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدٌ ابْنٍ وَإِنْ سَفَلَ أَوْ مَعَ الْاِثْنَيْنِ مِنَ الْإِخْوَةِ أَوْ الْأَخْوَاتِ
فَصَاعِدًا مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَا .

وَلَهَا ثُلُثُ الْكُلِّ عِنْدَ عَدَمِ الْمَذْكُورِينَ .

وَتُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ فَرَضِ أَحَدِ الزُّوجَيْنِ . وَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتَيْنِ :

إِحْدَاهُمَا : زَوْجٌ وَأَبْوَانٌ .

وَتَانِيَتُهُمَا : زَوْجَةٌ وَأَبْوَانٌ .

وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْأَبِ جَدٌّ ، فَلِلْأُمِّ ثُلُثُ جَمِيعِ الْمَالِ بَعْدَ فَرَضِ الزُّوجِ أَوْ الزُّوجَةِ كَمَا
تَقَدَّمَ ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٩/٦ ، ٤٥٠) : « الأم ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد
وولد الابن أو اثنين من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، والثالث عند عدم هؤلاء ، وثالث ما يبقى بعد
فرض الزوج والزوجة ، كذا في الاختيار شرح المختار وذلك في موضعين : زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان . فإن
للأم ثلث ما يبقى بعد نصيب الزوج أو الزوجة والباقي للأب عند الجمهور ، وإن كان مكان الأب جد فللأم
ثلث جميع المال ، كذا في الكافي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٤/٤ ، ٢٥) : « وللأم الثلث أو السدس في الحالين السابقين في
فصل (الفروض) المقدره ، وأعادها هنا توطئة لقوله : (ولها في مسألتي زوج أو زوجة وأبوين ثلث ما بقي
بعد) فرض (الزوج أو) فرض (الزوجة) لا ثلث جميع المال لإجماع الصحابة قبل إظهار ابن عباس الخلاف
قائلًا بأن لها الثلث كاملًا في الحالين لظاهر الآية ؛ ولأن كل ذكر وأنتى لو انفردا اقتسما المال أثلاثًا ، فإذا
اجتمعا مع الزوج أو الزوجة اقتسما الفاضل كذلك كالأخ والأخت ، فللزوج في المسألة الأولى ، وهي من
اثنين النصف والباقي ثلثه للأم وثلاثة للأب ، وأقل عدد له نصف صحيح ، وثلث ما يبقى ستة فتكون من ستة
فهي تأصيل لا تصحيح كما سيأتي في الأصلين الزائدين وللزوجة في الثانية ، وهي من أربعة أسهم وللأم ثلث
الباقي وهو سهم وللأب الباقي .

قالوا : وإنما عبروا عن حصتها فيهما بثلث الباقي مع أنها أخذت في الأولى السدس ، وفي الثانية الربع تأدبًا مع
لفظ القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَرِثَّةُ آبَاءِ فَلْيُورَثُوا ثُلُثًا ﴾ ؛ وبلقبان بالغاويين ؛ لشهرتهما تشبيهاً لهما
بالكوكب الأغر ، وبالعمريتين ؛ لقضاء عمر رضي الله تعالى عنه فيهما بما ذكر ، وبالغريتين ؛ لغرابتهما =

= (والجد) أبو الأب في الميراث (كالأب) عند عدمه في جميع ما مر من الجمع بين الفرض والتعصيب وغيره (إلا أن الأب) يفارقه في أنه (يسقط الإخوة والأخوات) للميت كما مر (والجد) لا يسقطهم بل (يقاسمهم إن كانوا لأبوين أو لأب) كما سيأتي (والأب) يفارق الجد أيضًا في أنه (يسقط أم نفسه) ؛ لأنها تدلي به (ولا يسقطها) أي : أم نفس الأب (الجد) لأنها زوجته ، والشخص لا يسقط زوجة نفسه ، فالأب والجد سبان في أن كلًّا منهما يسقط أم نفسه (والأب) يفارق الجد فيما سبق (في) مسألتي (زوج أو زوجة وأبوين) فإن الأب فيهما (يرد الأم من الثلث إلى ثلث الباقي ، ولا يردها الجد) بل تأخذ معه الثلث كاملاً ؛ لأن الجد لا يساويها في الدرجة فلا يلزم تفضيله عليها بخلاف الأب .

تبيه : في أن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة والجد يرث معه جدتان ، ومع أبي الجد ثلاثة ، ومع جد الجد أربع ، وهكذا كلما علا الجد درجة زاد فيمن يرث معه جدة .

تبيه : لا ينحصر الاستثناء فيما ذكره بل يفارقه أيضًا في أن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة والجد يرث معه جدتان ، ومع أبي الجد ثلاثة ، ومع جد الجد أربع ، وهكذا كلما علا الجد درجة زاد فيمن يرث معه جدة .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (٢٠١/٨) : « ، ولها ثلث الباقي في زوج ، أو زوجة وأبوين يعني أن الأم ترث ثلث جميع التركة حيث لا حاجب لها فيما عدا مسألتي ، فإن لها فيهما ثلث الفاضل وذلك في الغراوين ، وإنما سماها بذلك ؛ لأن الأم غرت فيهما بإعطائها الثلث لفظًا لا معنى كما ترى الأولى زوج وأبوان تصح من ستة للزوج النصف وللأم ثلث الباقي وهو سهم وللأب الباقي تصيبًا فيأخذ مثلها كما لو انفردا . الثانية زوجة وأبوان أصلها من أربعة للزوجة الربع سهم وللأم ثلث الباقي وهو ربيع التركة والباقي وهو النصف للأب تصيبًا ، وقال ابن عباس : للأم الثلث في المسألتي ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّدَىٰ يَكْفُلٍ لَّمْ يَكْفُلْهُ وَوَرِثَةٌ أُولَٰئِكَ فَيُؤْتَوْنَ مِنْهُنَّ شَرًّا ﴾ ورأي الجمهور أن أخذها الثلث فيهما يؤدي إلى مخالفة القواعد ؛ لأنها إذا أخذت في مسألة الزوج الثلث من رأس المال تكون قد أخذت مثلي الأب ، وليس له نظير في اجتماع ذكر وأنثى يدلان بجهة واحدة وتأخذ الأنثى مثليه ، فلو كان موضع الأب جد لكان للأم ثلث المال تبدأ به ؛ لأنها ترث مع الجد بالفرض ومع الأب بالقسمة ، وإنما قدمت القاعدة على القرآن ؛ لأن القواعد من القواطع ، وبيان كون الأولى من ستة أن للزوج النصف ومخرجه من اثنين له منهما واحد وللأم ثلث الواحد الباقي ، ولا ثلث له صحيح فتضرب ثلاثة في اثنين بستة وبيان كون الثانية من أربعة أن للزوجة الربع ومخرجه من أربعة فلها واحد من أربعة تبقى ثلاثة للأم ثلثها واحد يبقى اثنان للأب » .

قول الحنابلة : جاء في المعني (١٦٩/٦) : « (وللأم الثلث ، إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة ، ولم يكن له ولد ، ولا ولد ابن . فإن كان له ولد ، أو أخوان ، أو أختان ، فليس لها إلا السدس) وجملة ذلك أن للأم ثلاثة أحوال : حال ترث فيها الثلث بشرطين ؛ أحدهما : عدم الولد ، وولد الابن ، من الذكور والإناث . والثاني : عدم الابنين فصاعدًا من الإخوة والأخوات من أي الجهات كانوا ، ذكورًا وإناثًا ، أو ذكورًا أو إناثًا ، فلها في هذه الحال الثلث . بلا خلاف تعلمه بين أهل العلم . الحال الثاني : لها السدس ، إذا لم يجتمع الشرطان ، بل كان للميت ولد ، أو ولد ابن ، أو اثنان من الإخوة والأخوات . في قول جمهور الفقهاء . وقال ابن عباس : لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس من الإخوة والأخوات إلا ثلاثة وحكي ذلك عن =

٣٨٦٨ - للأم أحوال ثلاثة :

٣٨٦٩ - الحالة الأولى : السدس إذا كان للمتوفى فرع وارث وهو الابن وابن الابن وإن نزل وال بنت وبنت الابن وإن نزل أبوها ، أو كان له اثنان فأكثر من الإخوة أو الأخوات أو منها من أي جهة كانا .

٣٨٧٠ - الحالة الثانية : ثلث الكل عند عدم هؤلاء المذكورين وعدم الأب وأحد الزوجين .

٣٨٧١ - الحالة الثالثة : ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين إذا كانت مع الأب .

= معاذ ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِإِخْوَتِهِ أَشْدُّ ﴾ . وأقل الجمع ثلاثة . وروي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه : ليس الأخوان إخوة في لسان قومك ، فلم تحجب بهما الأم ؟ فقال : لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ، ومضى في البلدان ، وتوارث الناس به .

ولنا : قول عثمان هذا ، فإنه يدل على أنه إجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس .

ولأن كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين ، كحجب البنات بنات الابن ، والأخوات من الأيوين الأخوات من الأب ، والإخوة تستعمل في الاثنين ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً يَتَّكِلُوا فَبِأَلْسِنَةٍ حَقِيظَةٍ أَلْفَيْتَيْنِ ﴾ . وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت . ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ، ومنهم من يستعمله مجازاً ، فيصرف إليه بالدليل . ولا فرق في حجبها بين الذكر والأنثى ؛ لقوله تعالى : ﴿ إِخْوَةٌ ﴾ . وهذا يقع على الجميع ؛ بدليل قوله : ﴿ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً يَتَّكِلُوا فَبِأَلْسِنَةٍ حَقِيظَةٍ ﴾ . ففسرهم بالرجال والنساء .

الحال الثالث : إذا كان زوج وأبوان ، أو امرأة وأبوان ، فللأم ثلث الباقي ، بعد فرض الزوجين .

وجاء فيه أيضاً (١٧١/٦ ، ١٧٢) : « وإذا كان زوج وأبوان ، أعطيت الزوج النصف ، والأم ثلث ما بقي ، وما بقي فللأب . وإذا كانت زوجة وأبوان ، أعطيت الزوجة الربع ، والأم ثلث ما بقي ، وما بقي فللأب . هاتان المسألتان تسميان العمريتين ؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء ، فاتبعه على ذلك عثمان ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود ، وروي ذلك عن علي ، وبه قال الحسن ، والثوري ومالك ، والشافعي ، رضي الله عنه ، وأصحاب الرأي . وجعل ابن عباس ثلث المال كله للأم في المسألتين ؛ لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة ، وليس هاهنا ولد ولا إخوة . ويروى ذلك عن علي . ويروى ذلك عن شريح في زوج وأبوين . وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين ، وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين . وبه قال أبو ثور ؛ لأننا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين ، لفضلناها على الأب ، ولا يجوز ذلك ، وفي مسألة المرأة ، لا يؤدي إلى ذلك .

واحتج ابن عباس بمعوم قوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتُهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمَّتِهِ أَثَدُّ ﴾ . وبقره رضي الله عنه : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » . والأب هاهنا عصبية ؛ فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض ، كما لو كان مكانه جد ، والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته ؛ ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض ، كان للأم ثلث الباقي ، كما لو كان معهم بنت وبخالف الأب الجد ؛ لأن الأب في درجتها ، والجد أعلى منها . وما ذهب إليه ابن سيرين تفریق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ، ثم إنه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الأم ، كذلك مع المرأة ، قياساً عليه .

- ٣٨٧٢ - وتحت هذه صورتان :
- ٣٨٧٣ - الأولى : زوج وأم وأب .
- ٣٨٧٤ - الثانية : زوجة وأم وأب .
- ٣٨٧٥ - فبعد أن يأخذ أحد الزوجين فرضه ، تأخذ الأم ثلث الباقي وهو في مسألة الزوج سدس وفي مسألة الزوجة ربع .
- ٣٨٧٦ - أما لو كانت الأم مع الجد وأحد الزوجين ، فلها ثلث جميع المال كما عرفته مما تقدم .
- ٣٨٧٧ - وهاتان المسألتان تسميان بـ « العَرَاوَيْنِ » لشهرتهما كالكوكب الأغر ، وبـ « العَمْرِيَّتَيْنِ » لقضاء سيدنا عمر بن الخطاب فيهما بذلك .
- ٣٨٧٨ - فكل مسألة من مسائل المواريث يستحق فيها شخص فرضاً من الفروض ، ينسب ذلك الفرض إلى جملة التركة إلا في هاتين المسألتين ، فإن نسبة الثلث فيهما إلى ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين لا إلى كل التركة .
- ٣٨٧٩ - وإنما سمي ثلثاً وإن كان في الحقيقة أقل من ذلك ، تأديباً مع القرآن الشريف ؛ لأنه سماه ثلثاً بقوله : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَكَ وَلَدٌ وَوَرِثَتُهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ (١) .
- ٣٨٨٠ - وهناك أقوال أخرى في هذه المسألة تقدمت في شرح مادة (٥٩٢) فراجعها (٢) .

(١) النساء : ١١ .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٨٧) أ - الجدة الصحيحة هي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت ذكر بين اثنين .

ب - ترث الجدة الصحيحة :

١ - سدس التركة فرضاً سواء كانت واحدة أو أكثر كانت من جهة الأم أو من جهة الأب أو من جهة الأم والأب معا ولم تكن محجوبة .

٢ - إذا تعددت الجدات فيقسم السدس بينهما بالسوية .

ج - تحجب الجدة الصحيحة :

١ - بالأم مُطلقاً .

٢ - بالأب إذا كانت جدة لأب .

٣ - بالجد إذا أدلت به .

٤ - بالقرى من جهتها والقرى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب .

٥ - لا تحجب القرى من جهة الأب البعدى من جهة الأم .

أحوال الجدة أو الجدات

(مادة ٦٠٦)

وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ لَأُمِّ كَانَتْ أَوْ لِأَبٍ ، وَاحِدَةً كَانَتْ أَوْ أَكْثَرَ ، إِذَا كُنَّ صَحِيحَاتٍ مَتَّحَاذِيَّاتٍ فِي الدَّرَجَةِ ؛ لِأَنَّ الْقَرْنَى تَحْجِبُ الْبُعْدَى .

وَيَسْقُطَنَّ - أَي : الْجَدَّاتُ - كُلُّهُنَّ سَوَاءً كُنَّ أَبَوِيَّاتٍ أَيْ : مِنْ جِهَةِ الْأَبِّ ، أَوْ أُمِّيَّاتٍ أَيْ : مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ ، أَوْ مُخْتَلِطَاتٍ بِالْأُمِّ .

وَتَسْقُطُ الْجَدَّاتُ الْأَبَوِيَّاتُ دُونَ الْأُمِّيَّاتِ بِالْأَبِّ ، وَكَذَلِكَ تَسْقُطُ الْأَبَوِيَّاتُ بِالْجَدِّ ، إِلَّا أُمَّ الْأَبِّ وَإِنْ عَلَتْ ، فَإِنَّهَا تَرْتِّبُ مَعَ الْجَدِّ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ قَبِيلِهِ .

وَهَكَذَا الْقَرِينَةُ تَحْجِبُ النَّبِيْعَةَ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَتْ وَارِثَةً أَوْ مَخْجُوبَةً ، إِذَا كَانَتْ جَدَّةً ذَاتَ قَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ كَأُمِّ أُمِّ الْأَبِّ ، وَالْأُخْرَى ذَاتَ قَرَابَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ كَأُمِّ أُمِّ الْأُمِّ وَهِيَ أَيْضًا أُمَّ أَبِي الْأَبِّ ، يُقْسَمُ السُّدُسُ بَيْنَهُمَا أَنْصَافًا ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٠/٦) : « الجدة الصحيحة كأم الأم وإن علت وأم الأب وإن علا ، وكل من يدخل في نسبتها أب بين أمين فهي فاسدة ، كذا في « الاختيار شرح المختار » ولها السدس لأب كانت أو أم ، واحدة كانت أو أكثر فيشتركن في السدس إذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة ، كذا في الكافي ثم الجدة إذا كانت ذات جهتين والأخرى ذات جهة واحدة ، قال أبو يوسف رحمته الله : وهو رواية عن أبي حنيفة السدس بينهما نصفان ، وعليه الفتوى ، كذا في المضمرات (مثاله) : امرأة زوجت بنت بنتها من ابن ابنها فولد منهما ولد فهذه المزوجة أم أم أم الولد ، وهي أيضا أم أب أب الولد ، والجدة الأخرى أم أم أب الولد ، فإن تزوج هذا الولد سبطا لهما آخر فولد بينهما ولد صارت هذه المرأة جدة لهذا الولد الآخر من ثلاثة أوجه ، فإن تزوج هذا الولد سبطا آخر فولد بينهما ولد صارت هذه الجدة جدة لهذا الولد الآخر من أربعة أوجه وقس عليه الباقي ، كذا في الكافي .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢٥/٤ ، ٢٦) : « وللجدة السدس) كما مر ، وذكر توطئة لقوله : (وكذا الجدات) يعني : الجدتين فأكثر لما روى الحاكم ، وقال : صحيح على شرط الشيخين » أنه رحمته الله قضى للجدتين من الميراث بالسدس « وسواء استوين في الإدلاء أم زادت إحدهما بجهة : مثاله في ذات جهتين تزوج ابن ابن هند بنت بنتها فأتى منها بولد فهند أم أم أم الولد ، وأم أبي أبيه فهي جدة من جهتين فهي ذات جهتين فإذا مات هذا الولد عنها وعن أم أم أبيه وهي ذات جهة واحدة فلا تفضل هند عليها ، بل السدس بينهما بالسوية على الصحيح باعتبار الأبدان وفي مراسيل أبي داود [أنه - عليه الصلاة والسلام - أعطى السدس لثلاث جدات] وحكى الإمام فيه [جماع الصحابة (وترث منهن) جزما (أم الأم وأمهاتها المدليات =

= بيانات خالص) كأم أم الأم وإن علت (وأم الأب وأمهاتها كذلك) أي: المدليات بيانات خالص كأم أم الأب (وكذا أم أي الأب وأم الأجداد فوقه وأمهاتهن على المشهور) لأنهن جدات يديين بوارث فيرثن كأم الأب. والثاني: لا يرثن لإدلائهن بجد فأشبهن أم أي الأم، (وضابطه) أي: إرث الجدات الوارثات، هو (كل جدة أدلت) أي وصلت (بمحض إناث) كأم أم: الأم (أو ذكور) كأم أي الأب (أو إناث إلى ذكور) كأم أم الأب (ترث، ومن أدلت بذكر بين أشيين) كأم أم أي الأم (فلا) ترث كما لا يرث ذلك الذكر، وحكي ابن المنذر فيه الإجماع. تنبيه: في معرفة بيان إرث الجدات الوارثات إذا تعددن. اعلم أنه إذا اجتمع جدات فالوارث منهن من قبل الأم واحدة أبدًا، وإنما يقع التعدد في التي من قبل الأب، وتتعدد ذلك بتعدد الدرجة، وإيضاح ذلك أن الواقع في الدرجة الأولى من درجات الجدوة ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية، وفي الرابعة ستة عشر، وفي الخامسة اثنان وثلاثون وهكذا، فإذا وصلت إلى العاشرة كان فيها ألف وأربعة وعشرون جدة، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور والنصف إناث وهن الجدات، فإذا كان في الدرجة الثانية من الأصول جدتان، وفي الثالثة أربع، وفي الرابعة ثمان، وفي الخامسة ستة عشر، وفي العاشرة خمسمائة واثنا عشر جدة، ثم منهن وارثات وغير وارثات، فإذا سللت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل فاجعل درجتهم بعدد السؤال عنه، ومحض نسبة الأولى إلى الميت أمهات ثم أبدل من آخر نسبة الثانية. أما بآب وفي آخر نسبة الثالثة أمين بأبوين، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الأباء حتى يتمحض نسبة الأخيرة آبا.

مثاله: إذا سألت عن عشر جدات وارثات فاجعل درجتهم عشرة. الأولى: مدلية بالأمومة، وهي أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. الثانية: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. الثالثة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. الرابعة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. الخامسة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. السادسة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. السابعة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. الثامنة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. التاسعة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. العاشرة: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. الوارثات في كل درجة من درجات الأصول بعدد تلك الدرجة، ففي الدرجة الثانية اثنان، وفي الثالثة ثلاث، وفي الرابعة أربع، وفي الخامسة خمس وهكذا في كل درجة لا تزيد إلا وارثة واحدة وإن تضاعف عددهن في كل درجة وسببه أن الجدات ما بلغن نصفهن من قبل الأم، ونصفهن من قبل الأب، فإذا صعدت درجة تبدلت كل واحدة منهن بأبهما وزادت أم الجد الذي صعدت إليه.

قول المالكية: جاء في شرح الخرشي (٢٠١/٨، ٢٠٢): «والجدة فأكثر وأسقطها الأم مطلقًا والأب الجدة من جهته والقريب من جهة الأم البعدى من جهة الأب، وإلا اشتركتا السدس فرض الجدة سواء انفردت أو تعددت وسواء كانت من جهة الأم، أو من جهة الأب، ولا يرث عند مالك أكثر من جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما، وإن علتا وتوجب الجدة مطلقًا أي من جهة الأم، أو من جهة الأب قريبة، أو بعيدة حجب حرمان بأم الميت بخلاف أبيه، فإنه لا يحجب إلا الجدة التي من جهته وترث معه الجدة التي من جهة الأم، وإن اجتمعت الجدتان وكانتا في درجة واحدة، أو كانت التي من قبل الأب أقرب كأم أب وأم أم أم كان =

= السدس بينهما ؛ لأن أصلها جبرت بعدها ، وإن كانت التي من جهة الأم أقرب كأم أم وأم أم أب اختصت بالسدس فقوله ؛ فأكثر أي سواء كانت من جهة الأم ، أو من جهة الأب ، وإن علنا فقد تجوز به عن الإطلاق تيركاً بلطف القضاء الوارد عن عمر - رضي الله تعالى عنه - وليس المراد أكثر من واحدة ، ولو من جهة واحدة ؛ لأن مالكا لا يورث أكثر من جدتين إحداهما من جهة الأم والأخرى من جهة الأب غير المدلية بذكر وقوله ؛ مطلقاً راجع للإسقاط فكان حقه تقديمه .

قول الحنابلة ؛ جاء في المعنى (١٨٩/٦ - ١٩٢) ؛ وللجدة إذا لم تكن أم السدس ، قال أبو بكر بن المنذر ؛ أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم يكن للميمت أم . وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم ؛ لأنها تدلي بها ، فقامت مقامها ، كالجد يقوم مقام الأب .

ولنا ؛ ما روى قيصة بن ذؤيب ، قال ؛ جاءت الجدة إلى أبي بكر ، تطلب ميراثها ، فقال ؛ ما لك في كتاب الله ﷺ شيء ، وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس . فقال المغيرة بن شعبة ؛ حضرت رسول الله ﷺ أعطهاها السدس . فقال ؛ هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة ، فأعضاه لها أبو بكر ، فلما كان عمر ، جاءت الجدة الأخرى ، فقال ؛ ما لك في كتاب الله شيء ، فما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك ، وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذلك السدس ، فإن اجتمعما فهو لكما ، وأنتكما خلت به فهو لها . رواه مالك في موطنه ، وأبو داود ، والترمذي . وقال ؛ حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه . وأجمع أهل العلم على أن الأم تجب الجدات من جميع الجهات .

وقد روى ابن بريدة ، عن أبيه ؛ أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم . رواه أبو داود . وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئاً ؛ ولأن الجدة تدلي بالأم ، فسقطت بها ، كسقوط الجد بالأب ، وابن الابن به . فأما أم الأب ، فإنها أيضاً إنما ترث ميراث أم ؛ لأنها أم ، ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده . (وكذلك إن كثرت ، لم يزدن على السدس فرضاً) أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس ، وإن كثرت ، وذلك لما روينا من الخبر ، وأن عمر شرك بينهما .

وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر ﷺ فروى سعيد ، ثنا سفيان ، وهشيم ، عن يحيى بن سعيد ، عن القاسم بن محمد ، قال ؛ جاءت الجدتان إلى أبي بكر ﷺ فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب . فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهيداً بدرًا ؛ يا خليفة رسول الله ، أعطيت التي إن ماتت لم يرثها ، ومنعت التي لو ماتت ورثها ، فجعل أبو بكر السدس بينهما ؛ ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر ، فاستوى كثيرهن وواحدتهن ، كالزوجات . وقول الحرقي ؛ لم يزدن على السدس فرضاً . يريد به التحرز من زيادتهن بالرد ، فإنهن يأخذن في الرد زيادة على السدس ، على ما قد مضى ذكره . ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين ؛ أم الأم ، وأم الأب . وكذلك إن علنا وكانتا في القرب سواء ، كأم أم أم وأم أم أب ، إلا ما حكى عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئاً ؛ لأنه لا يرثها فلا ترثه ؛ ولأنها غير مذكورة في الخبر .

ولنا ؛ أن النبي ﷺ أعطى ثلاث جدات . ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الأب ، أو من هي أعلى منها . وما ذكره داود فهو قياس ، وهو لا يقول بالقياس ، ثم هو باطل بأم الأم ، فإنها ترثه ولا يرثها . وقوله ؛ ليست =

= مذكورة في الخبر . قلنا : وكذلك أم أم الأم . واختلفوا في توريث ما زاد عليهما ؛ فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات ، من غير زيادة عليهن .

وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعي وإسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين . وحكي ذلك عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، وسليمان بن يسار ، وطلحة بن عبد الله بن عوف ، وربيعة وابن هرمز ، ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم .

وحكي عن الزهري أنه قال : لا تعلم ورث في الإسلام إلا جدتين . وحكي عن سعد بن أبي وقاص ، أنه أوتر بركة ، فعابه ابن مسعود فقال سعد : أتعييني وأنت تورث ثلاث جدات ؟ وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرت ، إذا كن في درجة واحدة ، إلا من أدلت بأب غير وارث ، كأب الأم . قال ابن سراقه : وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذًا . وإليه ذهب الحسن ، وابن سيرين ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه وهو ظاهر كلام الحرفي ، فإنه سمي ثلاث جدات متحاذيات . ثم قال : وإن كثرت فعلى ذلك . واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت يوارث فوجب أن ترث ، كأحدى الثلاث .

ولنا : ما روى سعيد ، عن ابن عيينة ، عن منصور ، عن إبراهيم ، عن أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ، ننتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم . وأخرجه أبو عبيد والدارقطني . وروى سعيد أيضًا ، عن إبراهيم أنه قال : كانوا يورثون من الجدات ثلاثًا ، ننتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم . وهذا يدل على التحديد بثلاث ، وأنه لا يرث أكثر منهن . وإذا ثبت هذا ، فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجاتها ، وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجاتهن ، وأم الجد وأمهاتها . ولا ترث أم أب الجد ، ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء . وهؤلاء الجدات اختلف فيهن .

وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث ، وهي كل جدة أدلت بأب بين أمين ، كأب أبي الأم ، إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا : ترث . وهو قول شاذ ، لا تعلم اليوم به قائلًا ، وليس بصحيح ؛ فإنها تدلي بغير وارث ، فلم ترث ، كالأجانب ، وأمثلة ذلك : أم أم وأم أب ، السدس بينهما إجماعًا ، أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أم ، وأم أبي أم ، السدس للثلاث الأول ، إلا عند مالك وموافقيه ، فإنه للأولين .

وعند داود هو للأولى وحدها . ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس وموافقيه ، أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أم ، وأم أبي أم ، وأم أبي أم ، وأم أبي أم ، وأم أبي أم ، وأم أبي أم . السدس للأولى عند داود وللأولين عند مالك وموافقيه . وللثلاث الأول عند أحمد وموافقيه . وللأربع الأول عند أبي حنيفة وموافقيه . وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة . وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة . ولا من قبل الأب إلا اثنتان ، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر ، إلا عند أبي حنيفة وموافقيه ، فإنه كلما علون درجة ، زاد في عددهن من قبل الأب واحدة . (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن) أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى ، فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم ، فالميراث لها ، وتحجب البعدى في قول عامتهم ، إلا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما . وعن ابن مسعود إن كانتا من جهتين فهما =

٣٨٨١ - الجدة الصحيحة أو الجدات لها حالتان .

٣٨٨٢ - والجدة الصحيحة : هي التي لم تنتسب لجد فاسد .

٣٨٨٣ - وقد عرفت أن الجدة الفاسدة : من تخلل في نسبته إلى الشخص أنثى .

كأبي الأم . فكل جدة لم تنتسب لجد فاسد فهي صحيحة .

سواء ، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى . يعني به : أن الجدتين من قبل الأب إذا كانت إحداهما أم الأب والأخرى أم الجد ، سقطت أم الجد بأب الأب . وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب . فأما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم ؟ فعن أحمد فيها روايتان : إحداهما : أنها تحجبها ، ويكون الميراث للقربى . وهذا قول علي عليه السلام وأحدى الروايتين عن زيد ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وأهل العراق ، وهو قول الشافعي . والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما . وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والأوزاعي وهو القول الثاني للشافعي عليه السلام ؛ لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم ، فالثاني تدلي به أولى أن لا يحجبها ، وبهذا فارقتها القربى من قبل الأم ، فإنها تدلي بالأأم . وهي تحجب جميع الجدات .

ولنا : أنها جدة قربة ، فتحجب البعدى ، كالتي من قبل الأم ؛ ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة ، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن ، كالأبَاء والأبناء والإخوة والبنات . وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم . وقولهم : إن الأب لا يسقطها .

قلنا : لأنهن لا يرثن ميراثه ، إنما يرثن ميراث الأمهات ، لكونهن أمهات . ولذلك أسقطتهن الأم ، والله أعلم . مسائل من ذلك : أم أم وأم أم أب ، المال للأولى ، إلا في قول ابن مسعود هو بينهما . أم أب وأم أم أم ، المال للأولى في قول الحارثي وفي الرواية الأخرى هو بينهما . أم أب وأم أم وأم جد ، المال للأوليين في قول الجميع ، إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهن . أم أب وأم أم وأم أم أم أي أب ، هو للأوليين في قول الجميع . إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى ، فقياس قول أبي عبد الله أن السدس بينهما أثلاثاً ، لذات القرابتين ثلثاه ، وللأخرى ثلثه . كذلك قال أبو الحسن التميمي ، وأبو عبد الله العربي ، ولعلهما أخذوا ذلك من قوله في توريث الجوس بجميع قراباتهم . وهذا قول يحيى بن آدم ، والحسن بن صالح ، ومحمد بن الحسن والحسن ابن زياد ، وزفر وشريك ، وقال الثوري والشافعي وأبو يوسف : السدس بينهما نصفان . وهو قياس قول مالك ؛ لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة ، لم يرث بهما جميعاً ، كالأخ من الأب والأم .

ولنا : أنها شخص ذو قرابتين ، ترث بكل واحدة منهما منفردة ، ولا يرجع بها على غيره . فوجب أن يرث بكل واحدة منهما ، كابن العم إذا كان أختاً أو زوجاً ، وفارق الأخ من الأيوين ، فإنه رجح بقربانيته على الأخ من الأب ، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها ؛ فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر ، ولا ينبغي أن يخل بهما جميعاً ، بل إذا انتفى أحدهما وجد الآخر ، وما هنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث . وصورة ذلك : أن يتزوج ابن المرأة بنت بنتها ، فيولد لهما ولد ، فتكون المرأة أم أم أمه ، وهي من أم أبي أمه . وإن تزوج ابن بنتها بنت بنتها ، فهي أم أم أمه وأم أم أبيه . وإن أدلت الجدة بثلاث جهات ، ترث بهن ، لم يمكن أن يحتج معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث .

٣٨٨٤ - الحالة الأولى : السدس سواء كانت لأم كأم الأم ، أو لأب كأم الأب ، وسواء كانت واحدة أو أكثر .

٣٨٨٥ - لكن إذا كانت الجدات أكثر من واحدة ، يشترط أن تكون متحاذيات في الدرجة ؛ كأم الأم مع أم الأب . فإن اختلفن في الدرجة كأم الأب مع أم الأم حجبت القرى البعيدة .

٣٨٨٦ - وطريق معرفة الوارثات منهن أن تذكر بمقدار العدد الذي تريده لفظة « أم » ، ثم تبدل « الأم » الأخيرة من جهة الميت بـ « أب » في كل مرتبة إلى أن يبقى أم واحدة .
٣٨٨٧ - فلو سئلت عن أربع جدات وارثات مثلًا تقول : أم أم أم ، أم أم أم أب ، أم أم أب أب ، أم أب أب أب .

٣٨٨٨ - فالأولى أمية ، والبواقي أبويات ، ولا يتأتى التعداد في الأميات مع الصحة ؛ لأنه متى تخللهم أب يكون جدًا فاسدًا ، وحينئذ تكون الجدات التي فوقه فاسدات لاتنسأبن بجد فاسد ، فالجدة الصحيحة من جهة الأم واحدة أبدًا .

٣٨٨٩ - الحالة الثانية : سقوطهن . وهذا يختلف بالنسبة لوجودهن مع الأم أو الأب أو الجد أو مع بعضهن على ما يلقى عليك .

٣٨٩٠ - فيسقطن بالأم سواء كن كلهن أبويات أو أميات أو مختلطات ، فمتى وجدت الأم في مسألة من المسائل ومعها جدات ، فلا يأخذن شيئًا .
٣٨٩١ - وتسقط الأبوية بالأب ، وأما الجدة الأمية فلا تسقط به .

٣٨٩٢ - فإذا توفي شخص عن أب وأم أب ، حجبتها الأب لإدلائها به . ولو توفي عن أب وأم أم ، ورثت معه السدس ؛ لأنها لم تنتسب به .

٣٨٩٣ - وإنما حجبت الجدات مطلقًا بالأم ولم تحجب بالأب إلا الأبويات ؛ لأن كلاً من اتحاد السبب والإدلاء له تأثير في الحجب ، فأم الأب تحجب به للإدلاء فقط وتحجب بالأم لاتحاد السبب وهو الأمومة . وأم الأم ترث مع الأب لانعدام المعنيين ، وتحجب بالأم لوجودهما .

٣٨٩٤ - وكما تسقط الأبوية بالأب تسقط بالجد أيضًا ، لكن بشرط أن تكون مدلية به كأم أبي الأب . فإن لم تكن مدلية به فلا يحجبها وإن علت كأم أم الأب فإنها ترث مع أبي الأب ؛ لأنها ليست من قبله بل هي زوجته إن كان بعدها عن الميت بدرجة واحدة ، أو أم زوجته إن كان بعدها بدرجتين على هذه الصورة .

ميت			
أب			
أب	جد أول	أم	جدة زوجة الجد الأول
أب	جد ثان	أم	أم زوجة الجد الأول

٣٨٩٥ - وتحجب القربى البعدى من أى جهة كان كل منهما ؛ أي : سواء كانت من جهة الأم أو من جهة الأب .

٣٨٩٦ - فأم الأب تحجب أم أم الأم وأم أبي الأب ، ولا فرق بين أن تكون القربى وارثة أو محجوبة ؛ كأم الأب المحجوبة بالأب فإنها تحجب أم أم الأم فلو لم توجد أم الأب لم تحجب أم أم الأم بالأب ؛ لأنها جدة أمية وقد عرفت أنها لا تحجب به .

٣٨٩٧ - فإن وجدت جدتان صحيحتان في درجة واحدة ، استحققتا السدس ، ويقسم بينهما نصفين اتفاقاً إذا كان كل منهما ذات قرابة واحدة كأم أم وأم أب .

٣٨٩٨ - فإن كانت إحداهما ذات قرابتين كأم أم الأم وهي أيضاً أم أبي الأب ، والأخرى ذات قرابة واحدة كأم أم الأب . قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يقسم السدس بينهما أنصافاً باعتبار الأبدان . وهو المعول عليه . وقال محمد : يقسم السدس بينهما أثلاثاً باعتبار الجهات ؛ لأن استحقاق الإرث باعتبار الأسباب ، فإذا اجتمع في واحد سببان متفقان كجدة من جهتين كانت في الصورة واحدة وفي المعنى متعددة ، فتستحق الإرث بهما معاً ، كما إذا اجتمع في شخص سببان مختلفان ، فإنه يرث بهما اتفاقاً . فإذا ترك شخص ابني عم شقيق أو لأب أحدهما أخ لأم ، يأخذ ذلك الأخ السدس بطريق الفرض والباقي يقسم بينهما نصفين بالتعصيب .

٣٨٩٩ - وكذا إذا توفيت امرأة وتركت ابني عم شقيق أو لأب أحدهما زوجها ، فإن الزوج يأخذ النصف بالفرضية ويقاسم الآخر في النصف الباقي بالتعصيب .

٣٩٠٠ - ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف : أن تعدد الجهة إن اقتضت تعدد الاسم كما في المثالين المذكورين ، كان مقتضياً لتعدد الاستحقاق بحسب تعددها . وأما إذا لم يقتض تعدد الاسم ، كان في حكم الجهة الواحدة . وما نحن فيه من هذا القبيل .

٣٩٠١ - فإن ذات القرابتين تسمى بالجدة كذات القرابة الواحدة ، وعلى هذا لو كانت جدة ذات قرابات ثلاثة مع جدة ذات قرابة واحدة ، يقسم السدس بينهما أنصافاً عند أبي يوسف وأرباعاً عند محمد .

مـيـت

أم أم الميت و بنت بنت الأولى	أب أبو الميت وابن ابن الأولى
أم	أم زوجة ابن الأولى
أم أم الأولى	أم
الأولى ذات القرابتين	الثانية ذات قرابة واحدة

٣٩٠٢ - وتوضيح هذه الصورة : أن امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها ، فولد منها ولد ، فهذه المرأة جدة لهذا الولد من قبل أبيه ؛ لأنها أم أبيه . ومن قبل أمه ؛ لأنها أم أمه ، فهي جدة ذات قرابتين . ثم إنه من غير شك كانت هناك امرأة أخرى تزوج بنتها ابن المرأة الأولى ، فولد منها ابن ابن الأولى الذي هو أبو الميت ، فهذه أم أم أبي الميت فهي ذات قرابة واحدة ، فهاتان المرأتان جدتان في مرتبة واحدة ، فإذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة .

٣٩٠٣ - وإذا أردت أن تصور الجددة ذات القرابات الثلاث تقول : إن تلك المرأة التي زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد منها مذكراً إذا زوجت هذا المولود بنت بنت أخرى لها فولد منها ولد كانت تلك المرأة للمولود الثاني أم أم الأم وأم أم الأب وأم أبي أبي الأب ، وكانت صاحبها ؛ أعني : أم زوجة ابنها للمولود الثاني أم أم أبي الأب .

٣٩٠٤ - فقد بان لك مما سبق أن أصحاب الفروض اثنا عشر :

٣٩٠٥ - أربعة من الذكور ؛ وهم : الأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ لأم ، والزوج .

٣٩٠٦ - وثمانية من الإناث ؛ وهن : البنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ، والأخت لأم ، والأم ، والجددة الصحيحة ، والزوجة .

٣٩٠٧ - وأن كل واحد منهم له أحوال تختلف باختلاف الورثة الموجودين معه ، وقد عرفت جميعها من هذا الباب ، ولكنها مفرقة . فلأجل التسهيل وضعنا لك جدولاً يبين لك جميع هذه الأحوال في صحيفة واحدة ؛ ليسهل لك معرفة أي حالة تريد

البحث عنها لأي وارث من المذكورين .

٣٩٠٨ - فإن استفدت ما أنت طالبه منه فيها ، وإلا فارجع إلى نفس الحالة التي تريدها في شرح أحوالهم تجدها واضحة بما لا مزيد عليه .

٣٩٠٩ - ولأجل زيادة السهولة ، رتبنا أصحاب الفروض وأحوالهم في هذا الجدول على حسب ترتيبها في الشرح .

٣٩١٠ - وكيفية وضعه : أننا أثبتنا جميع أصحاب الفروض في المربعات الرأسية من جهة اليمين ، ووضعنا أحوال كل واحد أمامه في الخانات المربعات الأفقية ، وهذا هو الجدول (١) :

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨٣) :

١ - تحجب الجدة الثابتة بالأم مطلقاً، والجدة البعيدة بالجدة القريبة، والجدة لأب بالأب .

٢ - الجد العصبي يحجب الجدة إذا كانت أصلاً له .

« جدول أحوال أصحاب الفروض »

الأب له أحوال ٣	١ يرث بالفرض المطلق الحالي عن التعصيب مع الفرع الوارث الذكر وهو الابن وابن الابن وإن نزل	٢ يرث بالفرض والتعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤث وهو بنت وبنت الابن وإن نزل أبوها	٣ يرث بالتعصيب المحض عند عدم الفرع الوارث مطلقاً
أحوال الجد ٣	هي أحوال الأب نفسها عند عدم الأب ويخالفه في مسائل أربعة	١ أم الأب لا ترث معه وترث مع الجد	٢ أم لها ثلث الباقي مع الأب بعد فرض أحد الزوجين وثلث الكل مع الجد
أحوال أولاد الأم ٣	١ الواحد منهم له السلس سواء كان مذكراً أو مؤنثاً	٢ الثلث للابنتين فأكثر مطلقاً والأصل الوارث الذكر	٣ لا يأخذون شيئاً مع الفرع الوارث عندما يأخذون الثلث يستوي مؤنثهم ومذكرهم في القسمة
٤ المتعق لا شيء له مع ابنه إجمالاً وأبو المتعق له السلس مع ابنه عند أبي يوسف	٣ الأخوة الأشقاء أو أب وكذلك الأخوات يسقطون بالأب إجمالاً ولا يسقطون بالجد إلا عند أبي حنيفة	٣ لا يأخذون شيئاً مع الفرع الوارث عندما يأخذون الثلث يستوي مؤنثهم ومذكرهم في القسمة	٣ لا يأخذون شيئاً مع الفرع الوارث عندما يأخذون الثلث يستوي مؤنثهم ومذكرهم في القسمة

أحوال الزوج ٢	١ النصف عند عدم الفرع الوارث	٢ الربع عند عدم وجود الفرع الوارث	الفرع الوارث هو الابن وابن الابن وإن نزل والبيت وبيت الابن وإن نزل أبوها
أحوال الزوجة أو الزوجات ٢	١ الربع عند عدم الفرع الوارث	٢ الثلث عند عدم وجود الفرع الوارث	
أحوال البنات الصليات ٣	١ النصف للواحدة	٢ الثلثان للأكثر من الواحدة	٣ الإرث بالتعصيب مع الابن
أحوال بنات الابن ٦	١ النصف للواحدة	٢ الثلثان للأكثر من الواحدة	٣ ابن الابن بالتعصيب مع الإرث
٤ يرث السدس مع البنت الواحدة	٥ سقطن بالبنتين إلا إذا كان معهن أو سقطن بالابن معها معصب	٦ سقطن بالابن	

أحوال الأخوات الشيقات ٥	١ النصف للواحدة	٢ الثلاثان للأختين فأكثر	٣ تصيهن بالأخ الشيقي	٤ يصرن عصبه مع البنت أو بنت الابن	٥ سقطهن مع الابن وابن الابن وإن نزل ، والأب والجد الصحيح وإن علا	٦ استحقاقهن السلس مع الشيقة الواحدة	٧ سقطهن بالأختين الشيقتين إذا لم يكن معهن مصعب
أحوال الأخوات لأب ٧	١ النصف للواحدة	٢ الثلاثان للأختين فأكثر	٣ تصيهن بالأخ	٤ يصرن عصبه مع البنت أو بنت الابن	٥ سقطهن بالابن وابن الابن وإن نزل ، وبالأب والجد الصحيح وبالأخ الشقي والمصعب مع الغير	٦ الشيقة الواحدة	٧ سقطهن بالأختين الشيقتين إذا لم يكن معهن مصعب

أحوال الأم ٣	١ سدس كل التركة مع وجود الفرع الوارث أو اثنين من الأخوة أو الأخوات مطلقاً	٢ ثلث كل التركة عند عدم الفرع الوارث أو اثنين من الأخوة أو الأخوات مطلقاً	٣ ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين في مسألتين (١) زوج أم أب (٢) زوجة أم أب
أحوال الجدة أو الجدات ٢	١ السدس للواحدة أو الأكثر إذا كن صحیحات متحاذات في الدرجة	٢ سقوطهن بالأم سواء كن أبويات أو أميات وسقوط الأبويات بالأب والجد إذا انتسبت به ، وسقوط البعدي بالقرنبي من أي جهة كانت	

الباب الخامس في الإرث بالتعصيب

(مادة ٦٠٧)

العاصِبُ شَرَعًا : كُلُّ مَنْ حَازَ جَمِيعَ التَّرِكَةِ إِذَا انْفَرَدَ ، أَوْ حَازَ مَا أَبْقَتْهُ الْفَرَايِضُ .
وَالْعَصَبَةُ نَوْعَانِ : نَسَبِيٌّ ، وَسَبَبِيٌّ .
فَالنَّسَبِيُّ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ : عَاصِبٌ بِنَفْسِهِ ، وَعَاصِبٌ بِغَيْرِهِ ، وَعَاصِبٌ مَعَ غَيْرِهِ ^(١) .

- ٣٩١١ - اعلم أن العصبه تنقسم انقسامًا أوليًا إلى قسمين :
- ٣٩١٢ - الأول : العصبه النسبية : وهي الآتية من جهة النسب ، أي : القرابة .
- ٣٩١٣ - والثاني : العصبه السببية : وهي الآتية من جهة السبب أي : العتق .
- ٣٩١٤ - والأول ينقسم إلى ثلاثة أقسام : عاصب بنفسه ، وعاصب بغيره ، وعاصب مع غيره .
- ٣٩١٥ - ولكن عندما يطلق « العاصب » لا ينصرف إلا إلى العاصب بنفسه ، وهو : من يأخذ جميع المال عند انفراده ، أو ما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر إن لم يكن محجوبًا به .
- ٣٩١٦ - كالأخت الشقيقة مع الابن ، فإنها وإن كانت صاحبة فرض ، إلا أنها لا تأخذ شيئًا معه ^(٢) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥١/٦) : « العصبات : هم كل من ليس له سهم مقدر ، ويأخذ ما بقي من سهام ذوي الفروض وإذا انفرد أخذ جميع المال ، كذا في الاختيار شرح المختار . فالعصبه نوعان : نسبية وسببية ، فالنسبية ثلاثة أنواع : عصبه بنفسه ، وهو كل ذكر لا يدخل في نسبه إلى الميت أنثى وهم أربعة أصناف : جزء الميت وأصله ، وجزء أبيه ، وجزء جده ، كذا في التبيين فأقرب العصبات الابن ثم ابن الابن وإن سفل ، ثم الأب ثم الجد أب الأب وإن علا ، ثم الأخ لأب وأم ، ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم لأب وأم ، ثم ابن العم لأب وأم ، ثم ابن العم لأب ، ثم عم الأب لأب ، وأم ثم عم الأب لأب ، ثم ابن عم الأب لأب وأم ، ثم ابن عم الأب لأب ثم عم الجد ، هكذا في المسوط » .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧٤) : ١ - إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبه من النسب .

القسم الأول وهو العاصب بنفسه النسبي

(مادة ٦٠٨)

العاصِبُ بِنَفْسِهِ : هُوَ كُلُّ مَنْ لَمْ يَخْتَجْ فِي عَصُوْبَتِهِ إِلَى الْغَيْرِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أَنْتَى .

وَهُوَ أَرْبَعَةٌ أَصْنَافٌ بَعْضُهَا أَوْلَى بِالْمِيْرَاثِ مِنْ بَعْضٍ عَلَى التَّرْتِيْبِ الْآتِي بَعْدُ :
الصَّنْفُ الْأَوَّلُ : ابْنُ الْمَيِّتِ وَإِنْ سَقَلَ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنًا لَا غَيْرَ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِابْنِهِ بِالْعَصُوْبَةِ .

الصَّنْفُ الثَّانِي : الْأَبُ ، أَوْ الْجَدُّ الصَّحِيْحُ وَإِنْ عَلَا عِنْدَ عَدَمِ الْإِبْنِ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنًا وَأَبًا أَوْ جَدًّا ، فَالشُّدُسُ لِلْأَبِ أَوْ الْجَدِّ بِالْفَرْضِ وَبِالْبَاقِي لِلْإِبْنِ بِالْعَصُوْبَةِ .

الصَّنْفُ الثَّلَاثُ : الْإِخْوَةُ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو الْإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِأَبٍ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ أَوْ الْجَدِّ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ أَبًا أَوْ جَدًّا وَأَخًا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْأَبِ أَوْ الْجَدِّ بِالْعَصُوْبَةِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْأَخِ ، لِأَنَّ الْأَبَ أَوْ الْجَدَّ أَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرَ عِنْدَ عَدَمِ الْإِبْنِ ، أَوْ مَاتَ وَتَرَكَ أَخًا وَإِنَّ أَخًا ، فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلْأَخِ ، وَلَا شَيْءَ لِابْنِ الْأَخِ عِنْدَ وُجُودِ الْأَخِ .

الصَّنْفُ الرَّابِعُ : عَمُّ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو الْعَمِّ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِأَبٍ وَإِنْ سَقَلُوا عِنْدَ عَدَمِ الْأَخِ وَابْنِهِ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ عَمًّا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ وَأَخًا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَوْ ابْنَ أَخٍ

= ٢ - العصبية من النسب ثلاثة أنواع :

أ - عصبية بالنفس .

ب - عصبية بالغير .

ج - عصبية مع الغير .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩١) أ - الإرث بالتعصيب هو إرث غير مقدر إلى أقارب الميت من المذكور ومن نزل منزلتهم أو اشترك معهم من الإناث الذين لا يقتصرون في انتسابهم إلى الميت على أنتى .

ب - العصبية أنواع ثلاثة :

١ - عصبية بالنفس .

٢ - عصبية بالغير .

٣ - عصبية مع الغير .

لأَبَوَيْنِ أَوْ لَأَبٍ ، فَلَمَّا لُكُلَهُ لِلأَخِ أَوْ ابْنِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِلعَمِّ لِأَنَّ الأَخَ أَوْ ابْنَهُ أَوْلَى . أَوْ مَاتَ وَتَرَكَ عَمًّا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لَأَبٍ وَابْنَ عَمٍّ ، فَلَمَّا لُكُلَهُ لِلعَمِّ ذُوْنُ ابْنِ العَمِّ .

ثُمَّ عَمُّ أَبِيهِ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لَأَبٍ ، ثُمَّ بَنُو عَمِّ الأَبِ لِأَبَوَيْنِ ثُمَّ لَأَبٍ وَإِنْ سَفَلُوا ، عِنْدَ عَدَمِ ذَلِكَ العَمِّ وَابْنِهِ ، ثُمَّ عَمُّ جَدِّهِ الصَّحِيحِ لِأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لَأَبٍ ، ثُمَّ بَنُوهُ وَإِنْ سَفَلُوا عِنْدَ عَدَمِ عَمِّ الأَبِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لَأَبٍ وَبَنِيهِ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ وَثَّمْ عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ (١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٣/٢) : « وأقربهم) أي : أقرب العصابات (جزء الميت وهو الابن وابنه وإن سفل) لدخولهم في اسم الولد ، وغيرهم محجوبون بهم ، لقوله تعالى : ﴿ يُؤَيِّدُكُمُ اللَّهُ فِي أَزْدِكُمْ لِلَّذِينَ يَشَاءُ حَظَّ الأَنْثَيْنِ ﴾ إلى أن قال سبحانه : ﴿ وَلَا يُؤَيِّدُ بَاطِلًا وَيُؤَيِّدُ مَنَ تَرَكَ إِنْ كَانَ لَكُمْ وَوَلَدٌ ﴾ فجعل الأب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهمًا مقدارًا فتعين الباقي له فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة ، وابن الابن ابن ؛ لأنه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضًا ومن حيث المعقول أن الإنسان يؤثر ولد ولده على ولده ويختار صرف ماله ، ولأجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه الصلاة والسلام : « الولد مبخلة مجبنة » وقضية ذلك أن لا تتجاوز بكسبه محل اختياره ، إلا أنا صرفنا مقدار الفرض إلى أصحاب الفروض بالنص فبقي الباقي على قضية الدليل ، وكان ينبغي أن يقدم البنت أيضًا عليه وعلى كل عصبية إلا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها ، وجعل الباقي لأولى رجل (ثم أصله وهو الأب والجد الصحيح) أي أب الأب . (وإن علا) وأولاهم به الأب ؛ لأن الله تعالى شرط لإرث الإخوة الكلاله وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بيناه ، فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الأب ضرورة وعليه إجماع الأمة ، فإذا كان ذلك مع الإخوة ، وهو أقرب الناس إليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك مع من هو أبعد منهم كالأعمام وغيرهم ، والجد يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ، ويقدم على الإخوة فيه ، فكذا في الميراث وهو قول أبي بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - وبه أخذ الإمام (ثم جزء أبيه وهم الإخوة لأبوين أو) الإخوة (لأب ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا) وإنما قدموا على الأعمام ؛ لأن الله تعالى جعل الإرث في الكلاله للإخوة عند عدم الولد والوالد ، فعلم بذلك أنهم يقدمون على الأعمام ، وإنما قدم الأخ لأب وأم ؛ لأنه أقوى لاتصاله من الجانبين (ثم جزء جده وهم الأعمام لأبوين أو لأب ثم بنوهم وإن) وصلية (سفلوا ثم جزء جد أبيه كذلك) أي : أولاهم بالميراث بعد الإخوة أعمام الميت ؛ لأنهم جزء الجد فكانوا أقرب ، ثم أعمام الأب ؛ لكنهم أقرب بعد ذلك ؛ لأنهم جزء الجد ، ثم أعمام الجد ؛ لأنهم أقرب بعدهم ويقدم العم لأب وأم على العم لأب ، ثم العم لأب على ولد العم لأب وأم .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٢٢/٤ - ٣٠) : « (الابن) المنفرد (يستغرق المال وكذا) الابنان (والبنون) إجماعًا في الجميع .

تنبيه : اجتمع بنون وبنات فالمال لهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

تنبيه : لو عبر بالتركة هنا وفيما سيأتي ليشمل غير المال كان أولى ، وإرث الابن بالعصوبة ، وقيل : لا يسمى عصبية ؛ لأن العصبية من قد يحجب ، وهو لا يحجب . قال في البسيط : والخلاف لفظي (وللبنت) الواحدة =

= (النصف وللبنتين فصاعداً الثلثان) وهذا قد سبق في فصل أصحاب الفروض وذكر هنا تنميماً للأقسام وتوطئة ؛ لقوله : (ولو اجتمع بنون وبنات فالمال لهم للذكر مثل حظ) أي : نصيب (الأنتيين) ؛ لقوله تعالى : ﴿ يُوَسِّرُكَ اللَّهُ لِذِي قُرْبَىٰ أَوْلَادِكَ لِلذَّكَرِ ۗ ﴾ الآية وإنما فضل الذكر على الأنتى لاختصاصه بلزوم ما لا يلزم الأنتى من الجهاد ، وتعمل العاقلة وغيرهما ، وله حاجتان حاجة لنفسه وحاجة لزوجه ، وللأنتى حاجة واحدة لنفسها ، بل هي غالباً مستغنية بالتزويج عن الإنفاق من مالها ، ولكن لما علم الله ﷻ احتياجها إلى النفقة وأن الرغبة تنقل فيها إذا لم يكن لها مال جعل لها حظاً من الإرث وأبطل حرمان الجاهلية لها ، وإنما جعل لها نصف ما للذكر ؛ لأنها كذلك في الشهادة ، وخولف هذا القياس في إحوه الأم فسوى بين ذكرهم وأنتاهم لإدلائهم بالأم وبين الأب والأم فيما إذا كان هناك ابن مثلاً فجعل لكل منهما السدس لتعها في تربية الولد غالباً (وأولاد الابن) وإن نزل (إذا انفردوا كأولاد الصلب) فيما ذكر بالإجماع لتزويلهم منزلتهم (فلو اجتمع الصنفان) أي : أولاد الصلب وأولاد الابن (فإن كان من ولد الصلب ذكر) منفرداً أو مع غيره (حجب أولاد الابن) بالإجماع (وإلا) بأن لم يكن ذكر (فإن كان للصلب بنت فلها النصف ، والباقي لولد الابن الذكور) فقط بالسوية بينهم (أو) الباقي لولد الابن (الذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنتيين قياساً على أولاد الصلب (فإن لم يكن) من أولاد الابن (إلا أنتى أو إناث فلها أو لهن السدس) تكملة الثلثين . أما الواحدة فلأنه ﷻ قضى لها به رواه مسلم عن ابن مسعود ، وأما في الرائد على الواحدة فلأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين ، فالبنت وبنات الابن أولى بذلك ، وترجحت بنت الصلب على بنات الابن بقربها فيشتركن في السدس كالجندات الوارثات (وإن كان للصلب بنتان فصاعداً أخذتا) أو أخذن (الثلثين) كما مر (والباقي لولد الابن الذكور) بالسوية (أو الذكور والإناث) للذكر مثل حظ الأنتيين (ولا شيء للإناث الخالص) من ولد الابن مع بنتي الصلب بالإجماع كما قاله ابن المنذر (إلا أن يكون أسفل منهن ذكر فيعصبن) في الباقي للذكر مثل حظ الأنتيين ؛ إذ لا يمكن إسقاطه ؛ لأنه عصبه ذكر ولا إسقاط من فوقه وإفراجه بالميراث مع بعده ؛ لأنه لو كان في درجتهم لم يفرد مع قربه ، وأفهم تعصبيه لهن إذا كان في درجتهم من باب أولى ، وهذا يسمى الأخ المبارك ، أما الأعلى فيسقطن به (وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن كأولاد الابن مع أولاد الصلب) في جميع ما مر (وكذا سائر) أي باقي (المنازل) من كل درجة نازلة مع درجة عالية كأولاد ابن الابن مع أولاد ابن الابن (وإنما يعصب الذكر النازل) من أولاد الابن عن إناثهم (من في درجته) كآخته وبنت عمه فيعصبها مطلقاً سواء أفضل لها من الثلثين شيء أم لا . كما يعصب الابن البنات ، وخرج بقوله من في درجته من هي أسفل منه ، فإنه يسقطها كما مر (ويعصب من فوقه) كبنت عم أبيه (إن لم يكن لها شيء من الثلثين) كبنتي صلب وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، فإن كان لها شيء منها لم يعصبها كبنت وبنت ابن وابن ابن ابن ؛ لأن لها فرضاً استغنت به عن تعصبيه ، ولا يقال : تأخذ السدس ويعصبها في الباقي ؛ لأن الجمع بين فرض وتعصيب بجهة واحدة من خصائص الأب والجد .

تبيه : قال الفرضيون : ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمه أبيه وجده وبنات أعمامه ، وبنات أعمام أبيه وجده إلا المستنزل من أولاد الابن . (الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا) عن الإخوة والأخوات للآب (ورتوا كأولاد الصلب) فللذكر الواحد فأكثر كل المال ، وللأنتى النصف وللبنين فصاعداً الثلثان ، =

وعند اجتماع الصنفين للذكر مثل حظ الأنثيين (وكذا إن كانوا) أي : الإخوة والأخوات (لأب) وانفردوا عن الإخوة والأخوات للأبوين وورثوا كأولاد الصلب (إلا) أي لكن (في المشتركة) بفتح الراء المشددة بخطه أي : المشترك فيها بين الشقيق وولدي الأم ، وقيل بكسرهما بمعنى فاعلة التشريك (وهي زوج وأم) أو جدة (وولدا أم) فصاعداً (وأخ لأبوين) فأكثر (فيشارك الأخ) الشقيق ولو كان معه من يساويه من الإخوة والأخوات (ولدي الأم في الثلث) بأخوة الأم لاشتراكهم في القرابة التي وورثوا بها الفرض ، فأشبه ما لو كان أولاد الأم بعضهم ابن عم فإنه يشارك بقرابة الأم وإن سقطت عصوبته ، وتسمى هذه أيضاً بالحمارية ؛ لأنها وقعت في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فحرم الأشقاء ، فقالوا : هب أن أباهم كان حماراً ألسنا من أم واحدة ؟ ، فشرك بينهم وفي مستدرک الحاكم أن زياداً هو القاتل : هب أن أباهم كان حماراً أما زادهم الأب إلا قرباً ، وروي أن عمر رضي الله تعالى عنه هو القاتل ذلك ، وروي أنه قضى بها مرة فلم يشرك ، ثم قضى في العام الثاني فشرك ، فقيل : إنك أسقطته في العام الماضي ، فقال : ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي . وتسمى المنبرية ؛ لأنه سئل عنها وهو على المنبر ، وروي هب أن أبانا كان حجراً ملقى في اليم ، فعلى هذا تسمى الحجرية واليمنية .

وأصل المسألة ستة ، وتصح من ثمانية عشر إذا لم يكن مع الأخ من يساويه ، فإن كان معه أخت صحت من اثني عشر ، ولا تفاضل بينه وبينها (ولو كان بدل الأخ) لأبوين (أخ لأب سقط) بالإجماع ؛ لأنه ليس له قرابة أم يشارك بها ، ولو كان بدله أخت لأب فرض لها النصف وعالت ، ولو كانتا اثنتين فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان وأعلت ، ولو كان معهن أخ لأب سقط وأسقطهن ؛ ولذلك سمي هذا الأخ المشووم ، ولو كان بدل الشقيق أخت شقيقة فرض لها النصف أو ثنتان فأكثر فرض لهما أو لهن الثلثان أو حتى شقيق يتقدير ذكوره هي المشتركة ، وتصح من ثمانية عشر كما مر ، ويتقدير أنوثته تعول إلى تسعة وبينهما تداخل ، فيصحان من ثمانية عشر ، وإلا ضرر في حقه ذكوره وفي حق الزوج والأم أنوثته ، ويستوي في حق ولدي الأم الأمران ، فإذا قسمت يفضل أربعة موقوفة بينه وبين الزوج والأم ، فإن كان أنثى أخذها أو ذكراً أخذ الزوج ثلاثة والأم واحداً (ولو اجتمع الصنفان) من الإخوة لأبوين والإخوة لأب (فكاجتماع أولاد الصلب وأولاد ابنه) فإن كان من أولاد الأبوين ذكر ، ولو مع أنثى حجب أولاد الأب أو أنثى فلها النصف والباقي لأولاد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يكن من ولد الأب إلا أنثى أو إناث فلها أو لهن السدس تكملة الثلثين ، وإن كان ولد الأبوين اثنتين فأكثر فلهما ، أو لهن الثلثان والباقي لولد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث ، ولا شيء للإناث الخالص منهما مع الأختين لأبوين فأكثر (إلا أن بنات الابن يعصبن من في درجتهم أو أسفل) منهن كما مر (والأخت لا يعصبها إلا أخوها) لا ابن الأخ ولا ابن العم ، فلو خلف شخص أختين لأبوين وأختاً لأب ، وابن أخ لأب فلأختين الثلثان ، والباقي لابن الأخ ، ولا يعصب الأخت ؛ لأنه لا يعصب أخته فلا يعصب عمته ، وأيضاً ابن الابن يسمى ابناً حقيقة أو مجازاً وابن الأخ لا يسمى أختاً ، وسكت المصنف عما لو اجتمع أخ لأبوين ولأب وأم ، وحكمهم أن للأخ للأب السدس ، والباقي للشقيق ولا شيء للأخ للأب ، فإن كان الجميع إناثاً كان للشقيقة النصف ، وللتي للأب السدس تكملة الثلثين ، وللتي للأب السدس (وللواحد من الإخوة أو الأخوات لأب السدس ، ولانثين) =

= منهم (فصاعداً الثلث سواء ذكورهم وإناثهم) بالإجماع ؛ ولأنهم يشتركون بالرحم فاستووا كالأبوين مع الولد فإنهما يشتركان في الثلث ، وبهذا فارقوا الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب ، فإن للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأنهم يرثون بالمصوبة .

(والأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبنات الابن عصبية كالإخوة) لما روى البخاري أن ابن مسعود رضي الله عنه سئل عن بنت وبنت ابن وأخت ، فقال : لأقضىن فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « للابنة النصف ولابنة الابن السدس وما بقي فلأخت » . قال الإمام : ولأنه إذا كان في المسألة بنتان أو بنات ابن وأخوات أخذ البنات أو بنات الابن الثلثين ، فلو فرضنا للأخوات ، وأعلنا المسألة نقص نصيب البنات ، أو بنات الابن ، فاستبعدوا أن تزاحم الأخوات الأولاد أو أولاد الابن ، ولم يمكن إسقاطهن فجعل عصابات ليدخل النقص عليهن خاصة . ثم بين فائدة كونها عصبية بقوله : (فنسقط أخت لأبوين) اجتمعت (مع البنت) أو بنت الابن أو معها الإخوة و (الأخوات لأب) كما يسقطهم الأخ الشقيق .

تتبيه : وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم حكمه في الإرث كأبيه اجتماعاً وانفراداً .
تتبيه : لو قال بدل الأخوات لأب : أولاد الأب لكان أولى ليشمل ما قدر ، ولو كان مع الأخت الشقيقة أخ شقيق عصبياً وكان الباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لئلا يلزم مخالفة أصل أن للذكر ضعف ما للأنثى ؛ ولأن تعصيبها إنما هو للضرورة كما مر (وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم) حكمه في الإرث (كأبيه اجتماعاً وانفراداً) فيستغرق الواحد أو الجمع منهم المال عند الانفراد ويأخذ ما فضل عن الفروض ، وعند اجتماعهم يسقط ابن الشقيق ابن الأخ للأب (لكن يخالفونهم) أي : آباءهم (في أنهم لا يردون الأم) من الثلث (إلى السدس) بخلاف آباءهم ؛ لأن الله تعالى أعطاهم الثلث حيث لا إخوة ، وهذا الاسم لا يصدق على بنينهم كما مر (ولا يرثون مع الجد) بل يسقطون به وآباؤهم يرثون معه ؛ لأن الجد كالأخ بديل تقاسمهما إذا اجتماعاً ، وإذا كان كالأخ فلا يرث ابن الأخ معه ؛ لأنه أقرب منه (ولا يعصبون أخواتهم) ؛ لأنهم من ذوي الأرحام (ويسقطون في المشتركة) بخلاف آباءهم الأشقاء ؛ لأن مأخذ التشريك قرابة الأم ، وهي مفقودة في ابن الأخ ، وهذه المخالفة مختصة بيني الإخوة للأبوين كما قرره تباعاً للمحرر ؛ لأن الإخوة لأب وبنينهم سياتن في ذلك كما مر .

تتبيه : قد اقتصر المصنف تباعاً للرافعي على استثناء هذه الصور الأربع ، وزاد في الروضة ثلاث صور آخر : الأولى : الإخوة لأبوين يحجبون الإخوة لأب وأولادهم لا يحجبونهم . الثانية : الأخ للأب يحجب ابن الأخ الشقيق وابنه لا يحجبه . الثالثة : بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصابات مع البنات .

قائدة : الإخوة والإخوان : جمع أخ ، سواء في ذلك أخو النسب ، وأخو الصداقة . وقال أهل البصرة : الإخوة في النسب والإخوان في الأصدقاء . قال أبو حاتم : وهذا غلط بل كل يستعمل فيهما . (والعم لأبوين ولأب) حكمه في الإرث (كالأخ من المهنتين اجتماعاً وانفراداً) منصوبان بنزع الخافض أي : في الاجتماع والانفراد أو على التمييز أي : من جهة الاجتماع والانفراد ، فمن انفرد منهما استغرق المال والا أخذ الباقي بعد الفرض ، وإذا اجتماع سقط العم لأب بالعم لأبوين كأخ من أب مع أخ لأبوين ، هذا عند عدم بني الإخوة ؛ لأنهم يحجبونهم لتأخر رتبته عنهم (وكذا قياس بني العم) من الأبوين أو من الأب عند عدم العم =

= كيني الإخوة (و) كذا قياس (سائر) أي : باقي (عصبية النسب) كيني بني العم وبني بني الإخوة وهلم جرا . فإن قيل : يرد على المصنف بنو الأخوات اللواتي هن عصبية مع البنات مع أن بنين ليسوا مثلهن ، وهن من عصبية النسب ؟ ، أجيب بأن الكلام في العصبية بنفسه (والعصبية) ويسمى به الواحد والجمع والمذكر والمؤنث قاله المطرزي وتبعهم المصنف ، وأنكر ابن الصلاح إطلاقه على الواحد ؛ لأنه جمع عاصب ، ومعنى العصبية لغة : قرابة الرجل لأبيه ، وشرعاً كما قال المصنف : (من ليس له) حال التعصيب بجهة التعصيب (سهم مقدر من) الورثة (المجمع على تورثهم) وغيرهم من ذوي الأرحام ، وإنما قيدت المقدر بجهة التعصيب لثلا يرد ابن عم هو زوج أو أخ لأم ؛ لأن ما يأخذه فرضاً ليس من جهة التعصيب بل من جهة الزوجية أو أخوة الأم ، ويدخل في ذلك الأب والجد والأخوات مع البنات ، وأدخلت في كلامه ذوي الأرحام ، إذ الصحيح في تورثهم مذهب أهل التنزيل كما مرّ فإنهم ينزلون كلّاً منهم منزلة من يدلي به ، وهم ينقسمون إلى ذوي فرض وعصابات . تنبيه : كل من ذكره من الرجال عصبية إلا الزوج والأخ للأم ، وكل من ذكره من النساء ذات فرض إلا المعتقة ، ثم ذكر المصنف بعد تعريف العصبية حكمه بقوله : (فيرث المال) وما ألحق به إذا انفرد ، وذلك في بعض أحواله حيث لم يكن معه ذو فرض ، ولم ينتظم في صورة ذوي الأرحام بيت المال (أو ما فضل بعد الفروض) أو الفرض ، إن كان معه ذو فرض ، أو ذو فروض أي : سهم مقدر ولم ينتظم في تلك الصورة بيت المال وكان ذو الفرض فيها أحد الزوجين ، وتقدم بيان من له فرض ، ومن حكم العاصب أيضاً أنه يسقط عند استغراق الفروض كما سبق إلا إذا انقلب إلى فرض كالشقيق في المشتركة ، ومن حكمه أيضاً أن قريب الجهة فيه مقدم على القريب للعت ، فلو مات عن ابن أخ وابن عم ، فالأول أولى كما قاله القاضي حسين . تنبيه : والعصبية بغيره هن البنات والأخوات غير ولد الأم مع أحيين .

تنبيه : قوله : فيرث المال صادق بالعصبية بنفسه ، وهو ما تقدمt بنفسه وغيره ممّا ، والعصبية بغيره هن البنات والأخوات غير ولد الأم مع أحيين ، وقوله : أو ما فضل إلخ صادق بذلك ، وبالعصبية مع غيره ، وهن الأخوات مع البنات وبنات الابن ، فليس لهن حال يستفرقن فيها المال ، والفرق بين العصبية بغيره والعصبية مع غيره أن في الأول لحة عصبية بخلاف الثاني .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (٢٠٦ ، ٢٠٥/٨) : « ولعاصب ورث المال ، أو الباقي بعد الفرض وهو الابن ، ثم ابنه وعصب كل أخته ، ثم الأب ، ثم الجد والإخوة ، كما تقدم ، ثم الشقيق ، ثم للأب وهو كالشقيق عند عدمه أصل العاصب الشدة والقوة ومنه عصب الحيوان ؛ لأنه يعينه على الشدة والمدافعة فعصبه الرجل بنوه وقرابته لأبيه ، وإنما سماوا عصبية ؛ لأنهم عصبوا به فالأب طرف والابن طرف والعم جانب والأخ جانب والجمع العصابات ، وإنما أخرج المؤلف ذكر العاصب عن الذي يرث بالفرض ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « الحقوا الفرائض بأهلها فما أبتت الورثة فلأولى رجل ذكر » وفائدة وصف الرجل بالذكر بالذكورة التنبيه على سبب استحقاقه وهو الذكورة التي هي سبب العصبية والترجيح في الإرث ، ولهذا جعل للذكر مثلي الأنثى والعاصب بنفسه هو الذي يرث جميع المال إذا انفرد ، وبأخذ ما بقي عن أصحاب الفروض كالابن وابنه عند عدم الابن والأب والجد عند عدم الأب والأخ الشقيق والأخ للأب عند عدم الشقيق ، وقوله كما تقدم راجع للجد والإخوة أي كما مرّ من التفصيل أو راجع للإخوة فقط ، وهذا أحسن ويكون التفصيل وهو قوله : =

= الشقيق ثم للأب بتجريد الشقيق من أداة العطف قاصراً على الإخوة ؛ لأن بتجريد الشقيق من أداة العطف كما هو الصواب كما قال ابن غازي يكون الشقيق ثم للأب بدلاً من الإخوة مفضلاً ، وقوله : وعصب كل أخته الظاهر ، والله أعلم أن مقصوده ، وإن كان كلامه في العاصب بنفسه بيان العاصب بغيره استطراداً فالغرض فيما سبق بيان تخصيص أنها تستحق النصف إذا لم يكن معها من يساويها ، ولا من يعصبها والغرض هنا بيان أنها عصبه بغيرها ، فلا تكرر ؛ لأن الغرضين مختلفان واعلم أن العاصب على ثلاثة أقسام عصبه بنفسه ، وعصبه مع غيره ، وعصبه بغيره ، فالأول : كل ذكر لا يدخل في نسبه إلى الميت أنثى ، والثاني : كل أنثى تصير عصبه مع أنثى أخرى كالأخت مع البنت ، أو بنت الابن ، والثالث : النسوة الأربع اللاتي فرضهن النصف إذا اجتمع كل مع أخيه والفرق بين الأخيرين أنا إذا قلنا عصبه بغيره فالغير عصبه ، أو مع غيره لم يجب كونه عصبه وهو اصطلاح والحقيقة واحدة ، وقوله : وهو كالشقيق عند عدمه يعني عنه قوله : ثم للأب صرح به لأجل قوله .

إلا في الحمارية والمشاركة زوج وأم ، أو جدة وأخوان فصاعداً أم وشقيق وحده ، أو مع غيره فيشاركون الإخوة للأم الذكر كالأبني دل هذا الاستثناء على أن الشقيق عاصب إلا في هذه المسألة ، وإنما يرث بالفرض وشرط كونها مشتركة تعدد الإخوة للأم ، وأن لا يكون الأشقاء كلهم إناثاً ، فإن كان بدل الشقيق أنثى واحدة شقيقة أو لأب عالت الفريضة بمثل نصفها إلى تسعة ، وإن كانتا اثنتين عالت بمثل ثلثها إلى عشرة وهي غاية عول الستة وترث الأشقاء في المشاركة للذكر مثل حظ الأنثى فأصلها من ستة ، للزوج النصف ثلاثة ، وللأم أو الجدة السدس واحد والإخوة للأم اثنان ، ولا شيء للشقيق ومن معه على ظاهر الحال وقد نزلت هذه المسألة بسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أول مرة فأسقط فيها الأشقاء ثم لما كان في العام المقبل أتى عمر بمثلها فأراد أن يقضي بذلك فقال له زيد بن ثابت : أليست الأم تجمعهم ، هب أن أباهم كان حمازاً ما زادهم الأب إلا قرباً وقيل : قائل ذلك أحد الورثة ، وقيل : قائله أحدهم لعلني لا لعمر ، فأشرك عمر بينهم وبين ولد الأم في الثلث ، فقيل له لم لم تقض بهذا في العام الماضي ؟ ، فقال عمر : ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي ، ولم ينقض أحد الاجتهادين بالآخر ، ولو كان في المشاركة جد لسقطت الإخوة للأم والأشقاء وإنما يرثون فيها بالأم والجد يسقط كل من يرث بها وتلقب هذه بشبهة المالكية للجد الثلث الباقي بعد فرض الزوج والأم وتسقط الإخوة الأشقاء ، وكما تسمى هذه المسألة بالحمارية والمشاركة ؛ لقول القائل : هب أن أباهم كان حمازاً ولنشرىك الشقيق مع الإخوة للأم تسمى أيضاً بالحجرية وباليمية ؛ لما قيل إنهم قالوا : هب أن أباهم كان حمازاً ملقي في اليم وبالمنبرية ؛ لأن عمر سئل عنها وهو على المنبر .

وأسقطه أيضاً الشقيقة التي كالعاصب لبنت ، أو بنت ابن فأكثر الضمير في أسقطه يرجع للأخ للأب ، والمعنى أن الأخ للأب يسقط في هذه المسألة كما سقط فيما قبلها ، فإذا ترك الميت بنتاً فأكثر ، أو بنت ابن فأكثر وأختاً شقيقة وأختاً لأب ، فلا شيء للأخ للأب ؛ لأجل الشقيقة التي صارت كالعاصب لأجل بنت ، أو بنت ابن فأكثر فتحجبه عن الميراث حجب حرمان ؛ لأن حالها مع كحال الأخ الشقيق فكما يحجب بالشقيق يحجب أيضاً بالشقيقة .

ثم بنوهما ثم العم الشقيق ثم للأب ثم عم الجد الأقرب فالأقرب ، وإن غير شقيق وقدم مع التساوي الشقيق =

= مطلقاً ثم المعتق كما تقدم ثم بيت المال ، ولا يرث ، ولا يدفع لذوي الأرحام يعني أن بني الإخوة الأشقاء أو لأب ينزلون منزلة الإخوة في عدمهم فهم حينئذ عصبية ؛ فابن الأخ الشقيق مقدم على ابن الأخ للأب ثم بعد الإخوة تأتي مرتبة الأعمام ، فالعم الشقيق يقدم على العم للأب والعم للأب يقدم على ابن العم الشقيق ، وابن العم الشقيق يقدم على ابن العم للأب ، وقد علمت أن عصبية الابن أولى من عصبية الأب ، وعصبية الأب أولى من عصبية الجد ، وكذلك عم الجد الشقيق يقدم على عم الجد لأبيه ، وابن عم الجد الشقيق يقدم على ابن عم الجد لأبيه ومع التساوي يقدم الشقيق على غيره ومع عدم التساوي يقدم الأقرب فالأقرب ، وإن غير شقيق ثم الشخص المعتق فيأخذ جميع المال عند عدم النسب ، أو ما أبقت الفروض كما مر في الولاء عند قوله : وقد عاصب النسب ثم المعتق ثم عصبته إلخ ، ثم بيت المال فهو عاصب على المشهور منتظماً ، أو غير منتظم عند عدم من يرث بالنسب ، أو بالولاء فيأخذ الجميع إن انفرد أو الباقي بعد ذوي الفروض أو الفرض ، ولا يرث ما فضل عن أصحاب الفروض إليهم عند مالك وزيد وأهل المدينة والشافعي وجمهور قضاة الصحابة ، وقال علي : يرث على كل واحد بقدر ما ورث سوى الزوج والزوجة ، فلا يرث عليهما إجمالاً ، ولا يدفع ما فضل عن أصحاب الفروض لذوي الأرحام على المشهور لكن الشيخ أبو بكر الطرطوشي قيد هذا بما إذا كان الإمام عدلاً ، وإلا فيرد على ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام .

ويرث بغرض وعصوبة الأب ثم الجد مع بنت ، وإن سفلت كابن عم أخ لأم يعني أن الأب ، أو الجد كل منهما يرث بالفرض والتعصيب معاً مع بنت الصلب ، وإن تعددت ومع بنت الابن ، وإن تعددت فيغرض لأحدهما معها ، أو معهن السدس بالفرض ويأخذ الباقي بالتعصيب ، وكذلك ابن العم إذا كان أخاً لأم ، فإنه يرث السدس بالفرض والباقي بالتعصيب ، فإن كان معه ابن عم آخر ليس أخاً لأم كان ما فضل عن السدس بينهما ، فإن كان ابن العم زوجاً أخذ النصف بالفرض والباقي بالتعصيب إذا لم يكن له من يشاركه فيه أو من هو أولى منه وأتى بتم للترتيب الإخباري قصد به الرد على من يتوهم الاشتراك ، وإلا فتم لا محل لها ؛ لأن الأحكام لا ترتب فيها .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٢/٦) : (ولا يرث أخ ، ولا أخت لأب وأم أو لأب ، مع ابن ، ولا مع ابن ابن وإن سفل ، ولا مع أب) أجمع أهل العلم على هذا ، بحمد الله ، وذكر ذلك ابن المنذر ، وغيره . والأصل في هذا قول الله تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُبَيِّنُ لَكُمْ فِي الْكَلِمَاتِ إِنِ ارْتَبَا هَلْ يَأْتِيَنَّكَ لَمْ يَكُنْ لَمْ يَكُنْ وَكَلَّمَ وَأَخْتٌ فَهَلَا يَصِفُ مَا رَزَقَهُ وَمَوْ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَوَلَدٌ ﴾ الآية . والمراد بذلك الإخوة والأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، بلا خلاف بين أهل العلم ؛ ولأنه قال : ﴿ وَمَوْ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَوَلَدٌ ﴾ . وهذا حكم العصبية ، فانقضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد ؛ لأن الكلاله من لا ولد له ولا والد ، خرج من ذلك البنات ، والأم ؛ لقيام الدليل على ميراثهم معها ، بقي ما عداهما على ظاهره ، فيسقط ولد الأبوين ، ذكرهم وأنتاهم بثلاثة ؛ بالابن ، وابن الابن وإن سفل ، وبالأب . ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ، وبالأخ من الأبوين ؛ لما روى عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ، ولأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات ، يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي .

وجاء فيه أيضاً (١٧١/٦) : (وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب . وابن الأخ للأب أولى من =

ابن ابن الأخ للأب والأم . وابن الأخ وإن سفل إذا كان لأب أولى من العم . وابن العم للأب أولى من ابن ابن العم للأب والأم . وابن العم وإن سفل أولى من عم الأب هذا في ميراث العصبية ، وهم الذكور من ولد الميت ، وآبائه ، وأولادهم ، وليس ميراثهم مقدراً ، بل يأخذون المال كله إذا لم يكن معهم ذو فرض ، فإن كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل عن ميراثه كله ، وأولاهم بالميراث أقربهم ، ويسقط به من بعد ؛ لقول النبي ﷺ : « أحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » . وأقربهم البنون ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، يسقط قريتهم بعيدهم ، ثم الأب ، ثم آباؤه وإن علوا ، الأقرب منهم فالأقرب ، ثم بنو الأب وهم الإخوة للأبوين أو للأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، الأقرب منهم فالأقرب . ويسقط البعيد بالقرب ، سواء كان القريب من ولد الأبوين أو من ولد الأب وحده . فإن اجتمعوا في درجة واحدة ، فولد الأبوين أولى ؛ لقوة قرابته بالأب ، فلهذا قال : ابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب ؛ لأنهما في درجة واحدة . وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم ؛ لأن ابن الأخ للأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ للأب والأم ، وعلى هذا أبداً ، ومهما بقي من بني الأخ أحد ، وإن سفل ، فهو أولى من العم ؛ لأنه من ولد الأب ، والعم من ولد الجد . فإذا انقرض الإخوة وبنوهم ، فالميراث للأعمام ثم بينهم ، على هذا النسق ، إن استوت درجاتهم قدم من هو لأبوين ، فإن اختلفت قدم الأعلى ، وإن كان لأب ، ومهما بقي منهم أحد وإن سفل ، فهو أولى من عم الأب ؛ لأن الأعمام من ولد الجد ، وأعمام الأب من ولد أب الجد ، فإذا انقرضوا ، فالميراث لأعمام الأب على هذا النسق ، ثم لأعمام الجد ، ثم بينهم ، وعلى هذا أبداً ، لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه ، وإن نزلت درجاتهم ؛ لما مر في الحديث ، وهذا كله مجمع عليه ، بحمد الله ومنه .

وجاء فيه أيضاً (١٧٢/٦ ، ١٧٣) : « وإذا كان زوج وأم وإخوة من أم وإخوة لأب وأم ، فللزوجة النصف ، وللأم السدس ، وللإخوة من الأم الثلث ، وسقط الإخوة من الأب والأم) . هذه المسألة تسمى المشتركة ، وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثان فصاعداً من ولد الأم وعصبية من ولد الأبوين . وإنما سميت المشتركة ؛ لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم ، فقسمه بينهم بالسوية ، وتسمى الحمارية ؛ لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الأبوين ، فقال بعضهم : يا أمير المؤمنين ، هب أن أبانا كان حمازاً أليست أمنا واحدة ؟ ، فشرك بينهم . ويقال : إن بعض الصحابة قال ذلك ، فسميت الحمارية لذلك . واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً ، فذهب أحمد رضي الله عنه فيها إلى أن للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللإخوة من الأم الثلث ، وسقط الإخوة من الأبوين ؛ لأنهم عصبية وقد تم المال بالفروض . ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود ، وأبي بن كعب ، وابن عباس ، وأبي موسى رضي الله عنه . وبه قال الشعبي ، والعبري ، وشريك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه رضي الله عنهم ، ويحيى بن آدم ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور ، وابن المنذر وروي عن عمر ، وعثمان ، وزيد بن ثابت ، رضي الله عنهم ، أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث ، فقسموه بينهم بالسوية ، للذكر مثل حظ الأنثيين . وبه قال مالك ، والشافعي رضي الله عنه ، وإسحاق ؛ لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها ، فوجب أن يساووهم في الميراث ؛ فإنهم جميعاً من ولد الأم ، وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قراباً واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم ؛ ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم : هب أن أباهم كان حمازاً ، فما زادهم ذلك إلا قراباً فشرك بينهم . وحرر بعض أصحاب

- ٣٩١٧ - العاصب بنفسه النسبي : هو كل مذكر لم ينتسب بالأنتى وحدها . سواء انتسب بمذكر فقط كابن الابن ، أو انتسب بأنتى مع مذكر كالأخ الشقيق .
- ٣٩١٨ - فخرج عنه من انتسب بأنتى فقط ، كابن الأم فإنه ليس بعصبة .

= الشافعي فيها قياساً ، فقال : فريضته جمعت ولد الأب والأم وولد الأم ، وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم ، وجب أن يرث ولد الأب والأم ، كما لو لم يكن فيها زوج .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ بُوْرَتْ كَكَلَّةٍ أَوْ امْرَأَةً وَكَلَّةٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ رَجُلٍ مِّنْهُمَا أَلْسُدُّنُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهَمْ شُرَكَاءُ فِي الْمَالِ ﴾ . ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص ، فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس ، فهو مخالفة لظاهر القرآن ، ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى ، وهي قوله : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنِ ﴾ . يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات ، وهم يسوون بين ذكرهم وأنتاهم . وقال النبي ﷺ : « أَلْحَقُوا الْفَرَاثِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ فَلْأَوْلَى رَجُلٌ ذَكَرٌ » . ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ، ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم ، وقد تم المال بالفروض ، فوجب أن يسقطوا ، كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان . وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم ، ومائة من ولد الأبوين ، لكان للواحد السدس ، وللمائة السدس الباقي ، لكل واحد عشر عشره ، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله ، لم لا يجوز لاثنتين إسقاطهم ، وقولهم : تساوا في قرابة الأم . قلنا : فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسألة ؟ ، وعلى أنا نقول : إن ساووهم في قرابة الأم فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض . وهذا الذي اختلفوا فيه هو المقتضى لتقديم ولد الأم ، وتأخير ولد الأبوين ، فإن الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض ، وتأخير العصبة ، ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين في القدر في المسألة المذكورة وشبهها ، فكذلك يقدم وإن سقط ولد الأبوين كغيره ، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها ، إن الأخ يسقط وحده ، فنرت أخته السبع ؛ لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه ، وهو لم يحجبها ، فهلا عدوه حمازاً ، وورثوها مع وجوده كميراثها مع عدمه ، وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته ، قال العنبري : القياس ما قال علي ، والاستحسان ما قال عمر .

قال الخجري : وهذه ساطة مليحة ، وعبارة صحيحة ، وهو كما قال ، إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع ؛ فإنه وضع للشرع بالرأي من غير دليل ، ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض ، فكيف وهو في مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس ؟ ، ومن العجب ذهب الشافعي إليه هاهنا ! مع تحفظته الذاتية إليه في غير هذا الموضع ، وقوله : من استحسنت فقد شرع . وموافقته الكتاب والسنة أولى . ولو كان مكان ولد الأبوين عصبة من ولد الأب سقط ، قولاً واحداً ، ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا ؛ لأنهم لم يساووا ولد الأم في قرابة الأم . ولو كان مكانهم أخوات من أبوين أو من أب ، فرض لهن الثلثان ، وعالت المسألة إلى عشرة ، في قول الجميع ، إلا في قول ابن عباس ومن تابعه ، ممن لا يرى العول ؛ فإنهم يردون النقص على الأخوات غير ولد الأم ، فمقتضى قوله سقوط الأخوات من ولد الأبوين ، كما لو كانوا إخوة ، والصواب خلاف ذلك .

- ٣٩١٩ - وهو ينحصر في أربعة أصناف : البنوة ، والأبوة ، والأخوة والعمومة .
- ٣٩٢٠ - فالبنوة تشمل : الابن ، وابن الابن وإن سفل .
- ٣٩٢١ - والأبوة تشمل : الأب ، والجد الصحيح وإن علا .
- ٣٩٢٢ - والأخوة تشمل : الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، وابن الأخ لأب وإن نزل كل منهما .
- ٣٩٢٣ - والعمومة تنقسم إلى ثلاثة أقسام : عمومة نفس الشخص ، وعمومة أبيه ، وعمومة جده وإن علا .
- ٣٩٢٤ - وكل من الأقسام الثلاثة يشمل : العم الشقيق ، والعم لأب ، وابن العم الشقيق ، وابن العم لأب وإن نزل كل منهما .
- ٣٩٢٥ - والعصبة في اللغة : قرابة الرجل لأبيه . وهو جمع عاصب مثله كلمة وكامل .
- ٣٩٢٦ - ولكن الفقهاء يستعملون العصبة في الواحد ، لأنه قام مقام جماعة في إحراز جميع المال ، والشرع جعل الأنثى في مسألة الاعتاق .
- ٣٩٢٧ - وهذه المادة معناها في اللغة : الإحاطة . يقال عصب القوم بالرجل عصبًا ، من باب ضرب : أحاطوا به لقتال أو حماية . فلهذا اختص الذكور بهذا الاسم .
- ٣٩٢٨ - وأطلقت العصبة شرعًا على الأصناف الأربعة المتقدمة ؛ لأنهم محتاطون بالشخص من كل جهة ، فالبنوة من جهة الفرع ، والأبوة من جهة الأصل ، والأخوة من جهة الحاشية القريبة ، والعمومة من جهة الحاشية البعيدة .
- ٣٩٢٩ - فإذا وجد واحد من العصبات المتقدمين ، استحق كل المال .
- ٣٩٣٠ - وإن وجدت عدة أشخاص منهم ، فترتيبهم في الإرث يكون كالترتيب المتقدم ، فالبنوة أولاً ، ثم الأبوة ، ثم الأخوة ، ثم العمومة ، بتقديم عمومة نفس الشخص على عمومة أبيه وهذه على عمومة جده .
- ٣٩٣١ - فالتقديم بينهم يكون أولاً بالجهة ، وثانياً بالدرجة ، وثالثاً بالقوة . فإن استووا في الكل ، استحقوا على السواء ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧٥) : للعصبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

١ - البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .
٢ - الأبوة وتشمل الأب والجد العصبي وإن علا .

التقديم بالجهة

٣٩٣٢ - التقديم بها يكون فيما إذا توفي شخص وترك واحدًا من جهة البنوة ولو بعدت درجته عنه كابن ابن ابن وواحدًا من جهة الأبوة ولو قربت درجته منه كالأب ، أخذ الأب السدس بطريق الفرض والباقي لمن كان من جهة البنوة بالتعصيب .

٣٩٣٣ - وإنما قدم الابن على الأب في التعصيب ؛ لقوله تعالى : ﴿ يُوْصِيْكَ اللهُ فِيْ ذٰلِكَ لِذٰلِكَ كُنْتُمْ لَدَيْكَمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْاُنثٰى لِاِنْ كُنَّ نِسَاةً قَوْقُ اَفْتَتَيْنِ فَلَهِنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَاِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلَا يُؤْتِيْهِ لِحْوَ وَحِدٍ وَنَهْمَا السُّدُسُ وَمَا تَرَكَ اِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَلِاِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرَثَةٌ اَبْوَاهُ فَلِاُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ (١) .

٣٩٣٤ - فجعل الأب صاحب فرض مع الولد ، ولم يجعل للولد المذكر فرضًا مقدرًا ، فتعين الباقي له ، فدل على أن الولد المذكر مقدم على الأب في التعصيب .

٣٩٣٥ - وابن الابن ابن كما عرفته ، فيقوم مقامه فيقدم على الأب أيضًا .

٣٩٣٦ - ولأن الإنسان يؤثر ولده على والده ، ويختار صرف ماله له ، ولأجله يدخر ماله عادة ، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : « الولد مبخلة مجبنة » (٢) .

٣٩٣٧ - وقضية ذلك ألا يجاوز بكسبه محل اختياره ، إلا أننا صرفنا مقدار الفرض لأصحاب الفروض بالنص ، فيبقى الباقي على قضية الدليل .

٣٩٣٨ - وكان مقتضى هذا أن تقدم البنت أيضًا على الأب وعلى كل عصبه ، إلا

٣ - الأخوة وتشمل الأخوة لأبوين والأخوة لأب وأبنائهما وإن نزلوا .

٤ - العمومة وتشمل أعمام الميت لأبوين أو لأب وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده العصبي وإن علا وأبناء من ذكروا وإن نزلوا .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩٢) العصبه بالنفس جهات مقدم بعضها على بعض وفقًا للترتيب الآتي :

أ - البنوة وتشمل الأبناء الابن وإن نزلوا .

ب - الأبوة وتشمل الأب وحده .

ج - الجدود والأخوة وتشمل أب الأب وإن علا والأخ الشقيق والأخ لأب .

د - بني الأخوة وتشمل أبناء الأخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا .

هـ - العمومة وتشمل العم الشقيق والعم لأب وأبنائهم وإن نزلوا .

(١) النساء : ١١

(٢) سنن ابن ماجه ، كتاب : الأدب ، باب : ير الوالدين والإحسان إلى البنات (٣٦٦٦) .

- أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها ، وجعل الباقي لأولى رجل ذكر .
- ٣٩٣٩ - وإذا توفي شخص وترك واحدًا من جهة الأبوة وآخر من جهة الأخوة ، كان المال كله لمن هو من جهة الأبوة ؛ لأنه مقدم عليه في العصوبة ، فيأخذ الكل .
- ٣٩٤٠ - فإن كان المتروك من جهة الأبوة هو الأب ، فلا خلاف في أنه يقدم على جهة الأخوة . وإن كان جدًا ، فالذي يقول بتقدمه على الإخوة هو الإمام الأعظم ، والصاحبان يورثانها بالكيفية التي ستعرفها في توريث الجد مع الإخوة .
- ٣٩٤١ - وإذا كانت جهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة والأبوة مقدمة على الأخوة ، فمن باب أولى تقدم جهة البنوة على جهة الأخوة .
- ٣٩٤٢ - وإذا توفي شخص وترك واحدًا من جهة الأخوة ولو كان بعيدًا كابن أخ لأب وآخر من جهة العمومة ولو قرب كعم شقيق ، كان ابن الأخ لأب أولى بالميراث من العم الشقيق فلا شيء له معه .
- ٣٩٤٣ - وإذا توفي شخص ولم يترك واحدًا من الجهات المتقدمة ، ولكنه ترك واحدًا من الجهة الرابعة فهو الذي يأخذ كل المال ، سواء كان من جهة عمومة نفس الشخص المتوفي أو من عمومة أبيه أو من عمومة جده .
- ٣٩٤٤ - فإذا اجتمعوا ، قدم من هو من جهة عمومة الشخص على من كان من جهة عمومة أبيه ، وهذا على من هو من جهة عمومة جده .
- ٣٩٤٥ - فإذا توفي شخص عن ابن عمه الشقيق أو لأب وعم أبيه الشقيق ، كان المال كله للأول ولا شيء للثاني .
- ٣٩٤٦ - وكذا إذا ترك عم أبيه لأب وعم جده الشقيق ، أخذ الأول كل المال ، وهذا يسمى عندهم : تقديمًا بالجهة .
- ٣٩٤٧ - وإنما قدمت جهة الأبوة على الأخوة ؛ لأن الله تعالى شرط لإرث الإخوة الكلاله ؛ وهو الذي لا ولد له ولا والد ، فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الأب ضرورة ، وعليه إجماع الأمة .
- ٣٩٤٨ - وقدمت جهة الأخوة على العمومة ؛ لأن الإخوة جزء الأب ، فكانوا أقرب من الأعمام ؛ لأنهم جزء الجد . وهكذا يقال في ترتيب أقسام العمومة .

التقديم بالدرجة

(مادة ٦٠٩)

قَاعِدَةٌ : كُلُّ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ لِلْمَيِّتِ دَرَجَةً فَهُوَ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ ؛ كَالابْنِ ثُمَّ الْأَبِ
أَوْ الْجَدِّ^(١)

وَكُلُّ مَنْ كَانَ ذَا قَرَابَتَيْنِ أَوْلَى مِنْ ذِي قَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ ، سَوَاءً كَانَ ذُو الْقَرَابَتَيْنِ ذَكَرًا أَوْ
أُنْثَى ، فَإِنَّ الْأَخَّ لِأَبَوَيْنِ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ لِأَبٍ ، وَالْأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ إِذَا صَارَتْ عَصَبَةً مَعَ الْبِنْتِ
الصُّلْبِيَّةِ أَوْ بِنْتِ الْإِبْنِ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ لِأَبٍ ، وَابْنُ الْأَخِ لِأَبَوَيْنِ أَوْلَى مِنَ ابْنِ الْأَخِ لِأَبٍ ،
وَعَمُّ الْمَيِّتِ لِأَبَوَيْنِ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ لِأَبٍ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أَعْمَامِ أَبِيهِ وَأَعْمَامِ جَدِّهِ^(٢) .

* * *

٣٩٤٩ - فإن وجدت جملة أشخاص منهم ، وكان الكل من جهة واحدة ، قدم
الأقرب . فكل من كان أقرب للميت درجة ، فهو أولى بالميراث .

٣٩٥٠ - فإذا توفي شخص عن ابن وابن ابن ، أخذ الابن كل التركة وحجب ابن
الابن ، سواء كان ابنه أو ابن ابن آخر .

٣٩٥١ - وإذا توفي عن أخ وابن أخ ، حجب الأخ ابن الأخ ، سواء كان ابنه أو ابن
أخ آخر .

٣٩٥٢ - وعلى هذا يقدم العم على ابن العم ، ويقدم عم أبيه على ابن عم أبيه ،
ويقدم عم جده على ابن عم جده ، وهكذا فيما لو علت عمومة الجد .

(١) قاعدة : كُلُّ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ لِلْمَيِّتِ دَرَجَةً فَهُوَ أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ ، كَالابْنِ ثُمَّ الْأَبِ أَوْ الْجَدِّ .

(٢) قول الخفيا : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٤/٢) : « ذُو الْقَرَابَتَيْنِ مِنَ الْعَصَبَاتِ أَوْلَى مِنْ ذِي قَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ
مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الدَّرَجَةِ ذَكَرًا كَانَ ذُو الْقَرَابَتَيْنِ أَوْ أُنْثَى ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « إِنْ أَعْيَابَ بَنِي
الْأُمِّ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعَلَاتِ » وَالْمَقْصُودُ مِنْ ذِكْرِ الْأُمِّ هَهُنَا إِظْهَارُ مَا يَرْجِعُ بِهِ بَنُو الْأَعْيَابِ عَلَى بَنِي الْعَلَاتِ
(حَتَّى إِنْ الْأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ مَعَ الْبِنْتِ) سِوَاءَ كَانَتْ صُلْبِيَّةً أَوْ بِنْتِ ابْنٍ ، وَسِوَاءَ كَانَتْ وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ (تَحْجِبُ
الْأَخَّ لِأَبٍ) خِلَافًا لِابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا فَإِنَّ الْأَخْتُ لَا تُصِيرُ عَصَبَةً مَعَ الْبَنَاتِ عِنْدَهُ » .

التقديم بالقوة

٣٩٥٣ - فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة ، قدم الأقوى . فمن كان صاحب قرابتين ، قدم على صاحب القرابة الواحدة .

٣٩٥٤ - فالأخ لأبوين يقدم على الأخ لأب ، وابن الأخ لأبوين يقدم على ابن الأخ لأب ، وابن العم لأبوين يقدم على ابن العم لأب . وقس على ذلك عمومة الجد والأب .

٣٩٥٥ - وإنما كان كذلك ؛ لأن الأخ لأب وأم مثلاً أقوى من الأخ لأب لاتصاله من الجانبين ، فكان ذا قرابتين ، فترجح عند الاستواء في الدرجة .

٣٩٥٦ - وصاحب القرابتين يقدم على صاحب القرابة الواحدة ، سواء كان ذو القرابتين مذكراً أو مؤنثاً ، فالأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب لقوته ، والأخت الشقيقة إذا صارت عصبه مع البنت أو بنت الابن تقدم على الأخ لأب .

٣٩٥٧ - فإذا توفي شخص عن بنت وأخت شقيقة وأخ لأب أخذت البنت فرضها والباقي تأخذه الأخت الشقيقة بالتعصيب وتحجب الأخ لأب فإذا لم تصر الأخت الشقيقة عصبه مع الغير فلا تحجب الأخ لأب .

٣٩٥٨ - فإذا توفي شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخ لأب ، أخذت الزوجة فرضها وهو الربع لعدم الفرع الوارث ، والأخت الشقيقة النصف ، والأخ لأب يأخذ الباقي بطريق التعصيب . فالأخت لا تحجبه في مثل هذه المسألة ؛ لأنها لم تصر عصبه مع غيرها .

التساوي في الاستحقاق عند الاتحاد في الجهة والدرجة والقوة

٣٩٥٩ - فإن استووا في الجهة والدرجة والقوة ، استحق الجميع على السواء بحسب رؤوسهم .

٣٩٦٠ - فمن مات وترك ثلاثة أبناء أو أربعة أبناء ابن ، قسم المال أثلاثاً في الأول وأرباعاً في الثاني .

٣٩٦١ - ولو مات وترك ابن أخ شقيق وابني أخ آخر شقيق أيضاً ، قسم المال بينهم باعتبار رؤوسهم لا أصولهم ، فيقسم المال بينهم في هذا المثال أثلاثاً .

٣٩٦٢ - فقد علمت مما تقدم أن التقديم في العصبات يكون أولاً بالجهة ، فإن

اتحدت الجهة يقدم بالدرجة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة يقدم بالقوة ، فإن اتحدت الجهة والدرجة والقوة استحق الكل على السواء^(١) .

-
- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧٦) : ١ - إذا اتحدت العصبية بالنفس في الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت .
- ٢ - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقديم بقوة القرابة فمن كانت قرابته من الأبوين قدم على من كانت قرابته من الأب فقط .
- ٣ - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩٣) يستحق العاصب بالنفس التركة إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض ويستحق ما بقي منها إن وجد ولا شيء له إن استغرقت الفروض التركة .
- المادة (٣٩٤) أ - يقدم في التعصيب الأولى جهة حسب الترتيب الوارد في المادة (٢٩٢) ثم الأقرب درجة إلى المتوفى عند اتحاد الجهة ثم الأقوى قرابة عند التساوي في الدرجة .
- ب - يشترك العصباء في استحقاق حصصهم من الإرث عند اتحادهم في الجهة وتساويهم في الدرجة والقوة .

القسم الثاني العاصب بغيره

(مادة ٦١٠)

الْعَصْبَةُ بِغَيْرِهِ : هِيَ كُلُّ أَنْثَى اخْتَجَتْ فِي عَصُوبَتِهَا إِلَى الْغَيْرِ ، وَشَارَكَتْ ذَلِكَ الْغَيْرِ فِي تِلْكَ الْعُصُوبَةِ .

وَهُنَّ مِنَ الْإِنَاثِ فَرَضُهُنَّ يَضْفُ أَوْ ثُلُثَانِ ، كَ : الْبَنَاتِ الصُّلْبِيَّاتِ ، وَبَنَاتِ الْإِبْنِ ، وَالْأَخْوَاتِ لِأَبَوَيْنِ ، وَالْأَخْوَاتِ لِأَبٍ يَخْتِاجُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فِي الْعُصُوبَةِ إِلَى إِخْوَتِهِنَّ ، أَوْ يَخْتِاجُ بَعْضُهُنَّ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَ إِخْوَتِهِنَّ ، وَقِسْمَةُ التَّرَكَةِ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثَيَيْنِ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٤٩/٦ ، ٤٥٠) : البنت ولها النصف إذا انفردت وللبنين فصاعداً الثلثان ، كذا في الاختيار شرح المختار وإذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون لابن مثل حظ الأنثيين . كذا في التبيين . بنت الابن فلولواحدة النصف وللبنين فصاعداً الثلثان فهن كالصلبيات عند عدم ولد الصلب . كذا في الاختيار شرح المختار ، فإن اجتمع أولاد الصلب وأولاد الابن فإن كان في أولاد الصلب ذكر فلا شيء لأولاد الابن ذكورا كانوا أو إناثا أو مختلطين ، فإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر ولا في أولاد الابن ذكر ، فإن كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف والبنات الابن السدس واحدة كانت أو أكثر من ذلك ، وإن كانت ابنة الصلب شتين فلهما الثلثان ولا شيء لبنات الابن ، وإن لم يكن في أولاد الصلب ذكر وكان في أولاد الابن ذكر فإن انفرد الذكور من أولاد الابن فالباقي بعد نصيب البنات لهم نصفاً كان أو ثلثاً ، فإن اختلط الذكور بالإناث من أولاد الابن فنقول : إن كانت بنات الصلب شتين فصاعداً فلهن الثلثان والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين عند علي وزيد - رضي الله تعالى عنهما - وهو قول جمهور العلماء - رحمهم الله تعالى - فإن كانت ابنة الصلب واحدة فلها النصف والباقي بين أولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، كذا في المبسوط . بنتان وبنت ابن وبنت ابن ابن ، وابن ابن للبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن ومن دونها للذكر مثل حظ الأنثيين . ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهم أسفل من بعض ، وثلاث بنات ابن ابن بعضهم أسفل من بعض .

وصورته : إذا كان لابن الميت ابن وبنت ولابن ابنة ابن وبنت ولابن ابن ابنة ابن وبنت فعات البنون وبقيت البنات ، وكذلك ثلاث بنات ابن ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن على هذه الصورة . ميت : الفريق الأول ابن ، ابن بنت ، ابن بنت ، ابن بنت . الفريق الثاني ابن ، ابن ، ابن بنت ، ابن بنت ، الفريق الثالث ابن ، ابن ، ابن بنت ، ابن بنت ، ابن بنت .

العليا من الفريق الأول لا يوزاها أحد ، والوسطى من الفريق الأول يوزاها العليا من الفريق الثاني ، والسفلى من الفريق الأول يوزاها الوسطى من الفريق الثاني ، والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الثاني يوزاها =

= الوسطى من الفريق الثالث ، والسفلى من الفريق الثالث لا يوازها أحد ، فللعليا من الفريق الأول النصف ، وللوسطى من الفريق الأول والعليا من الفريق الثاني السدس تكملة للثلاثين ؛ لاستوائهما في الدرجة ولا شيء للباقيات ، فإن كان مع العليا من الفريق الأول غلام فالمال بينه وبينها للذكر مثل حظ الأنثيين ويسقط الباقيات ، وإن كان مع الوسطى من الفريق الأول غلام فالنصف للعليا من الفريق الأول والباقي بين الغلام وبين من في درجته للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن كان مع السفلى من الفريق الأول غلام فالنصف للعليا من الفريق الأول والسدس للوسطى منه مع من يوازها تكملة للثلاثين والباقي بين الغلام وبين من يوازها للذكر مثل حظ الأنثيين ويسقط الباقيات ، وإن كان مع السفلى من الفريق الثاني غلام فالنصف احليا من الفريق الأول والسدس تكملة للثلاثين للوسطى منه ولمن يوازها والباقي بين الغلام ومن يوازها ومن هو أعلى منه ممن لا فرض له للذكر مثل حظ الأنثيين ويسقط الباقيات ، وعلى هذا القياس . والأصل في هذا أن بنت الابن تصير عصبية بابتن الابن سواء كان في درجتها أو أسفل منها إذا لم تكن صاحبة فرض ، كذا في خزانة المفتين . الأخوات لأب وأم للواحدة النصف وللثنتين فصاعداً الثلثان ، كذا في خزانة المفتين ومع الأخ لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولهن الباقي مع البنات أومع بنات الابن ، كذا في الكافي . الأخوات لأب وهن كالأخوات لأبوين عند عدمهن ، كذا في الاختيار شرح المختار فللواحدة النصف وللأكثر الثلثان عند عدم الأخوات لأب وأم ، ولهن السدس مع الأخت لأب وأم تكملة للثلاثين ولا يرثن مع الأختين لأب وأم إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبن فيكون للأختين لأب وأم الثلثان ، والباقي بين أولاد الأب للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولهن الباقي مع البنات أو مع بنات الابن ، كذا في الكافي .

قول الشافعية : ينظر ما سبق من مذهبهم .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (١٩٨/٨ - ٢٠٠) : « وعصب كلا أخ يساويها يعني أن النساء اللاتي تقدم ذكرهن وهن البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والتي لأب يعصب كل واحدة منهن أخوها الذي في درجتها بأن كانا شقيقين أو لأب فيأخذ الذكر سهمين والأنثى سهماً تعصيباً ، فلو لم يساوها كالأخ للأب مع الشقيقة ، فإنه لا يعصبها بل تأخذ فرضها وما فضل فهو له تعصيباً . والجد والأوليان الأخريين كذا في بعض النسخ وهو الصواب أي : وعصب الجد والبنت وبنت الابن الأخت الشقيقة والأخت لأب فالأوليان تنية أولى وهما البنت وبنت الابن والأخريان تنية أخرى وهما الأخت الشقيقة والأخت لأب فهزتهما مضمومة والياء فيهما قبل العلامة منقلبة عن ألف التأنيث وأخت لأب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك يعني : أن حكم الأخت أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو مع الشقائق حكم بنت الابن مع بنت الصلب فيما سبق فتأخذ التي للأب واحدة فأكثر مع الشقيقة الواحدة السدس ويحجب الأخت التي للأب واحدة فأكثر من السدس أخ فوقها أي شقيق ، أو أختان فوقها كذلك ، ولما ذكر أن حكم الأخت ، أو الأخوات للأب مع الشقيقة أو الشقائق مساوٍ لحكم بنات الصلب وكان ابن الأخ هنا مخالفاً لابن الابن هناك استثنى ذلك فقال : إلا أنه إنما يعصب الأخ أي إنما يعصب الأخت والأخوات للأب الأخ المساوي في الدرجة لا ابن الأخ ؛ لأنه لا يعصب من في درجته ، فلا ترث ابنة الأخ معه ، وكذلك لو كانت وحدها ، وإذا لم يعصب ابن الأخ من هو في درجته ، فلا يعصب من فوقه بل يأخذ ما بقي دون عماته وابن الابن ، وإن سفل يعصب من في درجته فجاز أن يعصب =

= من فوقه قالاً في قوة لكن دفعاً لما يتوهم من التشبيه من أن الابن الأبخ يعصب كابن الابن وفتح أن هنا متعين ، سواء قلنا : إن الاستثناء متصل أو منقطع ؛ لأنه معمول لما قبله ، وأن المعمول عامل يجب فتح همزتها . قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٦٥/٦ - ١٦٧) : « فإن كن بنات وبنات ابن ، فليلبنت الثلثان ، وليس لبنات الابن شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين » أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان ، إلا رواية شاذة عن ابن عباس ، أن فرضهما النصف ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ كَرَّةً نِسَاءَهُ فَوَقَّ أَقْتَبَيْنِ فَلَهُمَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ . فمفهومه أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان . والصحيح قول الجماعة ، فإن النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى في الأخوات : ﴿ فَإِنْ كَانَ كَرَّةً نِسَاءَهُ فَوَقَّ أَقْتَبَيْنِ فَلَهُمَا أُلْتُنَانِي مِمَّا تَرَكَ ﴾ . وهذا تشبيه على أن للبنتين الثلثين ؛ لأنهما أقرب ؛ ولأن كل من يرث الواحد منهما النصف فللاثنين منهما الثلثان ، كالأخوات من الأبوين ، والأخوات من الأب ، وكل عدد يختلف فرض واحد منهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة ، كولد الأم ، والأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، فأما الثلاث من البنات فما زاد ، فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان ، وأنه ثابت بقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ كَرَّةً نِسَاءَهُ فَوَقَّ أَقْتَبَيْنِ فَلَهُمَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ . واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين ، فقيل : ثبت بهذه الآية ، والتقدير ، فإن كن نساء اثنتين ، وفوق صلة ، كقوله : ﴿ فَأَصْرَبُوا فَوَقَّ الْأَقْتَبَيْنِ ﴾ . أي اضربوا الأعتاق . وقد دل على هذا أن النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية ، أرسل إلى أخي سعد بن الربيع : « أعط ابنتي سعد الثلثين » . وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية ، وبيان لمعناها ، واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير .

ويدل على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع ، وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما . وقيل : بل ثبت بهذه السنة الثالثة . وقيل : بل ثبت بالتبني الذي ذكرناه . وقيل : بل ثبت بالإجماع . وقيل : بالقياس . وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه ، وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها ، فلا يضرنا أيها أثبت . وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين ، سقطت بنات الابن ، ما لم يكن بإزائهن ، أو أسفل منهن ذكر يعصبهن ؛ وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين ، قليلات كن أو كثيرات ، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد ، وقد ذهب الثلثان لولد الصلب ، فلم يبق لهن شيء ، ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب ؛ لأنهن دون درجتهم ، فإن كان مع بنات الابن ابن عمهن ، أو بنتهن ، أو أخيهن ، أو ابن عمهن ، أو ابن ابن عمهن ، أو ابن ابن عمهن ، عصبهن في الباقي ، فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن علي ، وزيد ، وعائشة ؓ . وبه قال مالك ، والثوري ، والشافعي ؓ وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه ؛ فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض ، هذه إحداها ، فجعل الباقي للذكر دون أخواته . وهو قول أبي ثور ؛ لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين ؛ بدليل ما لو انفردن ، وتوربهن هاهنا يفضي إلى توربهن أكثر من ذلك .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي ذُرِّيَّتِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَّتَيْنِ ﴾ . وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ ؛ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات . وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ؛ ولأن كل ذكر =

= وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض ، يجب أن يقتسما الفاضل عنه ، كأولاد الصلب ، والإخوة مع الأخوات وما ذكروه فهو في الاستحقاق للفرض .

فأما في مسائلنا فإنما يستحقون بالتعصيب ، فكان معتبراً بأولاد الصلب ، والإخوة والأخوات ثم ، وبیطل ما ذكروه بما إذا خلف ابناً وست بنات ، فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال . وإن كن ثمانياً ، أخذن أربعة أخماسه . وإن كن عشراً ، أخذن خمسة أسداسه . وكلما زدن في العدد ، زاد استحقاقهن . وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته ، وبنات عمه ، وبنات ابن عم أبيه ، على كل حال . ويعصب من هو أعلى منه من عماته ، وبنات عم أبيه ، ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض ، ويسقط من هو أنزل منه ، كبناته ، وبنات أخيه ، وبنات ابن عمه .

فلو خلف الميت خمس بنات ابن . بعضهم أنزل من بعض ، لا ذكر معهن ، وعصبة ، كان للعليا النصف ، وللثانية السدس ، وسقط سائرهن ، والباقي للعصبة . فإن كان مع العليا أخوها ، أو ابن عمها ، فالمال بينهما على ثلاثة ، وسقط سائرهن . فإن كان مع الثانية عصبها ، وكان للعليا النصف ، والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة . وإن كان مع الثالثة ، فللعليا النصف ، وللثانية السدس ، والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة . وإن كان مع الرابعة فللعليا النصف ، وللثانية السدس ، والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة . وإن كان مع الخامسة ، فالباقي بعد فرض الأولى والثانية ، بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين . وإن كان أنزل من الخامسة ، فكذلك . ولا أعلم في هذا خلافاً بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين . (فإن كانت ابنة واحدة ، وبنات ابن ، فلاينة الصلب النصف ، وبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تكملة الثلثين ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي ، ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ في هذه المسألة ثلاثة أحكام ؛ أحدها : أن للبنات الواحدة النصف ، ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين ؛ لقول الله تعالى : ﴿وَأِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ .

ولأن النبي ﷺ قضى في بنت وبنات ابن وأخت ، أن للبنات النصف ، ولبنت الابن السدس ، وما بقي فللأخت . الثاني : أنه إذا كان مع البنات الواحدة بنت ابن ، أو بنات ابن ، فللبنات النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تكملة الثلثين . وهذا أيضاً مجمع عليه بين العلماء . والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ . ففرض للبنات كلهن الثلثين . وبنات الصلب ، وبنات الابن كلهن نساء من الأولاد ، فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب ، لا يردن عليه . واختصت بنت الصلب بالنصف ؛ لأنه مفروض لها ، والأسم متناول لها حقيقة ، فيبقى لبقية تمام الثلثين . ولهذا قال الفقهاء : لهن السدس تكملة الثلثين .

وقد روى هذيل بن شرحبيل الأودي قال : « سئل أبو موسى عن ابنة ، وابنة ابن ، وأخت ، فقال : للبنات النصف ، وما بقي فللأخت . فأنتى ابن مسعود ، وأخبره بقول أبي موسى ، فقال : ﴿فَدَّ مَكَدُكَ إِذَا وَمَا أَنَا بِرَبِّكَ الْمُتَهَيِّئِينَ﴾ ، ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ ؛ لابنة النصف ، ولابنة الابن السدس ، تكملة الثلثين ، وما بقي فللأخت . فأنتى أبا موسى ، فأخبرناه بقول ابن مسعود ، فقال : لا تسألوني عن شيء ما دام الحبر فيكم . » متفق عليه بنحو من هذا المعنى . الحكم الثالث : إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه =

٣٩٦٣ - العصبه بغيره : هي كل أنثى احتاجت في عصبوتها إلى الغير ، وشاركت ذلك الغير في تلك العصبه .

٣٩٦٤ - وهي تنحصر في الإناث التي فرضهن نصف عند الانفراد ، أو ثلثان عند الاجتماع .

٣٩٦٥ - وهن أربعة : البنت ، وبنت الابن ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب .

٣٩٦٦ - فكل واحدة منهن تحتاج إلى من يعصبها ؛ وهو الابن بالنسبة للبنت ، وابن الابن بالنسبة لبنت الابن ، والأخ الشقيق بالنسبة للأخت الشقيقة ، والأخ لأب بالنسبة للأخت لأب .

٣٩٦٧ - فمتى اجتمعت البنات مع الأبناء أو أبناء الأبناء مع بنات الأبناء أو الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء أو الأخوات لأب مع الإخوة لأب ، ورث الكل بالتعصيب ، فيأخذ المذكور ضعف ما للأنثى .

٣٩٦٨ - فقد صدق على كل واحدة منهن أنها صارت عصبه بغيرها ، وشاركته في تلك العصبه ؛ لأن كلاً منهن في حالة اجتماعها مع المعصب ليس لها شيء مخصوص ، بل يختلف التعصيب باختلاف عدد الذكور والإناث المجتمعين .

٣٩٦٩ - والمعصب لكل منهن لا يكون إلا في درجتها إلا بنت الابن ، فإن المعصب لها تارة يكون في درجتها وتارة يكون أنزل منها درجة أو أكثر . فإن كان في درجتها عصبها مطلقاً ، وإن كان أنزل منها درجة فلا يعصبها إلا إذا كانت محتاجة إليه ، وقد تقدم كل ذلك في أحوال بنات الابن فراجعها (١) .

= يعصبهن فيما بقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، إلا ابن مسعود في من تابعه ، فإنه خالف الصحابة فيها . وهذه المسألة الثانية التي انفرد فيها عن الصحابة ، فقال : لبنات الابن الأضر بهن من المقاسمة أو السدس ، فإن كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة ، فرضه لهن ، وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل ، قاسم بهن . وبني ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها إذا استكمل البنات الثلثين ، إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كان أضر بهن ، وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ يُوْثِقُكَ اللهُ بِذِكْرِهِمْ أَزْوَاجَهُمْ لِذِكْرِهِمْ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ ۚ ۞ ﴾ ؛ ولأنه يقاسمها لو لم يكن غيرهما ، فقاومها مع بنت الصلب ، كما لو كانت المقاسمة أضر بهن . وأصله الذي بنى عليه فاسد ، كما قدمنا .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧٧) : ١ - العصبه بالغير من :

أ - البنات مع الأبناء .

(مادة ٦١١)

مَنْ لَا فَرْضَ لَهَا مِنَ الْإِنَاثِ وَأُخُوهَا عَصَبَةٌ ، فَلَا تَصِيرُ عَصَبَةٌ بِأَخِيهَا .
كَالْعَمِّ مَعَ الْعَمَّةِ لِأَبَوَيْنِ ، فَإِنَّ الْمَالَ كُلَّهُ لِلْعَمِّ دُونَهَا . وَكَذَا الْحَالُ فِي ابْنِ الْعَمِّ لِأَبٍ مَعَ
بِنْتِ الْعَمِّ لِأَبٍ ، وَابْنِ الْأَخِ لِأَبٍ مَعَ بِنْتِ الْأَخِ لِأَبٍ ^(١) .

٣٩٧٠ - فإذا لم تكن الأنثى صاحبة فرض ، واجتمعت مع أخيها العاصب ، فلا يعصبها كالعالم مع العمة لأبوين ، فإن المال كله للعم دونها ؛ لأن العمة ليست بصاحبة فرض ، بل هي من ذوي الأرحام .

٣٩٧١ - وكذا الحال في ابن العم الشقيق مع بنت العم الشقيق ، فإن المال كله لابن العم الشقيق ؛ لأن بنت العم ليست بصاحبة فرض .

٣٩٧٢ - ومثل ذلك ابن الأخ الشقيق أو لأب مع بنت الأخ الشقيق أو لأب ، فإن المال كله للمذكر ، ولا تأخذ الأنثى منه شيئاً .

٣٩٧٣ - وكذلك بنت المعتق مع ابن المعتق ، فإن المال كله لابن المعتق ، وأخته لا تستحق معه شيئاً ؛ لأنها ليست بصاحبة فرض من جهة المعتق - بفتح التاء - فلا تصير عصبه بأخيها .

٣٩٧٤ - وذلك لأن النص الوارد في صيرورة الإناث بالذكر عصبه إنما هو في موضعين : البنات بالبنتين ، والأخوات بالإخوة . والإناث في كل منهما ذوات فروض ،

= ب - بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهم مطلقاً أو كانوا أنزل منهم إذا لم يرثن بغير ذلك .

ج - الأخوات لأبوين مع الأخوة لأبوين والأخوات لأب مع الأخوة لأب .

٢ - يكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للمذكر مثل حظ الأنثيين .

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٣/٢ ، ٧٥٤) : (ومن لا فرض لها) من الإناث (وأخوها عصبه لا تصير عصبه به) أي بأخيها (كالعمة) لا تصير عصبه بالعم الذي هو أخوها فالمال كله للعم دون العمة ، وبنت العم لا تصير عصبه بابن العم فالمال كله لابن العم دون بنت العم (وبنت الأخ) لا تصير عصبه بأخيها فالمال كله لابن الأخ ؛ لأن النص الوارد في صيرورة الإناث بالذكر عصبه إنما هو في موضعين البنات بالبنتين والأخوات بالإخوة والإناث في كل منهما ذوات فروض فمن لا فرض له من الإناث لا يتناولها النص .

فمن لا فرض لها من الإناث لا يتناوله النص (١) .

القسم الثالث

العصبة مع الغير

(مادة ٦١٢)

الْعَصْبَةُ مَعَ الْغَيْرِ : هِيَ كُلُّ أَنْثَى اخْتَجَتْ فِي عُضُوبِهَا إِلَى الْغَيْرِ ، وَلَمْ يَشَارِكْهَا ذَلِكَ الْغَيْرُ فِي تِلْكَ الْعُضُوبِ .

وَهُمَا بِنْتَانِ : أَحْتُ لِأَبَوَيْنِ ، وَأَحْتُ لِأَبٍ . تَصِيرُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَصْبَةً مَعَ بِنْتِ الصُّلْبِ أَوْ مَعَ بِنْتِ الْإِبْنِ ، سِوَاءَ كَانَتْ وَاحِدَةً أَوْ أَكْثَرَ (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩٥) العصبة بالغير هي : كل أنثى صاحبة فرض من جهة البنوة أو الأخوة يكون في درجتها أو ما يلحق بدرجتها عاصب بنفسه .
المادة (٢٩٦) أ - يشترك العاصب بغيره مع معصبه في جميع التركة أو ما بقي منها بعد سهام أصحاب الفروض وتقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

ب - يسقط العاصب مع معصبه إذا استغرقت سهام أصحاب الفروض كل التركة .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥١/٦ ، ٤٥٢) : « عصبه مع غيره وهي كل أنثى تصير عصبه مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم أو لأب يصرن عصبه مع البنات أو بنات الابن ، هكذا في محيط السرخسي ، مثاله : بنت وأخت لأبوين وأخ أو إخوة لأب فالنصف للبنات والنصف الثاني للأخت ولا شيء للإخوة ؛ لأنها لما صارت عصبه نزلت منزلة الأخ لأبوين ، ومن ترك ابني عم أحدهما أخ لأم فلأخ السدس والباقي بينهما نصفان ، وكذلك إن كان أحدهما زوجاً فله بالزوجية فرضه وهو النصف والباقي بينهما نصفان ، كذا في خزانة المفتين . »

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٩ ، ٢٨/٤) : « والأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبنات الابن عصبه كالإخوة) لما روى البخاري أن ابن مسعود رضي الله عنه سئل عن بنت وبنت ابن وأخت ، فقال : لأقضىن فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : للابنة النصف والابنة الابن السدس وما بقي فللأخت . قال الإمام : ولأنه إذا كان في المسألة بنتان أو بنات ابن وأخوات أخذ البنات أو بنات الابن الثلثين ، فلو فرضنا للأخوات ، وأعنا المسألة نقص نصيب البنات ، أو بنات الابن ، فاستبعدوا أن تراحم الأخوات الأولاد أو أولاد الابن ، ولم يمكن إسقاطهن فجعل عصبات ليدخل النقص عليهن خاصة . ثم بين فائدة كونها عصبه بقوله : (فتسقط أخت لأبوين) اجتمعت (مع البنت) أو بنت الابن أو معها الإخوة و (الأخوات لأب) كما يسقطهم الأخ الشقيق .

تبيه : وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم حكمه في الإرث كأيهم اجتماعاً وانفراداً .

تبيه : لو قال بدل الأخوات لأب : أولاد الأب لكن أولى ليشمل ما قدر - ، ولو كان مع الأخت الشقيقة أخ شقيق عصبها وكان الباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لئلا يلزم مخالفة أصل أن للذكر ضعف ما للأنثى ؛ =

= ولأن تعصيبها إنما هو للضرورة كما مر (وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم) حكمه في الإرث (كإبيه اجتماعاً وانفراداً) فيستغرق الواحد أو الجمع منهم المال عند الانفراد ويأخذ ما فضل عن الفروض ، وعند اجتماعهم يسقط ابن الشقيق ابن الأخ للأب (لكن يخالفونهم) أي : أباءهم (في أنهم لا يردون الأم) من الثلث (إلى السدس) بخلاف آبائهم ؛ لأن الله تعالى أعطاهما الثلث حيث لا إخوة ، وهذا الاسم لا يصدق على بنينهم كما مر (ولا يرثون مع الجد) بل يسقطون به وأبائهم يرثون معه ؛ لأن الجد كالأخ بدليل تقاسمهما إذا اجتماعاً ، وإذا كان كالأخ فلا يرث ابن الأخ معه ؛ لأنه أقرب منه (ولا يعصبون أخواتهم) ؛ لأنهم من ذوي الأرحام (ويسقطون في المشركة) بخلاف آبائهم الأشقاء ؛ لأن مأخذ التشريك قرابة الأم ، وهي مفقودة في ابن الأخ ، وهذه المخالفة مختصة بيني الإخوة للأبوين كما قررته تبيناً للمحصر ؛ لأن الإخوة لأب وبنينهم سيات في ذلك كما مر .

تبيه : قد اقتصر المصنف تبيناً للرافعي على استثناء هذه الصور الأربع ، وزاد في الروضة ثلاث صور آخر :

الأولى : الإخوة لأبوين يحجبون الإخوة لأب وأولادهم لا يحجبونهم .

الثانية : الأخ للأب يحجب ابن الأخ الشقيق وابنه لا يحجبه .

الثالثة : بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصابات مع البنات .

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٢٠٦/٨) : « اعلم أن العاصب على ثلاثة أقسام : عصبه بنفسه ، وعصبه مع غيره ، وعصبه بغيره ، فالأول : كل ذكر لا يدخل في نسه إلى الميت أنثى ، والثاني : كل أنثى تصير عصبه مع أنثى أخرى كالأخت مع البنت أو بنت الابن ، والثالث : النسوة الأربع اللاتي فرضهن النصف إذا اجتمع كل مع أخيه والفرق بين الأخيرين أنا إذا قلنا : عصبه بغيره فالغير عصبه ، أو مع غيره لم يجب كونه عصبه وهو اصطلاح والحقيقة واحدة » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٤/٦) : « (والأخوات مع البنات عصبه ، لهن ما فضل ، وليست لهن معهن فريضة مسمأة) العصبه هو الوارث بغير تقدير ، وإذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه ، قل أو كثر . وإن انفرد أخذ الكل . وإن استغرقت الفروض المال ، سقط . والمراد بالأخوات هاهنا الأخوات من الأبوين ، أو من الأب ؛ لأنه قد ذكر أن ولد الأم لا ميراث لهم مع الولد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، يروى ذلك عن عمر ، وعلي ، وزيد ، وابن مسعود ، ومعاذ ، وعائشة رضي الله عنها . وإليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس ، ومن تابعه ، فإنه يروى عنه أنه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبه ، فقال في بنت وأخت : للبنت النصف ، ولا شيء للأخت . فقيل له : إن عمر قضى بخلاف ذلك ، جعل للأخت النصف . فقال ابن عباس : أتم أعلم أم الله ؟ يريد قول الله سبحانه : ﴿ إِنْ أَنْتُمْ عَلِمْتُمْ لَيْسَ لَكُمْ وَرَثَةٌ وَكَرِهْتُمْ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ . وإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد . والحق فيما ذهب إليه الجمهور ، فإن ابن مسعود قال في بنت ، وبنت ابن ، وأخت : لأقضى فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وما بقي فلأخت . رواه البخاري ، وغيره . واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب إليه ، بل يدل على أن الأخت لا يفرض لها النصف مع الولد ، ونحن نقول به ، فإن ما تأخذ مع البنت ليس بفرض ، وإنما هو بالتعصيب ، كميثرات الأخ . وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قول الله تعالى : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا =

- ٣٩٧٥ - العصبية مع الغير : هي كل أنثى احتاجت في عصبوتها إلى الغير ، ولم يشاركها ذلك الغير في تلك العصبية .
- ٣٩٧٦ - وهما اثنتان فقط : الأخت الشقيقة ، والأخت لأب .
- ٣٩٧٧ - فكل واحدة منهما تصير عصبية مع البنت أو بنت الابن أو معها ، ولا فرق بين أن تكون كل منهما واحدة أو أكثر .
- ٣٩٧٨ - فإذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وأختين شقيقتين أو أختين لأب ، أخذ كل من البنت وبنت الابن فرضه ، والباقي للأختين الشقيقتين أو الأختين لأب .
- ٣٩٧٩ - ولو كان معها صاحب فرض آخر كالزوجة أو الأم مثلاً ، أخذ فرضه أيضًا منضماً إلى نصيب البنت وبنت الابن أو إحداهما ، والباقي للشقيقتين أو الأختين لأب إذا لم تستغرق الفروض التركة ، وإلا فلا شيء لمن وجد منهما ؛ كبنت وبنت ابن وأم وزوج وأخت شقيقة (١) .

وَلَدٌ . وعلى قياس قوله : ينبغي أن يسقط الأخ ؛ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها ، وهو خلاف الإجماع ، ثم إن النبي ﷺ وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للأخت مع البنت ، وبنت الابن الباقي عن فرضهما ، وهو الثلث ، ولو كانت ابنتان وبنت ابن ، لسقطت بنت الابن ، وكان للأخت الباقي ، وهو الثلث . فإن كان معهم أم فلها السدس ، ويبقى للأخت السدس . فإن كان بدل الأم زوج ، فالمسألة من اثني عشر ، للزوج الربع ، وللابنتين الثلثان ، وبقي للأخت نصف السدس . فإن كان معهم أم ، عالت المسألة ، وسقطت الأخت .

- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٧٨) : ١ - العصبية من الغير هن : الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو أبناء الابن وإن نزل ، ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض .
- ٢ - في هذه الحالة تعتبر الأخوات لأبوين كالأخوة لأبوين ، وتعتبر الأخوات لأب كالأخوة لأب ويأخذون أحكامهم بالنسبة لباقي العصبات في التقديم بالجهة والدرجة والقوة .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٢٩٧) العصبية مع الغير هي : كل أنثى صاحبة فرض من جهة الأخوة معها فرع وارث مؤنث وليس في درجتها عاصب بنفسه .
- لمادة (٢٩٨) أ - تستحق العصبية مع الغير ما يبقى من التركة بعد سهام أصحاب الفروض .
- ب - تسقط العصبية مع الغير فلا ترث شيئاً إذا استغرقت سهام أصحاب الفروض كل التركة .

(مادة ٦١٣)

الْفَرْقُ بَيْنَ هَاتَيْنِ الْعَصَبَتَيْنِ : أَنَّ الْغَيْرَ فِي الْعَصَبَةِ بِغَيْرِهِ يَكُونُ عَصَبَةً بِنَفْسِهِ، فَتَتَعَدَّى بِسَبَبِهِ الْعُصُوبَةُ إِلَى الْأُنثَى . وَفِي الْعَصَبَةِ مَعَ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ عَصَبَةً بِنَفْسِهِ أَصْلًا ، بَلْ تَكُونُ عُصُوبَةً تِلْكَ الْعَصَبَةُ مُجَامِعَةً لِذَلِكَ الْغَيْرِ ^(١) .

٣٩٨٠ - والفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره : أن الغير الذي دخلت عليه « الباء » عاصب بنفسه ؛ إذ هو الابن أو ابن الابن وإن نزل ، أو الأخ الشقيق أو الأخ لأب ، وكل منهم عاصب بنفسه ، وحينئذ تتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى .

٣٩٨١ - والغير الذي دخلت عليه « مع » ليس عاصبًا بنفسه ؛ إذ هو البنت أو بنت الابن ، وكل منهما ليس عصبته بنفسه ، فالعصوبة ليست موجودة في كل منهما حتى تتعدى إلى غيرهما ، بل حصلت العصوبة باجتماعهما معًا .

٣٩٨٢ - وأيضًا العصبه بغيرها تشارك المعصب لها في العصوبة ، فيأخذ المذكور ضعف ما للأنثى .

٣٩٨٣ - والعصبة مع الغير لا تشارك المعصب لها أصلًا في العصوبة ، بل كل من البنت أو بنت الابن أو هما يأخذ فرضه ، والأخت الشقيقة أو لأب وإن تعددت تأخذ الباقي بعد فرضهما ، إن لم يوجد معهما صاحب فرض آخر . فإن وجد ، أخذ فرضه أيضًا وإحدى الأختين تأخذ الباقي .

٣٩٨٤ - والأخت لأب لا تصير عصبته مع البنت أو بنت الابن ، إلا إذا كانت الأخت الشقيقة غير موجودة ، فإن وجدت الشقيقة والأخت لأب مع البنت ، فلا تأخذ

(١) قول الخفية : جاء في رد المحتار (٧٧٦/٦ ، ٧٧٧) : « الفرق بين هاتين العصبتين أن الغير في العصبته بغيره ، يكون عصبته بنفسه فتتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى وفي العصبته مع غيره ، لا تكون عصبته أصلًا ، بل تكون عصبته تلك العصبته مجامعة لذلك الغير سيد ، وفيه إشارة إلى وجه اختصاص الأول بالباء ، والثاني بـ (مع) . قال في سكب الأنهر : الباء للإلصاق والإلصاق بين الملتصق والملتصق به لا يتحقق إلا عند مشاركتها في حكم الملتصق به ، فيكونان مشاركين في حكم العصبته ، بخلاف كلمة (مع) فإنها للقرآن ، والقرآن يتحقق بين الشخصين بغير المشاركة في الحكم ؛ كقوله تعالى ﴿ وَبِمَنَّا مَعَهُ أَنَّهُ هَشْرُوكَ وَزَيْرًا ﴾ أي : وزيره حيث كان مقارنًا به في النبوة وكلفظ القُدوري ومن فاته صلاة العيد مع الإمام ، أي : فاته الصلاة المقارنة بصلاة الإمام لا أن تفوتها معًا فتكون هي عصبته دون ذلك الغير » .

الأخت لأب شيئاً ؛ لأنها حجبت بالشقيقة حيث صارت عصبه .

(مادة ٦١٤)

وَالشَّيْبِيُّ : هُوَ مَوْلَى العَتَاقَةِ . وَهُوَ وَارِثٌ بِالتَّعْصِيبِ وَآخِرُ العَصَبَاتِ ، وَمُقَدَّمٌ عَلَى ذَوِي الأَرْحَامِ وَالرُّدِّ عَلَى ذَوِي الفُرُوضِ .

وَالْمُعْتَقُ يَرِثُ مِنْ مُعْتَقِهِ ، وَلَوْ شَرَطَ فِي عِتْقِهِ أَنْ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ عَصَبَهُ الْمُعْتَقُ الذَّكَورُ عَلَى التَّرْتِيبِ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي العَصَبَاتِ النَّسَبِيَّةِ . فَتُكُونُ العَصَبَةُ النَّسَبِيَّةُ لِلْمُعْتَقِ مُقَدَّمَةً عَلَى الشَّيْبِيَّةِ .

وَالْمُرَادُ بِالعَصَبَةِ النَّسَبِيَّةِ لِلْمُعْتَقِ : مَا هُوَ عَصَبَةٌ يَنْفَسِهِ فَقَطْ . فَيَكُونُ ابْنُ الْمُعْتَقِ عِنْدَ عَدَمِ الْمُعْتَقِ أَوْلَى العَصَبَاتِ بِالإِزْثِ ، ثُمَّ ابْنُ أُمِّهِ وَإِنْ سَقَلَ ، ثُمَّ أَبُوهُ ، ثُمَّ جَدُّهُ وَإِنْ عَلَا إِلَى آخِرِ العَصَبَاتِ .

وَلَا وِلَاءَ لِبْنِ هُوَ عَصَبَةٌ لِلْمُعْتَقِ بغيره أَوْ مَعَ غَيْرِهِ عَلَى مَنْ أَعْتَقَهُ .

وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَجْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، عَتِقَ عَلَيْهِ وَوِلَاؤُهُ لَهُ . فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَوْلَى العَتَاقَةِ وَلَا وَارِثَ لَهُ ، فَأَمَّا كُلُّهُ لِلْمَوْلَى ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٢٨/٥) : « وإن ترك المولى أباً وابتاً فميراث المعتق لابن المعتق خاصة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - وهو قول أبي يوسف رحمته الأول ، وكذا الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة رحمته ؛ لأنه أقرب عصبوبة عنده ، وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها ، وإن جنى جنابة فعقله على عاقلة الأخ كذا في الكافي » .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (٢١/٤ ، ٢٢) : « والمعتقة) في حجبها بغيرها (كالمعتق) في حجبه فيحجبها عصبه النسب (وكل عصبه) يمكن حجبه ، ولم ينتقل عن التعصيب للفروض (يحجبها أصحاب فروض مستترقة) للتركة كزوج وأم وأخ وأم وعم فلا شيء للعصبة لحجبها باستغراق الفروض ، وذكر الشارح بدل الأخ للأخ الجد ونسب لسبق القلم ؛ لأن الجد إذا لم يكن معه ولد ولا ولد لولد إنما يرث بالتعصيب لا بالفرض حتى يكون للجد السدس في المسألة المذكورة ، وهذا ممنوع فقد صرح ابن الهائم بأن الجد يأخذ بالفرض إذا لم يبق إلا السدس أو دونه أو لم يبق شيء ، وخرج يمكن الولد ؛ لأنه عصبه لا يمكن حجبه ، وقد علم من قول المصنف أول الفصل لا يحجب أحد ، ولم ينتقل إلح العصبه الشقيق في المشتركة ، والعصبه الشقيقة في الأكدرية ، فإن العصبه فيهما لم يحجب باستغراق الفروض ؛ لأن كلاً منهما انتقل إلى الفرض ، وهو عبر المصنف بذلك لكان حسناً .

تنبيه : « من لا يرث لما منع من رق أو نحوه لا يحجب غيره حرماناً ولا نقصاناً » .

وجاء فيه أيضاً (٣١/٤) : « (من) مات (ولا عصبه له بنسب وله معتق فماله) وما ألحق به كله لمعتقه =

= (أو الفاضل) منه (عن) الفرض أو (الفروض له رجلاً كان) المعتق (أو امرأة) لإطلاق قوله عنه : إنما الولاء لمن أعتق ؛ ولأن الإنعام بالإعتاق موجود من الرجل والمرأة فاستويا في الإرث ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع وإنما قدم النسب عليه ؛ لقوته ويرشد إليه حديث : « الولاء لحمة كلحمة النسب » شبه به والمشبه دون المشبه به (فإن لم يكن) أي يوجد معتق (فلعصبته) أي المعتق (بنسب المتعصبين بأنفسهم) كإبنته وأخيه (لا لبنته وأخته) ولو مع أخويهما المتعصبين لهما ؛ لأنهما من أصحاب الفروض ولا للعصبة مع غيره . والمعنى فيه كما قاله ابن سريج أن الولاء أضعف من النسب المتراسخي ، وإذا تراخى النسب ورث الذكور دون الإناث كبنّي الأخ وبنّي العم دون أخواتهم ، فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم فبنت المعتق أولى أن لا ترث ؛ لأنها أبعد منهما ، والمعتبر أقرب عصبته يوم موت العتيق ، فلو مات المعتق وخلف ابنين ثم مات أحدهما وخلف ابناً ثم مات العتيق فولأه لابن المعتق دون ابن ابنه .

تتبيه : الولاء لا يثبت للعصبة في حياة المعتق بل إنما يثبت بعده .

تتبيه : كلام المصنف كالصريح في أن الولاء لا يثبت للعصبة في حياة المعتق بل إنما يثبت بعده . قال البلقيني : وليس كذلك ، بل الولاء ثابت لهم في حياة المعتق على المذهب المنصوص في الأم ، إذ لو لم يثبت لهم الولاء إلا بعد موته لم يرثوا . وقال السبكي : يتلخص للأصحاب فيه وجهان : أحدهما : أنه لهم معه ، لكن هو المقدم فيما يمكن جعله له كإرث المال ونحوه ، والثاني : لا يكون إلا بعد موته لا بطريق الانتقال الذي هو الإرث (وترتيبهم) أي عصابات المعتق (كترتيبهم في النسب) فيقدم ابن المعتق ثم ابنه وإن سفل ثم أبوه ثم جده وإن علا ، وهكذا (لكن الأظهر أن أبا المعتق) لأبوين أو لأب (وابن أخيه) لهما (بقدمان على جده) جرياً على القياس في أن البنة أقوى من الأبوة ، وإنما خولف في النسب لإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - على أن الأخ لا يسقط الجد ، ولا إجماع في الولاء فصرنا إلى القياس ، والثاني : أنهما يستويان كالنسب ، ويجري فيه القولان في العم وأبي الجد ، وفي كل عم اجتمع مع جد إذا أدلى العم بأب دون ذلك الجد .

قال البلقيني وغيره : وكذا في ابن العم مع أبي الجد ، ويفارق العتق أيضاً النسب فيما لو كان للمعتق ابنا عم : أحدهما : أخ لأم فإنه يقدم هنا بخلاف النسب فإنهما سواء بعد إخراج الفرض ، والفرق أن الأخ للأم في النسب يرث فأعطي فرضه واستويا في الباقي بالعصوبة ، وفي الولاء لا يرث بالفرض ، فرجع من بدلي بقراءة الأم لتمحصها للترجيح (فإن لم يكن له) أي المعتق (عصبة) من النسب (فلمعتق المعتق ، ثم عصبته) أي عصبته معتق المعتق (كذلك) أي على الترتيب المذكور في عصبته المعتق ثم لمعتق معتق المعتق ثم لعصبته ، وعلى هذا القياس ، ثم يثبت المال . (ولا ترث امرأة بولاء إلا معتقها) بفتح التاء بخطه ، وهو من أعتقته لإطلاق الحديث المار « إنما الولاء لمن أعتق » .

تتبيه : قد يشعر قوله : معتقها إخراج من عتق عليها من أصولها أو فروعها بالملك ، وليس مراداً ، بل لها ولاؤه اتفاقاً (أو منتمياً إليه) أي : معتقها (بنسب) كإبنته وإن سفل (أو ولاء) كمعتقته بفتح المثناة ، وبشركتها الرجل في ذلك مع زيادة ، وهو كونه عصبته معتق من النسب .

تتبيه : اشترت بنت أبها فعتق عليها ثم اشترى الأب عبداً وأعتقته ثم مات الأب عنها وعن ابن له ثم عتقها عنهما فميراثه لابن دون البنت .

تتبيه : استثنى في التتبيه صورة ثالثة ، وهي جر الولاء إليها . وصورتها : أن يتزوج عبداً بمعتقة لرجل فيأتي =

= بولد فولاء الولد لموالي الأم ، فإذا أعتقت المرأة عبدها وهو أبو الولد جر الأب ولاء الولد إلى المرأة ، ولو اشترت بنت أبها فعتق عليها ثم اشترى الأب عبداً وأعتقه ثم مات الأب عنها وعن ابن له ثم عتيقه عنهما فميراثه لابن دون البنت ؛ لأنه عصبة معتق من النسب والبنت معتقة المعتق ، والأول أقوى ، وتسمى هذه مسألة الفضاة لما قيل أنه أخطأ فيها أربعمائة قاضٍ غير المتفهمة حيث جعلوا الميراث للبنت ، وغفلوا عن كون عصبة المعتق من النسب مقدماً على معتق المعتق ، ولا ميراث لمعتق عصباء المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشي (١٦٥/٨) : « وقدم عاصب النسب ثم المعتق ثم عصبته كالصلاة يعني أن المعتق يفتح التاء إذا مات وترك مالا فإنه يرثه عاصب النسب مثل أبيه أو أخيه ونحو ذلك ويقدم على عاصب الولاء فإن لم يكن له عاصب من جهة النسب فمعتقه فإن لم يوجد المعتق بكسر التاء فالأحق بالإرث عصبته الأقرب فالأقرب فيقدم الأخ وابنه على الجد وهو مقدم على العم وابنه ثم بعدهما أبو الجد وهكذا كترتيب الصلاة على جنازته إذا مات فقير العصبية لا شيء لهم كالألم مع الأب والأب مع الابن والبنت مع الابن وما أشبه ذلك فالضمير في عصبته يرجع للذي صدر منه العتق أي المتعصبون بأنفسهم وأما العاصب بغيره أو مع غيره فلا شيء له ، وأما عصبة المعتق بكسر التاء فإنهم لا حق لهم في الولاء في هذه المسألة وهي ما إذا أعتقت امرأة عبداً ولها ابن من زوج لا يقرب لها فإذا ماتت المرأة فإن الولاء ينتقل لولدها فإن مات هذا الولد فإن أباه لا يرث العتق بالولاء عند الأئمة الأربعة ونص عليه مالك في المدونة وغيرها والميراث للمسلمين ولا يقال من مات عن حق فلوارثه ؛ لأن هذا الخير غير معروف والضمير في قوله : (ثم معتق معتقه) يرجع للذي وقع عليه العتق أي فإن لم يكن للمعتق يفتح التاء عصبة ورثه حيثئذٍ معتق معتقه ثم عصبته فإذا اجتمع معتق أبي المعتق يفتح التاء ومعتق المعتق كان معتق المعتق أولى بالإرث ؛ لأن معتق المعتق يدلي بنفسه ومعتق أبيه يدلي بواسطة .

قول الخنابلة : جاء في المغني (٢٩٢/٦ ، ٢٩٤) : « (والولاء لأقرب عصبة المعتق) وجملة ذلك أن المولى العتق إذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله ، كان ماله لمولاه على ما أسلفناه . فإن كان مولاه ميتاً ، فهو لأقرب عصبته ، سواء كان ولداً أو أباً ، أو أخاً أو عمّاً ، أو ابن عم أو عم أب ، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى . فإن لم يكن له عصبة من نسبه ، كان الميراث لمولاه ثم لعصبته الأقرب فالأقرب ، ثم لمولاه ، وكذلك أبداً روي هذا عن عمر رضي الله عنه . وبه قال الشعبي ، والزهري ، وقادة ، ومالك ، والثوري والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو حنيفة وصاحبه . وقد روي عن علي رضي الله عنه ما يدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها ، أو ابن أخيها ، أن ميراث مواليتها لأخيها وابن أخيها ، دون ابنها . وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة ، فروي عن إبراهيم أنه قال : اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد انطلب ، فقال علي : أنا أحق بهم ، أنا أرثهم وأعتق عنهم . وقال الزبير : هم موالي أمي ، وأنا أرثهم . فقضى عمر للزبير بالميراث ، والمعتق على علي . رواه سعيد ، قال : حدثنا أبو معاوية حدثنا عبدة الضبي ، عن إبراهيم ، وقال : ثنا هشيم . ثنا الشيباني عن الشعبي ، قال : قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس ، وقضى عمر في موالي أم هانئ بنت أبي طالب لأبيها جعدة بن هبيرة دون علي . وروى الإمام أحمد بإسناده عن زيد بن أبي مرجم ، أن امرأة أعتقت عبداً لها ، ثم توفيت ، وتركت ابناً لها وأخاها . ثم توفي مولاهم من بعدها ، فأتى أمحر المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه ، فقال صلى الله عليه وسلم : ميراثه لابن المرأة . فقال أخوها : يا رسول الله ، لو جر جريرة كانت علي ، ويكون ميراثه لهذا؟! قال : نعم .

وروي بإسناده عن سعيد بن المسيب ، أن رسول الله ﷺ قال : « المولى أخ في الدين ، ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعنى » . إذا ثبت هذا فإن المعتقة إذا ماتت وخلفت ابنها وأحواها أو ابن أخيها ، ثم مات مولاها ، فميراثها لابنها ، وإن مات ابنها بعدها وقبل مولاها ، وتركت عصبية ، كأعمامه وبنين أعمامه ، ثم مات العبد ، وترك أختاً مولاته وعصبية ابنها ، فميراثه لأخي مولاته ؛ لأنه أقرب عصبية المعتق ، فإن المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أحوها وعصبيتها ، فإن انقرض عصبيتها ، كان بيت المال أحق به من عصبية أبيها ، ويروي نحو هذا عن علي . وبه قال أبان بن عثمان ، وقبيصة بن ذؤيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، ومالك ، والشافعي وأهل العراق .

وروي عن علي رواه أخرى ، أنه لعصبية الأبن . وروي نحو ذلك عن عمر وابن عباس ، وسعيد بن المسيب وبه قال شريح . وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث كما يورث المال . وقد روي عن أحمد نحو هذا واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده ، أن رثاب بن حذيفة ، تزوج امرأة ، فولدت له ثلاثة غلمة ، فماتت أمهم ، فورثوا عنها ولاء موالها ، وكان عمرو بن العاص عصبية بنتها ، فأخرجهم إلى الشام ، فماتوا ، فقدم عمرو بن العاص ، ومات مولاها ، وترك مالا ، فخاصمه إخوتها إلى عمر ، فقال : قال رسول الله ﷺ : « ما أحزر الوالد والولد فهو لعصبته من كان » . قال : وكتب له كتابا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف ، وزيد بن ثابت ، ورجل آخر قال فحنن فيه إلى الساعة . رواه أبو داود ، وابن ماجه . في « سننهما » .

والصحيح الأول ؛ فإن الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل . وإنما يورث به ، وهو باق للمعتق ، يرث به أقرب عصبياته ، ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئا ، وعصبيات الأبن غير عصبيات أمه ، فلا يرث الأجنبي منها بولائها دون عصباتها . وحديث عمرو بن شعيب غلط ، قال حميد : الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث . فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصبياته ، الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبيات . ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم . فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب ، كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ، ورث بما فيه من التعصيب ، ولم يرث بفرضه شيئا . وإن كان عصبيات في درجة واحدة ، كالبنين وبنينهم ، والإخوة وبنينهم ، والأعمام وبنينهم ، اقتسموا الميراث بينهم بالسوية . وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة .

وجاء فيه أيضا (٢٧٩/٦ ، ٢٨٠) : « ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الأرحام ، في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، فإذا مات رجل ، وخلف بنته ومولاه ، فلبنته النصف ، والباقي لمولاه . وإن خلف ذا رحم ومولاه ، فالمال لمولاه دون ذي رحمه . وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى . وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذي الأرحام على المولى . ولعلمهم يحتجون بقول الله تعالى : ﴿ وَأَوْلُوا الْأَرْحَامَ بِمَعْنَاهُمْ أَوْلَىٰ بِمَنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ولنا : حديث عبد الله بن شداد ، وحديث الحسن ؛ ولأنه عصبية يعقل عن مولا ، فيقدم على الرد وذوي الرحم ، كابن العم . وإن كان للمعتق عصبية من نسبه ، أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى . لا نعلم في هذا خلافا ؛ لما تقدم من الحديث ، ولقول النبي ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبت الفروض فلأولى رجل ذكر » . وفي لفظ : « فلأولى عصبية ذكر » . والعصبية من القرابة أولى من ذي الولاء ؛ لأنه مشبه بالقرابة ، والمشبه به أقوى من المشبه ؛ ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ، ولا يتعلق ذلك بالولاء .

٣٩٨٥ - واعلم أن العصوبة قد تؤثر في أصل الاستحقاق ، كينت ابن وابن ابن مع بنتين ، فلولا عصوبتها لسقطت ؛ إذ البنات تستحقان الثلثين فلا تأخذ بنت الابن شيئاً ، إلا إذا وجد معها معصب ، فهو قريب مبارك إذ لولاه لسقطت بنت الابن .

٣٩٨٦ - وقد تؤثر في النقصان ؛ كينت وابن ، فإنهما يرثان للمذكر ضعف ما للأنثى ، فلولا التعصيب لأخذت البنت النصف .

٣٩٨٧ - وقد تؤثر في الحرمان ؛ كينت ابن وابن ابن وبنت وزوج وأب وأم ، فالبنت لها النصف ، والزوج الربع ، والأب السدس ، والأم مثله ، فالمسألة من اثني عشر ، للزوج ثلاثة ، وللبنت ستة ، وللأب اثنان ، وللأم مثله ، فقد عالت المسألة إلى ثلاثة عشر ، وحينئذ لم يبق لابن الابن وبنت الابن شيء فتسقط معه ، ولولا وجوده لفرض لها السدس عائلاً كما هو قاعدتها مع وجود بنت واحدة ، فهو قريب مشؤوم إذ لولاه لورثت .

٣٩٨٨ - وقد لا تؤثر العصوبة شيئاً كينت وبنت ابن وابن ابن وأخ شقيق ، فإن البنت تأخذ فرضها وهو النصف ، والباقي بين بنت الابن وابنه للمذكر ضعف ما للأنثى ، ولا شيء للأخ ؛ لأنه محجوب بابن الابن فعند قسمة الباقي بعد فرض البنت وهو النصف يخص بنت الابن السدس . فلو لم يكن ابن الابن موجوداً ، لأخذت السدس بالفرض ، والباقي يأخذه الأخ الشقيق بطريق التعصيب .

العاصب السببي

٣٩٨٩ - العاصب السببي : هو مولوي العتاقة . وسمي بذلك ؛ لأن عصوبته آتية من جهة السبب وهو العتق .

٣٩٩٠ - فهو وارث بالتعصيب ، ولكنه مؤخر عن العاصب النسبي ومقدم على ذوي الأرحام والرد على ذوي الفروض .

٣٩٩١ - فإذا مات المعتق - بفتح التاء - ، وترك ابناً ومعتقاً - بكسر التاء - ، كان المال كله لابنه ، ولا شيء للمعتق ؛ لأن ابنه عصبه نسبية ، والمعتق عصبه سببية ، والنسبية مقدمة لقوتها .

٣٩٩٢ - وإن ترك بنتاً أو أختاً شقيقة ومعتقاً ، أخذت البنت أو الأخت الشقيقة فرضها ، والمعتق يأخذ الباقي بطريق التعصيب ، ولا يرد على واحدة منهما إذ العاصب السببي موجود وهو مقدم على الرد ، لما روي أن ابنة حمزة أعتقت عبداً لها ، ومات عن

بنت ، فجعل رسول الله - صلى الله تعالى عليه وسلم - نصف ماله لبنته ونصفه الآخر لبنت حمزة (١) .

٣٩٩٣ - وإذا ترك ابن بنت ومعتقاً ، أخذ المعتق كل التركة ، ولا شيء لابن بنته ؛ لأنه من ذوي الأرحام ، والعصبة السببية مقدمة عليهم .

٣٩٩٤ - والمعتق - بكسر التاء - يرث معتقه - بفتحها - ، ولو شرط في عتقه أن لا ولاء له عليه ؛ لأن هذا الشرط مخالف للشرع ، فيبطل . فقد روي أن عائشة رضي الله تعالى عنها أرادت أن تشتري بريمرة لتعتقها ، فقال أهلها : على أن ولاءها لنا . فقال رسول الله - صلى الله تعالى عليه وسلم - : « لا يمنعك ذلك ، فإن الولاء لمن أعتق » (٢) . أي : لا لمن شرطه لنفسه من بائع وموص وغيرهما .

٣٩٩٥ - فإذا مات المعتق - بفتح التاء - بعد معتقه ، فولأؤه لعصبته بأنفسهم ؛ وهي : البنوة ، والأبوة ، والأخوة ، والعمومة على ما تقدم لك في الإرث بالتعصيب النسبي ، أي : فيقدم أولاً بالجهة ثم بالدرجة ثم بالقوة . فإن اتحدوا في الكل ، قسم المال بينهم بالسوية .

٣٩٩٦ - ولا إرث من المعتق - بفتح التاء - لمن هو عصبة للمعتق - بكسر التاء - بغيره أو مع غيره .

٣٩٩٧ - فإذا مات المعتق بعد المعتق وترك بنت المعتق وابنه ، كان المال كله لابنه دونها ؛ لأن البنت ليست عصبة بنفسها ، بل بغيرها .

٣٩٩٨ - وكذلك لا شيء للأخت ؛ لأنها تصير عصبة لا بنفسها بل مع غيرها .

٣٩٩٩ - وإذا ترك أبا المعتق وابنه أو ابن ابنه ، كان المال كله لابن المعتق أو ابن ابنه ولا شيء لأبيه ؛ لأن البنوة مقدمة على الأبوة في العصوبة . هذا هو الذي عليه المعول .
٤٠٠٠ - وقال أبو يوسف : يأخذ الأب السدس ، والباقي لجهة البنوة .

(١) سنن ابن ماجه : كتاب الفرائض ، باب : ميراث الولاء (٢٧٣٤) ، وسنن الدارمي : كتاب الفرائض ، باب : الولاء (٣٠١٣) .

(٢) صحيح البخاري : كتاب : البيوع ، باب : إذا اشترط في البيع شروطاً لا تحل (٢١٦٩) ، وصحيح مسلم : كتاب : العتق ، باب : إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤) ، وسنن النسائي : كتاب : البيوع ، باب : البيع يكون فيه الشرط الفاسد فيصح ويبطل الشرط (٤٦٤٤) ، وسنن أبي داود : كتاب : الفرائض ، باب : في الولاء (٢٩١٥) .

- ٤٠٠١ - واستدل : بأن الولاء كله أثر الملك ، فيلحق بحقيقة الملك ، والمعنى لو ترك أبًا وابنًا ، كان لأبيه سدس ماله والباقي لابنه ، فكذا إذا ترك ولاء .
- ٤٠٠٢ - والجواب عن ذلك : أن الأب إنما يأخذ السدس من ابنه بطريق الفرض ، والابن يأخذ الباقي بطريق التعصيب ، والإرث من معتق ابنه ليس بالفرض بل بالتعصيب ، فيقدم أولى العصبات وهو الابن وابنه وإن نزل .
- ٤٠٠٣ - وإن ترك المعتق ابن المعتق وجده ، كان المال كله لابن المعتق بالاتفاق .
- ٤٠٠٤ - وقد عرفت مما تقدم أن هذه المسألة من المسائل التي يخالف فيها الأب الجد .
- ٤٠٠٥ - وإن مات وترك أبا المعتق وأخوته ، كان المال كله للأب اتفاقًا .
- ٤٠٠٦ - وكذا لو كان مكان الأب جد عند أبي حنيفة ؛ لأن الجد يحجب الإخوة عنده ، وهو المعول عليه والمعمول به الآن . وعند الصحابين يرث الجد مع الإخوة كما ستعرفه في كيفية توريثهم إذا اجتمعوا .
- ٤٠٠٧ - وإن ترك أختًا شقيقًا للمعتق أو لأب وعملًا له ، كان كل المال للأخت ؛ لأنه مقدم على العم بالجهة .
- ٤٠٠٨ - وإن ترك أختًا لأب للمعتق وابن أخ شقيق ، قدم الأخ لقرب درجته .
- ٤٠٠٩ - وإن ترك أختًا شقيقًا وأختًا لأب ، قدم الأخ الشقيق لقوته .
- ٤٠١٠ - وإن ترك عمين شقيقين ، استويا في الاستحقاق لعدم المرجح .
- ٤٠١١ - فترتيب عصبه المعتق في الإرث من المعتق كترتيبهم في استحقاقهم من جهة النسب ؛ فتقدم أولاً جهة البنوة ، فالأبوة ، فالأخوة ، فالعمومة .
- ٤٠١٢ - فإن اتحدوا في الجهة قدم الأقرب درجة ، فإن اتحدوا في الجهة والقرب قدم الأقوى ، فإن اتحدوا في الكل اشتركوا في القسمة .
- ٤٠١٣ - فإن انعدمت عصبات المعتق ، قدم معتق المعتق ، ثم عصبته على الترتيب المذكور ، ثم معتق معتق المعتق ثم عصبته إلخ .
- ٤٠١٤ - ثم إنه يشترط في الإرث بالمعتق أن يحصل العتق لشخص وهو على ملك شخص آخر ، سواء كان بالإعتاق ولو من وصية بأن أوصى بعتق عبده بعد موته أو بالاستيلاء أو بملك رحم محرّم منه ، وسواء كان الإعتاق لوجه حق أو لغيره كالعتق للرسول أو للولي .

٤٠١٥ - وحينئذ يكون قوله - عليه الصلاة والسلام - : « الولاء لمن أعتق » (١) .
 جرياً على الغالب أو أن القصر إضافي ، فيكون المعنى : الولاء لمن أعتق ، لا لمن شرطه
 نفسه من بائع ونحوه كواهب وموص .

(مادة ٦١٥)

مَوْلَاةُ الْعَتَاقَةِ كَمَوْلَى الْعَتَاقَةِ فِيمَا تَقَدَّمَ ، وَالْأَصْلُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا : مَا
 أَعْتَقْنَ ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ ، أَوْ كَاتِبٌ ، أَوْ كَاتِبٌ مِنْ كَاتِبِينَ ، أَوْ دَبْرُنْ ، أَوْ دَبْرُنْ مِنْ دَبْرُنْ ،
 أَوْ جَرٌّ وَلَاءٌ مُعْتَقِهِنَّ أَوْ مُعْتَقِ مُعْتَقِهِنَّ .
 فَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ مَوْلَاةَ الْعَتَاقَةِ ، فَلَمَّا لُكُلَهُ لَهَا (٢) .

٤٠١٦ - والمعق يرث من معتقه ، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ، فالمولاة كالمولى في
 جميع ما تقدم .

٤٠١٧ - فإذا أعتقت امرأة شخصاً ، ثبت لها عليه الولاء ، فترثه هي وعصبتها
 بأنفسهم على الكيفية والترتيب اللذين عرفتهما مما تقدم .

٤٠١٨ - فالنساء لا يرثن بطريق لولاء من معتق غيرهن من أب أو جد أو أخ ، بل
 من شخص كن سبباً في عتقه .

(١) سبق تخريجه .

(٢) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (١١٨/٢) : « وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من
 أعتقن أو كاتب أو كاتب من كاتبين) بهذا اللفظ ورد الحديث ، وفي آخره « أو جر ولاء معتقهن » وصورة الجر :
 أن المرأة إذا زوجت عبدها امرأة حرة فولدت ولداً فإن الولد حرٌّ تبعاً لأمه وولاًؤه لموالي أمه دون موالي أبيه حتى
 لو مات الولد يكون ميراثه لموالي الأم ولا يكون للمرأة ، ولو أن المرأة أعتقت عبدها جر ولاء ولده إلى نفسه
 وإلى مولاته ، والمرأة جرت ولاء معتقها إلى نفسها فبعد ذلك لو مات الابن ولا ميراث له لأبيه فإن لم يكن له
 أب فميراثه للمرأة التي أعتقت أباه كذا في الحجندي في باب الفرائض ، وقوله : أو أعتق من أعتقن يعني أن
 معتقها إذا اشترى عبداً فأعتقه ثم مات الأول وبقي الثاني ولا وارث فإن ميراثه لها ؛ لأنها أعتقت من أعتقه ،
 ولو ترك المعتق ابن مولاته وأخاها فالولاء لابنها دون أخيها ؛ لأنه أقرب عصوبة إلا أن عقل جنايتها على
 أخيها ؛ لأنه من قوم أبيها . قوله : (أو دبرت) صورته : امرأة دبرت عبدها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب
 وقضي بلحاقها حتى عتق مديرها ثم جاءت مسلمة إلينا ثم مات المدير وترك مديرته هذه فولاًؤه لها .
 قوله : (أو دبر من دبرن) صورته : أن هذا المدير بعد ما عتق دبر عبده ومات ثم مات الثاني فولاًؤه لمدير مديره .

٤٠١٩ - والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « ليس للنساء من الولاة إلا : ما اعتقن أو أعتق من أعتقن ، أو كاتبن أو كاتب من كاتبن ، أو دبرن أو دبر من دبرن ، أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن » (١) .

٤٠٢٠ - ومعنى هذا الحديث : ليس للنساء من الولاة شيء إلا ولاء ما ، أي : العبد الذي اعتقته أو ولاء ما أي : العبد الذي اعتقه من اعتقته أو ولاء ما ، أي : العبد الذي كاتبته أو ولاء ما كاتبه من كاتبته أو ولاء ما دبرته أو ولاء ما دبره من دبرته أو جر ولاء معتقهن أو الولاة الذي هو مجرور معتق معتقهن .

٤٠٢١ - فحذف من كل نظير ما أثبت في الآخر ، أي : ليس لهن من الولاة إلا : ولاء ما أعتقن ، أو ولاء من أعتقه ، أو كاتبه ، أو دبره من أعتقن ، أو ولاء ما كاتبن ، أو ولاء ما كاتب ، أو أعتق ، أو دبر من كاتبن ، أو ولاء ما دبرته ، أو ولاء ما دبر ، أو أعتق أو كاتب من دبرته . فكلمة « ما » المذكورة والمقدرة عبارة عن مرقوق يتعلق به الاعتاق ، فإنه بمنزلة سائر ما يتملك مما لا عقل له كما في قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (٢) .

٤٠٢٢ - وكلمة « مَنْ » عبارة عن صار حراً مالكا ، فاستحق أن يعبر عنه بلفظ العقلاء ، فعبّر عن الأول بـ « ما » وعن الثاني بـ « من » وإن كانا حرين ؛ لأن الأول متصرف فيه كسائر الأموال ، والثاني متصرف كسائر الملاك .

٤٠٢٣ - وقوله : « أو جر » . عطف على المستثنى المحذوف وهو ولاء ، وولاء المذكور مفعوله ومعتقهن فاعله وهو على تقديران والمصدر المنسبك بمعنى اسم المفعول كما في قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ هَذَا الْقُرْآنُ أَنْ يُفْتَرَى ﴾ (٣) . أي : مفترى . أو على تقدير موصوف حذف ، وأقيمت صفته مقامه ، ووضع المظهر موضع المضمرة ، والتقدير : ليس للنساء من الولاة إلا كذا وإلا ولاء جر ، أي : مجرور معتقهن أو إلا

(١) قال الحافظ في الدرابة في تخريج أحاديث الهداية (١٩٥/٢) : « لم أجده هكذا ، وأخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن مسعود وعلي وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاة للكبير من العصبة ولا يورثون النساء من الولاة إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن . ومن طريق إبراهيم : كان عمر وعلي وزيد بن ثابت لا يورثون النساء من الولاة إلا ما أعتقن . وأخرج ابن أبي شيبة من طريق الحسن أنه قال : لا ترث النساء من الولاة إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن . وروى عبد الرزاق من طريق يحيى بن الجزار عن علي ، قال : لا ترث النساء من الولاة إلا ما كاتبن أو أعتقن . ومن طريق ابن مسعود نحوه . قال الحكم : وكان شريح يقول : » .

ولاء جره معتقهن .

٤٠٢٤ - وثبوت الولاء بالنسبة للمدبر يكون بالنسبة لعصبة المعتقة ، لا لها إذ المدبر لا يصير حرًا إلا بموت المدبر ، فلا يتصور أن يموت المدبر - بفتح الباء المشددة - حرًا في حياة المدبر - بكسر الباء - .

٤٠٢٥ - أو نقول : يمكن أن يكون بالنسبة لها أيضًا ، ونصوره بأن امرأة دبرت عبدًا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها وبحرية عبدها المدبر ، ثم أسلمت ورجعت إلى دار الإسلام ، ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية، فهذه المرأة عصبته .

٤٠٢٦ - وصورة جر معتقهن الولاء : أن عبد امرأة تزوج بإذنها جارية قد أعتقها مولاه ، فولد منها ولد ، فهو حر تبعًا لأمه ، وولأؤه لمولى أمه . فإذا أعتقت تلك المرأة عبدها ، جر ذلك العبد بإعتاقها إياه ولاء ولده إلى مولاته ، حتى إذا مات المعتق ثم مات ولده وخلف معتقة أبيه ، فولأؤه لها .

٤٠٢٧ - وصورة جر معتق معتقهن الولاء : أن المرأة أعتقت عبدًا ، فاشتري العبد المعتق عبدًا ، وزوجه بمعتقة غيره ، فولد بينهما ولد ، فهو حرٌّ وولأؤه لولي أمه . فإذا أعتق ذلك العبد المعتق عبده ، جر بإعتاقه ولاء ولد معتقه إلى نفسه ثم إلى مولاته .

الباب السادس

في الحجب

(مادة ٦١٦)

الْحَجْبُ : مَنَعُ شَخْصٍ مُعَيَّنٍ عَنِ مِيرَاثِهِ كُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ ؛ بِوُجُودِ شَخْصٍ آخَرَ .
وَهُوَ نَوْعَانِ :

الأوَّلُ : حَجْبُ نَفْصَانِ عَنِ حِصَّةٍ مِنَ الْإِرْثِ إِلَى أَقَلِّ مِنْهَا ؛ كَانْتِقَالِ الزَّوْجِ بِالْوَلَدِ مِنَ التَّضْفِ إِلَى الرَّبِيعِ ، وَكَانْتِقَالِ الزَّوْجَةِ مَعَ وُجُودِ الْوَلَدِ مِنَ الرَّبِيعِ إِلَى الثَّمَنِ ، وَالْأُمِّ مِنَ الثَّلْثِ إِلَى الشُّدْسِ ، وَالْأَبِّ مِنَ الْكُلِّ إِلَى الشُّدْسِ .

الثَّانِي : حَجْبُ جِزْمَانٍ مِنَ الْمِيرَاثِ ، كَحَجْبِ ابْنِ الْأَخِ بِالْأَخِ ^(١) .

٤٠٢٨ - اعلم أن الحجب معناه في اللغة : المنع مطلقاً .

٤٠٢٩ - وفي اصطلاح الفقهاء : منع شخص معين من ميراثه كله أو بعضه ؛ بوجود شخص آخر .

٤٠٣٠ - يعني : أنه لولا وجود الشخص الآخر معه لورث ؛ كالأب مع الجد مثلاً ، فإن الجد لا يأخذ معه شيئاً . فلولا وجود الأب لورث الجد .

٤٠٣١ - فالمنع إنما جاء لمعنى في غيره . فإن كان المنع لمعنى في نفسه ؛ ككونه رقيقاً أو قاتلاً ، سمي : محروماً لا محجوباً .

٤٠٣٢ - ويؤخذ من هذا التعريف أن الحجب ينقسم إلى نوعين :

٤٠٣٣ - الأول : حجب حرمان ؛ وهو منع شخص عن ميراثه كله ؛ بوجود شخص آخر .

٤٠٣٤ - كحجب الجد بالأب ، وابن الابن بالابن ، وابن الأخ بالأخ . فإن كلاً من الجد وابن الابن وابن الأخ لا يستحق شيئاً أصلاً مع الأب والابن والأخ .

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٦/٢) : « الحجب في اللغة : المنع . وفي اصطلاح أهل هذا العلم : منع شخص معين عن ميراثه ؛ إما كله ويسمى حجب الحرمان ، أو بعضه ويسمى حجب النقصان بوجود شخص آخر » .

٤٠٣٥ - والثاني : حجب النقصان : وهو منع شخص من فرض مقدر إلى فرض أقل منه ؛ لوجود شخص آخر .

٤٠٣٦ - كانتقال الزوج بالفرع الوارث من النصف إلى الربع ، وكانتقال بنت الابن بالبنث من النصف إلى السدس ، وكانتقال الزوجة أو الزوجات من الربع إلى الثمن ، والأم بالفرع الوارث أو اثنين من الإخوة أو الأخوات أو منهما من الثلث إلى السدس .

٤٠٣٧ - فلو نقصت السهام بالعلول ؛ كما إذا توفيت الزوجة عن الزوج وأختين لأب وأخت لأم وأم ، أو نقصت حصص أصحاب الفروض بالاجتماع مع من يجانسهم كثلاث بنات أو أخوات لأب أو زوجتين ، فلا يسمى هذا حجبتاً^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (٢٣) الحجب هو : أن يكون لشخص أهلية الإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر والمحجوب يحجب غيره .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨١) : ١ - الحجب هو : أن يكون لشخص أهلية لإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر .

٢ - المحجوب يحجب غيره .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٠) أ - الحجب : حرمان وارث من كل الميراث أو بعضه لوجود وارث آخر أحق به منه .

ب - الحجب نوعان : حجب حرمان ، وحجب نقصان .

ج - المحجوب من الإرث قد يحجب غيره .

(٢٤) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (٢٣) الحجب هو : أن يكون لشخص أهلية الإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر والمحجوب يحجب غيره .

(٢٤) المحجور من الإرث مانع من موانعه لا يحجب أحدًا من الورثة .

(٢٩) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (٢٥) تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقًا وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ويحجب الأب الجدة لأب ، كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلًا له .

(٢٦) يحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا والولد وولد الابن وإن نزل .

(٢٧) يحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة ، وبحجبتها أيضًا بنتان أو بنتا ابن أعلى منهما درجة ما لم يكن معها من يعصها طبقًا لحكم المادة (١٩) .

(٢٨) يحجب الأخت لأبوين كل من الابن وابن الابن وإن نزل والأب .

(مادة ٦١٧)

حَجَبُ الْحَرَمَانِ لَا يَدْخُلُ عَلَى سِتَّةٍ مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَهَمُّ : الْأَبُ ، وَالْأُمُّ ، وَالْإِبْنُ ، وَالْبِنْتُ ، وَالزَّوْجُ ، وَالزَّوْجَةُ . وَيَدْخُلُ حَجَبُ الْحَرَمَانِ عَلَى مَنْ عَدَا السِّتَّةَ الْمَذْكُورِينَ .
وَحَجَبُ النِّقْصَانِ يَدْخُلُ عَلَى خَمْسَةِ ، وَهَمُّ : الْأُمُّ ، وَبِنْتُ الْإِبْنِ ، وَالْأَخْتُ لِأَبٍ ، وَالزَّوْجَانِ ^(١) .

* * *

- ٤٠٣٨ - فالنوع الأول : وهو حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة أصلاً ؛ وهم : الأب ، والأم ، والابن ، والبنت ، والزوج ، والزوجة .
- ٤٠٣٩ - فمتى وجد واحد من هؤلاء في مسألة من المسائل ، فلا بد أن يكون مستحقاً لشيء من التركة ، ولو وجد معه جميع الورثة .
- ٤٠٤٠ - ولهذا لو اجتمع كل الورثة ذكورا وإناثا ، ورث منهم خمسة ؛ وهم : الأبوان ، والولدان ، وأحد الزوجين . ولا يتأتى أن يكون الزوجان موجودين معا في مسألة من مسائل الإرث .
- ٤٠٤١ - ويدخل حجب الحرمان على من عدا هؤلاء الستة .
- ٤٠٤٢ - والنوع الثاني : وهو حجب النقصان يدخل على خمسة من الورثة ؛ وهم : الأم ، وبنت الابن ، والأخت لأب ، والزوج ، والزوجة .

(١) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٦/٢) : « حجب الحرمان منتفٍ في حق ستة) من الورثة (الابن والأب والبنت والأم والزوج والزوجة) . فإن قلت قد يحجب هذا الفريق بالقتل والردة والرقية فلا يصح أن حجب الحرمان منتفٍ في هذا الفريق ، قلت : الكلام في الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة .
قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (١٥/٣) : « فلا حاجب للأبوين والزوجين والأولاد للإجماع ولإدلائهم إلى الميت بأنفسهم في النسب » .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٦٤٩/٤) : « لا يحجب الأبوان أي : حجب حرمان الزوجان والولد للميت ذكرا أو أنثى ، فلا يدخل عليهم حجب حرمان بالأشخاص . وأما حجب بالأوصاف كرق إلخ ، فيدخل على الجميع » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٩٤/٦) : « لا يسقط بحال خمسة ؛ الزوجان ، والأبوان ، وولد الصلب ؛ لأنهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت بحجبيهم ، ومن سواهم من الوارث إنما يمت بواسطة سواه ، فيسقط بمن هو أولى بالميت منه » .

- ٤٠٤٣ - فإن كل واحد من هؤلاء له فرضان ؛ فتارة يأخذ الفرض الأكبر إذا لم يوجد معه من يحجبه عنه ، وتارة يأخذ الأقل إذا وجد معه من يحجبه عنه .
- ٤٠٤٤ - فالأم تأخذ الثلث إذا لم يوجد معها فرع وارث أو اثنان من الإخوة والأخوات ، فإن وجد معها أحدهما أخذت السدس .
- ٤٠٤٥ - وبنت الابن تأخذ النصف إذا لم يوجد معها بنت ، فإن وجدت أخذت السدس .
- ٤٠٤٦ - والأخت لأب تأخذ النصف إذا لم توجد معها أخت شقيقة ، فإن وجدت أخذت السدس .
- ٤٠٤٧ - والزوج يأخذ النصف إذا لم يوجد معه فرع وارث ، فإن وجد أخذ الربع .
- ٤٠٤٨ - والزوجة تأخذ الربع إذا لم يوجد معها فرع وارث ، فإن وجد استحققت الثمن .
- ٤٠٤٩ - فغير هؤلاء ليس له فرضان يحجب من أكثرهما إلى أقلهما ولو الأب ؛ لأنه وإن كان يأخذ السدس مع الفرع الوارث والكل عند عدمه ، ولكن أخذه الكل لا بطريق الفرض بل بطريق التعصيب (١) .

(مادة ٦٨)

يُحَجَّبُ الْجَدُّ مِنَ الْمِيْرَاتِ بِالأَبِّ ، سَوَاءَ كَانَ الْجَدُّ يَرِثُ بِالتَّغْصِيْبِ كَجَدِّ فَقَطْ ، أَوْ بِالفَرَضِ وَخَدَهُ كَجَدِّ مَعَ ابْنِ ، أَوْ بِالفَرَضِ وَالتَّغْصِيْبِ كَجَدِّ مَعَ بِنْتِ .
وَتَحَجَّبُ أُمُّ الأَيْتِ الْجَدَّاتِ ، سَوَاءَ كُنَّ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ ، أَوْ مِنْ جِهَةِ الأَبِّ ، أَوْ مِنْ جِهَةِ الْجَدِّ (١) .

• • •

(١) يحجب الأخت لأب كل من الأب و الابن و ابن الابن و إن نزل ، كما يحجبها الأخ لأبوين و الأخت لأبوين إذا كانت عصبية مع غيرها ، طبقاً لحكم المادة ٢٠ و الأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .
(٢) قول الخلفية : جاء في الجوهرة النيرة (٣٠٥/٢) : « قوله : وتسقط الجدات بالأم والجد والإخوة والأخوات بالأب » أما الجدات فيسقطن بالأم سواء كن من قبل الأب أو من قبل الأم وكذلك الجدة أم الأب تسقط مع ابنها والأب يحجب الجدات من قبل نفسه ولا يحجب الجدات من قبل الأم حتى أن أم الأم مع الأب والجدات ست ثنتان لك وثنان لأبيك وثنان لأملك وكلهن وارثات غير أم أب الأم فإنه لا شيء لها ، =

٤٠٥٠ - والكلام الآن إنما هو في حجب الحرمان . وأما حجب النقصان فقد عرف من أصحاب الفروض وأحوالهم مع غيرهم ، فبعد أن نخرج من لا يدخل عليه حجب الحرمان وهم الستة المتقدمون الأبوان والولدان والزوجان ، يلزمنا أن نعرف من يحجب غيرهم .

٤٠٥١ - فالجد يحجب عن الميراث بالأب ، فمتى وجد الأب لا يستحق الجد شيئاً أصلاً .

٤٠٥٢ - والجدة تحجب بالأم ، سواء كانت الجدّة من جهة الأم أو من جهة الأب أو من جهة الجد .

٤٠٥٣ - وأما الأب فإنه يحجب الجدّة التي من قبله وهي أمه وإن علت .

٤٠٥٤ - وكذلك الجد ، فإنه يحجب الجدّة التي من قبله أيضاً وهي أمه وإن علت .

٤٠٥٥ - فإن لم تكن من قبله فلا يحجبها وإن علت كأب معه ؛ لأنها زوجته

أو أم الأب ، فإنه لا يحجبها أيضاً ؛ لأنها ليست منتسبة به ؛ لأنها أم زوجته وتحجب القريبى منهن البعيدة ، سواء كانت القريبى من جهة الأب أو من جهة الأم .

= واعلم أن كل من لا يرث لا يحجب أحداً من أهل الميراث كالابن إذا كان قاتلاً أو عبداً أو كافراً فإنه لا يرث ويجعل بمنزلة الميت وليس هذا كالابن من الإخوة والأخوات ؛ لأنهما لا يرثان مع الأب ومع ذلك يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ؛ لأنهما من أهل الميراث في الأصل إلا أن الأب حجبهما .

قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤) : « (والجد) أبو الأب وإن علا (لا يحجبه إلا) ذكر (متوسط بينه وبين الميت) بالإجماع ؛ لأن من أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأم .

تنبيه : لم يقيد المصنف المتوسط بالذكر كما قدرته إيضاحاً ؛ لأن من بينه وبين الميت أنثى لا يرث أصلاً فلا يسمى حجبتاً ، وإنما عبر بمتوسط ليتناول حجب الجد لأبيه ، وما فوقه من الصور .

قول المالكية : جاء في الشرح الصغير (٦٤٩/٣) : « (و) يحجب (الجد بالأب) ؛ لأنه أقرب للميت من الجد .

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٧٠/٦) : « والجد كالأب في أحواله الثلاث ، وله حال رابع مع الإخوة يذكر في بابه ، ويسقط بالأب ؛ لأنه يدل به ، فيسقط به ، كالأخوة ، وكذلك كل جد يسقط بابه ؛ لكونه يدل به . وينقص الجد عن رتبة الأب في زوج وأبوين ، أو امرأة وأبوين ، فيفرض للأم فيهما ثلث جميع المال ،

وباقية للجد ، بخلاف الأب .

وينظر تعليقنا على مادة (٥٩٥) .

(مادة ٦١٩)

الابنُ يُحجَبُ ابْنَ الابنِ ، وَكُلُّ ابْنِ ابْنِ أَسْفَلَ يُحجَبُ بِابْنِ ابْنِ أَعْلَى مِنْهُ .
وَتَسْقُطُ الْإِخْوَةُ مِنَ الْمِرَاثِ ذُكُورًا أَوْ إُنَاثًا ، سَوَاءً كَانُوا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَوْ لِأُمٍّ ، بِـ :
الأبِّ ، وَالْجَدِّ ، وَبِالْبَنَيْنِ ، وَبَنِي الْبَنَيْنِ وَإِنْ سَقَلُوا (١) .

٤٠٥٦ - وقد عرفت من شرح إرث العصابات أن التقديم بينهم يكون أولاً بالجهة ،
ثم بالدرجة ، ثم بالقوة .

٤٠٥٧ - وينبغي على ذلك : أن ابن الابن يُحجَب بالابن فقط ، وكل ابن ابن اسفل
يحجَب بابن ابن أعلى منه .

٤٠٥٨ - والإخوة والأخوات ، سواء كانوا لأبوين أو لأب أو لأم يسقطون بأربعة ؛
وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا . أما حجَب ابن
الابن فللقرب ، وتحجَب الأخوة بالبنوة والأبوة بسبب الجهة ؛ لأن جهة البنوة والأبوة
مقدمة على الأخوة (٢) .

(١) قول الخليفة : جاء في تبين الحقائق (٢٣٤/٦) : « (ويحجَب بالابن) أي : ولد الابن يحجَب بالابن
ذكورهم وإناتهم فيه سواء ؛ لأن الابن أقرب ، وهو عصبية فلا يرثون معه بالعصوبة ، وكذا بالفرض ؛ لأن
بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن ، وإن كن لا يدلين به بأن كان عمهن فهو مساوٍ لأصلهن فيحجبن
كما يحجَب أولاده ؛ لأن ما ثبت لأحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة » .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٩/٤) : « (وابن الابن) وإن سفل (لا يحجبه) من العصبية (إلا
الابن) أباه كان أو عمه لإدلائه به أو لأنه عصبية أقرب منه ، وهذا مجمع عليه (أو ابن ابن أقرب منه) كإبن
ابن وابن ابن ابن ، ومن هذا يعلم أن قوله : أولاً ابن الابن مراده وإن سفل كما قدرته حتى ينتظم مع هذا .
فإن قيل : يرد على المحصر أنه يحجبه أيضاً أبوان وابتنان أجيب : بأنه سيذكره آخر الفصل في قوله : وكل
عصبية يحجبه أصحاب فروض مستفرقة » .

وينظر تعليقنا على مادة (٦٠٧) .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨٧) : يحجَب الأخت لأب كل من الأب والابن
وابن الابن وإن نزل ، كما يحجَبها الأخ لأبوين والأخت لأبوين ، إذا كانت عصبية مع غيرها، طبقاً لحكم
المادة (٢٧٨) والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .

(مادة ٦٢٠)

الأخ لأبٍ يُحجَبُ به : الأب ، والابن ، وابن الابن ، وبالأخ الشقيق ، وبالأخت الشقيقة إذا صارت عَصَبَةً مَعَ الْغَيْرِ ^(١) .

٤٠٥٩ - والأخ لأبٍ يحجب بستة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ الشقيق ، والأخت الشقيقة إذا صارت عصبه مع الغير بأن توفي شخص عن بنت وأخت شقيقة وأخ لأب ، فإن لم تصر الأخت الشقيقة عصبه مع الغير فلا تحجب الأخ لأب .

٤٠٦٠ - فإذا توفي شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخ لأب ، أخذ كل من الزوجة والأخت فرضه ، والأخ لأب يأخذ الباقي بطريق التعصيب . أما حجه بغير الأخ الشقيق فكما تقدم ، وحجه به بالقوة .

(مادة ٦٢١)

ابن الأخ الشقيق يُحجَبُ بِسَبْعَةٍ ؛ وَهُم : الأب ، والجد ، والابن ، وابن الابن ، والأخ الشقيق ، وبالأخ لأبٍ ، وبالأخت لأبوين أو لأبٍ إذا صارت عَصَبَةً مَعَ الْغَيْرِ ^(١) .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٦٠٣) .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٢/٦) : « فالأقرب يحجب الأبعد كالابن يحجب أولاد الابن والأخ لأبوين يحجب الإخوة لأبٍ ومن يدلي بشخص لا يرث معه إلا أولاد الأم » .
قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٠ ، ١٩/٤) : « (وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة : أب) ؛ لأنه يحجب أباه فهو أولى (وجد) لأنه في درجة أبيه فحجبه كأي (وابن وابنه) ؛ لأنهما يحجبان أباه فهو أولى (وأخ لأبوين) ؛ لأنه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه (و أخ لأب) ؛ لأنه أقرب منه . تنبيه : ابن الأخ لأبٍ يحجبه سبعة . تنبيه : إنما ضبط المصنف هذا بالعدد دون غيره دفعا للإلباس في قوله بعد ولأب ؛ لتلا بوجه التكرار وإرادة للتنبيه على أن قوله : « ولأب » الثاني معطوف على ابن الأخ لأبوين لا على ما يليه » .
قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٥٧/٢) : « (ولا ترث إخوة أم مع الجد للأب ولا مع الولد وولد الولد ذكرا كان الولد أو أنثى) لما تقدم من أن الأخ للأم يحجب بواحد من عمودي النسب ، والمراد بهما الأصل وإن علا والفرع وإن سفل ، فالحاصل : أن الأخ للأم يحجب بواحد من ستة أشار لها خليل بقوله :

- ٤٠٦١ - وابن الأخ الشقيق يُحجب بسبعة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ الشقيق ، والأخ لأب ، والأخت الشقيقة ، أو لأب إذا صارت كل منهما عصبه مع الغير .
- ٤٠٦٢ - وإنما حجب بمن ذكروا ؛ لما عرفته من القاعدة المتقدمة .

(مادة ٦٢٢)

ابنُ الأَخِ لأبٍ يُحجَبُ بِشَمَانِيَةِ مِنَ الوَرَثَةِ ؛ وَهُمُ : السَّبْعَةُ المَذْكُورُونَ بِالمَادَّةِ السَّابِقَةِ ، وَبِابْنِ الأَخِ الشَّقِيقِ ^(١) .

- ٤٠٦٣ - وابن الأخ لأب يُحجب بشمانية ؛ وهم السبعة المذكورون في المادة السابقة ، وابن الأخ الشقيق كما تقدم .

(مادة ٦٢٣)

الإِخْوَةُ لِأُمِّ يُحجَبُونَ بِسِتَّةٍ : الأَبُ ، وَالجَدُّ ، وَالابْنُ ، وَابْنُ الابْنِ ، وَابْنَةُ الصُّلْبِيَّةِ ، وَابْنَةُ الابْنِ ^(٢) .

= وسقط باين وابنه و بنت ابن وإن سفلت وأب وجد (و) كذا (لا ميراث للإخوة مع الأب ما كانوا) أي أشقاء أو لأب ؛ لأن كل من أدلى بواسطة لا يرث معها (و) كذا (لا يرث عم مع الجد ولا ابن أخ مع الجد) ؛ لأن رتبة الأخ في رتبة الجد والأخ يحجب ابنه فكذا ما هو بمنزلة .

(١) قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٢٠/٤) : (و) ابن الأخ (لأب يحجبه) سبعة (هؤلاء) الستة لما سبق (وابن الأخ لأبوين) لقوته . فرع : لو تعارض قرب جهة كاهن ابن أخ شقيق وابن أخ لأب قدم ابن الأخ لأب ؛ لأن بنوة الأخ جهة واحدة يقدم فيها الأقرب .

وينظر تعليقنا على المادة السابقة .

(٢) قول الخنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٥٧/٢ ، ٧٥٨) : (وتحجب الإخوة) مطلقاً حجب الحرمان (بالابن وابنه وإن) وصلية (سفل وبالأب) ؛ لأنهم كلاله ، وتورث الكلاله مشروط بعدم الولد والوالد كما مر (والجد) عند الإمام (وتحجب أولاد العلات) وهي الإخوة والأخوات لأب (بالأخ لأبوين أيضاً) ؛ لأن ميراث الإخوة والأخوات لأب وأم جار مجرى ميراث الأولاد الصلبية وأن ميراث الإخوة والأخوات لأب كميراث أولاد الابن ذكورهم كذكورهم وإناثهم كإناثهم ، فكما تحجب أولاد الابن بالابن كذلك تحجب =

= الإخوة والأخوات لأب وأم (وعندهما لا تحجب الإخوة لأبوين أو لأب بالجد بل يقاسمونه وهو) أي الجد (كأخ إن لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض) .

قال الفاضل الشريف : إن الجد يشبه الأب في حجب أولاد الأم ، وفي أنه إذا زوج الصغير أو الصغيرة لم يكن لهما خيار إذا بلغا ، وفي أنه لا ولاية للأخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالأب ، وفي أنه لا يقتل الجد بولد الولد ، وفي أن حليلة كل واحد من الجانبين تحرم على الآخر ، وفي عدم قبول الشهادة ، وفي صحة استيلاء الجد مع عدم الأب . وفي أنه لا يجوز دفع الزكاة إليه ، وفي أنه يتصرف في المال والنفس كالأب ويشبه الأخ في أنه إذا كان للصغير جد وأم كانت النفقة عليهما أثلاثاً على اعتبار الميراث كما على الأخ والأم وفي أنه لا يفرض النفقة على الجد المعسر كالأخ ، وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد ، وفي أن الصغير لا يصير مسلماً بإسلام الجد ، وفي أنه إذا أقر بناقلة وابنه جني لا يثبت النسب بمجرد إقراره وفي أنه لا يجزى ولاء نافلته إلى مواله كل ذلك كما في الأخ فلتعارض هذه الأحكام اختلفت العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم - رضي الله تعالى عنهم - في مسألة الجد مع الإخوة فجعل كالأب في حجب الإخوة أم ، وكالأخ في قسمة الميراث ما دامت المقاسمة خيراً له ، فإذا لم تكن خيراً له أعطينا له ثلث المال ؛ لأنه مع الأولاد يرث السدس ومع الإخوة يضاعف ذلك ، وأيضاً إذا قسم المال بين الأبوين فللأم الثلث وللأب الثلثان وهما في الدرجة الأولى ، ولما كان الجد والجددة في الدرجة الثانية ، وكان للجددة السدس كان للجد ضعفه أعني الثلث ، فإذا كان مع الجد أخ واحد أخذ بالمقاسمة نصف المال فهو خير له من الثلث ، وإذا كان معه أخوان فهما أي المقاسمة والثلث متساويان ، وإذا كان معه ثلاثة إخوة فالثلث خير له ؛ لأن نصيبه بالمقاسمة حيثئذ ربع هذا إذا لم يكن معه صاحب فرض (أو) إن لم تنقصه المقاسمة (عن السدس عند وجوده) أي وجود ذي الفرض يعني إذا كانت معه أختان لأب وأم يجعل الجد كأخ ويكون المال بينه وبين الأختين للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذا إذا كانت معه ثلاث أخوات ، وإن كانت معه أربع أخوات فالمقاسمة والثلث سواء ؛ لأنه إذا جعل كأخ يكون كأختين ويكون عدد الأخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له ، والاثنان ثلث الستة ، وتكون المقاسمة والثلث مستويين ، وإن كانت معه خمس أخوات يكون الثلث خيراً له ؛ لأنه إن جعل كأخ يكون بمنزلة أختين فيكون عدد الأخوات سبعة فيكون حصته ناقصة عن السدس فيكون الثلث خيراً له ، وباقي أحكام المقاسمة المذكور في كتب الفرائض وشرحها فليراجع (والفوتى على قول الإمام) وهو سقوط الإخوة والأخوات بالجد. لكن المختار في زماننا أن يفتى بعد أخذ الجد السدس بالمصالحة في الباقي بين الإخوة والأخوات وبينه .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٩/٤) : (والأخ لأبوين بحجبه) ثلاثة (الأب والابن وابن الابن) وإن سفل بالإجماع (و) الأخ (لأب بحجبه) أربعة (هؤلاء) الثلاثة ؛ لأنهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى (وأخ لأبوين) لقوته بزيادة القرب ، فإن قيل : يرد على الحصر أنه يحجب أيضاً بنت ، وأخت شقيقة ، ولا يصح أن يجاب عنه بما مر ؛ لأنه في هذه الصورة لم يحجبه أصحاب فروض مستترقة ؛ لأن الأخت مع البنت عصية . أجيب بأن كلامه فيمن يحجب بمفرده ، وكل من البنت والأخت لا تحجب الأخ بمفردها ، بل مع غيرها (و) الأخ (لأم بحجبه) أربعة (أب وجد وولد) ذكراً كان أو أنثى (وولد ابن) ولو أنثى بالإجماع ، =

٤٠٦٤ - والإخوة والأخوات لأم يحجبون بستة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والبنات ، وبنات الابن وإن نزل أبوها ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ؛ لما عرفته غير مرة من أن أولاد الأم يحجبون بالفرع الوارث مطلقاً ، والأصل الوارث المذكور .

ولآيتي الكلافة المفسرة بمن لا ولد له ولا والد . أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها كما مرّت الإشارة إليه ؛ لأن شرط حجب المدلي بالمدلي به ، إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدّة مع الأم ، أو استحقاق المدلي به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب ، والأم مع ولدها ليست كذلك ؛ لأنها تأخذ بالأمومة ، وهو بالأخوة ، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (٢٠١/٨) : « وسقط باين وابنه وبنات ، وإن سفلت وأب وجد يعني أن الأخ للأم يحجب حجب حرمان بكل واحد من عمودي النسب وبالبنات وللصلب وبنات الابن ، وإن سفلت فالخامس أن الأخ للأم يسقط بستة بالابن ذكراً كان ، أو أنثى وابن الابن ، وإن سفلت ذكراً كان أو أنثى وبالأب والجد ، وإن علا . »

قول الحنابلة : جاء في المغني (١٦٣ ، ١٦٢/٦) : « (ولا يرث أخ ، ولا أخت لأب وأم أو لأب ، مع ابن ، ولا مع ابن ابن وإن سفل ، ولا مع أب) أجمع أهل العلم على هذا ، بحمد الله ، وذكر ذلك ابن المنذر ، وغيره . والأصل في هذا قول الله تعالى : ﴿ بَسْمَلْتُمْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ فِي الْكَلْفَةِ إِنَّ أُمَّتَكُمْ لَيْسَ لَكُمْ وَلَدٌ وَلَكُمْ أَخْتٌ فَلَهَا يَصِفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ﴾ الآية . والمراد بذلك الإخوة والأخوات من الأيوين ، أو من الأب ، بلا خلاف بين أهل العلم ؛ ولأنه قال : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ ﴾ . وهذا حكم العصبية ، فافتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد ؛ لأن الكلافة من لا ولد له ولا والد ، خرج من ذلك البنات ، والأم ؛ لقيام الدليل على ميراثهم معهما ، بقي ما عداهما على ظاهره ، فيسقط ولد الأيوين ، ذكراً وأنثاهم بثلاثة ؛ بالابن ، وابن الابن وإن سفل ، وبالأب . ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ، وبالأخ من الأيوين ؛ لما روي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ؛ ولأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات ، يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي .

(ولا يرث أخ ولا أخت لأم ، مع ولد ، ذكراً كان الولد أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ، ولا مع أب ، ولا مع جد) وجملة ذلك : أن ولد الأم ، ذكراً وأنثاهم ، يسقطون بأربعة ؛ بالولد ، وولد الابن ، والأب ، والجد أب الأب وإن علا ، أجمع على هذا أهل العلم ، فلا تعلم أحداً منهم مخالف هذا ، إلا رواية شذت عن ابن عباس ؛ في أيوين ، وأخوين لأم ، وللأم الثلث ، وللأخوين الثلث ، وقيل عنه : لهما ثلث الباقي . وهذا بعيد جداً . فإن ابن عباس يسقط الإخوة كلهم بالجد ، فكيف يرث ولد الأم مع الأب ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الأم يسقطون بالجد ، فكيف يرثون مع الأب ، والأصل في هذه الجملة قول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَلْفَةً أَوْ أُمَّرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَجِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدْرُ فَإِنْ كَانَ كَلْفًا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهِيَ شَرِكَاةٌ فِي الثَّلَاثِ ﴾ . والمراد بهذه الآية الأخ والأخت من الأم ، بإجماع أهل العلم . وفي قراءة سعد بن أبي وقاص : (وله أخ أو أخت من أم) ، والكلافة في قول الجمهور : من ليس له ولد ، ولا والد ، فشرط في تورثهم عدم الولد والوالد ، والولد يشمل الذكر والأنثى ، والوالد يشمل الأب والجد .

(مادة ٦٢٤)

الْعَمُّ الشَّقِيقُ يُحْجَبُ بِعَشْرَةٍ ؛ وَهَمُّ : الأَبُ ، وَالْجَدُّ ، وَالْإِبْنُ ، وَابْنُ الإِبْنِ ، وَالْأَخُ لِأَبَوَيْنِ ، وَبِالأَخِ لِأَبَوَيْنِ ، وَالْأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ إِذَا صَارَتْ عَصْبَتَيْنِ ، وَبِابْنِ الأَخِ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ (١) .

٤٠٦٥ - والعَمُّ الشَّقِيقُ يحجب بعشرة ؛ وهم : الابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأب ، والجد الصحيح وإن علا ، والأخ الشَّقِيقُ ، والأخ لأب ، والأخت الشَّقِيقَةُ ، والأخت لأب إذا صارت كل واحدة منهما عصبه مع الغير ، وابن الأخ الشَّقِيقُ ، وابن الأخ لأب ، لما عرفته من أن جهة البنوة والأبوة والأخوة مقدمة على العمومة .

(١) قول الشافعية : جاء في مغني المحتاج (١٩/٤) : « (وأولاد الأم يحجبهم) أربعة (الولد وولد الابن) ولو أتى فيهما (الأب والجد) للإجماع ولآبني الكلاله المفسر بمن لا ولد له ولا والدة ، أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها ؛ لأن شرط حجب المدلي بالمدلي به إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدة مع الأم أو استحقاق المدلي به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب ، والأم مع ولدها ليست كذلك ؛ لأنها تأخذ بالأمومة وهو بالأخوة ، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت (ويحجب الأخ والأخت للأبوين بالأب والابن وابن الابن) وإن سفل للإجماع ولتقدم جهتي البنوة والأبوة على غيرهما (ويحجب الأخ لأب بهؤلاء) لذلك (وبالأخ للأبوين) لقوته (وبالأخت للأبوين إذا كانت عصبه كما علم مما مر) وتحجب الأخت للأب بالأربعة (المذكورين) (وبالأختين من الأبوين) لاستكمالهما الثلثين هذا (إن لم تجد معصبا) لها من الإخوة للأب والجد فلا تحجب بهما بل ترث مع معصبيها بالتعصب كما مر (ويحجب ابن الأخ للأبوين بأبيه) كابن الابن مع الابن (وبمن يحجبه) ؛ لأنه يحجب أباه فهو أولى (وبالجد) كالأب (والأخ) أي وبالأخ (للأب) ؛ لأنه أقرب منه (ويحجب ابن الأخ لأب بهؤلاء وابن الأخ للأبوين) لقوته (ويحجب العم للأبوين بهؤلاء) ؛ لأنهم أقرب منه (وابن الأخ للأب) لقرب درجته (وقس عليه) فيحجب العم للأب بهؤلاء بالعم للأبوين ويحجب ابن العم للأبوين بهؤلاء وبالعم للأب ويحجب ابن العم للأب بهؤلاء وابن العم للأبوين .
قول المالكية : جاء في شرح الرسالة (٣٨٤/٢) : « (وابن الأخ لأب يحجب عشا لأبوين) ؛ لأنه يدلي بولادة الأب والعم يدلي بولادة الجد (و) منه (عم الأبوين يحجب عشا لأب) ؛ لأنه جمع رحما وتعصبا والذي لأب ليس في درجته إلا التعصب (و) منه (عم لأب يحجب ابن عم لأبوين) لعلوه عليه بدرجة (و) منه (ابن عم لأبوين يحجب ابن عم لأب) في درجته ؛ لأنه يدلي بسببين والضابط هو قوله : (وهكذا يكون الأقرب أولى) مطلقا أي في الإخوة وأبنائهم والأعمام وأبنائهم . »

(مادة ٦٢٥)

ابن النعم الشقيق يُعجَبُ به : الزوّاةُ الحَاجِبِينَ المَذْكُورِينَ فِي المَأْدَتَيْنِ السَّابِقَتَيْنِ ، وَيَأْنَعُمُ لِأَبَوَيْنِ .

وَكَذَا ابْنُ النَعْمِ لِأَبٍ يُعْجَبُ بِهِ : مِنْ ذُكْرُوا ، وَبِابْنِ النَعْمِ الشَّقِيقِ (١) .

(١) قول الشافعية : جاء في منعي المحتاج (١٩/٤ ، ٢٠) : « الأب والابن والزوج لا يحجبهم أحد) من الإرث إجماعاً ؛ ولأن كلاً منهما يدلي إلى الميت بنفسه بنسب أو نكاح وليس فرعاً لغيره ، والأصل مقدم على الفرع (وابن الابن) وإن سفل (لا يحجبه) من العصبية (إلا الابن) أباه كان أو عمه لإدلائه به أو لأنه عصبية أقرب منه ، وهذا مجمع عليه (أو ابن ابن أقرب منه) كابن ابن وابن ابن ابن ، ومن هذا يعلم أن قوله : أولاً ابن الابن مراده وإن سفل كما قدرته حتى ينتظم مع هذا . فإن قيل : يرد على الحصر أنه يحجبه أيضاً أبوان وابنتان أوجب بأنه سيذكره آخر الفصل في قوله : وكل عصبية يحجبه أصحاب فروض مستترقة (والجد) أبو الأب وإن علا (لا يحجبه إلا) ذكر (متوسط بينه وبين الميت) بالإجماع ؛ لأن من أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأم .

تنبيه : لم يقيد المصنف المتوسط بالذكر كما قدرته إيضاحاً ؛ لأن من بينه وبين الميت أنثى لا يرث أصلاً فلا يسمى حجبتاً ، وإنما عبر بمتوسط ليتناول حجب الجد لأبيه ، وما فوقه من الصور (والأخ لأبوين يحجبه) ثلاثة (الأب والابن وابن الابن) وإن سفل بالإجماع (و) الأخ (لأب يحجبه) أربعة (هؤلاء الثلاثة لأنهم إذا حجّبوا الشقيق فهو أولى (وأخ لأبوين) لقوته بزيادة القرب ، فإن قيل : يرد على الحصر أنه يحجب أيضاً بنت ، وأخت شقيقة ، ولا يصح أن يحجاب عنه بما مر ؛ لأنه في هذه الصورة لم يحجبه أصحاب فروض مستترقة ؛ لأن الأخت مع البنت عصبية . أوجب بأن كلامه فيمن يحجب بمفرده ، وكل من البنت والأخت لا تحجب الأخ بمفردها ، بل مع غيرها (و) الأخ (لأم يحجبه) أربعة (أب وجد وولد) ذكراً كان أو أنثى (وولد ابن) ولو أنثى بالإجماع ، ولآبتي الكلاله المفترقة بمن لا ولد له ولا والد . أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها كما مرّت الإشارة إليه ؛ لأن شرط حجب المدلي بالمدلى به ، إما اتحاد جهتهما كالجد مع الأب والجدّة مع الأم ، أو استحقاق المدلى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب ، والأم مع ولدها ليست كذلك ؛ لأنها تأخذ بالأوممة ، وهو بالأخوة ، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت (وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة : أب) ؛ لأنه يحجب أباه فهو أولى (وجد) ؛ لأنه في درجة أبيه فحجبه كأبيه (وابن وابنه) ؛ لأنها يحجبان أباه فهو أولى (وأخ لأبوين) ؛ لأنه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه (و) أخ (لأب) ؛ لأنه أقرب منه .

تنبيه : ابن الأخ لأب يحجبه سبعة .

تنبيه : إنما ضبط المصنف هذا بالعدد دون غيره دفقاً للإلباس في قوله بعد (ولأب) لتلا بوجه التكرار وإرادة للتنبيه على أن قوله « ولأب » الثاني معطوف على ابن الأخ لأبوين لا على ما يليه (و) ابن الأخ (لأب) =

- ٤٠٦٦ - والعم لأب يحجب ب : الورثة الحاجبين للعم الشقيق ، وبالعم الشقيق .
 ٤٠٦٧ - وابن العم الشقيق يحجب ب : الورثة الحاجبين للأب ، وبالعم لأب .
 ٤٠٦٨ - وابن العم لأب يحجب ب : من ذكر ، وابن العم الشقيق .
 ٤٠٦٩ - ومع ذلك فالأحسن لك مراجعة الإرث بالتعصيب ؛ لتعرف ذلك بطريقة سهلة جداً .

(مادة ٦٢٦)

إِذَا اجْتَمَعَ بَنَاتُ الْمَيِّتِ الصُّلْبِيَّاتِ وَبَنَاتُ الْإِبْنِ ، وَحَاوَزَتِ الْبَنَاتُ التَّلْطُّنِ بِأَنْ كُنَّ بِنْتَيْنِ فَأَكْثَرَ ، سَقَطَ بَنَاتُ الْإِبْنِ كَيْفَ كُنَّ وَاحِدَةً كُنَّ أَوْ أَكْثَرَ ، قَرِبَتْ دَرَجَتُهُنَّ أَوْ بَعُدَتْ ، اتَّحَدَّتْ دَرَجَتُهُنَّ أَوْ اخْتَلَفَتْ ، إِلَّا إِذَا وُجِدَ ذَكَرٌ مِنْ وَلَدِ الْإِبْنِ فَإِنَّهُ يُعْصِبُهُنَّ إِذَا كَانَ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَنْزَلَ مِنْهُنَّ ، وَلَا يُعْصَبُ مَنْ تَحْتَهُ مِنْ بَنَاتِ الْإِبْنِ بَلْ يَحْجُبُهُنَّ ^(١) .

• • •

- ٤٠٧٠ - وبنات الابن لا يحجبن بالبنات الصلبية ، بل لهن معها السدس تكملة للثلثين .
 ٤٠٧١ - فإذا توفي شخص عن بنت صلبية وبنات ابن ، أخذت الصلبية فرضها وهو النصف وبنات الابن السدس .
 ٤٠٧٢ - فإذا أخذت الصليات الثلثين ؛ بأن كن اثنتين فأكثر ، فلا شيء لبنات الابن .
 ٤٠٧٣ - سواء كن واحدة كما إذا ترك بنتين صلبيتين وبنت ابن ، أو كن أكثر

= (يحجبه) سبعة (هؤلاء) الستة لما سبق (وابن الأخ لأبوين) لقوته .
 فرع : لو تعارض قرب جهة كإبن ابن أخ شقيق وابن أخ لأب قدم ابن الأخ لأب ؛ لأن بنوة الأخ جهة واحدة يقدم فيها الأقرب (والعم لأبوين يحجبه) ثمانية (هؤلاء) السبعة لما سبق (وابن أخ لأب) لقرب درجته (و) العم (لأب يحجبه) تسعة (هؤلاء) الثمانية لما مر (وعم لأبوين) لقوته ، فإن قيل : يرد على المصنف أن العم يطلق على عم الميت وعم أبيه وعم جده ، وابن عم الميت يقدم على عم أبيه ، وابن عم أبيه يقدم على عم جده لقوة جهته كيما يقدم ابن الأب وهو الأخ على ابن الجد وهو العم . أجيب بأن مراده عم الميت لا عم أبيه ولا عم جده (وابن عم لأبوين يحجبه) عشرة (هؤلاء) التسعة لما مر (وعم لأب) ؛ لأنه في درجة أبيه فقدم عليه لزيادة قرب (و) ابن عم (لأب يحجبه) أحد عشر (هؤلاء) العشرة لما سلف (وابن عم لأبوين) لقوته .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٦٠٠) .

كبتين صليبتين وثلاث بنات ابن .

٤٠٧٤ - وسواء قربت درجاتهم كما في المثالين المتقدمين ، أو بعدت كبتين صليبتين و بنت ابن ابن .

٤٠٧٥ - وسواء اتحدت درجاتهم كما في الأمثلة المتقدمة ، أو اختلفت بأن ترك بنتين و بنت ابن و بنتي ابن ابن .

٤٠٧٦ - ولكن محل حجب بنات الابن بالصليبتين : إذا لم يوجد معهن مذكر من ولد الابن ، فإن وجد فإنه يعصبن .

٤٠٧٧ - فإذا توفي شخص عن بنتين و بنتي ابن و ابن ابن ، أخذت البنات الثلثين ، والباقي لابن الابن مع بنتي ابن الابن للمذكر ضعف ما للمؤنث .

٤٠٧٨ - ومحل تعصيب ابن الابن لبنت الابن في هذه الحالة إذا كان في درجاتهم كما في المثال المتقدم ، أو أنزل منهن درجة كبتين و بنتي ابن و ابن ابن ابن .

٤٠٧٩ - فإن كان أعلى منهن درجة ، فلا يعصبن بل يحجبهن حجب حرمان ؛ كبتين و ابن ابن و بنتي ابن ابن ، فإن البنتين تأخذان الثلثين ، والباقي لابن الابن بالتعصيب ، ولا شيء لبنتي ابن الابن ؛ لأنهن محجوبات بابن الابن .

٤٠٨٠ - وليس هذا الحكم خاصًا ببنات الابن مع الصليبتين ، بل هو جارٍ بالنسبة لبنات الابن مع بعضهن إذا كان بعضهن أعلى درجة من البعض الآخر . فإذا ترك بنتي ابن و بنتي ابن ابن ، كان لبنتي الابن الثلثان ولا شيء لبنتي ابن الابن ، إلا إذا وجد معهما معصب من ولد الابن المذكور ، سواء كان في درجاتهم أو أنزل منهن . فإذا كان أعلى منهن درجة حجبهن .

٤٠٨١ - فقد علم أن البنت العليا ، سواء كانت صلبية أو بنت ابن أو أنزل من ذلك لا تحجب من تحتها ، بل لها معها السدس .

٤٠٨٢ - فإن تعددت العليا فلا شيء للسفلى ، إلا إذا كان معها معصب في درجاتها أو أنزل منها .

٤٠٨٣ - فولد الابن وإن نزل يعصب بنت الابن إذا كانت في درجته مطلقًا ، أي : سواء كانت محتاجة إليه كما إذا كان فوقها بنتان ، أو غير محتاجة إليه كما إذا فوقها بنت واحدة ، ويعصب من فوقه إذا كانت محتاجة إليه بأن كان فوقها بنتان ، فإن لم تكن محتاجة إليه بأن كان فوقها بنت واحدة فلا يعصبها ؛ لأن لها السدس في هذه الحالة .

٤٠٨٤ - ولا يعصب من دونه أصلاً ، بل يحجبها حجب حرمان . وقد تقدم كل ذلك بما لا مزيد عليه في أحوال بنات الابن ، فارجع إليه إن لم تكف بهذا .

(مادة ٦٢٧)

الأخوات لأبوين إذا أخذن الثلثين بأن كنَّ اثنتين فأكثر ، تسقط معهنَّ الأخوات لأبٍ كيف كنَّ ، إلا إذا كان معهنَّ أخ لأبٍ فإنه يعصبنَّ .

•••

(مادة ٦٢٨)

الأخت لأبوين إذا أخذت النصف ، فإنها لا تحجب الأخوات لأبٍ ، بل لهنَّ معها السدس^(١) .

•••

٤٠٨٥ - والأخت لأبوين وهي الشقيقة لا تحجب الأخت لأبٍ ، بل لها معها السدس ، سواء كانت واحدة أو متعددة .

٤٠٨٦ - فإذا توفي شخص وترك أختاً شقيقة وأختاً لأبٍ أو أكثر ، أخذت الشقيقة النصف والأخت لأبٍ السدس تكملة للثلثين .

٤٠٨٧ - فإذا وجدت شقيقتان ، فلا شيء للأخوات لأبٍ ، إلا إذا كان معهن معصب ، ولا يكون إلا في درجتهم وهو أخو المتوفي لأبٍ .

٤٠٨٨ - فإذا لم تترك شقيقتين وأختين لأبٍ وأختاً لأبٍ ، أخذت الشقيقتان الثلثين والباقي للأخت لأبٍ مع الأختين لأبٍ بالتعصيب للمذكر ضعف للمؤنث .

٤٠٨٩ - فالأخت الشقيقة متى كانت صاحبة فرض لا تحجب الأخوات لأبٍ ، فإن صارت عصبه مع غيرها وهو البنت أو بنت الابن حجبتهم .

٤٠٩٠ - فإذا ترك شخص بنتاً أو بنت ابن وأختاً شقيقة وأختاً لأبٍ ، حجبت الشقيقة الأخت لأبٍ ؛ لأنها صارت عصبه مع غيرها .

(١) بنظر تعليقنا علي مواد (٦٠١ - ٦٠٣) .

٤٠٩١ - وكما تحجب الأخت لأب في هذه الحالة ، تحجب الأخ لأب أيضاً ؛ لأنها صارت عصبه وهي أقوى منه ؛ لأنها تنسب إلى الميت من جهة الأب والأم ، وكل من الأخت لأب والأخ لأب ينتسب إليه بجهة واحدة وهي جهة الأب ، وقد تقدم كل ذلك في أحوال الأخوات لأب ، فارجع إليه فإنه مرتب ترتيباً حسناً ^(١) .

(مادة ٦٢٩)

المَحْرُومُ مِنَ الْإِزْثِ بِمَنْعٍ مِنْ مَوَانِعِهِ الْمَبِيَّتَةِ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي لَا يَخْجُبُ أَحَدًا مِنَ الْوَرَثَةِ ، وَالْمَحْجُوبُ يَخْجُبُ غَيْرَهُ .
كَالثَّلَاثِينَ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ ، فَإِنَّهُ يَخْجُبُهُمَا الْأَبُ ، وَهَمَّا يَخْجُبَانِ الْأُمَّ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ ^(٢) .

٤٠٩٢ - واعلم أن الشخص الذي منع من الميراث بعد تحقق السبب : إما أن يكون مانع من الموانع الأربعة المتقدمة في الباب الثاني ، وهي : الرق ، والقتل ، واختلاف الدين ، وتباين الدارين ، أو لوجود شخص آخر أحق منه بالميراث .

٤٠٩٣ - فالأول يسمى محروماً ، والثاني يسمى محجوباً .

٤٠٩٤ - وهما مختلفان بالنسبة للتأثير على الغير .

٤٠٩٥ - فالمحروم لا يؤثر على غيره من الورثة أصلاً .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨٦) : يحجب الأخت لأبوين كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل .

(٢) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٢ / ٧٦٠ ، ٧٦١) : (والمحروم بالقتل ونحوه) كالردة والكفر (لا يحجب) غيره أصلاً لا حجب حرمان ولا حجب نقصان وهو قول عامة الصحابة - رضوان الله تعالى عليهم - (والمحجوب يحجب الحرمان يحجب) غيره (كما مر في الجدة وكالإخوة والأخوات يحجبهم الأب ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) أما عند ابن مسعود فلأن المحروم عنده حاجب مع أنه ليس بوارث أصلاً فكذا المحجوب بل هو أولى ؛ لأنه أقرب وارث من وجه دون وجه وأما عندنا فلأن المحروم إنما جعلناه بمنزلة المدوم ؛ لأنه ليس بأهل للميراث من كل وجه بخلاف المحجوب فإنه أهل من وجه دون وجه آخر فيجعل كالميت في حق استحقاق الإرث حتى لا يرث شيئاً ويجعل حياً في حق الحجب ، فهو وارث في حق محجوبه لولا حاجب يحجبه .

- ٤٠٩٦ - فإذا توفي شخص عن أب رقيق وأبي أب حر ، فالإرث للمجد .
- ٤٠٩٧ - ولو كان لشخص أخ شقيق وابن أخ لأب قتل الأخ أخاه ، أخذ التركة ابن الأخ لأب ؛ لأن الأخ الشقيق صار محروماً فلا يؤثر على ابن الأخ لأب .
- ٤٠٩٨ - ولو توفيت الزوجة عن زوج وابن رقيق ، أخذ الزوج النصف ولا يؤثر عليه الابن في هذا الاستحقاق ؛ لقيام المانع به وهو الرق .
- ٤٠٩٩ - والمحجوب سواء كان محجوباً حجب نقصان أو حجب حرمان يؤثر على غيره .
- ٤١٠٠ - فالأول كالأم مع الفرع الوارث ، فإنها محجوبة به من الثلث إلى السدس ، ومع ذلك تحجب الجدة ولو أبوية .
- ٤١٠١ - والثاني كالأثنين من الإخوة من أي جهة كانا ، فإنهما لا يرثان مع الأب ، ولكن يحجبان الأم من الثلث إلى السدس .
- ٤١٠٢ - فإذا توفي شخص عن أم وأب وإخوة أو أخوات ، حجب الأب الإخوة والأخوات ، ومع كونهم محجوبين به حجب حرمان يحجبون الأم من الثلث إلى السدس .
- ٤١٠٣ - وكأم الأب فإنها محجوبة به حجب حرمان ، ومع ذلك فإنها تحجب أم أم الأم حجب حرمان .
- ٤١٠٤ - وإنما لم يؤثر المحروم وأثر المحجوب ؛ لأن المحروم بمنزلة المعدوم ؛ لأنه ليس بأهل للميراث من كل وجه ، بخلاف المحجوب فإنه أهل له من وجه دون وجه ، فيجعل كالميت في حق استحقاق الإرث فلا يرث شيئاً ، ويجعل حيّاً في حق الحجب فهو وارث في حق محجوبه لولا وجود حاجبه فيحجبه .
- ٤١٠٥ - فقد بان لك المحجوب بغيره حجب حرمان ، سواء كان صاحب فرض أو عصبية ، ولكن لا يمكنك استخراجها في بعض الأفراد إلا بصعوبة ، ولذلك أردنا أن نضع لك جد ولا تستخرج منه المحجوب بغيره حجب حرمان بسهولة .
- ٤١٠٦ - وحيث قد عرفت أن حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة أصلاً :
- ٤١٠٧ - ثلاثة من الذكور ؛ وهم : الأب ، والابن ، والزوج .
- ٤١٠٨ - وثلاثة من الإناث ؛ وهن : البنت ، والأم ، والزوجة .

٤١٠٩ - فلا تثبتهم لك في جدول المحجوبين ، وكيفية معرفة ذلك من الجدول أنه إذا كان معك جملة أشخاص في مسألة ، وأردت أن تعرف من يحجب أي واحد منهم حجب حرمان ، فانظر إلى الشخص الذي تريد معرفته في خانات المحجوبين وهي الخانات الرأسية الموجودة في الجدول من جهة اليمين ، تجد الأشخاص الذين يحجبونه في خانات الحاجبين الموجودة أمام تلك الخانة (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٨٢) : المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحد من الورثة .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٠) أ - الحجب : حرمان وارث من كل الميراث أو بعضه لوجود وارث آخر أحق به منه .

ب - الحجب نوعان : حجب حرمان ، وحجب نقصان .

ج - المحجوب من الإرث قد يحجب غيره .

جدول

ب		ب		ب		ب		ب		ب	
ملحوظة											
كل ابن يحب هو من أسفل منه وكذا أبو الأب يحب من هو أعلى منه كإبي أب ؛ لأن القاعدة أن كل من انتسب بواسطة حجته تلك الواسطة إلا أولاد الأم لأنهم لا يحبون بها											
جدة أمية أقرب منها			جدة أبوية أقرب منها			جدة أمية أقرب منها			جدة من جهة الأب		
جدة أمية			جدة أبوية			أقرب منها			أم		
جدة انتسبت به			أقرب منها			أقرب منها			أب		
بنت الابن وإن نزل أبوها			بنت الابن وإن نزل أبوها			بنت ابن مطلقاً			بنت ابن لم تعصب		
يعصبها من هو في درجتها			يعصبها من هو في درجتها			بنتين					
سواء كانت محتاجة إليه أولاً			سواء كانت محتاجة إليه أولاً			بنتين					
ومن هو أنزل منها درجة لا			ومن هو أنزل منها درجة لا								
يعصبها إلا إذا كانت			يعصبها إلا إذا كانت								
محتاجة إليه			محتاجة إليه								

		جد صحيح وإن علا	أب	ابن ابن وإن نزل	ابن	أخت شقيقة
بنت ابن وإن نزل أبوها	بنت	جد صحيح وإن علا	أب	ابن ابن وإن نزل	ابن	ولد الأم سواء كان مذكراً أو مؤنثاً
إن عصبت بأن وجد معها أخ لأب فلا تحجب بالشقيقتين	أخت شقيقة مع عصبه الغير	أختين شقيقتين إن لم تنصب الأخت للأب الغير	جد صحيح وإن علا	أب ابن ابن وإن نزل	ابن	أخت لأب
		جد صحيح وإن علا	أب	ابن ابن وإن نزل	ابن	أخ شقيق
	أخت شقيقة إذا صارت عصبه مع الغير والغير هو البنت وبنت الإبن وإن نزل أبوها	أخت شقيق	جد صحيح وإن علا	أب ابن ابن وإن نزل	ابن	أخ لأب
	أخت لأب صارت عصبه مع الغير	أخت شقيقة صارت عصبه مع الغير	جد صحيح وإن علا	أب ابن ابن وإن نزل	ابن	ابن أخ شقيق

عم شقيق	<p>كل واحد من هؤلاء يحجب بالحاجبين لابن الأخ لأب وعم قبله ممن هو بعد ابن الأخ لأب فالعم لأب مثلاً يحجب الحاجبين لابن الأخ لأب وبالعم الشقيق . وابن العم لأب يحجب بالحاجبين لابن الأخ لأب وبالعم الشقيق وبالعم لأب وابن العم الشقيق وهكذا .</p>
عم لأب	
ابن عم شقيق	
ابن عم لأب	
عم أبي الميت الشقيق	
عم أبي الميت لأب	
ابن عم أبي الميت الشقيق	
ابن عم أبي الميت لأب	
عم جد الميت الشقيق	
عم جد الميت لأب	
ابن عم جد الميت الشقيق	
ابن عم جد الميت لأب	

فهرس المجلد الثالث

- ١٠٨٣ الكتاب الخامس : في الوصي والحجر والهبة والوصية
- ١٠٨٥ الباب الأول : في الوصي وتصرفاته
- ١٠٨٥ الفصل الأول : في إقامة الوصي
- ١٠٨٥ مادة ٤٣٤ : من أوصى إليه فقبل الوصاية في حياة الموصي لزمته وليس له الخروج
- مادة ٤٣٥ : من أوصى إليه فرد الوصاية في حياة الموصي ؛ فإن ردها بعلمه صح .
- ١٠٨٦
- ١٠٨٧ مادة ٤٣٦ : من أوصى إليه فلم يقبل الوصاية في حياة الموصي بل ردها بعلمه
- مادة ٤٣٧ : من أوصى إليه فسكت ولم يصرح بالقبول وعدمه فمات الموصي
- ١٠٨٨ فله الخيار
- مادة ٤٣٨ : قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة ؛ فإذا تصرف الموصى إليه ببيع شيء ..
- ١٠٨٩ مادة ٤٣٩ : وصي الميت لا يقبل التخصيص ؛ فإذا أوصى إليه في نوع خاص صار وصيًا عامًا
- ١٠٩٠
- ١٠٩٢ مادة ٤٤٠ : تجوز الوصاية إلى الزوجة والأم وغيرهما من النساء وإلى أحد الورثة
- مادة ٤٤١ : وصي أبي الصغير أولى من الجد ؛ فإذا أقام الرجل زوجته أو غيرها وصيًا
- ١٠٩٣
- ١٠٩٤ مادة ٤٤٢ : يكون الوصي مسلمًا حرًا عاقلًا بالغًا أمينًا حسن التصرف
- مادة ٤٤٣ : يجوز للموصي أن يعزل الوصي من الوصاية ويخرجه عنها
- ١٠٩٩ بعد قبوله
- ١١٠٠ مادة ٤٤٤ : إذا كان الوصي الذي اختاره الميت عدلًا قادرًا على القيام بالوصاية
- مادة ٤٤٥ : إذا لم يكن للميت وصي مختار وكان عليه أو له ذئب أو في تركته وصية
- ١١٠٢
- مادة ٤٤٦ : إذا أقام الميت وصيين أو اختارهما قاض واحد فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف
- ١١٠٥
- مادة ٤٤٧ : إذا أوصى الميت إلى اثنين ومات فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر يضم القاضي إليه غيره إن شاء
- ١١١٣

- ١١١٤ مادة ٤٤٨ : وصي الوصي المختار وصي في التركتين ولو خصصه بتركته
- ١١١٧ **الفصل الثاني : في تصرفات الوصي**
- ١١١٧ مادة ٤٤٩ : إذا كانت التركة خالية عن الدَّين والوصية والورثة كلهم صغار يجوز للوصي أن يتصرف
- ١١٢٤ مادة ٤٥٠ : إذا كانت التركة غير مشغولة بالدَّين أو الوصية وكان الورثة كلهم كبارًا
- ١١٢٥ مادة ٤٥١ : إذا لم يكن على الميت ذَّين ولا وصية وكان بعض الورثة صغارًا
- ١١٢٦ مادة ٤٥٢ : إذا كانت التركة مشغولة بالدَّين أو بالوصية ولا نقود فيها ولم تنفذ الورثة الوصية
- ١١٢٨ مادة ٤٥٣ : ليس للجد الصحيح ولا لوصيه بيع العقار ولا العروض لقضاء الدَّين.....
- ١١٢٩ مادة ٤٥٤ : ليس لوصي الأم أن يتصرف في شيء مما ورثه الصغير من تركة غير تركة أمه.....
- ١١٣١ مادة ٤٥٥ : يجوز للوصي أن يتجر بمال اليتيم للتنمية له وتكثيرًا وأن يعمل كل ما فيه خير له.....
- ١١٣٣ مادة ٤٥٦ : يصح بيع الوصي مال اليتيم غير العقار لأجنبي منه ومن الميت بمثل القيمة ويسير الغبن.....
- ١١٣٤ مادة ٤٥٧ : يجوز للوصي أن يبيع مال اليتيم من أجنبي نسيئة بشرط أن لا يكون الأجل فاحشًا
- ١١٣٥ مادة ٤٥٨ : يجوز لوصي الأب أن يبيع مال نفسه لليتيم وأن يشتري لنفسه مال اليتيم إن كان فيه خير.....
- ١١٣٦ مادة ٤٥٩ : لا يجوز للوصي قضاء دينه من مال اليتيم ولا إقراضه ولا اقتراضه لنفسه
- ١١٤٠ مادة ٤٦٠ : يجوز للوصي أن يوكل غيره بكل ما يجوز له أن يعمله بنفسه في مال اليتيم.....
- ١١٤١ مادة ٤٦١ : لا يملك الوصي إبراء غريم الميت عن الدَّين ولا أن يحط منه شيئًا
- ١١٤٢ مادة ٤٦٢ : للوصي أن يصالح عن دين الميت ودين اليتيم إذا لم يكن لهما بينة والغريم مُنكر.....
- ١١٤٣ مادة ٤٦٣ : لا يصح إقرار الوصي بدين أو عين أو وصية على الميت

- مادة ٤٦٤ : إذا أقر أحد الورثة بدين على الميت صح إقراره في حصته
 لا في حصة غيره ١١٤٥
- مادة ٤٦٥ : ينبغي للوصي ألا يقتر ولا يسرف في النفقة على اليتيم بل
 يوسع عليه فيها بحسب ماله وحاله ١١٤٧
- مادة ٤٦٦ : إذا احتاج اليتيم للنفقة وله مال غائب أو لا مال له ولم يكن
 الوصي ممن تجب نفقة الصغير عليه ١١٤٧
- مادة ٤٦٧ : إذا قضى الوصي ديناً على الميت بلا بينة من الغريم وقضاء القاضي ١١٤٩
- مادة ٤٦٨ : للوصي إذا عمل أجرة مثل عمله إن كان محتاجاً وإلا فلا أجر له ١١٥٠
- مادة ٤٦٩ : إذا كبر الصغار فلهم محاسبة الوصي ومصاريفها عليهم لكن
 لو امتنع عن التفصيل لا يُجبر عليه ١١٥٣
- مادة ٤٧٠ : إذا مات الوصي مجهلاً مال اليتيم فلا ضمان في تركته ؛ فإن
 مات غير مجهل مال اليتيم وكان المال موجوداً فله أخذه ١١٥٥
- مادة ٤٧١ : يصدق الوصي يمينه فيما هو مسلط عليه شرعاً من التصرفات ١١٥٦
- مادة ٤٧٢ : لا يصدق الوصي يمينه في التصرفات التي لم يكن مسلطاً
 عليها شرعاً ولا يُقبل قوله إلا ببينة ١١٥٧
- مادة ٤٧٣ : لا يقبل قول الوصي فيما يكذبه الظاهر ... ١١٥٩
- مادة ٤٧٤ : يقبل قول الوصي فيما يدعيه من التصرف فيما يتعلق باليتيم
 أو مورثه ١١٥٩
- مادة ٤٧٥ : ينبغي للوصي ألا يدفع للصبي ولا للصبية مالهما بعد البلوغ
 إلا بعد تجربتهما واختبارهما ١١٦٠
- مادة ٤٧٦ : إذا بلغ الولد عاقلاً فجميع تصرفاته نافذة ويلزمه أحكامها
 ولا يقبل قول وليه ١١٦١
- مادة ٤٧٧ : إذا بلغ الولد غير رشيد فلا يسلم المأل إليه حتى يبلغ خمسين
 وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها ١١٦٢
- مادة ٤٧٨ : إذا بلغ الولد مفسداً ماله وهو في حجر وصيه فدفع إليه المال
 عالماً بفساده ١١٦٣
- مادة ٤٧٩ : إذا ظهر رشد الغلام قبل البلوغ ودفع إليه الوصي المال فضاع عنده ١١٦٤

- مادة ٤٨٠ : إذا ادعى الصبي الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصي فلا يؤمر بتسليم المال إليه
١١٦٥
- الباب الثاني : في الحَجْر والمراهقة والبلوغ**
١١٦٧
- الفصل الأول : في الحَجْر**
١١٦٧
- مادة ٤٨١ : يحجر على الصغير ، والمجنون ، والمعتوه ، وذوي الغفلة ، والسفيه ، والمديون
١١٦٧
- مادة ٤٨٢ : الصغير الذي لا يعقل تصرفاته القولية كلها باطلة ، ومثله المجنون المطبق
١١٦٩
- مادة ٤٨٣ : تصرفات الصبي المميز والمعتوه القولية غير جائزة أصلاً إذا كانت مضرة لهما
١١٧٣
- مادة ٤٨٤ : التصرفات التي تصدر من الصبي المميز والمعتوه وتكون نافعة لهما نفقاً محضاً جائزة
١١٧٥
- مادة ٤٨٥ : المحجور عليه صبيًا مميزًا كان ، أو كبيرًا معتوهًا إذا عقد عقدًا من العقود القولية
١١٧٥
- مادة ٤٨٦ : الصبي مؤاخذ بأفعاله فإذا جنى جنابة مالية أو نفسية أدي ضمانها من ماله
١١٧٦
- مادة ٤٨٧ : إذا استقرض الصبي أو المعتوه بلا إذن وليه أو وصيه مالا فأتلفه
١١٧٨
- مادة ٤٨٨ : إذا أقيمت البينة على حر مكلف وثبت لدى الحاكم الشرعي
١١٨٠
- مادة ٤٨٩ : لا يحجر على السفیه البالغ الحر في التصرفات التي لا تحمل الفسخ ولا يظلمها الهزل
١١٨٤
- مادة ٤٩٠ : يُمنع المفتي الماحج الذي يُعلم الناس الحيلَ الباطلة أو يُفتي عن جهل
١١٨٨
- مادة ٤٩١ : يجوز للوصي أن يأذن للصبي بالتجارة إذا جربه فرأه يعقل أن البيع للملك سالب وأن الشراء له جالب
١١٩٠
- مادة ٤٩٢ : يجوز للصبي المأذون له في التجارة البيع والشراء ولو بفاحش الغبن
١١٩٠
- الفصل الثاني : في سن التمييز والمراهقة والبلوغ**
١١٩٩
- مادة ٤٩٣ : سن التمييز للولد سبع سنين فأكثر ؛ فإذا بلغ سن الغلام سبع سنين ينزع من الحاضنة
١١٩٩

- مادة ٤٩٤ : بلوغ الغلام بالاحتلام والإنزال والإحبال ، وبلوغ البنت بالحيض والحبل والاحتلام مع الإنزال
 ١٢٠٢
 مادة ٤٩٥ : إذا بلغ الصبي والصبية رشيدين تزول عنهما ولاية الولي أو الوصي
 ١٢٠٥
 مادة ٤٩٦ : لا خيار للولد بين أبويه قبل البلوغ ذكرًا كان أو أنثى
 ١٢٠٨
 مادة ٤٩٧ : إذا بلغ الغلام رشيدًا وكان مأمونًا على نفسه فله الخيار بين أبويه
 ١٢٠٩
 مادة ٤٩٨ : إذا بلغت الأنثى مبلغ النساء ؛ فإن كانت بكرًا شابة أو ثيبًا غير مأمونة
 ١٢١٠

الباب الثالث : في الهبة

- الفصل الأول : في أركان الهبة وشرائطها
 ١٢١١
 مادة ٤٩٩ : تصح الهبة بإيجاب من الواهب ، وقبول من المهوب له ، والقبض يقوم مقام القبول
 ١٢١١
 مادة ٥٠٠ : يشترط في صحة الهبة أن يكون الواهب حرًا عاقلًا بالغًا مالكًا للعين
 ١٢١٨
 مادة ٥٠١ : لا يثبت ملك العين المهوبة إلا بقبضها قبضًا كاملًا كما هو مبين
 ١٢١٩
 مادة ٥٠٢ : يجوز لكل مالك إذا كان أهلًا للتبرع أن يهب في حال صحته
 ١٢٢٢
 مادة ٥٠٣ : العمرى جائزة للمُعتمِر له ولورثته من بعده ، وهي : جعل نحو داره للمُعتمِر له مدة عمره
 ١٢٢٣
 الفصل الثاني : فيما تجوز هبته وما لا تجوز
 ١٢٣١
 مادة ٥٠٤ : هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة صحيحة تفيد الملك بقبضها
 ١٢٣١
 مادة ٥٠٥ : هبة المشاع الذي يحتمل القسمة لا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك
 ١٢٣٣
 مادة ٥٠٦ : إذا كان المهوب متصلًا بحق الواهب اتصال خلقة وبممكنًا فصله منه
 ١٢٣٥
 مادة ٥٠٧ : كل ما كان في حكم المعدم فلا تجوز هبته أصلًا كدقيق في بُرٍّ ودهن في سمس
 ١٢٤٠
 مادة ٥٠٨ : تصح هبة اثنين لواحد مشاعًا محتيلًا للقسمة بدون قسمته ولا تصح هبته من واحد لاثنتين غيبئين
 ١٢٤٣
 مادة ٥٠٩ : هبة الدَّين لمن عليه الدَّين تتم من غير قبول وكذا إبراءه عنه
 ١٢٤٥

- مادة ٥١٠ : هبة الذّين ممن ليس عليه الذّين باطلة إلا حوالة ووصية
 ١٢٤٧
- الفصل الثالث : فيمن يجوز له قبض الهبة**
 ١٢٤٩
- مادة ٥١١ : هبة من له ولاية على الطفل للطفل تتم بالإيجاب
 ١٢٤٩
- مادة ٥١٢ : إذا وهب أجنبي هبة لصبي جاز لكل من هو في حجره قبضها
 ١٢٥٣
- مادة ٥١٣ : زوج المرأة الصغيرة يملك بعد زفافها قبض ما وهب لها
 ١٢٥٦
- الفصل الرابع : في الرجوع في الهبة**
 ١٢٥٧
- مادة ٥١٤ : يصح الرجوع في الهبة كلّاً أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه
 ١٢٥٧
- مادة ٥١٥ : إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها
 ١٢٦٠
- مادة ٥١٦ : إذا مات أحد العاقدتين بعد قبض الهبة سقط حق الرجوع فيها
 ١٢٦٣
- مادة ٥١٧ : إذا خرجت العين من ملك الموهوب له ، فإن كان خروجها
 من يده خروجاً كلياً امتنع الرجوع فيها
 ١٢٦٣
- مادة ٥١٨ : إذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف أو قبله هبة للآخر
 ١٢٦٤
- مادة ٥١٩ : من وهب هبة لذي رحم مخرم منه ولو ذميّاً أو مستأمنّاً
 أو غير مستأمن فلا رجوع له عليه
 ١٢٦٦
- مادة ٥٢٠ : إذا هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له أو استهلكت
 ١٢٦٧
- مادة ٥٢١ : إذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة وقبضه الواهب مفرزاً
 ١٢٦٧
- مادة ٥٢٢ : إذا استحق كل العوض يرجع الواهب في كل الهبة
 ١٢٦٨
- مادة ٥٢٣ : إذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق
 الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن
 ١٢٧٠
- مادة ٥٢٤ : لا يجوز للأب أن يعرض عما وهب لابنه الصغير من مال الصغير
 ١٢٧١
- مادة ٥٢٥ : لا رجوع في الهبة للفقير بعد قبضها
 ١٢٧٢
- مادة ٥٢٦ : لا يصح الرجوع في الهبة إلا بتراضي العاقدتين أو بحكم الحاكم
 ١٢٧٢
- مادة ٥٢٧ : إذا وقعت الهبة بشرط عوض معلوم مُعَيَّن وقت العقد فلا تتم
 إلا بالتقايض في العوضين
 ١٢٧٥
- مادة ٥٢٨ : الصدقة كالهبة لا تملك إلا بالقبض ولا رجوع فيها ولو كانت لغني
 ١٢٧٧
- الباب الرابع : في الوصايا**
 ١٢٧٩
- الفصل الأول : في حد الوصية وشرائطها ومن هو أهل لها**
 ١٢٧٩
- مادة ٥٢٩ : الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع
 ١٢٧٩

- مادة ٥٣٠ : يشترط لصحة الوصية كون الموصي حرًا بالغًا عاقلًا مختارًا ١٢٨١
- مادة ٥٣١ : وصايا المحجور عليه لسفه جائزة في سبيل الخير ١٢٨٧
- مادة ٥٣٢ : تصح الوصية بالأعيان منقولة كانت أو غير منقولة وبمنافعها ١٢٩٠
- مادة ٥٣٣ : يجوز لمن لا ذين عليه مستغرقًا لماله ولا وارث له أن يوصي بماله ١٢٩٠
- مادة ٥٣٤ : من كان عليه ذين مستغرق لماله فلا تجوز وصيته إلا أن يرثه
الغرماء أو بإجازتهم ١٢٩٢
- مادة ٥٣٥ : لا تجوز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة الآخر بعد موت الموصي ١٢٩٣
- مادة ٥٣٦ : تجوز الوصية بالثلث للأجنبي عند عدم المانع من غير إجازة الورثة ١٢٩٩
- مادة ٥٣٧ : تجوز وصية الزوج لزوجته ووصيتها له إذا لم يكن لأحد منهما
وارث آخر ١٣٠٣
- مادة ٥٣٨ : لا تجوز الوصية لقاتل الموصي مباشرة عمدًا كان القتل أو خطأ ١٣٠٤
- مادة ٥٣٩ : تجوز الوصية للحمل بشرط أن يولد حيًا لأقل من ستة أشهر ١٣١٠
- مادة ٥٤٠ : تجوز الوصية للمساجد ، والتكايا ، والمؤسسات ، والمدارس ١٣١٤
- مادة ٥٤١ : اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية فتجوز الوصية من
المسلم للذمي والمستأمن بدار الإسلام ١٣١٥
- مادة ٥٤٢ : لا يملك الموصى به إلا بقبول الوصية صريحًا أو دلالة ١٣١٩
- مادة ٥٤٣ : يجوز للموصي الرجوع في الوصية بقول صريح أو فعل يزيل
اسم الموصى به ١٣٢٥
- مادة ٥٤٤ : جحد الوصية لا يكون رجوعًا مطلقًا لها ولا تخصيص الدار ١٣٢٨
- مادة ٥٤٥ : إذا هلك الوصية في يد الموصي أو في يد أحد من ورثته ١٣٢٩
- الفصل الثاني : في استحقاق الموصى لهم** ١٣٣١
- مادة ٥٤٦ : لا تنفذ وصية من له ورثة إلا من ثلث ماله مسلمًا كان أو ذميًا ١٣٣١
- مادة ٥٤٧ : إذا أوصى إلى اثنين بأكثر من الثلث واستويا في الاستحقاق ١٣٣٢
- مادة ٥٤٨ : إذا أوصى بقدر مجهول يتناول القليل والكثير كجزء أو سهم
أو نصيب من ماله ١٣٣٨
- مادة ٥٤٩ : إذا أوصى بالثلث لاثنين مُعَيَّنَيْن من أهل الاستحقاق وكان
أحدهما ميتًا ١٣٣٩
- مادة ٥٥٠ : إذا أوصى لأحد بعين أو بنوع معين من الأنواع التي تقسم جبرًا ١٣٤١

- مادة ٥٥١ : إذا أوصي لأحد بمقدار معيّن من الدراهم وله دين من جنسها ١٣٤٣
- ١٣٤٥ **الفصل الثالث : في الوصية بالمنافع**
- مادة ٥٥٢ : إذا أوصي لأحد بسكنى داره أو بغلّتها ونص على الأبد ١٣٤٥
- أو أطلق الوصية ١٣٤٥
- مادة ٥٥٣ : إذا خرجت العين الموصى بسكناها أو بغلّتها من ثلث مال الموصي ١٣٤٨
- مادة ٥٥٤ : الموصى له بالسكنى لا تجوز له الإجارة ، والموصى له بالغلّة ١٣٥٠
- لا تجوز له السكنى
- مادة ٥٥٥ : إذا أوصى بغلّة أرضه لأحد فله الغلّة القائمة بها وقت موت ١٣٥٢
- الموصي والغلّة التي تحدتُ
- مادة ٥٥٦ : إذا أوصى بشجرة أرضه أو بستانه ؛ فإن أطلق الوصية فللموصى ١٣٥٣
- له الثمرة
- مادة ٥٥٧ : إذا أوصى لأحد بالغلّة ولآخر بالأرض جازت الوصيتان ١٣٥٤
- ١٣٥٥ **الفصل الرابع : في تصرفات المريض**
- مادة ٥٥٨ : التصرف الإنشائي المنجز الذي فيه معنى التبرع إن صدر من أهله ١٣٥٥
- مادة ٥٥٩ : التصرف المضاف إلى ما بعد الموت ينفذ من ثلث المال ١٣٥٧
- مادة ٥٦٠ : جميع تصرفات المريض الإنشائية من هبة ، ووقف ، وضمان ، ١٣٥٨
- ومحابة في الإجارة.....
- مادة ٥٦١ : هبة المقعد والمفلوج والمسلول تنفذ من كل ماله إذا تناول ما به سنة ١٣٦٩
- مادة ٥٦٢ : إقرار المريض بدّين لغير وارثه صحيح وينفذ من جميع ماله ١٣٧١
- مادة ٥٦٣ : إقرار المريض لوارثه باطل إلا أن يصدقه بقية الورثة ١٣٧٢
- مادة ٥٦٤ : العبرة بكون المقر له وارثاً أو غير وارث عند الإقرار ١٣٧٦
- مادة ٥٦٥ : إذا أقر المريض بدّين أو أوصى بوصية لمن طلقها بائناً بطلبها في ١٣٨٠
- مرض موته
- مادة ٥٦٦ : إبراء المريض مديونه وهو مديون بمستغرق غير جائز ١٣٨١
- مادة ٥٦٧ : إبراء الزوجة زوجها في مرضها الذي ماتت فيه موقوف على ١٣٨٤
- إجازة بقية الورثة
- مادة ٥٦٨ : الدّين مقدم على الوصية ، والوصية مقدمة على الإرث ودّين ١٣٨٦
- الصحة مطلقاً

- مادة ٥٦٩ : ليس للمريض أن يقضي دين بعض غرمائه دون البعض
١٣٨٩
- الفصل الخامس : في أحكام المفقود**
١٣٩٣
- مادة ٥٧٠ : المفقود : هو الغائب الذي لا يُدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته
١٣٩٣
- مادة ٥٧١ : إذا ترك المفقود وكيلاً قبل غيابه لحفظ أمواله
١٣٩٤
- مادة ٥٧٢ : إذا لم يكن المفقود ترك وكيلاً ينصب له القاضي وكيلاً
١٣٩٥
- مادة ٥٧٣ : للقاضي أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد من مال المفقود
١٣٩٦
- مادة ٥٧٤ : للوكيل المنصوب أن ينفق على عرس المفقود
١٣٩٧
- مادة ٥٧٥ : المفقود يعتبر حيًا في حق الأحكام التي تضره
١٣٩٨
- مادة ٥٧٦ : المفقود يعتبر ميتًا في حق الأحكام التي تنفعه
١٣٩٩
- مادة ٥٧٧ : يحكم بوفاة المفقود إذا انقضت أقرانه في بلده
١٤٠٠
- مادة ٥٧٨ : متى حكم بموت المفقود يقسم ماله بين ورثته الموجودين
١٤٠٣
- مادة ٥٧٩ : إذا علمت حياة المفقود أو حضر حيًا في وقت من الأوقات
١٤٠٤
- مادة ٥٨٠ : إذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم
١٤٠٥
- الجزء الثاني : في المواريث وفيه أبواب**
١٤٠٧
- الباب الأول : في ضوابط عمومية**
١٤٠٩
- مادة ٥٨١ : شروط الميراث ثلاثة :
١٤٠٩
- أولاً : تحقق موت المورث أو إلحاقه بالموتى حكمًا
١٤٠٩
- مادة ٥٨٢ : يتعلق بمال الميت حقوق أربعة مقدم بعضها على بعض
١٤١٤
- مادة ٥٨٣ : المستحقون للتركة عشرة أصناف مقدم بعضها على بعض
١٤٢٤
- الباب الثاني : في الموانع من الإرث**
١٤٣٧
- مادة ٥٨٤ : موانع الإرث أربعة :
١٤٣٧
- الأول : الرق وافزًا [كاملًا] كان كالقن والمكاتب أو ناقصًا كالمدير وأم الولد
١٤٣٧
- مادة ٥٨٥ : الثاني : القتل الذي يتعلق به حكم القصاص أو الكفارة
١٤٣٩
- مادة ٥٨٦ : الثالث : اختلاف الدّين فلا يرث الكافر من المسلم
١٤٤٣
- مادة ٥٨٧ : الرابع : اختلاف الدارين في حق المستأمن والذمي في دار الإسلام
١٤٤٥
- الباب الثالث : في أصحاب الفروض وبيان فروضهم**
١٤٤٩
- مادة ٥٨٨ : الإرث المجمع عليه نوعان : إرث بالفرض وإرث بالتعصيب
١٤٤٩
- مادة ٥٨٩ : النصف هو فرض خمسة من الورثة : للزوج إذا لم يكن للميت ولد
١٤٥٥

- مادة ٥٩٠ : الربع هو فرض اثنين من الورثة : للزوج إذا كان للميت ولد ١٤٥٨
 مادة ٥٩١ : الثمن هو فرض صنف من الورثة وهو : الزوجة أو الزوجات ١٤٥٩
 مادة ٥٩٢ : الثلثان هما فرض أربعة من الورثة وهن : بنتا الصلب وبنتا الابن ١٤٥٩
 مادة ٥٩٣ : الثلث هو فرض اثنين من الورثة : فرض الأم ١٤٦١
 مادة ٥٩٤ : السدس هو فرض سبعة من الورثة وهم : الأب والجد أبو الأب ١٤٦٤

الباب الرابع : في بيان أحوال نصيب ذوي الفروض المتقدمة

- ١٤٦٩ مع غيرهم من الورثة
 مادة ٥٩٥ : الأب له أحوال ثلاث : الفرض المطلق الخالي عن التعصيب ١٤٦٩
 مادة ٥٩٦ : الجد الصحيح وهو الذي لا يدخل في نسبته إلى الميت أم ١٤٧٣
 مادة ٥٩٧ : أولاد الأم لهم أحوال ثلاث : السدس للواحد والثلث للثنتين ١٤٨٠
 مادة ٥٩٨ : الزوج له حالتان : النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن سفل ١٤٨٥
 مادة ٥٩٩ : الزوجة والزوجات لهن حالتان : الربع لواحدة أو أكثر ١٤٨٦
 مادة ٦٠٠ : البنات الصليبيات لهن أحوال ثلاث : النصف للواحدة ١٤٨٧
 مادة ٦٠١ : بنات الابن كبنات الصلب ولهن أحوال ست : النصف للواحدة ١٤٨٩
 مادة ٦٠٢ : الأخوات لأب وأم لهن أحوال أربع هي : النصف للواحدة ١٤٩٧
 مادة ٦٠٣ : الأخوات لأب كالأخوات لأبوين ولهن أحوال ستة : النصف للواحدة ١٥٠٠
 مادة ٦٠٤ : الإخوة والأخوات لأبوين والإخوة والأخوات لأب ١٥٠٢
 مادة ٦٠٥ : للأم أحوال ثلاثة : السدس إن كان للميت ولد ١٥٠٣
 مادة ٦٠٦ : وللجدة السدس لأم كانت أو لأب ، واحدة كانت أو أكثر ١٥٠٧

الباب الخامس : في الإرث والتعصيب

- مادة ٦٠٧ : العاصب شرعاً كل من حاز جميع التركة إذا انفرد أو حاز ما أبقته الفرائض ١٥٢١

القسم الأول : وهو العاصب بنفسه النسبي

- مادة ٦٠٨ : العاصب بنفسه : هو كل من لم يحتج في عصبوته إلى الغير ولا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى ١٥٢٢
 مادة ٦٠٩ : قاعدة : كل من كان أقرب للميت درجة فهو أولى بالميراث كالابن ١٥٣٥

١٥٣٨ القسم الثاني : العاصب بغيره

مادة ٦١٠ : العصبة بغيره : هي كل أنثى احتاجت في عصوبتها إلى الغير

١٥٣٨ وشاركت ذلك الغير في تلك العصوبة

مادة ٦١١ : من لا فرض لها من الإناث وأخوها عصبة فلا تصير عصبة

١٥٤٤ القسم الثالث : العصبة مع الغير

مادة ٦١٢ : العصبة مع الغير : هي كل أنثى احتاجت في عصوبتها إلى الغير

١٥٤٤ ولم يشاركها ذلك الغير في تلك العصوبة

مادة ٦١٣ : الفرق بين هاتين العصبتين أن الغير في العصبة بغيره يكون عصبة بنفسه

مادة ٦١٤ : والسببي : هو مولى العتاقة وهو وارث بالتعصيب وآخر العصبات

مادة ٦١٥ : مولاة العتاقة كمولى العتاقة فيما تقدم والأصل أنه ليس للنساء.....

١٥٥٩ الباب السادس : في الحجب

مادة ٦١٦ : الحجب : منع شخص معين عن ميراثه كله أو بعضه بوجود

١٥٥٩ شخص آخر.

مادة ٦١٧ : حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة وهم : الأب ،

١٥٦١ والأم ، والابن والبنت ، والزوج والزوجة.....

مادة ٦١٨ : يحجب الجد من الميراث بالأب سواء كان الجد يرث بالتعصيب

مادة ٦١٩ : الابن يَحْجُبُ ابن الابن وكل ابن ابن أسفل يُحجب بابتين ابن

١٥٦٤ أعلى منه.....

مادة ٦٢٠ : الأخ لأب يحجب بالأب ، والابن ، وابن الابن ، وبالأخ

١٥٦٥ الشقيق ، وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير.....

مادة ٦٢١ : ابن الأخ الشقيق يحجب بسبعة وهم : الأب ، والجد ،

١٥٦٥ والابن ، وابن الابن.....

مادة ٦٢٢ : ابن الأخ لأب يُحجب بثمانية من الورثة وهم السبعة المذكورون

١٥٦٦ في المادة السابقة ، وابن الأخ الشقيق.....

مادة ٦٢٣ : الإخوة لأم يُحجبون بستة : بالأب ، والجد ، والابن ، وابن

١٥٦٦ الابن ، والبنت الصلبية ، وبنت الابن.

مادة ٦٢٤ : العم الشقيق يحجب بعشرة وهم : الأب ، والجد ، والابن ،

١٥٦٩ وابن الابن ، والأخ لأبوين ، وبالأخ لأب.

- مادة ٦٢٥ : ابن العم الشقيق يحجب بالورثة الحاجبين المذكورين في المادتين
السابقتين ، وبالعَم لأبوين.....
١٥٧٠
- مادة ٦٢٦ : إذا اجتمع بنات الميت الصليات وبنات الابن وحازت البنات
الثلاثين بأن كُنَّ اثنتين فأكثر ، سقط بنات الابن
١٥٧١
- مادة ٦٢٧ : الأخوات لأبوين إذا أخذن الثلاثين بأن كُنَّ اثنتين فأكثر تسقط
معهن الأخوات لأب كيف كُنَّ
١٥٧٣
- مادة ٦٢٨ : الأخت لأبوين إذا أخذت النصف فإنها لا تحجب الأخوات لأب
بل لهن معها السدس
١٥٧٣
- مادة ٦٢٩ : المحروم من الإرث بمانع من موانعه المبينة في الفصل الثاني
لا يحجب أحدًا من الورثة
١٥٧٤

رقم الإيداع

2005/18729

I . S . B . N

977 - 342 - 325 - 5

سلسلة تقنين أحكام الفقه الإسلامي (1)

الأحكام الشرعية في

الأحوال الشخصية

محمد قري باشا

(الترجمة سنة ١٣٠٦ هـ)

وشرح لمحمد زيد البياضي

مع مائتين قانونين الأحوال الشخصية العربية

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ.د. علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

أ.د. محمد أحمد سراج

استاذ الدراسات الإسلامية بجامعة الأزهر

المجلد الرابع

دار السكاهة

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

كَافَةُ حُقُوقِ الطَّبْعِ وَالنَّشْرِ وَالتَّرْجِمَةِ مَحْفُوظَةٌ

لِلنَّاشِرِ

دَارُ السَّلَامِ لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّرْجِمَةِ

لصاحبها

عَبْدُ القَادِرِ مُحَمَّدُ البَكَارُ

الطبعة الأولى

١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية

الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازي لشارع عباس العقاد خلف مكتب معصر للطيران

عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر

هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (+ ٢٠٢) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع

مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (+ ٢٠٢)

المكبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطي بجوار جمعية الشبان المسلمين

هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (+ ٢٠٣)

بريدياً : القاهرة : ص.ب ١٦١ القوية - الرمز البريدي ١١٦٣٩

البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com

موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

دَارُ السَّلَامِ

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

ش.م.ع

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت

على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة

أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ،

٢٠٠١م هي عشر الجائزة تويها لعقد

ثالث مئسى في صناعة النشر

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

(تابع)

الجزء الثاني

في الموارث ، وفيه أبواب

الباب السابع في بيان مسائل متنوعة

(مادة ٦٣٠)

يُوقَفُ لِلْحَمْلِ مِنَ الثَّرِكَةِ نَصِيبُ ابْنِ وَاحِدٍ أَوْ بِنْتِ وَاحِدَةٍ أُيْهِمَا كَانَ أَكْثَرُ ، هَذَا لَوْ كَانَ
الْحَمْلُ يُشَارِكُ الْوَرَثَةَ أَوْ يَخْجُبُهُمْ حَجَبٌ نَقْضَانٍ ^(١) .
فَلَوْ كَانَ يَخْجُبُهُمْ حَجَبٌ جِزْمَانٍ وَقَفَ الْكُلُّ .
وَيُؤْخَذُ الْكَفِيلُ مِنَ الْوَرَثَةِ فِي صُورَةِ الْقِسْمَةِ .
وَيَرِثُ الْحَمْلُ إِنْ وَضِعَ حَيًّا ، أَوْ خَرَجَ أَكْثَرُهُ حَيًّا فَمَاتَ ، لَا إِنْ خَرَجَ أَقَلُّهُ فَمَاتَ إِلَّا إِنْ
خَرَجَ بِجَنَانَةٍ فَإِنَّهُ يَرِثُ وَيُورَثُ .
فَإِذَا ظَهَرَ الْحَمْلُ ، فَإِنْ كَانَ مُسْتَحَقًّا لِجَمِيعِ الْمَوْقُوفِ فِيهَا . وَإِنْ كَانَ مُسْتَحَقًّا لِبَعْضِ ،
يَأْخُذُ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَالْبَاقِي يُعْطَى لِكُلِّ وَارِثٍ مَا كَانَ مَوْقُوفًا مِنْ نَصِيبِهِ ^(٢) .

• • •

- (١) (٤٣) إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لحمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة .
ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين :
الأولى - أن يولد حيا لحمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معدته موت أو فرقة ، و مات المورث أثناء العدة .
الثانية - أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة .
(٤٤) إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة ،
وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة .
جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٩) : يوقف للحمل من تركته المتوفى أكبر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣١٧) يوقف للحمل ، من تركته مورثه ، أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .
المادة (٣١٨) أ - إذا نقص الموقوف للحمل من التركة عما يستحقه ، فيرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة .
ب - إذا زاد الموقوف للحمل من التركة على نصيبه فيها ، فيرد الزائد على من يستحقه من الورثة .
(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٥/٦ ، ٤٥٦) : الحمل يرث ويوقف نصيبه بإجماع =

= الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - فإن ولد إلى ستين حيا ورث ، وهذا إذا كان الحمل من الميت ، فأما إذا كان من غير الميت كما إذا مات وأمه حامل من غير أبيه وزوجها حي فإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يرث لاحتمال حدوثه بعد الموت فلا يرث بالشك إلا أن يقر الورثة بحملها يوم الموت فإن جاءت به . لأقل من ستة أشهر فإنه يرث ثم الحمل لا يخلو إما أن يكون ممن يحجب حجب حرمان ، أو حجب نقصان ، أو يكون مشاركا لهم فإن كان يحجب حجب حرمان فإن كان يحجب الجميع كالإخوة والأخوات والأعمام وبنهم يوقف جميع التركة إلى أن تلد لجواز أن يكون الحمل ابنا ، وإن كان يحجب البعض كالإخوة والجدة تعطى الجدة السدس ويوقف الباقي وإن كان يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يعطون أقل النصيبين ويوقف الباقي ، وكذلك يعطى الأب السدس ؛ لاحتمال أنه ابن وإن كان لا يحجبهم كالجدة والجدة يعطون نصيبهم ويوقف الباقي وإن كان لا يحجبهم ولكن يشاركونهم بأن ترك بين أو بنات وحمل .

روى الخصاص رحمته عن أبي يوسف رحمته وهو قوله : إنه كان يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى ، وإن ولد ميتا لا حكم له ولا إرث وإنما تعرف حياته بأن تنفس أو استهل بأن سمع له صوت أو عطس أو تحرك عضو منه كمينه أو شفتيه أو يديه فإن خرج الأكثر حيا ثم مات ورث وبالعكس لا اعتبار للأكثر فإن خرج مستقيما فإذا خرج صدره ورث وإن خرج منكوسا يعتبر خروج سرته ، وإن مات بعد الاستهلال ورث وورث عنه ، كذا في الاختيار شرح المختار . ومضى انفصل الحمل ميتا إما لا يرث إذا انفصل بنفسه ، فأما إذا فصل فهو من جملة الورثة . وبيانه أنه إذا ضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا فهذا الجنين من جملة الورثة ؛ لأن الشرع أوجب على الضارب الفرة ووجوب الضمان بالجناية على الحي دون الميت فإذا حكمنا بحياته كان له الميراث وورث عنه نصيبه كما يورث عنه بدل نفسه وهو الفرة ، كذا في شرح المبسوط .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٤ / ٤٩ ، ٥٠) : « ولو خلف حملًا يرث) بكل تقدير بعد انفصالة بأن مات عن زوجة حامل منه (أو قد يرث) على تقدير دون تقدير . أما على تقدير الذكورة فكمن مات عن حمل زوجة أخيه لأبيه أو عمه أو معتقه فإن الحمل إن كان ذكرا في الصور الثلاث ورث وإلا فلا . وأما على تقدير الأنوثة فكمن مات عن زوج وأخت شقيقة وحمل من الأب فإنه إن كان الحمل ذكرا لا يرث شيئا لاستفراق أهل الفرض المال وإن كان أنثى فلها السدس (عمل بالأحوط في حقه) أي الحمل (وحق غيره) قبل انفصاله على ما سيأتي ، والحمل يفتح المهمل اسم لما في البطن ، وبكسرهما اسم لما يحمل على رأس أو ظهر ، وحكى ابن دريد في حمل الشجرة وجهين ومز أن الحمل يرث قبل ولادته ، ولكن شرط استقرار ملكه للإرث ولادته حيا كما قال : (فإن انفصل) كله (حيا لوقت يعلم وجوده عند الموت) أي موت مورثه بأن انفصل لدون ستة أشهر إذا كانت فراشا أو أقل من أكثر مدة الحمل إذا كانت خلية (ورث) لثبوت نسبه ، فلو انفصل بعضه حيا ثم مات فكأنفصاله ميتا في الإرث وسائر الأحكام إلا في مسألتين كما قاله الإسوي :

إحدهما : في الصلاة عليه إذا صاح أو استهل ثم مات قبل أن ينفصل .

الثانية : إذا حز إنسان رقبته أي : وفيه حياة مستقرة كما قاله الأذريعي قبل أن ينفصل فيجب القصاص بشرطه أو الدية كما يعلم من بابها وتعلم الحياة مستقرة باستهلاله صارحا ، أو بعطاسه ، أو التثاؤب ، أو التقام اللذي . أو نحو ذلك (وإلا) بأن انفصل ميتا بنفسه أو بجناية جان ، أو حيي حياة غير مستقرة ، أو حياة مستقرة =

= لوقت لا يعلم وجوده عند الموت (فلا) يرث ؛ لأنه في الصورة الأولى معدوم ، وفي الثانية كالمعدوم ، وفي الثالثة منتفٍ بنسبه عن الميت (بيانه) أن يقال : (إن لم يكن) في المسألة (وارث سوى الحمل أو كان) ثم (من) أي وارث (قد يحجبه) الحمل (وقف) في صورتين (المال) وما ألحق به إلى انفصاله احتياطاً (وإن كان) في المسألة (من) أي وارث (لا يحجبه) أي الحمل (وله) سهم (مقدر أعطيه) حالة كونه (عاتلاً إن أمكن) في المسألة (عول : كزوجة حامل وأبوين : لها ثمن ولهما سدسان عاتلان) بمشاة فوقية آخره : أي الثمن والسدسان لاحتمال أن الحمل بنتان ، فأصل هذه المسألة من أربعة وعشرين وتعمل لسبعة وعشرين ، فيدفع للزوجة منها ثلاثة ، وللأبوين ثمانية ، ويوقف الباقي ، فإن كان بنتين كان لهما أو ذكراً فأكثر أو ذكراً وأنثى فأكثر كمثل للزوجة الثمن بغير عول ، وللأبوين السدسان كذلك ، والباقي للأولاد ، وتسمى هذه المسألة بالمتبرية ؛ لأن علياً - رضي الله تعالى عنه - كان يخطب على النبر وكان أول خطبته : الحمد لله الذي يحكم بالحق قطعاً ، ويجزي كل نفس بما تسعى ، وإليه المآب والرجعى ، فسئل حينئذٍ عن هذه المسألة ، فقال ارتجماً : صار ثمن المرأة تسماً ومضى في خطبته : يعني أن هذه المرأة كانت تستحق الثمن فصارت تستحق التسع (وإن لم يكن له) أي من لا يحجبه الحمل سهم (مقدر كأولاد لم يعطوا) في الخال شيئاً بناء على أن الحمل لا يتقدر بعدد ، وهو الصحيح لعدم انضباطه ؛ لأنه وجد خمس في بطن كما حكاه الشافعي - رضي الله تعالى عنه - أن شيئاً باليمن أخبره أنه ولد له خمسة بطون في كل بطن خمسة وأثنى عشر في بطن . قاله الشيخان ، وحكى الماوردي : أنه وجد سبعة في بطن وأن من أخبره ذكر أنه صارع أحدهم فصرعه وكان يميز به ، ويقال : صرعك سبع رجل ، وحكى في المطلب عن القاضي الحسين عن محمد بن الهيثم : أن بعض سلاطين بغداد أتت زوجته بأربعين ولدًا في بطن كل واحد منهم مثل الأصبع وأنهم عاشوا وركبوا الخيل مع أبيهم في بغداد . قال الأذري : وفي هذا بعد . ١ هـ . لا بعد فيه ولا في أكثر منه ، فإن قدرة الله تعالى لا يحجزها شيء (وقيل : أكثر الحمل أربعة) بحسب الوجود عند قائله ؛ لأنه يتبع في مثله الوجود كما في الحيض ، وهذا أكثر ما وجد عند هذا القائل وحينئذٍ (فيعطون) أي : الأولاد (اليقين) أي : فيوقف ميراث أربعة ويقسم الباقي ، وتقدر الأربعة ذكورًا : مثاله : خلف ابناً ، وزوجة حاملاً فلها الثمن ، ولا يدفع للابن شيء على الأول ، ويدفع إليه خمس الباقي على الثاني ، وعليه يتمكن الذين صرف إليهم حصتهم من التصرف فيها على أصح الوجهين وإلا لم تدفع إليهم .

قول المالكية : جاء في شرح الخرخشي (٢٠١/٦) : « وأخرت لا دين لحمل وفي الوصية قولان يعني أن القسمة تؤخر لأجل الحمل إلى وضعه فإذا كان للميت ولد فقالت زوجته : عجلوا لي ثمنني لتحقيقه لي لم يكن لها ذلك . وأما الدين الذي على الميت فلا يؤخر قضاؤه لأجل وضع الحمل بل يجب قضاؤه عاجلاً قبل الوضع ؛ فلو كان الميت أوصى بوصية ، فهل تنفذ من الثلث قبل وضع الحمل أو لا تنفذ إلا بعد الوضع ؟ وعلى الأول إذا تلتفت بقية التركة فإن الورثة يرجعون على الموصى لهم بثلثي ما ييدهم ومحل القولين في الوصية حيث لم تكن بعدد من دنانير أو دراهم ، فإن كانت بذلك وجب تمجيلها ويؤخر بقية المال حتى يوضع الحمل قولاً واحداً إذ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخراجها من التركة قبل القسمة . »

= وجاء فيه أيضاً (٢٢٤/٨) : « ووقف القسم للحمل ومال المفقود للحكم بموته المشهور أن الإنسان إذا مات =

= وترك ورثة وزوجة ، أو أمة حاملاً منه ، فإن قسم تركته يوقف إلى وضع ذلك الحمل ، ولا يجعل قسم تركه للألم للغة ، وإنما لم يجعل القسم بين الموجودين للشك هل يوجد من الحمل وارث أم لا ؟ وعلى وجوده هل هو متحد أو متعدد ؟ وعليهما ، هل هو ذكر ، أو أنثى ؟ أو مختلف ، وهذا هو المشهور ولأشبه يجعل القسم في المحقق فتعطي الزوجة أدنى سهميها ، وبعبارة ووقف القسم لمال الميت بين ورثته إذا أرادوا تعجيله للحمل من زوجة الميت ، أو أمته متحدة أو متعددة ، وكذا زوجة أخيه أو الابن المنتسب لهذا الميت الأخير ، وكذا حمل الأم التي هي الزوجة لغير أبي هذا الميت ونحو ذلك وقوله : ووقف القسم أصله قسم التركة ، أو قسم المال الموروث وللأم للتعليل ومن جعلها للغة وقدر مضافاً أي لو وضع الحمل لم يصعب لعدم إفادة أن اليأس من حملها كوضعها ويحصل الإياس منه بمضي أقصى أمد الحمل ، وكذلك يوقف قسم مال المفقود بين ورثته للحكم بموته وتقدم تقديره في باب المفقود هل هو سبعون سنة ؟ أو خمس وسبعون أو ثمانون فالمراد بالحكم حصول الزمن الذي قضى الشرع بموته فيه على التفصيل المتقدم في بابه لا الحكم بالفعل .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٥٩/٦ ، ٢٦٠) : « إذا مات الإنسان عن حمل برته ، وقف الأمر حتى يتبين ، فإن طالب الورثة بالقسمة ، لم يعطوا كل المال ، بغير خلاف ، إلا ما حكى عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ، ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الحمل كمال ميراثه ، وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه ، ولا يدفع إلى من يسقطه شيء ، فأما من يشاركه ، فأكثر أهل العلم قالوا : يوقف للحمل شيء ، ويدفع إلى شركائه الباقي . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه والليث ، وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء ؛ لأن الحمل لا حد له ولا تعلم كم يترك له . وقد حكى الماوردي ، قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ، ورد طالباً للعلم ، وكان من أهل الدين والفضل ، أن امرأة ولدت باليمن شيئاً كالكرش ، فظن أن لا ولد فيه ، فألقي على قارعة الطريق ، فلما طلعت الشمس وحمي بها ، تحرك فأخذ وشق ، فخرج منه سبعة أولاد ذكور ، وعاشوا جميعاً ، وكانوا خلقاً سوياً ، إلا أنه كان في أعضادهم قصر ، قال : وصارعتني أحدهم فصرعتني ، فكنت أعير به ، فيقال : صرعتك سبع رجل وقد أخبرني من أتق به سنة ثمان وستمائة ، أو سنة تسع ، عن ضرير بدمشق أنه قال : ولدت امرأتني في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ، ذكراً وإناثاً ، وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها ، وتزوجت بعده من كان بقرأ علي ، وكانت تلد ثلاثة في كل بطن . وقال غيره : هذا نادر ، ولا يعول عليه ، فلا يجوز منع الميراث من أجله ، كما لو لم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف ، فروى عن أحمد ، أنه يوقف نصيب ذكرين ، إن كان ميراثهما أكثر ، أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر وهذا قول محمد بن الحسن واللؤلؤي . وقال شريك : يوقف نصيب أربعة ، فإني رأيت بني إسماعيل أربعة ، ولدوا في بطن واحد ، محمد ، وعمر وعلي . قال يحيى بن آدم : وأظن الرابع إسماعيل . وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ، ورواه الربيع عن الشافعي رحمه الله وقال الليث ، وأبو يوسف : يوقف نصيب غلام ، ويؤخذ ضمنين من الورثة .

ولنا : أن ولادة التوأمين كثير معناد ، فلا يجوز قسم نصيبهما ، كالأوحد ، وما زاد عليهما نادر ، فلم يوقف له شيء كالحامس ، والسادس ، ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه ، وإن بقي منه شيء رد إلى أهله ، وإن أعوز شيئاً رجع على من هو في يده .

= مسائل من ذلك : امرأة حامل وبنت ، للمرأة الثمن ، وللبنت خمس الباقي . وفي قول شريك تسعة . وفي قول أبي يوسف ثلثه بضمين . ولا يدفع إليها شيء في المشهور عن الشافعي رحمته وإن كان مكان البنت ابن دفع إليه ثلث الباقي ، أو خمسه ، أو نصفه ، على اختلاف الأقوال . ومتى زادت الفروض على ثلث المال ، فميراث الإناث أكثر ، فإذا خلف أبوين ، وامرأة حاملاً ، فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين ، وللأبوين ثمانية منها ، ويوقف ستة عشر ، ويستوي هاهنا قول من وقف نصيب ابنتين ، وقول من وقف نصيب أربعة . وقال أبو يوسف : تعطى المرأة ثمنًا كاملاً ، والأبوان ثلثًا كاملاً ، ويؤخذ منهم بضمين . فإن كان معهم بنت دفع إليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ، ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر . وفي قول أبي يوسف ، ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ، ويؤخذ من الكل ضمناً من البنت ؛ لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ، ومن الباقيين لاحتمال أن تعول المسألة . وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالأثلاث ، وتضرب ثلث إحداهما في جميع الأخرى ، تكن ألفًا وثمانين ، وتعطي البنت ثلاثة عشر في تسعة ، تكن مائة وسبعة عشر ، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين ، وما بقي فهو موقوف زوج وأم حامل من الأب المسألة من ثمانية ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، ويوقف أربعة . وقال أبو يوسف : هي من ثمانية ، يدفع إلى الزوج ثلاثة ، وإلى الأم سهمان ، وتقف ثلاثة ، وتأخذ منها ضميماً ، هكذا حكى الخبري عنه .

فإن كان في المسألة من يسقط بولد الأبوين ، كعصبة ، أو أحد من ولد الأب ، لم يعط شيئاً . ولو كان في هذه المسألة جد ، فللزوجة الثلث ، وللأم السدس ، وللجد السدس والباقي موقوف ؛ وقال أبو حنيفة : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، ويوقف السدس بين الجد والأم ، ولا شيء للحمل ؛ لأن الجد يسقطه وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ، ويقف أربعة أسهم . وحكي عن شريك ، أنه كان يقول بقول علي في الجد يقف هاهنا نصيب الإناث ، فيكون عنده من تسعة ، وتقف منها أربعة . ولو لم يكن فيها زوج ، كان للأم السدس وللجد ثلث الباقي ، وتقف عشرة من ثمانية عشر .

وعند أبي حنيفة للجد الثلثان ، وللأم السدس ، ويوقف السدس بينهما قول أبي يوسف ، يقف الثلث ، ويعطي كل واحد منهما ثلثاً ، ويؤخذ منهما بضمين . ومتى خلف ورتة ، وأما تحت الزوج ، فينبغي للزوج الإمساك عن وطنها ، ليعلم أحامل هي أم لا ؟ كذا روي عن علي وعمر بن عبد العزيز ، والشعبي ، والنخعي ، وقتادة ، في آخرين . وإن وطنها قبل استيراثها ، فأتت بولد لأقل من ستة أشهر ، وورث ؛ لأننا نعلم أنها كانت حاملاً به ، وإن ولدته لأكثر من ذلك ، لم ترث ، إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملاً به يوم موت ولدها . ولا يرث الحمل إلا بشرطين ؛ أحدهما ، أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت ، ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر ، فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا ، فإن كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث ، إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت ، وإن كانت لا توطأ ، إما لعدم الزوج ، أو السيد ، وإما لنيتهما ، أو اجتنابهما الوطء ، عجزاً أو قصداً أو غيره ، وورث ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل وذلك أربع سنين في أصح الروايتين ، وفي الأخرى ستان والثاني ، أن تضعه حياً ، فإن وضعت ميتاً لم يرث ، في قولهم جميعاً ، واختلف فيما يشترط به الميراث من الحياة ، واتفقوا على أنه إذا استهل صارحاً وورث ، وورث . وقد روى أبو داود بإسناده ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا استهل المولود وورث » .

- ٤١١٠ - تكلم في هذا الباب على توريث : الحمل ، والمفقود ، والخنثى ، وولد الزنى، وولد اللعان ، والغرقى والحرقى والهدمى ، والتخارج .
- ٤١١١ - والكلام بالنسبة للحمل في مقامين :
- ٤١١٢ - الأول : كيفية توريث الحمل .
- ٤١١٣ - الثاني : كيفية توريث الورثة الموجودين معه (١) .

= روى ابن ماجه بإسناده ، عن جابر ، عن النبي ﷺ مثله . واختلفوا فيما سوى الاستهلال ، فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل ، ولا يقوم غيره مقامه ، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو ؟ فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهل صارخاً فالشهور عن أحمد ﷺ أنه لا يرث حتى يستهل . وروى ذلك عن ابن عباس ، والحسن بن علي ، وأبي هريرة ، وجابر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وشريح ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعي ، والشعبي ، وربيعة ، ويحيى بن سعيد ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، ومالك ، وأبي عبيد ، وإسحاق ؛ لأن مفهوم قول النبي ﷺ : « إذا استهل المولود ورث » أنه لا يرث بغير الاستهلال ، وفي لفظ ذكره ابن سراقه ، عن النبي ﷺ أنه قال في الصبي المنفوس : « إذا وقع صارخاً فاستهل ورث ، وتمت دبه ، وسمي ، وصلي عليه ، وإن وقع حيّاً ولم يستهل صارخاً ، لم تتم دبه ، وفيه غرة ؟ عبد ، أو أمة ، على العاقلة » ؛ ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي ، والحركة تكون من غير حي ، فإن اللحم يختلج سيما إذا خرج من مكان ضيق ، فتضامت أجزاؤه ، ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك من غير حياة فيه ، ثم إن كانت فيه حياة ، فلا نعلم كونها مستقرة . لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح ، فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة ، وهي في حكم الميت ، واختلف في الاستهلال ما هو ؟ فقيل : هو الصراخ خاصة . وهذا قول من ذكرنا في هذه المسألة . ورواه أبو طالب ، عن أحمد ، فقال : لا يرث إلا من استهل صارخاً . وإنما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال تجوزاً ، والأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته ، واجتمعوا ، وأراه بعضهم بعضاً ، فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ، ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً ؛ لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ، ويفرح به وروى يوسف بن موسى ، عن أحمد ، أنه قال : يرث السقط ويورث ، إذا استهل . فقيل له : ما استهلاله ، قال : إذا صاح أو عطس أو بكى . فعلى هذا كل صوت يوجد منه ، تعلم به حياته ، فهو استهلال . وهذا قول الزهري ، والقاسم بن محمد ؛ لأنه صوت علمت به حياته ، فأشبه الصراخ . وعن أحمد رواية ثالثة ، إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ، ورث ، وثبت له أحكام المستهل ؛ لأنه حي فنبت له أحكام الحياة ، كالمستهل . وبهذا قال الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وداود وإن خرج بعضه حيّاً فاستهل ، ثم انفصل بآقيه ميتاً ، لم يرث . وبهذا قال الشافعي ﷺ . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ، ورث ؛ لقوله ﷺ : « إذا استهل المولود ورث » . ولنا : أنه لم يخرج جميعه ، فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « الباب الثامن في أحكام متنوعة (٤٢) القسم الأول - في الحمل يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

توريث الحمل

- ٤١١٤ - لا خلاف بين علمائنا في توريث الحمل ، وإنما الخلاف بينهم فيما يوقف له .
- ٤١١٥ - فقال أبو حنيفة : يوقف له من التركة نصيب أربعة بنين ، أو نصيب أربع بنات ، أيهما أكثر ، ويعطى لبقية الورثة أقل الأنصاء وذلك للاحتياط ، فإن شريكا النخعي قال : رأيت بالكوفة لأبي إسماعيل أربعة بنين في بطن واحد ، ولم ينقل عن المتقدمين أن امرأة ولدت أكثر من ذلك فاكتفينا به .
- ٤١١٦ - وقال محمد : يوقف للحمل نصيب ابنتين أو بنتين أيهما أكثر ؛ لأن ولادة أربعة في بطن واحد في غاية الندرة ، فلا يبنني الحكم عليه ، بل على ما يعتاد في الجملة وهو ولادة اثنين .
- ٤١١٧ - وقال أبو يوسف : يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة ، أيهما كان أكثر .
- ٤١١٨ - وهذا هو الأصح وعليه الفتوى ؛ وذلك لأن المعتاد الغالب ألا تلد المرأة في بطن واحد إلا ولدًا واحدًا ، فيبنني عليه الحكم ما لم يعلم خلافه .
- ٤١١٩ - ويؤخذ من هذا أن قسمة التركة لا تتوقف على الولادة ، بل تقسم بين الورثة ويوقف للحمل نصيبه ، سواء كانت الولادة قريبة أو بعيدة .
- ٤١٢٠ - وبعضهم يقول : إن كانت الولادة قريبة ، توقف القسمة ؛ إذ لو عجلت ربما لغت بظهور الحمل على خلاف ما قدر ، وليس في التأخير إضرار بالورثة ، إذ الوقت قريب . وإن كانت بعيدة قسمت التركة كما تقدم ؛ إذ فيه إضرار بباقي الورثة .
- ٤١٢١ - ولم يعين للقرب حد ، بل يذهب به إلى العادة .
- ٤١٢٢ - وقيل : ما دون الشهر قريب ، والشهر فما فوق بعيد .
- ٤١٢٣ - وبما أنك قد عرفت أن المفتى به مذهب أبي يوسف ، فعندما يتوفى شخص ويترك من ضمن ورثته حملًا ، سواء كان منه أو من غيره ، نفرضه واحدًا وننظر في شأنه ، فحينئذ لا تخلو حاله من أحد أمور أربعة :
- ٤١٢٤ - أولاً : أن يكون نصيبه أكثر على تقدير الأنوثة .
- ٤١٢٥ - ثانياً : أن يكون استحقاقه أكثر على تقدير الذكورة .
- ٤١٢٦ - ثالثاً : استواء النصيبين على أي التقديرين .

٤١٢٧ - رابعًا : استحقاؤه على تقدير وعدم استحقاؤه على تقدير آخر .

٤١٢٨ - فإن كان الأول كما إذا توفي شخص عن أب وأم وبنت وزوجة حبلَى ، فإننا إن نظرنا في استحقاقيهم وجدنا أن الأب له السدس على كل حال لوجود الفرع الوارث ، والأم مثله ، وللزوجة الثمن على كل حال أيضًا لوجود الفرع الوارث ، فالمسألة من أربعة وعشرين للأب السدس وهو أربعة وللأم مثله وللزوجة ثلاثة فالمجموع أحد عشر سهمًا ، فيكون الباقي ثلاثة عشر .

٤١٢٩ - فلو قدرنا الحمل مذكرًا ورثت البنت معه بالتعصيب ، فيأخذان الباقي وهو ثلاثة عشر سهمًا للمذكر ضعف ما للأنتى ، وحيثيذٍ فليس في المسألة عول .

٤١٣٠ - وإن قدرناه مؤنثًا يكون له مع البنت الموجودة الثلثان وهو ستة عشر ، وحيثيذٍ تعول المسألة إلى سبعة وعشرين .

٤١٣١ - فيقدر أنتى ؛ لأن استحقاؤه على هذا التقدير أكثر من استحقاؤه على تقدير الذكورة ، وحيثيذٍ نقسم التركة إلى سبعة وعشرين جزءًا ، ونعطي للأب أربعة وللأم مثله وللزوجة ثلاثة وللبنث ثمانية وتوقف الثمانية الباقية إلى حين ظهور الحمل . فإن ظهر أنتى أخذ كل الموقوف له ، وإن ظهر مذكرًا نقضت القسمة وقسمت التركة إلى أربعة وعشرين جزءًا ، وأعطي كل من الأب والأم والزوجة فرضه منها ، وقسم الباقي بين البنث والحمل الذي ظهرت ذكوره للمذكر ضعف ما للمؤنث . وهذا إذا كان الحمل فرعًا للمتوفى .

٤١٣٢ - فلو كان من غيره ، فلا يختلف الحكم عما تقدم .

٤١٣٣ - فإذا توفيت امرأة عن زوج وأم حبلَى من أبي المتوفاة ، فرضنا الحمل مؤنثًا في هذه المسألة أيضًا ؛ لأن استحقاؤه على هذا التقدير أكثر من استحقاؤه على فرضه مذكرًا ؛ لأن الزوج فرضه النصف على كل حال ؛ لعدم وجود الفرع الوارث ، والأم فرضها الثلث على كل حال أيضًا ، فإن قدر الحمل مذكرًا كان أختًا شقيقًا فهو عصبية يأخذ الباقي وهو السدس بطريق التعصيب ، وإن قدر مؤنثًا كان أختًا شقيقة فيكون لها النصف عائلًا . وحيثيذٍ يكون أصل المسألة من ستة وتعول إلى ثمانية ؛ لأن الزوج له ثلاثة والأم لها اثنتان والأخت الشقيقة لها ثلاثة فالمجموع ثمانية ، ولا شك في أن ثلاثة أثمان الشيء أكثر من سدسه .

٤١٣٤ - وإن كان الثاني كما إذا توفي رجل عن أب وزوجة حبلَى ، قدر الحمل

مذكراً لاستحقاقه أكثر من التقدير الآخر ؛ وذلك لأن المسألة من أربعة وعشرين لوجود الثمن الذي هو فرض الزوجة والسدس الذي هو فرض الأب فتأخذ الزوجة ثلاثة والأب أربعة ، فلو قدر الحمل أنثى يأخذ النصف وهو اثنا عشر ، فيكون المجموع تسعة عشر ، وحيثئذ يأخذ الأب الباقي بطريق التعصيب .

٤١٣٥ - ولو قدر مذكراً أخذ كل الباقي بطريق التعصيب ؛ لأنه ابن وهو مقدم في العسوبة على الأب ، يعطى للأب أربعة من أربعة وعشرين والزوجة ثلاثة ويوقف الباقي وهو سبعة عشر إلى الولادة . فإن ظهر مذكراً أخذ الكل ، وإن ظهر أنثى أخذ اثني عشر ، وأعطى الباقي وهو خمسة إلى الأب بطريق التعصيب .

٤١٣٦ - وإن كان الثالث كما إذا توفيت امرأة عن زوج وأم حبلية من غير أيها ، فافرضه كما نشأ ؛ إذ هو على تقدير الأنوثة أخت لأم وعلى تقدير الذكورة أخ لأم ، ونصيبه لا يختلف على أي التقديرين ؛ إذ هو السدس على كل حال ، فالمسألة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم الثلث اثنان وللحمل واحد .

٤١٣٧ - وإن كان الرابع : فلما أن يرث على تقدير الأنوثة دون الذكورة ، أو العكس ، وعلى كل يقدر بالأنفع له .

٤١٣٨ - فإذا توفيت امرأة عن زوج وأخت شقيقة وزوجة أب حامل ، فهذا الحمل على تقدير الذكورة لا يستحق شيئاً ؛ لأنه أخ لأب فهو عسبة يأخذ ما أبتهت أصحاب الفروض ، وأصحاب الفروض هنا قد استفرقت فروضهم التركة ؛ لأن الزوج له النصف والشقيقة لها النصف أيضاً فلم يبق له شيء .

٤١٣٩ - وعلى تقدير الأنوثة يكون أختاً لأب ، وهي موجودة مع الشقيقة الواحدة ، فيفرض لها السدس عائلاً في هذه المسألة ، فنقدره أنثى في هذه المسألة ؛ لأنه على تقدير الذكورة لا يرث شيئاً فمعتبره بما هو أنفع له ، وحيثئذ يكون أصل المسألة من ستة وتعمل إلى سبعة نعطي للزوج ثلاثة وللأخت الشقيقة ثلاثة أيضاً ويوقف الواحد لحين ظهور الحمل . فإن ظهر أنثى أخذه ، وإن ظهر مذكراً أخذه الزوج والشقيقة مناصفة بينهما .

٤١٤٠ - وإذا توفي شخص عن ابن أخ شقيق وزوجة أخ شقيق حامل ، فرضناه مذكراً ؛ لأنه على تقدير الأنوثة لا يأخذ شيئاً ؛ إذ يكون بنت أخ شقيق وهي من ذوي الأرحام لا تأخذ شيئاً مع العسبة وعلى تقدير الذكورة تقسم التركة مناصفة بينه وبين ابن الأخ الشقيق ، وحيثئذ يعطى ابن الأخ الشقيق النصف ويوقف الآخر لحين ظهور الحمل .

توريث الورثة الموجودين معه

- ٤١٤١ - اعلم أن للورثة مع الحمل ثلاثة أحوال :
- ٤١٤٢ - الحالة الأولى : أنهم يرثون معه ، سواء قدر مذكراً أو مؤنثاً لكن يتغير استحقاقهم .
- ٤١٤٣ - الحالة الثانية : أنهم يرثون معه كيفما قدر ولا تتغير أنصباؤهم .
- ٤١٤٤ - الحالة الثالثة : أنهم يحرمون على أحد تقديره .
- ٤١٤٥ - ففي الحالة الأولى : يعطى الوارث معه أقل النصيبين على تقدير الذكورة أو الأنوثة ، ويوقف الباقي لحين ظهور الحمل .
- ٤١٤٦ - كما تقدم لك فيما إذا توفي رجل عن أب وزوجة حبلى ، فإن الأب على تقدير الذكورة يأخذ أقل مما يأخذه على تقدير الأنوثة، فيعطى له ما يستحقه على تقدير الأنوثة ؛ لأنه أقل النصيبين ، ويوقف الباقي لحين ظهور الحمل .
- ٤١٤٧ - وكما تقدم لك أيضاً فيما إذا توفي رجل عن أب وأم وبنت وزوجة حبلى ، وغير ذلك من الأمثلة فراجعها .
- ٤١٤٨ - وفي الحالة الثانية : وهي التي يرثون معه كيفما قدر ولا تتغير أنصباؤهم ، يُعطى لهم نصيب تام ، وما زاد فهو نصيب الحمل كالزوجة في الأمثلة المتقدمة ؛ لأن فرضها الثمن على أي تقدير قدرت به الحمل فيعطى لها .
- ٤١٤٩ - وكما إذا توفي رجل عن أم وأم وأبي أب وزوجة حبلى ، فالجدة لها السدس مطلقاً والزوجة الثمن كذلك ، فيعطى كل منهما نصيبه ؛ لأنه لا يتغير أصلاً .
- ٤١٥٠ - وأما الجدة فهو من أفراد المسألة الأولى ؛ لأن نصيبه يتغير ، فإذا فرض أن الحمل أنثى أخذ النصف ، والباقي للجدة بطريق التعصيب . وعلى فرض الذكورة لا يكون للجدة إلا السدس ، والباقي كله للابن بالتعصيب ؛ لأن البنوة مقدمة على الأبوة في العسوية ، والمسألة من أربعة وعشرين لوجود الثمن والسدس ، فتعطى الجدة أربعة والزوجة ثلاثة والجد أربعة فالجموع أحد عشر ، ويوقف الباقي وهو ثلاثة عشر ، فإن ظهر الحمل مذكراً أخذ الكل . وإن ظهر أنثى أخذ اثني عشر ، والجد يأخذ الواحد الباقي بطريق التعصيب .
- ٤١٥١ - وكما إذا توفي شخص عن عم شقيق أو لأب وأم حبلى من غير أبيه ،

فتوقف للحمل السدس ليس إلا ؛ إذ هو أخ أو أخت لأم وفرضهما لا يختلف ونعطي للأم الثلث ؛ إذ هو فرضها لا يتغير ، سواء كان الحمل مذكراً أو مؤنثاً والباقي للعم فيأخذه ؛ لأنه لا يتغير أيضاً .

٤١٥٢ - وفي الحالة الثالثة : وهي التي تحجب فيها الورثة على أحد التقديرين نوقف كل التركة إلى البيان بوضعه ، فإن ظهر أنه مستحق للجميع فيها ، وإلا فيأخذ حقه منها ويقسم الباقي بين الورثة .

٤١٥٣ - فإذا توفي رجل عن أخ شقيق وزوجة حبلى ، فعلى تقدير الذكورة لا يستحق الأخ شيئاً ؛ لأنه محجوب بالابن وعلى تقدير الأنوثة يأخذ الباقي بعد فرض الزوجة والبنات ، فتعطي الزوجة فرضها وهو الثمن ؛ لأنه لا يتغير ، ويوقف كل الباقي لظهور الحال بالوضع . فإن ظهر الحمل مذكراً أخذ الكل ، وإن ظهر أنثى أخذ النصف ، والباقي يأخذه الأخ الشقيق .

٤١٥٤ - ومثله : ما إذا توفيت امرأة عن أم حامل من أيها وابن أخ شقيق ، فإن الأم لها الثلث لا يتغير فتمطاه ، وابن الأخ الشقيق لا يستحق شيئاً إن قدر الحمل مذكراً ؛ لأنه يكون أختاً شقيقاً ، وهو يحجب ابن الأخ الشقيق . وإن قدر مؤنثاً كانت أختاً شقيقة ، فتأخذ النصف وابن الأخ الشقيق الباقي بالتعصيب ، وحينئذ لا يعطى لابن الأخ الشقيق شيء حتى يظهر الحال .

٤١٥٥ - ومع كون المفتى به هو مذهب أبي يوسف وهو أنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما كان أكثر ، ولكن لجواز أن يكون الحمل متعددًا يؤخذ كفيل من الورثة الذين ينقص استحقاقهم عند تعدد الحمل .

٤١٥٦ - فإذا توفي رجل عن بنت وزوجة حبلى ، أخذت الزوجة فرضها وهو الثمن ولا يؤخذ منها كفيل ؛ لأنه استحقاقها ولو تعدد الحمل ، والبنات تأخذ ثلث الباقي ؛ لأن الحمل يقدر مذكراً في هذه الحالة ويؤخذ منها كفيل ؛ لأنه من الجائز أن يكون الحمل مذكرين ، وحينئذ لا تستحق إلا خمس الباقي فيؤخذ منها الكفيل حتى إذا ظهر كذلك طولب الكفيل بالفرق بين خمس الباقي وثلثه .

٤١٥٧ - وإذا توفيت امرأة عن زوج وأم حامل من غير أيها أخذ الزوج النصف ؛ لعدم الفرع الوارث والأم الثلث ويوقف السدس للحمل ؛ لأنه نصيبه على تقدير الذكورة أو الأنوثة ؛ لأنه أخ أو أخت لأم وهو نصيب كل منهما ، وفي هذه الحالة

لا يؤخذ كفيل من الزوج ؛ لأن فرضه لا يتغير ويؤخذ من الأم ؛ لأنه من الجائز أن يكون الحمل متعدداً ، وحينئذ يستحق الثلث والأم السدس ، وكذا لو كان الحمل من أبيها أخذ الكفيل من الأم لا من الزوج .

٤١٥٨ - وإنما أخذ الكفيل للحمل ؛ لأن الحمل عاجز عن النظر في شؤون نفسه فينظر القاضي فيما ينفعه وهو أخذ الكفيل .

٤١٥٩ - فقد علمت مما تقدم أن الحمل يرث من المتوفى ، سواء كان منه أو من غيره .

٤١٦٠ - ولكن الحكم يختلف بالنسبة للزمن الموجود بين الموت والولادة ؛ لأن الحمل إن كان من المتوفى بأن خلف زوجة حاملاً وجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت ، ولم تكن المرأة مع ذلك أقرت بانقضاء العدة ، يرث ذلك الولد من الميت وأقاربه ويورث منه .

٤١٦١ - وإن كان الحمل من غيره كأن ترك امرأة حاملاً من أبيه أو جده أو أخيه ، فإن جاءت بالولد لسته أشهر أو أقل من وقت الموت ، يرث الولد من الميت . وإن جاءت به لأكثر ، فلا يرث إلا إذا كانت معتدة لطلاق أو فرقة ، ولم تقر بانقضاء عدتها أو أقر الورثة بوجوده وقت الوفاة كما هو موضح في ثبوت النسب ، فراجع إن شئت .

٤١٦٢ - والحمل إما أن يولد بغير جنابة على أمه ، أو يولد بها .

٤١٦٣ - فإن كان الأول ، فلا بد من ولادته حيًا ، ولكن لا يشترط أن تكون الحياة حالة فيه بعد خروجه كله ؛ إذ لو وجد منه علامة على الحياة بعد خروج الأكثر كالضحك والعطاس والبكاء وتحرك أي عضو من الأعضاء كفى ؛ لأن للأكثر حكم الكل ، والعبارة في الأكثر بخروج صدره إن نزل برأسه ، فإن خرج صدره كله وهو حي فقد خرج أكثره حيًا . وإن خرج برجليه فالمعتبر سرته ، فإن خرجت السرة وهو حي فقد خرج أكثره حيًا ، فيرث وإلا فلا ، كما لو خرج ميتًا بنفسه من علة أصابت أمه .

٤١٦٤ - وإن كان الثاني هو المنفصل بجنابة كالضرب مثلاً ، فإنه يرث ولو نزل ميتًا ، وتورث عنه الغرة وهي خمسمائة درهم ؛ لأنه يجعل حيًا تقديرًا ، ثم مات عن الغرة فتنقل لورثته .

توريث المفقود

(مادة ٦٣١)

المفقود : من انقطع خبره ولا يُدْرَى حياته ولا موته .

وحكمه : أن يُوقف نصيبه من مال مؤزله كما في الحمل . فإن كان المفقود بمن يحب الحاضرين ، لم يُصرف لهم شيء ، بل يُوقف المال كله . وإن كان لا يحبهم حجب جزئان ، يُعطى لكل واحدٍ منهم الأقل من نصيبه على تقدير حياته وتماته .

فإذا حكم بموته بعد أن لم يتق من أقرانه أحد في بلده ، فماله يُوزع للموجودين عند الحكم بموته ، ولا شيء لمن مات منهم قبل الحكم بذلك ؛ لأن شرط التوريث بقاء الوارث حياً بعد موت المؤزث .

وما كان مؤزلاً لأجله من مال مؤزله ، يُرد إلى ورثة مؤزله .

وإن ظهرت حياته ، استحق ما كان مؤزلاً لأجله من مال مؤزله ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٦/٦ ، ٤٥٧) : « المفقود هو الرجل الذي يخرج في وجه فيفقد ولا يعرف موضعه ولا تستبين حياته ولا موته أو بأسره العدو فلا يستبين موته ولا قتله ، كذا في المحيط ، قال مشايخنا - رحمهم الله تعالى - : مدار مسألة المفقود على حرف واحد إن المفقود يعتبر حياً في ماله ميتاً في مال غيره حتى ينقضي من المدة ما يعلم أنه لا يعيش إلى مثل تلك المدة ، أو تمت أقرانه وبعد ذلك يعتبر ميتاً في ماله يوم تمت المدة أو مات الأقران وفي مال الغير يعتبر ميتاً كأنه مات يوم فقد ، كذا في الذخيرة من مات في حال فقده ممن يرثه المفقود يوقف نصيب المفقود إلى أن يتبين حاله ؛ لاحتمال بقاءه ، فإذا مضت المدة التي تقدم ذكرها وحكمنا بموته قسمت أمواله بين الموجودين من ورثته ، وأما الموقوف من تركه غيره فإنه يرد على ورثة ذلك الغير ويقسم بينهم كأن المفقود لم يكن ، والأصل في ذلك إن كان معه وارث يحجب به لا يعطى شيئاً وإن كان لا يحجب ولكن ينقص يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي . مثاله مات عن بتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن تعطى البنات النصف ؛ لأنه متيقن ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن شيئاً ؛ لأنهم يحجبون به فلا يعطون بالشك وإن كان معه وارث لا يحجب كالجدة والجدة يعطى كل نصيبه كما في الحمل ، كذا في الاختيار شرح المختار . »

قول الشافعية : جاء في مني المحتاج (٤٨/٤ ، ٤٩) : « (ومن أسر) أي أسره كفار أو غيرهم (أو فقد وانتقل خبره) وله مال وأرهد الإرث منه (ترك) أي : وقف (ماله) ولا يقسم (حتى تقوم بينة بموته أو) ما يقوم مقام البينة بأن (تمضي مدة) يعلم أو (يغلّب على الظن أنه) أي : المفقود (لا يعيش فوقها) فلا =

= يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها وإذا مضت المدة المذكورة (فيجتهد القاضي) حيثئذ (ويحكم بموته) ؛ لأن الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا يتيقن ، أما عند البيه قفاهر ، وأما عند مضي المدة مع الحكم فلتزيله منزلة قيام البيه . تنبيه : ومن أسر أو فقد وانقطع خبره وله مال وأرهد الإرث منه ترك ماله ولا يقسم حتى تقوم بيه بموته أو ما يقوم مقام البيه بأن تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أن المفقود لا يعيش فوقها .

تنبيه : أفهم كلامه أن هذه المدة لا تتقدر وهو الصحيح ، وقيل : مقدرة بسبعين سنة ، وقيل : بثمانين ، وقيل : بتسعين ، وقيل : بمائة ، وقيل : بمائة وعشرين لأنها العمر الطبيعي عند الأطباء ، وأنه لا بد من اعتبار حكم الحاكم فلا يكفي مضي المدة من غير حكم بموته ، لكن بحث الرافعي : أن القسمة حيث وقعت بالحاكم تضمنت الحكم بموته ، ومقتضاه أن تصرف الحاكم حكم حتى لا يجوز تقضه ، وفي هذه المسألة اضطراب . وقال السبكي في باب إحياء الموات : الصحيح عندي وفقاً للقاضي أبي الطيب أنه ليس بحكم للشك . ثم أشار لفائدة الحكم بقوله : (ثم يعطي ماله من يرثه وقت) إقامة البيه أو (الحكم) بموته فإنه فائدة الحكم ، فمن مات قبل ذلك ولو بلحظة لم يرث منه شيئاً لجواز موته فيها ، وقوله : وقت كذا جزئاً به وفي البسيط قبيل الحكم . قال السبكي : ويشبه أن لا يكون خلافاً محققاً فإن الحكم إظهار فيقدر موته قبيله بأدنى زمان ، وقولهم : من مات قبل الحكم بلحظة لم يرثه لا ينافي ما قلناه فإنه وإن لم يفصل بينهما زمان فكموتهما معاً . قال : وهذا إذا أطلق الحكم ، فإن أسنده إلى ما قبله لكون المدة زادت على ما يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقه وحكم بموته من تلك المدة السابقة فينبغي أن يعطى من كان وارثاً له ذلك الوقت وإن كان سابقاً على الحكم . قال : ولعله مرادهم وإن لم يصرحوا به . ا هـ . ومثل الحكم في ذلك البيه بل أولى ، ولا يدفع الحاكم منه إلا لوارث ذي فرض لا يسقط يتيقن ، وهو الأبوان والزوج أو الزوجة .

تنبيه : مات من يرثه المفقود قبل إقامة البيه أو الحكم بموته وفقنا كل التركة إن لم يكن له وارث غير المفقود ، وإلا وفقنا حصته .

تنبيه : أراد المصنف بغلبة الظن نفس الظن كما قاله بعض المحققين ، قال : وإنما عبروا بهذه العبارة للتنبيه على أن الغلبة أي : الرجحان مأخوذ في ماهية الظن .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشبي (٢٢٤/٨) : « ووقف القسم للحمل ومال المفقود للحكم بموته المشهور أن الإنسان إذا مات وترك ورثة وزوجة ، أو أمة حاملاً منه ، فإن قسم تركته يوقف إلى وضع ذلك الحمل ، ولا يعجل قسم تركته فلألم للغاية ، وإنما لم يعجل القسم بين الموجودين للشك هل يوجد من الحمل وارث أم لا ؟ وعلى وجوده هل هو متحد أو متعدد وعليهما هل هو ذكر ، أو أنثى أو مختلط ؟ ، وهذا هو المشهور ولأشبه يعجل القسم في المحقق فتعطي الزوجة أدنى سهيها وبعبارة ووقف القسم لمال الميت بين ورثته إذا أرادوا تعجيله للحمل من زوجة الميت ، أو أمته متحدة أو متعددة ، وكذا زوجة أخيه أو الابن المنتسب لهذا الميت الأخير ، وكذا حمل الأم التي هي الزوجة لغير أبي هذا الميت ونحو ذلك ، وقوله : ووقف القسم أصله قسم التركة ، أو قسم المال الموروث وللأم للتعليل ومن جعلها للغاية وقدر مضافاً أي : لو وضع الحمل لم يصب ؛ لعدم إفادة أن البأس من حملها كوضعها ويحصل الإياس منه بمضي أقصى أمد الحمل ، وكذلك يوقف قسم مال المفقود بين ورثته للحكم بموته وتقدم تقديره في باب المفقود هل هو سبعون سنة ، أو خمس وسبعون أو =

= ثمانون ؟ فالمراد بالحكم حصول الزمن الذي قضى الشرع بموته فيه على التفصيل المتقدم في باب لا الحكم بالفعل كما في مختصر البرزلي أن الإرث يتوقف على حكم الحاكم بموته في بعض أقسام المفقود فانظره .
 قول الخنابلة : جاء في المنعي (٢٦٣/٦ ، ٢٦٤) : « ميراث المفقود ، وهو نوعان : أحدهما : الغالب من حاله الهلاك ، وهو من يفقد في مهلكة ، كالذي يفقد بين الصفيين ، وقد هلك جماعة ، أو في مركب انكسر ، ففرق بعض أهله ، أو في مفازة يهلك فيها الناس ، أو يفقد من بين أهله ، أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قرية ، فلا يرجع ، ولا يعلم خبره ، فهذا ينتظر به أربع سنين ، فإن لم يظهر له خبر ، قسم ماله ، واعتدت امرأته عدة الوفاة ، وحلت للأزواج ، نص عليه الإمام أحمد ، وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله ، حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين ؛ لأنه الوقت الذي يباح لأمرائته التزوج فيه . والأول أصح ؛ لأن العدة إما تكون بعد الوفاة ، فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله . وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته ، وقف للمفقود نصيبه من ميراثه ، وما يشك في مستحقه ، وقسم باقيه ؛ فإن بان حيا ، أخذه ، ورد الفضل إلى أهله ، وإن علم أنه مات بعد موت موروثه ، دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته . وإن علم أنه كان ميتا حين موت موروثه ، رد الموقوف إلى ورثة الأول ، وإن مضت المدة ، ولم يعلم خبره ، ردُّه أيضا إلى ورثة الأول ؛ لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه ، فلا نورته مع الشك ، كالجنين الذي يسقط ميتا ، وكذلك إن علمنا أنه مات ، ولم يدر متى مات .
 ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور فقدان فيما علمنا ، إلا أن مالكاً ، والشافعي ، في القديم ، وافقا في الزوجة أنها تزوج خاصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباقرين ، فأما ماله : فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها ، على ما سنذكره في الصورة الأخرى ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه مفقود لا يتحقق موته ، فأشبهه التاجر والسائح .
 ولنا : اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد ، وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع ، ففي المال أولى ولأن الظاهر هلاكه ، فأشبهه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها . النوع الثاني : من ليس الغالب هلاكه ، كالمسافر لتجارة ، أو طلب علم ، أو سياحة ، ونحو ذلك ، ولم يعلم خبره فيه روايتان : إحداهما : لا يقسم ماله ، ولا تزوج امرأته ، حتى يتيقن موته ، أو يمضي عليه مدة لا يعيش مثلها ، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم . وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن ، وهو المشهور عن مالك ، وأبي حنيفة ، وأبي يوسف ؛ لأن الأصل حياته ، والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف ، ولا توقيف هاهنا ، فوجب التوقف عنه ، والرواية الثانية : أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد . وهذا قول عبد الملك بن الماجشون ؛ لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا . وقال عبد الله بن عبد الحكم : ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد . ولعله يحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أعمار أممي ما بين السبعين والستين » أو كما قال . ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، فأشبهه التسعين ، وقال الحسن بن زباد : ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة ، قال : ولو فقد وهو ابن ستين سنة ، وله مال ، لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى ، فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة ، فيقسم ماله حيثئذ بين ورثته إن كانوا أحياء ، وإن مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين ، وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود ، وكان ماله للأحياء من ورثته ، ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في =

مدة الانتظار ، فإن مضت المدة ولم يعلم خبير المفقود رد الموقوف إلى ورثة موروث المفقود ، ولم يكن لورثة المفقود . قال اللؤلؤي : وهذا قول أبي يوسف . وحكى الحبري عن اللؤلؤي أنه قال : إن الموقوف للمفقود ، وإن لم يعلم خبره يكون لورثته . قال : وهو الصحيح عندي ، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي ، فقال : لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم ، أو بعد فقده بيوم ، وتمت مائة وعشرون سنة ، لم تورث منه شيئاً ، ولم نورثه منها ؛ لأننا لا نعلم أيهما مات أولاً وهذا قياس قول من قال في الفرقى : إنه لا يورث أحدهم من صاحبه ، ويرث كل واحد الأحياء من ورثته . قال القاضي : هذا قياس قول أحمد . واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله ، لا من مات قبل ذلك ، ولو بيوم . واختلفوا في من مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء ، على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ، ويوقف الباقي حتى يبين أمره ، أو تمضي مدة الانتظار ، فتعمل المسألة على أنه حي ، ثم على أنه ميت ، وتضرب إحداهما في الأخرى إن تباينت ، أو في وقفهما إن اتفتقا ، وتجترى إحداهما إن تماثلتا ، أو بأكثرهما إن تناسبتا ، وتعطى كل واحد أقل النصيبين ، ومن لا يرث إلا من أحدهما لا تعطيه شيئاً ، وتقف الباقي . ولهم أن يمصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود ، واختاره ابن اللبان ؛ لأنه لا يخرج عنهم . وأنكره البعض ، وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة ، وهي متيقنة ، ثم يقال له : لك أن تصالح على بعضه بل إن جاز ذلك ، فالأولى أن تقسم المسألة على تقدير الحياة ، وتقف نصيب المفقود لا غير . والأول أصح ، إن شاء الله تعالى فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقته ، ويقين الحياة معارض بظهور الموت ، فينبغي أن يورث كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال ، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه ؛ لأنه حقهم ، لا يخرج عنهم ، وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه ، كما تقدم في نظائره ، ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك ؛ ولأن تجويز أخذ الإنسان حق غيره برضاه وصلحه ، لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه وظاهر قول الرني هذا : أن تقسم المسألة على أنه حي ، ويقف نصيبه لا غير .

وقال بعض أصحاب الشافعي رحمته : يقسم المال على الموجودين ؛ لأنهم متحققون ، والمفقود مشكوك فيه ، فلا يورث مع الشك . وقال محمد بن الحسن : القول قول من المال في يده ، فلو مات رجل ، وخلف ابنته ، وابن ابن ، أبوه مفقود ، والمال في يد الابنتين ، فاخصموا إلى القاضي ؛ فإنه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ، ولا يقف منه شيئاً ، سواء اعترفت الابنتان بفقده ، أو ادعتا موته وإن كان المال في يد ابن المفقود ، لم يعط الابنتان إلا النصف أقل ما يكون لهما ، وإن كان المال في يد أجنبي ، فأقر بأن الابن مفقود ، وقف له النصف في يده ، وإن قال الأجنبي : قد مات المفقود ، لزمه دفع الثلثين إلى البنتين ، ويوقف الثلث ، إلا أن يقر ابن الابن بموت أبيه ، فيدفع إليه الباقي . والجمهور على القول الأول .

ومن مسائل ذلك : زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود . مسألة الموت ، من سبعة وعشرين ؛ لأنها مسألة الأكثرية ، ومسألة الحياة من ثمانية عشر ، وهما يتفان بالأنساع ، فتضرب تسع إحداهما في الأخرى ، تكن أربعة وخمسين ، للزوج النصف من مسألة الحياة ، والثلث من مسألة الموت ، فيعطى الثلث ، وللأم التسعان من مسألة الموت ، والسدس من مسألة الحياة ، فتعطى السدس ، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت ، =

٤١٦٥ - المفقود في اللغة : مأخوذ من : فقدت الشيء ، إذا أضلته أو طلبته فلم تجده .
 ٤١٦٦ - وفي اصطلاح الفقهاء : هو الغائب الذي لم يدر أحي هو أم ميت ، فلا يمكن الحكم عليه بأحد الأمرين .

٤١٦٧ - ولذا نص الفقهاء على أنه يعتبر حيًا في بعض الأحكام ، ويعتبر موقوف الحكم بالنسبة للبعض الآخر .

٤١٦٨ - فيعتبر حيًا بالنسبة للأحكام التي تضره ، وهي التي تتوقف على ثبوت موته .
 ٤١٦٩ - وينبني على ذلك : أنه لا يفرق بينه وبين زوجته فلا يجوز لها التزويج بغيره ، ولا يقسم ماله على ورثته ، ولا تفسخ إجارته .

٤١٧٠ - ويعتبر موقوف الحكم بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره ، وهي المتوقفة على ثبوت حياته .

٤١٧١ - وينبني على ذلك : أنه لا يرث من غيره ، ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بوصية ، بل يوقف نصيبه في الإرث وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته .

٤١٧٢ - فإن ظهر أنه حي استحق الإرث والوصية ، وإن لم تظهر حياته وحكم بموته ، فالموقوف لآجله من الإرث والوصية يكون لورثة المورث والموصي .

= وتسعة من مسألة الحياة ، فيأخذ التسعة ، وللأخت ثمانية من مسألة الموت ، وثلاثة من مسألة الحياة ، فتأخذ ثلاثة ، ويبقى خمسة عشر موقوفة ، إن بان أن الأخ حي ، وأخذ ستة ، وأخذ الزوج تسعة ، وإن بان ميتًا ، أو مضت المدة قبل قدومه ، أخذت الأم ثلاثة ، والأخت خمسة ، والجد سبعة واختار الخبري أن المدة إذا مضت ، ولم يبين أمره ، أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته ؛ فإنه كان محكومًا بحياته ، لأنها اليقين ، وإنما حكمنا بموته بمضي المدة .

ولنا : أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله ، فإذا لم يتبين حياته ، لم يكن لورثته ، كالموقوف للحمل ، وللورثة أن يصلحوا على التسعة قبل مضي المدة . زوج وأبوان وابنتان مفقودتان مسألة حياتهما من خمسة عشر ، وفي حياة إحداهما من ثلاثة عشر ، وفي موتها من ستة ، فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر ، ثم في ثلاثة عشر ، تكن ثلاثمائة وتسعين ، ثم تعطى الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروبًا في اثنين ، ثم في ثلاثة عشر ، وتقف الباقي . وإن كان المفقود بحجب ولا يرث ، كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود ، وقتت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الأبوين وقيل : لا يوقف هاهنا شيء ، وتعطى الأخت من الأب السبع ؛ لأنها لا تحجب بالمشك ، كما لا ترث بالمشك . والأول أصح ؛ لأن دفع السبع إليها توريث بالمشك ، وليس في الوقف حجب بيقينًا ، إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها . ويعارض قول هذا القائل قول من قال : إن اليقين حياته ، فيعمل على أنه حي ، ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين . والتوسط بما ذكرناه أولى .

٤١٧٣ - فإذا توفي شخص وله ورثة ومن ضمنهم مفقود : فإما أن يكون على تقدير الحياة يحجبهم حجب حرمان ، أو لا .

٤١٧٤ - فإن كان الأول وقفت كل التركة ، فلا تأخذ الورثة منها شيئاً إلى ظهور الحال ، فإن ظهر أنه حي أخذ الكل ، وإن حكم بموته أخذت الورثة التركة .

٤١٧٥ - وذلك كما إذا توفي شخص عن إخوة أشقاء أو لأب وابن مفقود ، وقف الكل ؛ لأن الابن يحجب الأخوة حجب حرمان .

٤١٧٦ - وكذا إذا توفي عن ابن وابن ابن ولكن الابن مفقود ، وقف الكل أيضاً ؛ لأن الابن يحجب ابن الابن حجب حرمان . فإن ظهر أن الابن حي أخذ الكل ، وإن لم يظهر وحكم بموته ، أخذت الأخوة التركة في الصورة الأولى ، وأخذها ابن الابن في الصورة الثانية .

٤١٧٧ - وإن كان الثاني وهو أنه لا يحجبهم حجب حرمان ، بل يشاركهم ، يعطى لكل واحد منهم الأقل على تقدير حياته أو مماته ، ويوقف الباقي إلى ظهور الحال .

٤١٧٨ - فإذا توفي شخص وترك بنتين وابناً مفقوداً ، فللبنتين النصف لتيقنه ، ويوقف النصف الآخر إلى ظهور الحال . فإن ظهر أنه حي أخذه ، وإن لم يظهر وحكم بموته تعطى التركة للبنتين فرضاً ورثاً .

٤١٧٩ - وإذا توفي شخص عن بنتين وابن مفقود وللمفقود بنتان وابن ، أخذت البنتان النصف ؛ لأنه هو المتيقن ، ويوقف النصف الآخر . فإن ظهر المفقود حيّاً أخذه ، وإن ظهر ميتاً أعطى للبنتين سدس كل المال من ذلك النصف ليكمل لهما الثلثان ، والثالث الباقي لأولاد الابن للذكر ضعف ما للأنتى .

٤١٨٠ - واختلفوا في تقدير المدة التي يحكم بموته بعد مضيها ، والمعول عليه أنه لا يحكم بموته إلا بعد موت أقرانه في بلده .

٤١٨١ - فإن تعذرت معرفة ذلك ، فبعد مضي تسعين سنة من مولده . قال الزيلعي : وعليه الفتوى ، ثم قال : المختار تفويضه إلى رأي الإمام ، فينظر ويجتهد ويفعل ما يوجب على ظنه فلا ينظر إلى التقدير بالزمن ؛ لأنه لم يرد به الشرع ، فأبي وقت رأى المصلحة حكم بموته ، وهذا هو الظاهر .

٤١٨٢ - ومتى حكم بموته يعتبر ميتاً في حق ماله من ذلك التاريخ ، وفي حق مال غيره من يوم الفقد .

٤١٨٣ - ويترتب على الأول أن ماله يكون لورثته الموجودين وقت الحكم بموته ، فلا شيء لمن مات قبله ؛ لأن شرط التوريث بقاء الوارث حيًا بعد موت المورث .

٤١٨٤ - فإذا فقد شخص عن ثلاثة أبناء ، ومات أحدهم عن أولاد بعد الفقد وقبل الحكم بموته ثم حكم به والابن وأولاد الابن موجودون ، كان كل التركة للابنين ، ولا شيء لأولاد الابن ، لأن أباهم مات قبل الحكم بموت المفقود فلا يستحق شيئًا .

٤١٨٥ - ويترتب على الثاني أن المال الذي وقف لأجله من المورث أو الموصي يرد إلى ورثة مورثه أو ورثة الموصي الموجودين وقت موت المورث أو الموصي لا وقت الحكم بموت المفقود .

٤١٨٦ - فإذا توفي شخص عن ثلاثة أبناء أحدهم مفقود ، أخذ الابن الموجودان الثلثين ، ووقف الثلث الآخر إلى ظهور الحال . فإذا مات أحد الابنين الحاضرين عن ابن قبل الحكم بموت المفقود ، ثم حكم به ، أخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف ، وابن الابن الذي توفي والده قبل الحكم بموت المفقود النصف الآخر ؛ لأن أباه مستحق له فيأخذه ابنه ميراثًا عنه .

٤١٨٧ - ومثله الوصية فإذا أوصى شخص لآخر بألف جنيه مثلاً ، ومات الموصي والموصى له مفقود ، وكان الثلث يفي بالموصى به ، وقف إلى ظهور الحال . فإذا مات أحد ورثة الموصي عن ورثته بعد موت الموصي وقبل الحكم بموت الموصي له وهو المفقود ، ثم حكم بموته ، استحققت ورثة المتوفى ما كان يستحقه لو كان موجودًا^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « القسم الثاني في المفقود (٤٥) يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيًا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٠٢) : ١ - يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيًا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه .

٢ - إن ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة .
وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣١٤) أ - المفقود هو الغائب الذي لا يعرف إن كان حيًا أو ميتًا .

ب - يحكم القاضي بموت المفقود بعد التحري عنه بكل الوسائل في أي من الحالات الآتية :

- ١ - قيام دليل على وفاته .
- ٢ - فقدته في ظروف لا يغلب فيها الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد أو كان قد فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ومضت ستان على الفقد .

كيفية توريث الخنثى

(مادة ٦٣٢)

الخنثى : هُوَ إِنْسَانٌ لَهُ أَلْتَا رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ ، وَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ مِنْهُمَا .
 فَإِنْ بَالَ مِنَ الذَّكَرِ قُلَامًا ، وَإِنْ بَالَ مِنَ الْفَرْجِ فَأُنْثَى ، وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا فَالْحُكْمُ لِلأُنْثَى ،
 وَإِنْ اسْتَوَيْتَا بِأَنْ خَرَجَ مِنْهُمَا مَعًا فَمُشْكِلٌ . وَهَذَا قَبْلَ الْبُلُوغِ ^(١) .
 فَإِنْ بَلَغَ وَخَرَجَتْ لَهُ لِحْيَةٌ ، أَوْ وَصَلَ إِلَى امْرَأَةٍ ، أَوْ اخْتَلَمَ كَمَا يَخْتَلِمُ الرَّجُلُ فَرَجُلٌ .
 وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ ، أَوْ لَبَنٌ ، أَوْ حَاضٌ ، أَوْ حَبْلٌ ، أَوْ أُثْيِي كَمَا يُؤْتَى النِّسَاءُ فَاِمْرَأَةٌ .
 وَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ لَهُ عِلَامَةٌ أَصْلًا ، أَوْ تَعَارَضَتِ العِلَامَاتُ ، فَمُشْكِلٌ . وَلَهُ جِيئِيذٌ فِي
 الْمِيرَاثِ أَضْرُءُ الْحَالَيْنِ .
 فَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ مَعَهُ ابْنًا وَاحِدًا ، فَلِلابْنِ سَهْمَانٍ وَلِلْخُنْثَى سَهْمٌ ، لِأَنَّهُ الْأَضْرُءُ ^(٢) .

ج - يعتبر المفقود ميتًا بعد صدور الحكم بموته من تاريخ فقدته في حق مال الغير ومن تاريخ صدور الحكم بموته في حق ماله الخاص .

المادة (٣١٥) أ - يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته ، فإن ظهر حيًا ، فيأخذه وإن حكم بموته ، فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة ، وقت موت المورث .

ب - إذا ظهر المفقود حيًا ، بعد الحكم بموته ، فيأخذ ما بقي في يد الورثة من نصيبه في تركته مورثه .
 المادة (٣١٦) إذا حكم بموت المفقود ووزعت تركته على ورثته ثم ظهر حيًا فيكون له الباقي في يد الورثة من تركته ، ولا يعود عليهم بما فات .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٢١) يكون للخنثى المشكل ، أقل النصيبين على تقدير ذكوره وأنوثه .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٣٧/٦ ، ٤٣٨) : « يجب أن يعلم بأن الخنثى من يكون له مخرجان قال البقالي - رحمه الله تعالى - أو لا يكون له واحد منهما ويخرج البول من ثقبه ويعتبر المبال في حقه ، كذا في الذخيرة فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ، وإن بال منهما فالحكم للأسبق ، كذا في الهداية وإن استويا في السبق فهو خنثى مشكل عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ؛ لأن الشيء لا يترجح بالكثرة من جنسه ، وقالوا : ينسب إلى أكثرهما بولًا وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ، كذا في الكافي ، قالوا : وإنما يتحقق هذا الإشكال قبل البلوغ ، فأما بعد البلوغ والإدراك يزول الإشكال فإن بلغ وجامع بذكره فهو رجل ، وكذا إذا لم يجامع بذكره ولكن خرجت لحيته فهو رجل ، كذا في الذخيرة ، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستوي ، ولو ظهر له =

ثدي كئدي المرأة أو نزل له لبن في ثدييه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ، وإن لم تظهر إحدى هذه العلامات فهو خشي مشكل ، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم ، كذا في الهداية وأما خروج النبي فلا اعتبار له ؛ لأنه قد يخرج من المرأة كما يخرج من الرجل ، كذا في الجوهرة النبوية قال : وليس الخشي يكون مشكلاً بعد الإدراك على حال من الحالات ؛ لأنه إما أن يحبل أو يحيض أو يخرج له لحية أو يكون له ثديان كئدي المرأة ، وبهذا يتبين حاله ، وإن لم يكن له شيء من ذلك فهو رجل ؛ لأن عدم نبات الثديين كما يكون للنساء دليل شرعي على أنه رجل ، كذا في المبسوط لشمس الأئمة السرخسي رحمته الله .

الأصل في الخشي المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين وأن لا يحكم بشيئ حكم وقع الشك في ثبوته فإن وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتدخل الرجال حتى لا تفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتدخل النساء حتى لا تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل ، فإن قام في صف النساء بعيد صلاته احتياطاً ؛ لاحتمال أنه رجل ، وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة وبعيد الذي عن يمينه وعن يساره ومن خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً ؛ لاحتمال أنه امرأة ويجلس في صلاته كجلوس المرأة ، كذا في الكافي قال محمد رحمته الله : أحب إلي أن يصلي بقناع يبره به قبل البلوغ وإن صلى بغير قناع لا يؤمر بالإعادة إلا استحياباً ، هذا إذا كان الخشي مرافقاً غير بالغ ، أما إذا كان بالغاً فإن بلغ بالنس ولم يظهر فيه شيء من علامة الرجال أو النساء لا تجزئه الصلاة بغير قناع إذا كان الخشي حراً .

وجاء فيه أيضاً (٤٥٧/٦) : « إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خشي ، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ، وإن بال منهما فالحكم للأسبق وإن استويا فمشكل ، وإن كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة ، فإذا بلغ الخشي وخرجت لحيته أو وصل إلى النساء فهو رجل ، وكذا إذا احتلم كما يحتمل الرجل أو كان له ثدي مستور ولو ظهر له ثدي كئدي المرأة أو نزل له لبن ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ، وإن لم تظهر له إحدى هذه العلامات أو تعارضت هذه المعالم فهو خشي مشكل ، كذا في خزنة المفتين والأصل فيها أن أبا حنيفة رحمته الله يعطيه أخس النصيبين في الميراث احتياطاً فلو مات أبوه وتركه وابتأ فلان سهمان وله سهم ، ولو تركه وبتأ فالمال بينهما نصفين فرضاً وهدياً . أخت لأب وأم وختى لأب وعصبة للأخت النصف وللختى السدس تكملة للثلثين كالأخت من الأب والباقي للعصبة ، زوج وأم وختى لأبوين للزوج النصف ولأم السدس والباقي للختى ويجعل ذكراً ؛ لأنه أقل زوج وأخت لأبوين وختى لأب سقط ويجعل عصبة ؛ لأنه أسوأ الحالين ، كذا في الاختيار شرح المختار .

قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (٥١/٤ ، ٥٢) : « (والخشي المشكل) أي الملتبس أمره ، وهو بضم أوله وكسر ثالثة مأخوذ من قولهم : تخشت الطعام إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود ، وشارك طعم غيره ، سمي الخشي بذلك لاشتراك الشبهين فيه ، وهو على ضربين : أحدهما : أن لا يكون له فرج رجل ولا فرج امرأة بل يكون له ثقب يخرج منها البول ولا يشبه فرج واحد منهما . الثاني : وهو أشهرهما ؛ ما له آلة الرجال والنساء (إن لم يختلف إرثه) بذكورته وأنثوته (كولد أم ومحتق فذاك) ظاهر فيدفع إليه نصيبه (وإلا) بأن اختلف إرثه بهما (فيعمل باليقين في حقه) أي : الخشي (و) في (حق غيره ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين) حاله ولو بإخباره ، ولا دلالة على اتضاحه بمعنى الضرب الأول للبول فيه بل يوقف أمره حتى =

= بصير مكلفًا فيختبر بيله . قاله البغوي ، ونقله عنه المصنف في مجموعته .

قال الاستنوي : ولا ينحصر ذلك في الميل بل يعرف أيضًا بالحيض والمثني المصنف بصفة أحد النوعين . وأما بمعنى الضرب الثاني فيتضح بالبول من فرج ، فإن بال من فرج الرجال فرجل ، أو من فرج النساء فامرأة ، أو منهما فالسبق لأحدهما ، فإن اتفقا ابتداء اتضح بالتأخر لا الكثرة وتزريق وترشيش ، فإن اتفقا ابتداء وانقطاعًا وزاد أحدهما أو زرق أو رشش فلا اتضح ، ويتضح أيضًا بحيض وامناء إن لاق بواحد من الفرجين ، وسواء أخرج منه أم منهما بشرط التكرار ، ولو بال أو أمنى بذكره وحاض بفرجه أو بال بأحدهما وأمى بالآخر فمشكل ، ولا أثر للحية ولا لنهود ثدي ولا لتفاوت أضلع ، فإن عدم الدال السابق اختبر بعد بلوغ وعقل ، فإن مال بإخياره إلى النساء فرجل أو إلى الرجال فامرأة ، ولا يكفي إخباره قبل بلوغه وعقله ولا بهدهما مع وجود شيء من العلامات السابقة ؛ لأنها محسوسة معلومة الوجود ، وقيام الميل غير معلوم فإنه ربما يكذب في إخباره ، والذي يتصور أن يكون خنثى من الورثة ثمانية : الولد ، وولد الابن ، والأخ وولده ، والعم وولده ، والمتنق وعصباته . قال الصبيري : ومن ألقى عليك أبا خنثى أو أم خنثى فقد ألقى محالًا .

قال ابن المنذر : وقد أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن الخنثى يرث من حيث يول ، وروي مرفوعًا عن النبي ﷺ لكنه ضعيف ، فإن ورث على أحد التقديرين دون الآخر لم يدفع إليه شيء ووقف ما يرثه على ذلك التقدير ، ففي زوج وأب وولد خنثى للزوج الربع وللأب سدس ، وللخنثى النصف ، ويوقف الباقي بينه وبين الأب ، وفي ولد خنثى وأخ يصرف إلى الولد النصف ويوقف الباقي ، وفي ولد خنثى وبنت وعم يعطى الخنثى والبنت الثلثين بالسوية ويوقف الباقي بين الخنثى والعم ، فإن مات مشكلًا تعين الاصطلاح ، ولو اتفق الذين وجد المال بينهم على تساو أو تفاوت جاز أي : إذا لم يكن فيهم محجور عليه وإلا فلا يجوز للولي أن يبالغ عنه بأنقص مما يستحقه . قال الإمام : ولا بد أن يجري بينهم تواهب وإلا لبقى المال على صورة التوقف ، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ، لكنها تختم للضرورة ، ولو أخرج بعضهم نفسه من البين ووجه لهم على جهل بالخال جاز أيضًا كما قاله .

قول المالكية : جاء في شرح الخرشني (٢٢٦ ، ٢٢٥/٨) : « وللخنثى المشكل نصف نصيب ذكر وأنتى يعني أنه يأخذ نصف نصيبه حال فرضه ذكراً وحال فرضه أنثى لا أنه يعطى نصف نصيب الذكر المحقق الذكورة المقابل له ونصف نصيب الأنثى المحققة الأنوثة المقابلة له ، فإذا كان له على تقدير كونه ذكراً سهمان وعلى كونه أنثى سهم ، فإنه يعطى نصف نصيب الذكر وهو سهم ونصف نصيب الأنثى وهو نصف سهم فمجموع ذلك سهم ونصف سهم ، وهذا إذا كان إرثه بالجهتين مختلفان لأن له أربعة أحوال حال يرث على أنه ذكر ويرث على أنه أنثى إلا أن ميراثه بالذكورة أكثر وحال يرث على أنه ذكر فقط وحال عكسه وحال مساواة إرثه ذكورة وأنوثة ؛ فالأول : كما إذا كان ابناً أو ابن ابن والثاني : كما إذا كان عمًا ، أو ابن عم والثالث : إذا كان في مسائل العول كالأكدرية ؛ فإنه لا يعال فيها إذا كان ذكراً ، ولا يرث كما مرّ والرابع : كما إذا كان أخًا لأم والحكم في الثاني والثالث إعطاؤه نصف نصيب الوجه الذي يرث به ذكراً كان أو أنثى ، وأما الرابع فيعطى فرضه كاملاً لاستواء الحالين ، فقلوه : وللخنثى واحدًا كان ، أو متعددًا ؛ لأنه إذا تعدد ضعفت الأحوال وتضعيف الأحوال يحصل نصف نصيب ذكر وأنتى . تصحح المسألة على التقديرات ثم =

تضرب الوق ، أو الكل في حالتي الخنثى وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف وأربعة الربع فما اجتمع له فنصيب كل حاصل ما أشار إليه أنك تصحح المسألة على إنه ذكر محقق وتصحيحها أيضاً على إنه أنثى محقق ثم تنظر بين المسائلين كما تنظر بين العددين إذا أردت ردهما إلى عدد واحد من تداخل وتباين وتوافق وتماثل ، فإن تماثلتا اكتفيت بأحدهما كخنثى وبنت ، فإن مسألة الذكورة من ثلاثة والأنوثة كذلك ، وإن تداخلتا اكتفيت بأكبرهما كخنثى وأخ ففريضة التذكير من واحد والتأنيث من اثنين ، وإن توافقا ضربت وفق إحداهما في كامل الأخرى ويأتي مثاله ، وإن تباينت ضربت كامل إحداهما في كامل الأخرى ومثاله ما قاله المؤلف ثم تضرب ذلك في عدد أحوال الخنثائي ثم تقسم على التذكير وعلى التأنيث ثم تجمع ما حصل لكل واحد وتحفظه ثم تنسب واحداً مفرداً إلى أحوال الخنثائي التي ييدك فيأخذ كل وارث ما خصه بتلك النسبة ، فإن كان ييدك حالان فتعطي كل وارث نصف ما حصل يده من مجموع الفرائض ، فإن كان أربعة فربيع ما بيده وعلى هذه الصفة بنسبة واحد مفرد إلى مجموع الأحوال ، فإن كان في الفريضة خنثى واحد فله حالان ، وإن كان اثنان فلهما أربعة أحوال ؛ لأنهما يقدران في حالة ذكرين وفي أخرى أنثيين وفي أخرى يقدر أحدهما ذكراً والأخر أنثى بالعكس وهكذا فمهما زاد عدد الخنثائي ، فإنك تضعف عدد الأحوال . كذكر وخنثى فالتذكير من اثنين والتأنيث من ثلاثة فتضرب الاثنين فيها ثم في حالتي الخنثى له في الذكورة ستة والأنوثة أربعة فنصفها خمسة ، وكذلك غيره يعني ، فلو كان في الفريضة ذكر واحد وخنثى واحد فتقدير كونها ذكرين تكون المسألة من اثنين وتقدير كون الخنثى أنثى فمن ثلاثة فتضرب الاثنين في الثلاثة لتباينهما يكون ذلك ستة ثم تضرب الستة في حالتي الخنثى باثني عشر فللخنثى في التذكير ستة وللذكر المحقق ستة ، وله في التأنيث أربعة وللذكر المحقق ثمانية فيعطي كل واحد نصف ما حصل يده فالذي ييد الخنثى في الحالتين عشرة فيعطي نصفها وهو خمسة ، والذي ييد الذكر المحقق في الحالتين أربعة عشر فيعطي نصفها وهو سبعة فقد حصل للخنثى في هذا الفرض سدسان ونصف سدس وللذكر المحقق ثلاثة أسداس ونصف سدس .

قول الخنثاية : جاء في المغني (٦/٢٢٠ - ٢٢٣) : (والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى . فإن بال من حيث يول الرجل فليس بمشكل ، وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل . وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة) الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة ، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول . وينقسم إلى مشكل وغير مشكل ، فالذي يتبين فيه علامات الذكورية ، أو الأنوثة ، فيعلم أنه رجل ، أو امرأة ، فليس بمشكل ، وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة ، أو امرأة فيها خلقة زائدة ، وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه ، ويعتبر بماله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يول ، إن بال من حيث يول الرجل ، فهو رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة ، فهو امرأة ومن روي عنه ذلك ؛ علي ، ومعاوية ، وسعيد ابن المسيب ، وجابر بن زيد ، وأهل الكوفة ، وسائر أهل العلم .

قال ابن اللبان : روى الكلبي ، عن أبي صالح ، عن ابن عباس ، أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قُبُل وذكر ، من أين يورث ؟ ، قال : من حيث يول . وروي أنه صلى الله عليه وسلم : أي بخنثى من الأنصار ، فقال : ورثوه من أول ما يبول منه ؛ ولأن خروج البول أعم العلامات ؛ لوجودها من الصغير والكبير . وسائر العلامات إنما يوجد بعد =

الكبير ، مثل نبات اللحية ، وتفلك الثدي ، وخروج المنى ، والحيض ، والحبل . وإن بال منهما جميعاً ، اعتبرنا أسبقهما . نص عليه أحمد . وروي ذلك عن سعيد بن المسيب . وبه قال الجمهور . فإن خرجا معاً ، ولم يسبق أحدهما ، فقال أحمد ، في رواية إسحاق بن إبراهيم : يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر . وحكي هذا عن الأوزاعي ، وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ، ولم يعتبره أصحاب الشافعي رحمهم الله في أحد الوجوهين . ولنا : أنها مزية لإحدى العلامتين ، فيعتبر بها ، كالسبق . فإن استويا فهو حيثئذٍ مشكل . فإن مات له من يرثه ، فقال الجمهور : يوقف الأمر حتى يبلغ ، فيتبين فيه علامات الرجل ؛ من نبات اللحية ، وخروج المنى من ذكره ، وكونه مني رجل ، أو علامات النساء ؛ من الحيض . والحبل ، وتفلك الثديين . نص عليه أحمد ، في رواية الميموني . وحكي عن علي ، والحسن ، أنهما قالا : تعد أضلاعه ، فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضع . قال ابن البان : ولو صح هذا ، لما أشكل حاله ، ولما احتجج إلى مراعاة البال ، وقال جابر بن زيد : يوقف إلى جنب حائط ، فإن بال عليه فهو رجل ، وإن شلشل بين فخذه فهو امرأة وليس على هذا تعويل ، والصحيح ما ذكرناه ، إن شاء الله تعالى وإنه يوقف أمره ما دام صغيراً ، فإن احتجج إلى قسم الميراث ، أعطي هو ومن معه اليقين ، ووقف الباقي إلى حين بلوغه ، فتعمل المسألة على أنه ذكر ، ثم على أنه أنثى ، وتدفع إلى كل وارث أقل النصيبين ، ويقف الباقي حتى يبلغ . فإن مات قبل بلوغه ، أو بلغ مشكلاً ، فلم تظهر فيه علامة ، ورث نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد ، وهذا قول ابن عباس ، والشعبي ، وابن أبي ليلى ، وأهل المدينة ، ومكة ، والثوري ، واللؤلؤي وشريك ، والحسن بن صالح ، وأبي يوسف ، ويحيى بن آدم ، وضرار ابن سرد ، ونعيم بن حماد . وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته ، وأعطى الباقي لسائر الورثة . وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ، ووقف الباقي حتى يتبين الأمر ، أو يصطلحوا وبه قال أبو ثور ، وداود ، وابن جرير . وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين ، وبعضهم بالدعوى من أصل المال . وفيه أقوال شاذة سوى هذه . ولنا : قول ابن عباس ، ولم نعرف له في الصحابة منكرًا ؛ ولأن حالته تساوت ، فوجبت التسوية بين حكميهما ، كما لو تداعى نفسان دازًا بأيديهما ، ولا بينة لهما وليس تورثه بأسوأ أحواله بأولى من تورث من معه بذلك ، فتخصيصه بهذا تحكم لا دليل عليه ، ولا سبيل إلى الوقف ؛ لأنه لا غاية له تنتظر ، وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له . واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية تورثهم ، فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكورًا ، ومرة إناثًا ، وتعمل المسألة على هذا مرة ، وعلى هذا مرة ، ثم تضرب إحداهما في الأخرى إن تباينت ، أو في وقفهما إن اتفقتا ، وتجترئ بإحداهما إن تماثلتا ، أو بأكثرهما إن تباستبا ، فتضربهما في اثنين ، ثم تجمع ما لكل واحد منهما إن تماثلتا ، وتضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى إن تباينت ، أو في وقفهما إن اتفقتا ، فتدفعه إليه ويسمى هذا مذهب المنزلين ، وهو اختيار أصحابنا .

وذهب الثوري واللؤلؤي ، في الولد إذا كان فيهم خنثى ، إلى أن يجعل للأنتى سهمين ، وللخنثى ثلاثة ، وللذكر أربعة ؛ وذلك لأننا نجعل للأنتى أقل عدد له نصف ، وهو اثنان ، وللذكر ضعف ذلك أربعة ، وللخنثى نصفهما ، وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى .

وهذا قول لا بأس به وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ، وبخالفه في بعضها ، ويان اختلافهما ، أننا لو قدرنا ابناً وبناتاً وولداً خنثى ، لكانت المسألة على هذا القول من تسعة ، وللخنثى الثلث ، وهو ثلاثة ، وعلى =

٤١٨٨ - اعلم أن الله تعالى خلق البشر مذكراً ومؤنثاً كما قال جل وعلا : ﴿ وَكَرَّمَ وَنَثَمَهَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنَسَاءً ﴾ ^(١) ، وقال ﷺ : ﴿ يَهَبُ لِمَنْ نَسَاءً إِنْثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ نَسَاءَهُ ﴾

= القول الأول مسألة الذكورية من خمسة ، والأنثوية من أربعة ، تضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين ، ثم في اثنين تكن أربعين ، للبت سهم في خمسة ، وسهم في أربعة ، يكن لها تسعة ، وللذكر ثمانية عشر ، وللخنثى سهم في خمسة ، وسهمان في أربعة ، يكن لها ثلاثة عشر ، وهي دون ثلث الأربعين وقول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع ؛ فإنه يقول في هذه المسألة : للذكر الخمسان ييقن ، وهي ستة عشر من أربعين ، وهو يدعي النصف عشرين ، وللبت الخمس ييقن ، وهي تدعي الربع ، وللخنثى الربع ييقن ، وهو يدعي الخمسين ، ستة عشر ، واختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها ، فتعطيه نصفها ، ثلاثة ، مع العشرة التي معه ، صارت له ثلاثة عشر ، الابن يدعي أربعة ، فتعطيه نصفها ، سهمين ، صار له ثمانية عشر ، والبت تدعي سهمين ، فتدفع إليها سهمًا ، صار لها تسعة وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال ، فعلى قولهم ، يكون الميراث في هذه المسألة من ثلاثة وعشرين ؛ لأن المدعى هاهنا نصف ، وربع ، وخمسان ، ومخرجها عشرون ، يعطى الابن النصف ، عشرة ، وللبت خمسة ، والخنثى ثمانية ، تكن ثلاثة وعشرين . فإن لم يكن في المسألة بنت ، ففي قول الثوري : هي من سبعة . وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال ، وفي التنزيل من اثني عشر ، للابن سبعة ، وللخنثى خمسة ، وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين وإن كانت بنت وولد خنثى ، ولا عصبية ، معهما ، فهي من خمسة ، في قول الثوري ، ومن اثني عشر في التنزيل ، وإن كان معهما عصبية ، فهي من ستة ؛ للخنثى ثلاثة ، وللبت سهمان ، وللعصبية سهم . في الأقوال الثلاثة . فإن كان معهما أم ، وعصبية ، فهي في التنزيل من ستة وثلاثين ، للأم ستة ، وللخنثى ستة عشر ، وللبت أحد عشر ، وللعصبية ثلاثة وقياس قول الثوري أن يكون للخنثى والبت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة ، وللأم السدس ، ويبقى نصف السدس للعصبية ، وتصحح من ستين . وإن كان ولد خنثى ، وعصبية ، فللخنثى ثلاثة أرباع المال ، والباقي للعصبية ، إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال ، فإنه يجعل المال بينهما أثلاثاً ؛ لأن الخنثى تدعي المال كله ، والعصبية تدعي نصفه ، فتضيف النصف إلى الكل ، فيكون ثلاثة أنصاف ، لكل نصف ثلث بنت ، وولد ابن خنثى وعم ، هي في التنزيل من اثني عشر ، وترجع بالاختصار إلى ستة ؛ للبت النصف ، وللخنثى الثلث ، وللمم السدس ، وإن كان الخنثى يورث في حال دون حال ، كزوج وأخت وولد أب خنثى ، فمقتضى قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه في حال إرثه ، وهو نصف سهم ، فتضمه إلى سهام الباقي ، وهي ستة ، ثم تبسطها أنصافاً ؛ ليزول الكسر ، فتصير ثلاثة عشر ، له منها سهم ، والباقي ، بين الزوج والأخت نصفين . وقد عمل أبو الخطاب هذه المسألة على هذا في كتاب « الهداية » . وأما في التنزيل ، فتصحح من ثمانية وعشرين ، للخنثى سهمان ، وهي نصف سبع ، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر وإن كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خنثى ، فله في حال الأنثوية ثلاثة من تسعة ، فاجعل له نصفها مضموماً إلى سهام باقي المسألة ، ثم ابسطها تكن خمسة عشر ، له منها ثلاثة وهي الخمس . وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثين ، وهي السدس . وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم ، فهي من ستة ؛ للبت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وللخنثى السدس ، وللمم ما بقي على القولين جميعاً .

الدُّكُورُ ﴿١﴾ .

٤١٨٩ - وقد بين حكم كل واحد منهما ، ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى ، فدل ذلك على أنه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد ؛ إذ كيف يجتمعان وهما متضادان ، وقد جعل علامة التمييز بينهما العضو المخصوص .

٤١٩٠ - ثم قد يقع الاشتباه بأن يوجد العضوان في شخص واحد ، فيقال له : خشى . على وزن فُعلى . وهذا يكون حكمه حكم الذكور أو الإناث بمقتضى العلامات التي ترجح إلحاقه بواحد منهما .

٤١٩١ - فإن لم يمكن التمييز لعدم المرجح ، فهو مشكل ، وله علامات تلحقه بأحد المذكورين قبل البلوغ وأخرى بعده .

٤١٩٢ - فإن بال من العضو المخصوص بالمذكرين فنلام ، وإن بال من العضو الآخر فأنثى ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام سئل : كيف يورث الخنثى ؟ ، فقال : « من حيث يول » (٢) . وعن علي رضي الله تعالى عنه مثله (٣) .

٤١٩٣ - وروي أن قاضيًا من العرب في الجاهلية رفعت إليه هذه الواقعة ، فجعل يقول : هو رجل وامرأة . فاستبعد قومه ذلك ، فتحير ودخل بيته ، فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره ، وكانت له بنت فسألته عن تفكره فأخبرها بذلك ، فقالت : دع المحال واتبع الحكم المبال . فخرج إلى قومه وحكى لهم ذلك ، فاستحسنوه . فعرف بذلك أن هذا الحكم كان في الجاهلية فأقره الشرع .

٤١٩٤ - ولأن البول من أحد العضوين دليل على أنه هو العضو الأصلي ، فإن استويا فمشكل لعدم المرجح ، ولا عبارة بالكثرة ، وهذا قبل البلوغ .

٤١٩٥ - فإن بلغ ، وخرجت له الحية ، أو وصل إلى النساء ، أو احتلم كما يحتلم الرجال فمذكر ؛ لأن هذه من علامات الرجال .

٤١٩٦ - وإن ظهر له ثدي ، أو لبن ، أو حاض ، أو حبل فأنثى ؛ لأن هذه من علامات النساء .

(١) الشورى : ٤٩ .

(٢) الكامل في ضعفاء الرجال لابن عدي : (١٩٩/٦) .

(٣) السنن الكبرى للبيهقي : (٢٦١/٦) .

٤١٩٧ - فإن لم تظهر علامة أو تعارضت العلامات ، فهو مشكل ؛ لعدم ما يوجب الترجيح .

٤١٩٨ - وعن الحسن - رضي الله تعالى عنه - : أن تعد أضلاعه ، فإن أضلاع الرجل تزيد عن أضلاع المرأة بواحد .

٤١٩٩ - وحيث إن الكلام الآن إنما هو في التوريث ، فنقتصر عليه .

٤٢٠٠ - ويظهر مما تقدم أنه إن ظهرت علامات الذكور أو علامات الإناث ، ورت بمقتضى هذه العلامات ، وهو ظاهر لا يحتاج إلى بيان .

٤٢٠١ - وأما إذا تعارضت العلامات ، فله أسوأ حالتي الذكورة والأنوثة ، فينظر نصيبه على أنه مذكر وعلى أنه مؤنث ، ويعطى أقلهما ، وإن كان محروماً على أحد التقديرين فلا شيء له .

٤٢٠٢ - فإذا توفي شخص عن أخوين لأب وأم أحدهما خنثى مشكل ، كان المال بينهما أثلاثاً للأخ الواضح الثلثان وللخنثى الثلث ، فيقدر أنثى لاستحقاقه أقل مما إذا فرض مذكراً ؛ إذ لو قدر مذكراً كان له النصف .

٤٢٠٣ - ولو توفيت زوجة عن زوج وأم وخنثى لأب وأم ، كان للزوج النصف وللأم الثلث وللخنثى ما بقي وهو السدس على أنه عصبية لأنه أقل ، إذ لو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسألة تعول إلى ثمانية .

٤٢٠٤ - وإذا توفيت الزوجة عن زوج وأم وأخت لأم وخنثى لأب ، فإن فرض مذكراً كانت المسألة من ستة للزوج النصف وهو ثلاثة وللأم السدس وهو واحد ولولد الأم السدس أيضاً وهو واحد ، فيبقى واحد للخنثى بالعصوية لكونه أخاً لأب . ولو جعل أنثى كان أختاً لأب ، وحينئذ تعول المسألة إلى ثمانية ثلاثة للزوج وواحد للأم وواحد للأخت لأم ، وثلاثة للخنثى ؛ لكونها صاحبة فرض . ومن البين أن ثلاثة من ثمانية أكثر من واحد من ستة ؛ إذ الفرض أن العدد المنقسم إلى كل منهما واحد فيفرض هنا مذكراً .

٤٢٠٥ - وإذا تركت امرأة زوجاً وأختاً لأبوين وخنثى لأب ، فرض مذكراً ؛ لأنه إن جعل أنثى كانت المسألة من ستة وتعول إلى سبعة فلها سهم منها ؛ لأن حقها السدس تكملة للثلثين . وإن جعل مذكراً يصير عاصباً لم يبق له شيء بعد أصحاب الفروض ، فتكون المسألة من اثنين ، فيفرض مذكراً ليكون له أسوأ الحالين .

٤٢٠٦ - ولو ترك الرجل ولد أخ شقيق أو لأب هو خشي وعمًا لأب وأم أو لأب ، كان المال للعم ويقدر الخشي أنثى ، لأن بنت الأخ من ذوي الأرحام ، ولو قدر مذكرًا كان المال له دون العم ؛ لأن ابن الأخ مقدم على العم ^(١) .

توريث ولد الزنى وولد اللعان

(مادة ٦٣٣)

وَلَدُ الزَّوْنِيِّ وَوَلَدُ اللَّعَانِ يَرِثَانِ الْأُمَّ وَقَرَابَتَهَا ، وَتَرِثُ هِيَ وَقَرَابَتُهَا مِنْهُمَا .
وَلَا يَرِثُ الْأَبُ وَلَا قَرَابَتُهُ مِنْهُمَا ^(٢) .

* * *

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « القسم الثالث في الخشي (٤٦) الخشي المشكل وهو الذى لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل التصيين ، وما بقى من التركة يعطى لباقي الورثة .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٢/٦) : « وعصبة ولد الزنا وولد الملاعة موالى أهمها ؛ لأنه لا أب له ، فترثه قرابة أمه ويرثهم ، فلو ترك بنتًا وأماً والملاعن ؛ فللبنات النصف ، وللأم السدس ، والباقي يرد عليهما كأن لم يكن له أب ، وكذلك لو كان معهما زوج أو زوجة ؛ أخذ فرضه ، والباقي بينهما فرضًا وراثيًا ، ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن ؛ فلأمه الثلث ، ولأخيه لأمه السدس ، والباقي يرد عليهما ، ولا شيء لابن الملاعن ؛ لأنه لا أخ له من جهة الأب . ولو مات ولد ابن الملاعة ؛ ورثه قوم أبيه وهم الإخوة ولا يرثه قوم جده وهم الأعمام وأولادهم ، وبهذا يعرف بقية مسائله ، وهكذا ولد الزنا ، إلا أنهما يفترقان في مسألة واحدة ، وهي أن ولد الزنا يرث توأمه ميراث أخ لأم . وولد الملاعة يرث التوأم ميراث أخ لأب وأم ، كذا في الاختيار شرح المختار » .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢٠/٣ ، ٢١) : « (في ميراث ولد الزنا) وولد الملاعة (والجوسى) ولد الزنا لا يستلحق) فلو استلحق لم يلحق (بخلاف الولد الملاعن عليه) يستلحق فيلحق (وإن كان) ثم (توأمان ولو من الملاعة لم يتوارثا) المراد لا توارث بينهما ولا بين كل منهما ، وبين الزاني والثاني ، وكل من أدلى بهما لانقطاع النسب بينهما (إلا بقرابة الأم) فيتوارثان ، ويرث كل منهما الأم وبالعكس ؛ بقرابتهما لثبوت النسب منها (ولا عصبة له) أي لكل من ولد الزنا وولد الملاعة لانقطاع نسبه من الأب (إلا من صلبه أو بالولاء بأن يكون عتيقًا أو أمة عتيقة ، فيثبت الولاء لمولاهما عليها دون عصبتها) فلا يكونون عصبة له في الإرث (لأنهم ليسوا عصبة له) في تحمل العقل والولاية (وإذا استلحق من نفاه ولو بعد موته ؛ لحقه) وإن لم يخلف الميت ولدًا (وتقضت القسمة) للتركة إن قسمت (والتوأمان من) واطن (مجهول) بالتوأمين (وطء شبهة) أي : بها (يتوارثان بالعصوبة) أي : بإخوة الأبوين لثبوت نسبهما منهما » .

قول المالكية : جاء في المنتقى شرح الموطأ (٢٥٤/٦ ، ٢٥٥) : « ولد الملاعة ترثه أمه وإخوته لأمه ، ومعنى ذلك : أنهم يتوارثونه على سنة كتاب الله تعالى ؛ لأمه الثلث إن لم يكن له أخوان فأكثر ، فإن كان له أخوان =

فأكثر فلأمه السدس ، ولأخيه السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك ، فهم شركاء في الثلث . وأما زوج أمه الذي انتفى منه باللعان ؛ فلا توارث بينهما ولو أكذب نفسه واستلحقه ، وذلك في حياة الابن ؛ فإن الأب يجلد حد الغرية ويلحق به الولد ؛ فيتوارثان . وإن استلحقه وأكذب نفسه بعد موت الابن ؛ فلا يخلو أن يكون للابن ولد أو لا يكون له ، فإن لم يكن له ولد ، جلد الحد ولم يرثه . وإن كان له ولد ذكر ، أو أنثى ؛ جلد الحد ، وورثه مع ولده . ووجه ذلك : أنه إنما يستلحق الحي . فإذا مات ولم يخلف ولدًا يلحق نسبه بالاستلحاق ، ولم يكن للاستلحاق تأثير ولا معنى . وإذا ترك ولدًا ؛ صح استلحاقه ، وثبت نسبه ، والله أعلم وأحكم .

(مسألة) : ولو نفى الزوج حمل امرأته بلعان فولدت توأمين ؛ فإنهما يتوارثان إخوة لأب وأم . فإن مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه ؛ ورثت أمه الثلث ، وورث أخوه الباقي . ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحمل ولدت قبل هذا الحمل فمات أحد التوأمين ؛ فإن الولد الذي ولدت له حال الزوجية أحو المتوفى لأمه ؛ فيرث منه السدس ، وترث أمه السدس ، ويرث الباقي التوأم معه . وأما ولد الزنى فلو أن مختصة ، أو زانية ولدت توأمين في بطن ؛ فإنهما يتوارثان بالأمومة خاصة ، والفرق بينهما ؛ أن ولد الملائنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها ؛ فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه . وأما ولد المختصة وولد الزانية ؛ فليس في الوطاء الذي هما عنه شبهة ، وإنما هو محض الزنى ؛ فليس بينهما نسب إلا بالأمومة . وأما ولد المسبية تخرج من دار الحرب حاملاً ؛ فإن التوأمين عند المغيرة أحوان . وذكر ابن سحنون في كتاب السر : هما أحوان لأم وأب ، وبه قال القاضي أبو الحسن ، قال : والفرق بين توأمي الزنى والمختصة ؛ أنهما وإن كانا لا يعرف لهما أب الآن ؛ فإنه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأمي الزنى ؛ فإنه لا يثبت لهما أب بوجه والله أعلم . قول الخاتمة : جاء في المعنى (٢٢٤/٦ ، ٢٢٥) : (وابن الملائنة ترثه أمه وعصبتها ، فإن خلف أمًا وخالًا ؛ فلأمه الثلث ، وما بقي فللخال) وجملته : أن الرجل إذا لعن امرأته ، ونفى ولدها ، وفرق الحاكم بينهما ؛ انتفى ولدها عنه ، وانقطع تعصيبه من جهة الملائنة ، فلم يرثه هو ، ولا أحد من عصبائه ، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم ، وينقطع التوارث بين الزوجين ، لا تعلم بين أهل العلم في هذه الجملة خلافًا ، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ؛ ورثه الآخران في قول الجمهور .

وقال الشافعي رحمه الله : إذا أكمل الزوج لعانه لم يتوارثا ، وقال مالك : إن مات الزوج بعد لعانه ، فإن لعنت المرأة لم ترث ، ولم تحم ، وإن لم تلعن ، ورثت ، وحدث . وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ، ورثها في قول جميعهم ، إلا الشافعي رحمه الله . وإن تم اللعان بينهما ، فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان : إحداهما : لا يتوارثان ، وهو قول مالك ، وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري ، وربيعة ، والأوزاعي ، ودادو ؛ لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد ؛ فلم يحتر في حصول الفرقة به التفريق بينهما ، كالرضاع . والرواية الثانية : يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما . وهو قول أبي حنيفة ، وصاحبه ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفريقه . وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان ، لم تقع الفرقة ، ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور ، وقال أبو حنيفة وصاحبه : إن فرق بينهما بعد أن تلعنا ثلاثًا ؛ وقعت الفرقة ، وانقطع التوارث ؛ لأنه وجد منهما معظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك ؛ لم تقع الفرقة ، ولم ينقطع التوارث . ولنا : أنه تفريق قبل تمام اللعان ، فأشبهه التفريق قبل الثلاث . وهذا الخلاف في توارث الزوجين ، فأما الولد :

فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم ؛ لأن انتفاء بنفيه ، لا يقول الحاكم : فرقت بينكما ، فإن لم يذكره في اللعان ؛ لم ينتف عن الملاعن ، ولم ينقطع التوارث بينهما . وقال أبو بكر : ينتفي بزوال الفرائض ، وإن لم يذكره ؛ لأن النبي ﷺ نفى الولد عن الملاعن ، وألحقه بأمه ، ولم يذكره الرجل في لعانه .

وقد اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان ، فروي عن أحمد فيه روايتان ؛ إحداهما : أن عصبته عصبه أمه . نقلها الأثرم ، وحنبلي . يروى ذلك عن علي ، وابن عباس ، وابن عمر . وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والشعبي ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، والحسن بن صالح ، إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الأرحام أحق ممن لا سهم له ، وقدم الرد على غيره ، والرواية الثانية : أن أمه عصبته ، فإن لم تكن فصصبتها عصبته . نقله أبو الحارث ، ومهنا . وهذا قول ابن مسعود . وروي نحوه عن علي ، ومكحول ، والشعبي ؛ لما روي عن عمرو بن شبيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ « جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها » ورواه أيضاً مكحول ، عن النبي ﷺ مرسلًا .

وروى واثلة بن الأسقع ، عن النبي ﷺ قال : « تحوز المرأة ثلاثة مواريث : عتيقها ، ولقيطها ، وولدها الذي لا عنت عليه » . وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير ، وقال : كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة ، لمن قضى به رسول الله ﷺ فكتب إلي ؛ إني سألت فأخبرت أنه قضى به لأمه ، هي بمنزلة أبيه وأمه رواهن أبو داود ؛ ولأنها قامت مقام أبيه وأمه في انتسابه إليها ، فقامت مقامهما في حيازة ميراثه ؛ ولأن عصابات الأم أدلوا بها ، فلم يرثوا معها ، كأقارب الأب معه .

وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة ، كما يورث من غير ابن الملاعنة ، ولا يجعلها عصبه ابنتها ، ولا عصبته عصبته . فإن كانت أمه مولاة لقوم ؛ جعل الباقي من ميراثها لمولاها ، فإن لم تكن مولاة جعله لبيت المال وعن ابن عباس نحوه ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ، وربيعة ، وأبو الزناد ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وصاحبه ، وأهل البصرة ، إلا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد ، وذوي الأرحام ، أحق من بيت المال ؛ لأن الميراث إنما ثبت بالنص ، ولا نص في توريث الأم أكثر من الثلث ، ولا في توريث الأخ من الأم أكثر من السدس ، ولا في توريث أبي الأم وأشباهاه من عصابات الأم ، ولا قياس أيضاً ؛ فلا وجه لإثباته ووجه قول الحرفي : قول النبي ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » . وأولى الرجال به : أقارب أمه . وعن عمر رضي الله عنه أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبه أمه . وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة دعا أوليائها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم ، وإن جنى جنابة فليحكم . حكاه الإمام أحمد عنه . ولأن الأم لو كانت عصبه كأبي حنيفة لوجب إخوته ؛ ولأن مولاها مولى أولادها ؛ فيجب أن تكون عصبته عصبته ، كالأب . فإذا خلف ابن الملاعنة أمًا ، وخالاً ؛ فلأمه الثلث بلا خلاف ، والباقي لخاله ؛ لأنه عصبه أمه . وعلى الرواية الأخرى ؛ هو لها كله . وهذا قول علي ، وابن مسعود ، وأبي حنيفة ، وموافقيه ، إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه ؛ لكونها عصبه ؛ والباقون بالرد ، وعند زيد ، الباقي لبيت المال ، فإن كان مهتما مولى أم ؛ فلا شيء له عندنا .

وقال زيد ، ومن وافقه ، وأبو حنيفة : الباقي له . وإن لم يكن لأمه عصبه إلا مولاها ، فالباقي له على الرواية =

٤٢٠٧ - اعلم أن الشخص متى كان ثابت النسب من أب وأم ؛ فإنه يرث منهما كما علم مما تقدم .

٤٢٠٨ - ولا يتأتى أن يكون ثابت النسب من الأب دون الأم ، وإنما يتصور أن يكون ثابت النسب من أم لا من أب ، كما في ولد الزنى وولد اللعان . فإن كلاً منهما ربط الشارع نسبه بأمه دون الأب ، وحيث يرث كل منهما بجهة الأم فقط ؛ فصار كشخص لا قرابة له من جهة الأب ، فوجب أن ترثه قرابة أمه ويرثهم .

٤٢٠٩ - فإذا توفي ولد اللعان عن بنت وأم والملاعن ؛ فلبنت النصف ، وللأم السدس ، والباقي يرد عليهما كأن لم يكن له أب .

٤٢١٠ - ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن ؛ فلأمه الثلث ، ولأخيه لأمه السدس ،

= التي اختارها الحنفي ، وعلى الأخرى ، هو للأم ، وهو قول ابن مسعود ؛ لأنها عصبية ابنها . فإن لم يخلف إلا أمه ؛ فلها الثلث بالفرض ، والباقي بالرد ، وهو قول علي وسائر من يرى الرد . وفي الرواية الأخرى ؛ لها الباقي بالتعصيب .

وإن كان مع الأم عصبية لها ، فهل يكون الباقي لها أو له ؟ .

على روايتين . وإن كان لها عصبية ؛ فهو لأقربهم منها على رواية الحنفي ، فإذا كان معها أبوها ، وأخوها ؛ فهو لأبيها ، وإن كان مكان أبيها جدّها ؛ فهو بين أخيها وجدّها نصفين ، وإن كان معهم ابنها ، وهو أخوه لأمه ؛ فلا شيء لأخيها ، ويكون لأمه الثلث ، ولأخيه السدس ، والباقي لأخيه ، أو ابن أخيه . وإن خلف أمه ، وأخاه ، وأخته ؛ فلكل واحد منهم السدس ، والباقي لأخيه ، دون أخته . وإن خلف ابن أخته ، وبنت أخته ، أو خاله وخالته ؛ فالباقي للذكر . وإن خلف أخته وابن أخته ؛ فلأخته السدس ، والباقي لابن أخته ، وعلى الرواية الأخرى ، الباقي للأم في هذه المواضع .

وجاء في المنتقى شرح الموطأ أيضاً (٢٢٨/٦) : « والحكم في ميراث ولد الزنى في جميع ما ذكرنا ، كالحكم في ولد الملاعنة ، على ما ذكرنا من الأقوال ، والاختلاف ، إلا أن الحسن بن صالح قال : عصبية ولد الزنى سائر المسلمين ؛ لأن أمه ليست فراشاً ، بخلاف ولد الملاعنة . والجمهور على التسوية بينهما ؛ لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه ، إلا أن ولد الملاعنة يلحق الملاعن إذا استلحقه ، وولد الزنى لا يلحق الزاني في قول الجمهور . وقال الحسن ، وابن سيرين ؛ يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد ويرثه . وقال إبراهيم ؛ يلحقه إذا جلد الحد ، أو ملك الموطوعة . وقال إسحاق ؛ يلحقه . وذكر عن عروة ، وسليمان بن يسار نحوه .

وروى علي بن عاصم ، عن أبي حنيفة ، أنه قال : لا أرى بأشأ إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه ، أن يتزوجها مع حملها ، ويستر عليها ، والولد يُؤدّ له . وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل ، فادعاه آخر . أنه لا يلحقه ، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش .

ولنا ؛ قول النبي ﷺ : « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » . ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه ، فلم يلحق به بحال ، كما لو كانت أمه فراشاً ، أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره » .

والباقي يرد عليهما ، ولا شيء لابن الملاعن ، لأنه لا أخ له من جهة أبيه .
 ٤٢١١ - ولو كان لولد اللعان أخ من أمه من الزواج أو من الزنى أو من اللعان ؛ فإنه يرثه من جهة أنه أخ لأم ، فيكون صاحب فرض لا عصبية ، فلا يرث ولا يرث بالمعصوبة إلا من جهة الولاد أو الولاء ؛ فيرثه من أعتقه ومن أعتق أمه ، أو من ولده بالمعصوبة ، وكذا هو يرث معتقه أو ولده بالمعصوبة (١) .

توريث الغرقى والحرقى والهدمى والقتلى

(مادة ٦٣٤)

لَا تَوَارِثُ بَيْنَ الْغَرَقَى وَالْهَدْمَى وَالْحَرْقَى إِذَا كَانُوا مِنْ يَرِثُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا ، لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوْلًا ، وَيُقَسَّمُ مَالُ كُلِّ مِنْهُمَا عَلَى وَرَثَتِهِ الْأَحْيَاءِ (٢) .

• • •

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « القسم الرابع في ولد الزنا وولد اللعان (٤٧) : مع مراعاة المدة المبينة بالفقره الأخيره من المادة (٤٣) يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها ، وترثهما الأم وقرابتها . وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٢٠) يرث ولد الزنا ، وولد اللعان من أمه وقرابتها ، وترثه أمه وقرابتها .

(٢) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٥٧/٦) : « إذا مات جماعة من الغرق والحرق ولا يدري أيهم مات أولاً ، جعلوا كأنهم ماتوا جميعاً معاً ؛ فيكون مال كل واحد منهم لورثته ، ولا يرث بعضهم بعضاً إلا إذا عرف ترتيب موتهم ؛ فيرث المتأخر من المتقدم ، وكذا الحكم إن ماتوا بانهدام الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدري أيهم مات أولاً ، كذا في التبيين . مثاله : أخوان غرقا ولكل واحد تسعون دينارا وخلف بنتا وأثا وعمًا ؛ فعند عامة العلماء يقسم تركه كل واحد بين الأحياء من ورثته : البنت والأم والعم على ستة ، ولا يرث أحدهما من الآخر . وإن علم موت أحدهما أولاً ولا يدري أيهم هو ؛ أعطي كل واحد اليقين ، ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا .

قول الشافعية : جاء في معني المحتاج (٤٧/٤) : « (و) إبهام وقت الموت فعليه (لو مات متوارثان بفرق) أرحق (أو هدم أو في) بلاد (غربة أو معاً أو جهل أسبقهما) علم سبق أو جهل (لم يتوارثا) أي : لم يرث أحدهما من الآخر ؛ لأن من شرط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث كما مر وهو هنا منتف ، والجهل بالسبق صادق بأن يعلم أصل السبق ، ولا يعلم عين السابق ، وبأن لا يعلم سبق أصلاً ، وصور المسألة خمس : العلم بالمعية ، العلم بالسبق وعين السابق ، الجهل بالمعية والسبق ، الجهل بعين السابق مع العلم بالسبق ، التباس السابق بعد معرفة عينه ، ففي الصورة الأخيرة ؛ يوقف الميراث إلى البيان أو الصلح ، وفي =

الصورة الثانية : تنقسم التركة (و) في الثلاثة الباقية (مال) أي : تركة (كل) من الميتين بفرق ونحوه (لباقي ورثة) ؛ لأن الله تعالى إنما يورث الأحياء من الأموات ، وهنا لا تعلم حياته عند موت صاحبه ؛ فلا يرث ، كالجنين إذا خرج ميتاً ، ولأننا إن ورثنا أحدهما فقط فهو تحكم ، وإن ورثنا كلياً من صاحبه تيقناً الخطأ ؛ لأنهما إن ماتا معاً ففيه توريث ميت من ميت ، أو متعاقبين ؛ ففيه توريث من تقدم ممن تأخر ، وحيثيذ فيقدر في حق كل ميت أنه لم يخلف الآخر . تنبيه : استبهم تاريخ الموت مانع من الحكم بالإرث لا من نفس الإرث . تنبيه : كان الأولى التعبير بقوله : لم يرث أحدهما من الآخر كعبارة التنبيه .

تنبيه : فإن استبهم تاريخ الموت مانع من الحكم بالإرث لا من نفس الإرث . لو كان أحدهما يرث من الآخر دون عكسه كالعمة وابن أخيها كان الحكم كذلك ، وقال ابن الهائم في شرح كافيته : الموانع الحقيقية أربعة : القتل ، والرقة ؛ واختلاف الدين والدور ، وما زاد عليها فتسميته مانعاً مجاز ، وقال في غيره : إنها ستة : الأربعة المذكورة ، والرقة ، واختلاف العهد ، وأن ما زاد عليها مجاز وانتفاء الإرث معه لا لأنه مانع ؛ بل لانتهاء الشرط كما في جهل التاريخ أو السبب كما في انتفاء النسب وهذا أوجه .

قول المالكية : جاء في شرح الخريشي (٢٢٣/٨ ، ٢٢٤) : « ، ومن موانع الإرث جهل التأخير والتقدم في الموت كما إذا مات قوم من الأقارب في سفر ، أو تحت هدم وما أشبه ذلك ، فإننا نقدر في كل واحد ، كأنه لم يخلف صاحبه ، وإنما خلف الأحياء من ورثته ، فلو مات رجل وزوجته وثلاث بنين له منها تحت هدم ونجهل موت السابق منهم وترك الأب زوجة أخرى وتركت الزوجة ابناً لها من غير زوجها الميت ؛ فللزوجة الربع ، وما بقي للعاصب ؛ ومال الزوجة لابنها الحي ، وسدس مال البنين لأخيه لهم وباقيه للعاصب . واعلم أن موجب الميراث هنا هو حصول الشك في الشرط الذي هو التقدم بالموت ، فإطلاق المانع عليه فيه تجوز . وشمل قوله : ولا من جهل تأخر موته ما إذا ماتا معاً أو مرتبين و جهل السابق منهما » .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٥٥/٦ ، ٢٥٦) : « (وإذا غرق المتوارثان ، أو ماتا تحت هدم ، فجهل أولهما موتاً ؛ ورث بعضهم من بعض) وجملة ذلك : أن المتوارثين إذا ماتا ، فجهل أولهما موتاً ؛ فإن أحمد قال : أذهب إلى قول عمر ، وعلي ، وشريح ، وإبراهيم ، والشعبي : يرث بعضهم من بعض . يعني من تلاد ماله دون طارفه ، وهو ما ورثه من ميت معه .

قال الشعبي : وقع الطاعون عام عمواس ؛ فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم ، فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه . فكتب عمر : أن ورثوا بعضهم من بعض .

وروي عن أبي بكر الصديق ، وزيد ، وابن عباس ، ومعاذ ، والحسن بن علي رضي الله عنهم : أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض ، وجعلوا ما لكل واحد للأحياء من ورثته .

وروي عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه قال في امرأة وابنها ماتا ، فقال زوجها : ماتت فورثاها ، ثم مات ابني فورثته . وقال أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثاها : حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث الابن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين . فجعل ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته . فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قولاً فيما ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتاً ، ويرث كل واحد منهما من الآخر ، إذا اتفق =

وَزَوَّاهُمْ عَلَى الْجَهْلِ بِكَيْفِيَّةِ مَوْتِهِمْ ؛ لِأَنَّ مَعَ التَّدَاعِي تَوَجُّهَ الْيَمِينِ ، عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَيَحْلِفُ عَلَى إِبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، وَيَتَوَفَّرُ الْمِيرَاثُ لَهُ . كَمَا فِي سَائِرِ الْحَقُوقِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اتَّفَقُوا عَلَى الْجَهْلِ ، فَلَا تَوَجُّهَ بَيْنَ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ لَا يَشْرَعُ فِي مَوْضِعِ اتَّفَقُوا عَلَى الْجَهْلِ بِهِ .

واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض ، بما روى سعيد ، حدثنا إسماعيل بن عياش ، عن يحيى بن سعيد : أن قتلى اليمامة ، وقتلى صفين والحرة ، لم يورثوا بعضهم من بعض ، وورثوا عصبتهم الأحياء وقال : حدثنا عبد العزيز بن محمد ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه : أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد ابن عمر ، فالتقت الصبيحتان في الطريق ، فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه ، فلم ترثه ولم يرثها . وأن أهل صفين ، وأهل الحرة لم يتوارثوا ؛ ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث ، وهو غير معلوم ، ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ، ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثه ، فلم يرثه ، كالحمل إذا وضعت ميتاً ، ولأن الأصل عدم التوريث فلا تثبته بالشك ، ولأن توريث كل واحد منهما خطأً يقيناً ؛ لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معاً ، أو سبق أحدهما به ، وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأً يقيناً ، مخالف للإجماع ، فكيف يعمل به ، فإن قيل : ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت ، وهو خطأً أيضاً . قلنا : هذا غير متيقن ؛ لأنه يحتمل موتهما جميعاً ، فلا يكون فيهما مسبق . وقد احتج بعض أصحابنا بما روى إياس بن عبد الله المزني ، أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت ، فقال : « يرث بعضهم بعضاً » . والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه ، وأنه هو المشوول ، وليس برواية عن النبي ﷺ . هكذا رواه سعيد في « سننه » . وحكاها الإمام أحمد عنه . وقال أبو ثور ، وابن سريج ، وطائفة من البصريين : يعطى كل وارث اليقين ، ويوقف المشكوك فيه ، حتى يتبين الأمر ، أو يصطلحوا . وقال الخبيري : هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه . ولم يذكر فيه خلافاً .

ومن مسائل ذلك : أخوان غرقا ، أحدهما : مولى زيد ، والآخر : مولى عمرو ؛ من ورث كل واحد منهما من صاحبه ، جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ، ومن لم يورث أحدهما من صاحبه ، جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه ، ومن قال بالوقف وقف مالهما ، فإن ادعى كل واحد من المولدين أن مولاه آخرهما موتاً ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وأخذ مال مولاه على مسألة الحرقى وإن كانت لهما أخت ؛ فلها الثلثان من مال كل واحد منهما على القول الأول ، والنصف على القول الثاني .

وإن خلف كل واحد منهما بنتاً وزوجة ، فمن لم يورث بعضهم من بعض ، صححها من ثمانية ، لأمراته الثمن ، ولابنته النصف ، والباقي لمولاه . ومن ورثهم ، جعل الباقي لأخيه ، ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ، ثم ضربها في الثمانية الأولى ، فصحت من أربعة وستين ؛ لأمراته ثمانية ، ولابنته اثنان وثلاثون ، ولامرأة أخيه ثمن الباقي ، ولابنته اثنا عشر ، ولمولاه الباقي تسعة . أخ وأخت غرقا ، ولهما أم وعم وزوجان . فمن ورث كل واحد من صاحبه ؛ جعل ميراث الأخ بين امرأته وأخته على ثلاثة عشر ، فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأمها وعمها على ستة ، فصحت المسألتان من ثلاثة عشر ؛ لامرأة الأخ ثلاثة ، ولزوج الأخت ثلاثة ، وللأم أربعة بيمراتها من الأخ ، واثنان بيمراتها من الأخت ، وللمم سهم ، وميراث الأخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة ؛ لأخيها سهم بين أمه وامراته وعمه على اثني عشر ، تضربها في =

٤٢١٢ - قد عرفت أن من شروط الميراث : تحقق حياة الوارث بعد موت المورث ، أو إلحاقه بالأحياء تقديراً ؛ فإذا انتفى هذا الشرط ، فلا توارث .

وينبغي على ذلك : أنه إذا مات جماعة بينهم قرابة بسبب من الأسباب ؛ كما إذا انهدم عليهم البيت ، أو غرقت بهم السفينة ، أو احترق البيت وهم فيه أو قتلوا في معركة ، فلا يخلو الحال من أحد صور خمس :

الأولى : أن يعلم عين السابق ، ولم يحصل بعد ذلك التباس .

وفي هذه الصورة يرث المتأخر المتقدم في الموت لوجود الشرط .

الثانية : أن يعرف موتهما معاً .

الثالثة : أن يعرف التلاحق ولا يعرف من السابق .

= الأولى ، تكن من اثنين وسبعين ، والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر ، وينتفع به من يرث منهما ثلاثة إخوة من أبوين ، غرقوا ، ولهم أم وعصبة ، فقدر موت أحدهم أولاً ؛ فلأمه السدس ، والباقي لأخويه ، فصاح من اثني عشر ، لكل واحد من أخويه خمسة ، بين أمه وعصبته ، على ثلاثة ، فتضربها في الأولى ، تكن ستة وثلاثين ، للأم من ميراث الأول السدس ستة ، وبما ورثه كل واحد من الأخوين خمسة ، فصار لها ستة عشر ، والباقي للعصبة ، ولها من ميراث كل واحد من الأخوين مثل ذلك . ذكر هذه المسألة أبو بكر .

ثلاثة إخوة مفترقين غرقوا ، وخلف كل واحد منهم أخته لأبويه ، فقدر موت الأخ من الأبوين أولاً عن أخته من أبويه ، وأخويه من أبيه ، وأخويه من أمه ، فصحت مسأله من ثمانية عشر ؛ لأخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبويه وأخته من أمه ، على أربعة وأصاب الأخ من الأب منها اثنين ، بين أخيه من أبويه ، وأخته من أبيه ، على أربعة ، فتجزئ بإحدهما ، وتضربها في الأولى ، تكن اثنين وسبعين ، ثم قدر موت الأخ من الأم ، عن أخت لأبوين ، وأخ ، وأخت أم ، فمسأله من خمسة مات أخوه لأمه عن ثلاث أخوات مفترقات ، فهي من خمسة أيضاً ، تضربها في الأولى ، تكن خمسة وعشرين ، ثم قدر موت الأخ من الأب ، عن أخت لأبويه ، وأخ وأخت لأبيه ، فهي من ستة ، ثم مات الأخ من الأب عن ثلاث أخوات مفترقات ، فهي من خمسة ، تضربها في الأولى ، تكن ثلاثين . وإن علم خروج روحهما معاً في حال واحدة ، لم يرث أحدهما صاحبه ، وورث كل واحد من الأحياء من ورثته ؛ لأن تورثه مشروط بحياته بعده ، وقد علم انتفاء ذلك . وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ، ثم أشكل ، أعطي كل وارث اليقين ، ووقف الباقي حتى يتبين الأمر أو بصطلحوها . قال القاضي : وقياس المذهب : أن يقسم على سبيل ميراث الفرقي الذين جهل حالهم . وإن ادعى ورثة كل ميت أنه آخرهما موتاً ؛ فهي مسألة الحرفي رحمه الله ، وقد نص فيها الإمام أحمد على أن ورثة كل ميت يحلفون ، ويختصون بميراثه ، فيحتمل أن يقاس على هذه الصورة سائر الصور ، فيتخرج في الجميع روايتان ، ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها ؛ لأن هذه الصور فيها مدع ومنكر ، واليمين على من أنكر ، بخلاف بقية الصور ، والله أعلم .

الرابعة : ألا يعرف شيء .

وفي هذه الصور الثلاث يجعلون كأنهم ماتوا معاً ، فمال كل منهم لورثته الأحياء ، ولا يرث بعض هؤلاء الأموات من بعض ، وهو المختار عندنا .

الخامسة : أن يعلم موت أحدهم أولاً بعينه ، ثم التيس وأشكل أمره بعد ذلك .
وفي هذه الصورة يقسم مال كل على ورثته الأحياء ، قياساً على ما إذا علم موتهما معاً .

٤٢١٣ - وقيل : لا يقاس ذلك على المذكور ؛ وإنما يعطى كل واحد المتيقن، ويوقف المشكوك فيه إلى ظهور الحال أو صلح الورثة بعضهم مع بعض ؛ فلو غرق أخوان لكل منهما بنت ، وعرف موت أحدهما أولاً بعينه ثم أشكل أمره بعد ذلك ؛ أخذت بنت كل نصف تركة أبيها حتى يتبين المتأخر، فتأخذ بنته نصف تركة أبيها الباقي ونصف تركة عمها ، أو يصطلحها على شيء . وإنما وقف المشكوك ؛ لأن التذكر غير مؤس منه ، والمعمل عليه الأول .

التخارج

(مادة ٦٣٥)

التَّخَارُجُ : هُوَ أَنْ يَتَّصَلَخَ الْوَرَثَةُ عَلَى إِخْرَاجِ بَعْضِهِمْ مِنَ الْمِيرَاثِ عَلَى شَيْءٍ مَقْلُومٍ مِنَ التَّرِكَةِ أَوْ غَيْرِهَا .

وهو جائز عند التراضي . فَمَنْ صَالَخَ عَلَى شَيْءٍ مِنَ التَّرِكَةِ ، فَاطْرَخَ سَهَامَهُ مِنَ التَّضْحِيحِ ، ثُمَّ أَقْسَمَ بَاقِي التَّرِكَةِ عَلَى سَهَامِ الْبَاقِيْنَ .

كَمَنْ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأَمَّا وَعَمًّا ، فَأَلْتَسَأَلُهُ مِنْ سِتَّةٍ : التَّضْفُ لِلزَّوْجِ ، وَالثَّلْثُ لِلْأُمِّ ، وَالبَاقِي لِلْعَمِّ . فَصَالَخَ الزَّوْجُ عَنِ نَصِيْبِهِ عَلَى مَا فِي ذِمَّتِهِ لِلزَّوْجَةِ مِنَ الْمَهْرِ ، فَيَنْقَسِمُ بَاقِي التَّرِكَةِ وَهُوَ مَا عَدَا الْمَهْرَ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْعَمِّ أَثْلَاثًا ، سَهْمَانِ لِلْأُمِّ وَسَهْمٌ لِلْعَمِّ ^(١) .

• • •

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٣٢٤/٢) : « وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم عنها بمال أعطوه إياه ، فإن كانت التركة عقارًا أو عروصًا ؛ جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً) ؛ لأنه أمكن تصحيحه فيما وفيه أثر عثمان رضي الله عنه : فإنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف من ربع ثمنها على ثمانين =

= ألف دينار ، قوله : (فإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبًا ، أو ذهبًا فأعطوه فضة ؛ فهو جائز) ويعتبر التقابض في المجلس ؛ لأنه معتبر بالصرف (وإن كانت الشركة ذهبًا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب ؛ فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثل الزيادة بحقه من بقية الميراث) احترازًا عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة ؛ لأنه صرف في هذا القدر ، وإن كان بدل الصرف عرضًا جاز مطلقًا لعدم الربا ، وقوله : (فلا بد أن يكون أكثر من نصيبه) إنما يطل الصلح على مثل نصيبه أو أقل حال التصادق أما إذا كانوا جاحدين أنها امرأة الميت فالصلح جائز ؛ لأن المعطى إنما هو لقطع المنازعة لا للمعاوضة حتى لو كان ذهبًا فصالحوا عنه بذهب أقل منه جاز (وإن كان في التركة ذئب على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الذئب لهم فالصلح باطل) ؛ لأن فيه تملك الذئب لغير من هو عليه وهو حصة المصالح (وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) ؛ لأنه إسقاط أو هو تملك الدين ممن هو عليه ، وذلك جائز ، وهذه حيلة الجواز وحيلة أخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه متبرعين ، وفي الوجهين ضرر بهم . والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوه عما وراء الدين ويحلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء .

قول الشافعية : جاء في أسنى المطالب (٢١٦/٢) : « (وإن ترك الوارث حقه لأخيه) مثلاً كأن قال : تركت حقي (من التركة) لك (فليل لم يصح) وحقه بحاله لتعين التملك والقبول في أعيانها والإبراء في ديونها ، وينبغي أن يكون ذلك كتابة حتى تصح مع النية (وإن صالح عن ألف درهم وخمسين دينارًا معينة بألفي درهم ؛ لم يجز ، وإن كانت ذهبًا) له في ذمة غيره فصالح عنها بألفي درهم (جاز لاستيفاء الألف والاعتياض عن الذهب بالألف الآخر) ، والفرق أنه إذا كان المبلغ في الذمة فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه فيجعل مستوفيًا لأحد الألفين ومعتاضيًا عن الدنانير الألف الآخر وإذا كان معينًا كان الصلح عنه اعتياضًا ، فكأنه باع ألف درهم وخمسين دينارًا بألفي درهم ، وهو من صور مد عجوة بخلاف مسألة الإمام السابقة ؛ لأن الصلح فيها صلح حطيطه فيعد فيها الاعتياض . »

قول المالكية : جاء في شرح الحرشي (٧/٦ ، ٨) : « وعن إرث زوجة من عرض وورق وذهب بذهب من التركة قدر مورثها منه فأقل . يعني أن الميت إذا ترك دنانير ودرهم حاضرة وعروضًا حاضرة أو غائبة وعقارًا وغير ذلك فإنه يجوز للزوجة أو غيرها من الورثة أن يصالح عن إرثه من ذلك ، فإن أخذ درهم من التركة قدر مورثه من دراهم التركة أو أخذت ذهبًا من التركة قدر مورثها من ذهب التركة فأقل ، فإن ذلك جائز كما لو صالحها الولد على عشرة دنانير فأقل والذهب ثمانون ؛ لأنها أخذت بعض حقها من التركة وتركت الباقي ، ولا يراعى ما فضل بعد ذلك كان حاضرًا أو غائبًا ؛ لأن الباقي هبة فيراعى فيها الحوز قبل موتها فإن ماتت قبله بطل وكان لورثتها ، ولو وقع الصلح للزوجة مثلاً على أكثر من إرثها من الذهب كائني عشر دينارًا فأكثر ؛ فإنه يجوز أيضًا لكن بشرط أن تقل الدراهم التي تخصصها من التركة بأن لا تبلغ صرف دينار وإليه أشار بقوله أو أكثر إن قلت الدراهم أي : أو قلت العروض التي تخصصها بأن لم تبلغ قيمتها دينارًا وأحضرت كلها ؛ لأنها باعت نصيبها من العروض والدراهم بدنانير دينار ونصف مثلاً قيمة العروض أو صرف الدراهم والنصف الباقي في مقابلة الفضة أو العروض فهو بيع وصرف اجتماعًا في دينار ، أما إن بلغ نصيبها من الدراهم =

٤٢١٤ - التخارج : هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، سواء كان هذا الشيء من التركة أو من غيرها .
 وهو جائز عند التراضي ، لأنه عقد من العقود ، وكل عقد يشترط فيه رضا المتعاقدين .
 وكيفية القسمة على الموجودين : أن تطرح سهام من أخرج من التصحيح ، وتجعله كأنه استوفى نصيبه ، ثم تقسم باقي التركة على سهام من بقي منهم .

= أو العروض دينارا ؛ لم يجز لعدم اجتماعهما في دينار . وإن كان شيء من العروض غائبا دخله صرف مع سلعة تأخرت فقوله : إن قلت الدراهم أي وكان جميع ما زاده على حصتها من الذهب دينارين أو أكثر كما قررناه ، أما إن كان ما زاده على حصتها من الذهب دينارا واحدا فإنه يجوز وإن كان كل من حصتها من الدراهم ومن قيمة العروض يزيد عن صرف دينار . لا من غيرها مطلقا يعني أنه لا يجوز الصلح للزوجة لغيرها من الورثة بإعطاء شيء من غير التركة سواء كان دراهم أو دنانير أو عروضًا إلا على ما يأتي في العروض كانت التركة أو شيء منها حاضرًا أو غائبا ؛ لأنه يدخله التفاضل بين العيّن والتأخير بينهما ؛ لأن حكم العرض الذي مع العين حكم العين ويدخله أيضًا البيع والصرف إن كان حظها من الدراهم صرف دينار فأكثر ، ولما شمل إطلاقه المنع للعرض وكان فيه تفصيل بينه بقوله إلا بعرض إن عرفًا جميعها وحضر وأقر المدين وحضر يعني أن الصلح إذا وقع للزوجة أو غيرها من الورثة بعرض حاضر من غير عروض التركة ، فإن الصلح جائز بشرط أن يعرف المصالح ، والمصالح جميع التركة حتى تكون المصالحة على شيء معلوم ، وأن يحضر جميع الموروث من أصناف العروض وإلا كان من باب النقد في الغائب بشرط أي : أو كان قريب الغيبة وأقر المدين وحضر أي : وهو ممن تأخذه الأحكام والعرض الذي أعطاه المصالح مخالف للعرض الذي على الغريم وإلا لم يكن يبقا ؛ لأنه كأنه من التركة ، فكأنه أعطاهما بعض مورثها ، فهو داخل في قوله : وعلى بعضه هبة وغير ذلك من الشروط المعتبرة في بيع الدين .

وعن دراهم وعرض تركًا بذهب كبيع وصرف يعني أن الميت إذا ترك دراهم وعروضًا فصالح الوارث زوجة الميت على دنانير من ماله فإن كان حظها من الدراهم يسيرًا أقل من صرف دينار إن لم يكن في التركة دين وإن كان في حظها منها صرف دينار فأكثر لم يجز ، وهو معنى قوله : كبيع وصرف ، أي فإن قلت الدراهم التي تخصصها أو العرض الذي يخصها بأن نقصت أو نقص قيمة العرض عن دينار ، جاز الصلح ؛ لأنه بيع وصرف اجتماعهما في دينار .

وإن كان فيها دين فكيبه أي : وإن كان في التركة دين من دنانير أو دراهم لم يجز الصلح على دنانير أو دراهم نقدًا من عند الولد وإن كان الدّين حيوانًا أو عروضًا من بيع أو قرض أو طعامًا من قرض لا من سلم فصالحها الولد من ذلك على دنانير أو دراهم عجلها لها من عنده ؛ فذلك جائز إذا كان الغرماء حضورًا مقرين ووصف ذلك كله ومراد المؤلف استيفاء الكلام على الفروع المذكورة في المدونة وإلا فقوله وعن دراهم إلخ يعني عنه ما مر من قوله : إن قلت الدراهم ، وأيضًا قوله : وإن كان فيها دين إلخ يعني عنه قوله فيما مر : وأقر المدين وحضر .
 قول الحنابلة : جاء في شرح منتهى الإرادات (٥٣٣/٢) : « (وإن قال بعض الورثة : لا حاجة لي بالميراث اقتسمه بقية الورثة) فأخذوا سهامهم المختصة بهم (ويوقف سهمه) نصًا لدخوله في ملكه قهرا » .

وينبني على ذلك : أنه إذا توفيت الزوجة عن زوج وأم وعم شقيق أو لأب ، فأصل المسألة من ستة : للزوج النصف ثلاثة أسهم ، وللأم الثلث وهو سهمان ، وللعلم الباقي بطريق التعصيب وهو واحد .

٤٢١٥ - فإذا صالح الزوج على ما في ذمته من المهر للزوجة ، وخرج من بين الورثة ، فاطرح سهامه من التصحيح وهي ثلاثة ، واقسم باقي التركة وهو ما عدا المهر بين العم والأم أثلاثاً بقدر سهامهما من التصحيح قبل التخارج ، وحينئذ يكون : سهمان للأم ، وسهم للعم ، ولا يجوز أن نجعل الزوج كأنه لم يكن ؛ لأنه أخذ بدل نصيبه ، إذ لو جعل كذلك وأعطينا للعم سهمين وللأم سهماً لا نقرب فرضها من ثلث أصل المال إلى ثلث الباقي ، وهو خلاف الإجماع .

٤٢١٦ - ولو صالح العم على شيء من التركة وخرج ، فاطرح نصيبه وهو واحد من أصل التصحيح وهو ستة ، واقسم الباقي على سهام الزوج والأم وهي خمسة ، فيأخذ الزوج ثلاثة أخماس ، والأم خمسين على قدر سهامهما في التصحيح قبل إخراج العم .

٤٢١٧ - ولو صالحت الأم على شيء من التركة ، وخرجت من بين الورثة ، فاطرح سهامها وهما اثنان من أصل التصحيح وهو ستة ، واقسم الباقي بعد المصالح على سهام الزوج والعم من أصل التصحيح ، وحينئذ يقسم الباقي أرباعاً : ثلاثة منها للزوج ، وواحد للعم ، لأن كلاً منهما يستحق ذلك من أصل تصحيح المسألة .

٤٢١٨ - وإذا توفيت امرأة عن أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم وزوج ، فأصل المسألة من ستة ، ولكنها تعول إلى ثمانية : للشقيقة ثلاثة ؛ وللأخت لأب واحد ، وللأخت لأم مثلها ، وللزوج ثلاثة .

٤٢١٩ - فإذا صالحت الأخت لأبوين وخرجت من بينهم ، فاطرح سهامها وهي ثلاثة من التصحيح بعد العول ، واقسم الباقي على سهام غيرها ، وحينئذ يكون الباقي بينهم أخماساً : ثلاثة منها للزوج ، وواحد للأخت لأب ، ومثله للأخت لأم .
ومثل هذا ما لو صالح الزوج .

٤٢٢٠ - فإذا صالحت الأخت لأب ، فاقسم الباقي على سبعة : للزوج ثلاثة ، وللشقيقة مثله ، وللأخت لأم واحد .

٤٢٢١ - ومثل هذا ما إذا صالحت الأخت لأم .

٤٢٢٢ - ولا يخفي عليك بعد هذا تخريج أي مثال يرد عليك من هذا القبيل باتباع

الكيفية المتقدمة (١)

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « القسم الخامس في التنازع (٤٨) : التنازع هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، فإذا تنازع أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، و إذا تنازع أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها .

وإن كان المدفوع من مالهم و لم ينص في عقد التنازع على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٣٠٤) : ١ - التنازع هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم .

٢ - إذا تنازع أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة .

٣ - إذا تنازع أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة ، قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التنازع على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بنسبة ما دفع كل منهم .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٢٢) أ - التنازع هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة بمقابل معلوم .

ب - إذا تنازع أحد الورثة لآخر :

١ - فيستحق المتنازع له نصيب المتنازع ، ويحل محله في التركة .

٢ - فإن كان المدفوع له جزءًا من التركة ، فطرح سهام المتنازع من أصل المسألة ، وتبقى سهام الباقيين على حالها وإن كان المدفوع له من مالهم ، ولم ينص في عقد التنازع على طريقة قسمة نصيب المتنازع ، فيقسم عليهم بنسبة ما دفعه كل منهم ، فإن لم يعرف المدفوع من كل منهم ، فيقسم نصيبه عليهم بالتساوي .

الباب الثامن

في العول والرد

(مادة ٦٣٦)

العُول : هُوَ زِيَادَةٌ فِي عَدَدِ سِهَامِ ذَوِي الْفُرُوضِ وَتَقْصَانٌ مِنْ مَقَادِيرِ أَنْصَابِهِمْ مِنَ الثَّرِكَةِ .
فَإِذَا زَادَتْ سِهَامُ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ فِي تَرِكَةِ مَيِّتٍ عَلَى مَخْرَجِ الثَّرِكَةِ ، يُزَادُ مَخْرَجُ
الثَّرِكَةِ لِتَوْفِي سِهَامِهِمْ ، فَيَدْخُلُ التَّقْصُ فِي مَقَادِيرِ أَنْصَابِ الْوَرَثَةِ بِسَبَبِ زِيَادَةِ عَدَدِ السِهَامِ .
كَمَا إِذَا مَاتَتِ الْمَيِّتَةُ عَنْ زَوْجِهَا وَشَقِيقَتِهَا ، فَمَخْرَجُ أَصْلِ الثَّرِكَةِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُمٍ ،
وَعَالَتْ بِسُدْسِهَا إِلَى سَبْعَةٍ ؛ لِأَنَّ فَرُوضَ الزَّوْجِ النُّصْفَ وَفَرُوضَ الشَّقِيقَتَيْنِ الثَّلَاثَانَ ، فَزَادَتْ
الْفُرُوضُ بِسَهْمٍ وَهُوَ السُّدُسُ . وَهَكَذَا يَقُولُ هَذَا الْمَخْرُجُ إِلَى ثَمَانِيَةِ بِالثَّلْثِ كَهَمِّ وَأُمِّ ، وَيَقُولُ
إِلَى سَبْعَةٍ بِالنُّصْفِ كَهَمِّ وَأَخِ لَأُمِّ ، وَيَقُولُ أَيْضًا إِلَى عَشْرَةٍ بِالثَّلَاثِينَ كَهَمِّ وَأَخِ آخَرَ لَأُمِّ .
وَإِذَا كَانَ مَخْرَجُ الثَّرِكَةِ مِنَ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا ، تَقُولُ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ ، كَزَوْجَةِ فَرُوضِهَا
الرُّبْعِ وَشَقِيقَتَيْنِ فَرُوضِهَا الثَّلَاثَانَ وَأُمِّ فَرُوضِهَا السُّدُسُ .

وِإِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ كَهَمِّ وَأَخِ لَأُمِّ وَإِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ كَهَمِّ وَأَخِ آخَرَ لَأُمِّ .
وَإِذَا كَانَ مَخْرَجُ الثَّرِكَةِ مِنْ أَرْبَعَةِ وَعِشْرِينَ ، فَإِنَّهَا تَقُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ فَقَطْ ،
كَزَوْجَةِ فَرُوضِهَا الثَّمَنِينَ وَبَتْنَيْنِ فَرُوضِهَا الثَّلَاثَانَ وَأَبَوَيْنِ فَرُوضِ كُلِّ مِنْهُمَا السُّدُسُ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٨/٦ ، ٤٦٩) : « اعلم أن الفرائض ثلاثة : فريضة عادلة ،
وفريضة قاصرة ، وفريضة عائلة ، فالفريضة العادلة : هو أن تساوي سهام أصحاب الفرائض سهام المال بأن ترك
أختين لأب وأم وأختين لأم ؛ فللأختين لأم الثلث ، وللأختين لأب وأم الثلثان ، وكذلك إن كان سهام
أصحاب الفرائض دون سهام المال وهناك عصبية ؛ فإن الباقي من أصحاب الفرائض يكون للعصبية فهو فريضة
عادلة ، وأما الفريضة القاصرة : فهو أن تكون سهام أصحاب الفرائض دون سهام المال وليس هناك عصبية بأن
ترك أختين لأب وأم وأما فللأختين لأب وأم الثلثان وللأم السدس ، ولا عصبية في الوراثة ليأخذ ما بقي ،
فالحكم فيه الرد والفريضة العائلة أن تكون سهام أصحاب الفرائض أكثر من سهام المال بأن كان هناك لثلاثان
ونصف كالزوج مع الأختين لأب وأم ومع الأم ، أو نصفان وثلث كالزوج مع الأخت الواحدة لأب وأم ومع
الأم ، فالحكم في هذا العول في قول أكثر الصحابة عمر ، وعثمان ، وعلي ، وابن مسعود رضي الله تعالى
عنهم وهو مذهب الفقهاء ، كذا في المبسوط العول هو زيادة السهام على الفريضة فتعول المسألة إلى سهام
الفريضة ويدخل التقصان عليهم على قدر حقوقهم لعدم ترجيح البعض على البعض كالديون والوصايا إذا =

= ضاقت التركة عن إيفاء الكل فإنها تقسم عليهم على قدر أنصبتهم ، ويدخل النقص على الكل كذا هذا ، كذا في الاختيار شرح المختار . واعلم أن أصول المسائل سبعة : اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنان عشر وأربعة وعشرون ؛ أربعة منها لا تعول الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة تعول الستة والاثنان عشر والأربعة والعشرون ؛ فالسنة تعول إلى عشرة وجزءا وشقفا ، واثنان عشر تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، وأربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين لا غير .

(أمثلة تعرف هذه الأصول بها) أما التي لا تعول : فزوج وأخت لأبوين ؛ للزوج النصف وللأخت النصف ، وكذلك زوج وأخت لأب وتسمى هاتان المسألتان اليتيمتين ؛ لأنه لا يورث المال بفريضة متساويتين إلا في هاتين المسألتين بنت وعصبة للبنت نصف ، وما بقي للعصبة أصلها من ثنتين أخوان لأم وأخ لأبوين ثلث وما بقي أختان لأب وأم وأخ لأب ثلثان ، وما بقي أصلها من ثلاثة أختان لأبوين وأختان لأم ثلثان وثلث زوج وبنت وعصبة ربع ونصف ، وما بقي أصلها من أربعة : زوجة وبنت وعصبة ثمن ونصف ، وما بقي أصلها من ثمانية : زوجة وابن ثمن وما بقي أصلها من ثمانية (أمثلة أخرى) جدة وأخت لأم وأخت لأبوين وأخت لأب ، أصلها من ستة ، وتصح منها جدة وأختان لأم ، وأخت لأبوين ، وأخت لأب ، سدس وثلث ونصف وسدس ، أصلها من ستة وتعول إلى سبعة ، زوج وأم وأخوان لأم نصف وسدس وثلث من ستة وتسمى مسألة الإلزام ؛ فإنها أزم على مذهب ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ؛ لأنه إن قال كما قلنا ؛ فقد حجب الأم من الثلث إلى السدس بالأختين ، ولا يقول به ، وإن جعل للأم الثلث وللأختين السدس ؛ فقد أدخل النقص على أولاد الأم ، وليس ذلك مذهبه ، وهو خلاف النص أيضا ، وإن جعل لهما الثلث فقد قال بالعلو .

زوج وأم وأخت لأبوين نصف وثلث ونصف أصلها من ستة ، وتعول إلى ثمانية ، وهي أول مسألة عالت في الإسلام ، وقعت في صدر خلافة عمر رضي الله عنه ، فاستشار الصحابة رضي الله عنهم ، فأشار العباس رضي الله عنه أن يقسم عليهن بقدر سهامهن ، فصاروا إلى ذلك . زوج وأم وأختان لأبوين أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية . زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات أصلها من ستة ، وتعول إلى تسعة للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، وللأخت سهم ، وللأخت لأبوين ثلاثة وللأخت لأب سهم السدس تكملة للثلثين . زوج وأم وأختان لأم وأختان لأبوين نصف وسدس وثلث وثلثان من ستة ، وتعول إلى عشرة وتسمى أم الفروع ؛ لأنها أكثر المسائل عولاً فشبّهت الأربعة الزوائد بالفروع ، وتسمى أيضا الشريحية ؛ لأن شريحا أول من قضى فيها .

زوجة وأختان لأبوين وأخ لأب أصلها من اثني عشر ، وتصح منها . زوجة وجدة وأختان لأبوين ربع وسدس وثلثان أصلها من اثني عشر ، وتعول إلى ثلاثة عشر . امرأة وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وثلث وثلثان أصلها من اثني عشر ، وتعول إلى خمسة عشر . امرأة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وسدس وثلث وثلثان أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر امرأة وأم وأختان لأبوين ربع وسدس وثلثان أصلها من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر . ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأبوين أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر وتسمى أم الأرامل ؛ لأنه ليس فيها ذكر بل كلها إناث ، وهي مما يسأل فيقال : رجل مات وترك سبعة عشر دينارا وسبع عشرة امرأة أصاب كل امرأة دينار ، كيف تكون صورتها ؟ ، امرأة وأبوان وابن أصلها من أربعة وعشرين وتصح منها . امرأة وبتنان وأبوان ثمن وثلثان وسدسان أصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى =

= سبعة وعشرين وتسمى المنبرية ؛ لأن عليًا ﷺ سئل عنها ، وهو على المنبر فقال : على الفور صار لثمنها تسعة = ومرو على خطبته ، ولو كان مكان الأبوين جد وجدة أو أب وجدة فكذا ، وكذا لو كان مكان البنين بنت وبنت ابن .

زوجة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين وابن كافر أو قاتل أو رقيق أصلها من اثني عشر ، وتعول إلى سبعة عشر كما تقدم ؛ لأن المحرم ، وهو الابن لا يحجب ، وعند ابن مسعود ﷺ يحجب الابن الزوجة من الربع إلى الثمن ، أصلها من أربعة وعشرين ، وتعول إلى أحد وثلاثين ؛ للزوجة الثمن ثلاثة ، وللأم السدس أربعة ، ولأولاد الأم الثلث ثمانية ، وللأختين لأبوين الثلثان ستة عشر ، وتسمى ثلاثينية ابن مسعود ﷺ . واعلم أن الستة متى عاليت إلى عشرة أو تسعة أو ثمانية فالميت امرأة قطعاً ، وإن عاليت إلى سبعة احتمل أن يكون ذكراً أو أنثى ، ومتى عاليت الاثنا عشر إلى سبعة عشر فالميت ذكر ، وإلى ثلاثة عشر وخمسة عشر احتمل الأمرين ، والأربعة والعشرون إذا عاليت إلى سبعة وعشرين ، أو إلى أحد وثلاثين - عند ابن مسعود - فالميت ذكر ، كذا في خزانة المفتين .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢ / ٢٦٢ ، ٢٦٣) : « وإذا اجتمع من له سهم معلوم في كتاب الله (أو في السنة أو ثبت بالإجماع) (و قد كان ذلك) اجتمع من سهام من له شيء في كتاب الله (أكثر من المال) بأن تكون السهام نصفاً ونصفاً وسدساً ، والمال الذي هو أصل المسألة ستة (أدخل عليهم كلهم الضرر) بالنقص في أنصابتهم مع زيادة عدد السهام (وقسمت الفريضة على مبلغ سهامهم) كحيت وجد عنده ستة دراهم وعليه لرجل ثلاثة ولآخر أربعة ، فإن الستة تجمل سبعة أجزاء .

قال خليل : وإن زادت الفروض أعييت ، وحقيقة العول كما قدمنا الزيادة في السهام والنقص في الأنصاء والمفروض التي تعول ثلاثة الستة والاثنا عشر والأربعة والعشرون . فالستة تعول على توالي الأعداد إلى عشرة ، فتعول إلى سبعة بمثل سدسها ، كزوج وأختين لغير أم : للزوج النصف ثلاثة ، وللأختين الثلثان أربعة ، فأصلها من ستة وعالت إلى سبعة ، فقد نقص لكل واحد سبع ما بيده ، وهذه أول فريضة عاليت في الإسلام في خلافة سيدنا عمر ﷺ ، فجمع الصحابة ، فقال : فرض الله للزوج النصف وللأختين الثلثين ، فإن بدأت بالزوج لم يبق للأختين حقهما ، وإن بدأت بالأختين لم يبق للزوج حقه ، فأشيروا علي ، فأشار العباس بن عبد المطلب بالعول وقال : رأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم ولرجل عليه ثلاثة ، ولآخر أربعة أليس يجعل المال سبعة أجزاء ؟ فأخذت الصحابة بقوله ، وأظهر ابن عباس الخلاف فيه وأنكر العول حتى قال : إن الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل في المال نصفاً وثلاثاً ؛ لأن المسألة التي وقعت في زمان مخالفته كانت زوجاً وأختاً ، وأما وهي المقصودة بهذا التعبير .

قول الحنابلة : جاء في المنهي (٦ / ١٧٨ - ١٨٢) : « أصول سهام الفرائض التي تعول معنى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها ، وأصول المسائل كلها سبعة ؛ لأن الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة : النصف والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس . ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة ؛ لأن الثلث والثلثين مخرجهما واحد ، والنصف من اثنين ، والثلث والثلثان من ثلاثة ، والربع من أربعة ، والسدس من ستة ، والثمن من ثمانية ، والربع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر ، والثمن مع السدس أو الثلثين من =

= أربعة وعشرين ، فصارت سبعة . وهذه الفروض نوعان ؛ أحدهما : النصف ونصفه ونصفه . والثاني : الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما . وكل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه ، وإن كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر ، فأصلها من مخرج أقلهما ، وإن كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر ، فاضرب أحد المخرجين في الآخر ، أو وقفه ، فما بلغ فهو أصل المسألة ، وفيها يكون العول ؛ لأن العول إنما يكون في مسألة تردحم فيها الفروض ، ولا يتسع المال لها ، فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة ؛ لأن مخرج النصف اثنان ، ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ، فتضرب اثنين في ثلاثة ، تكن ستة ، وهكذا سائرهما .

والمسائل على ثلاثة أضرب ؛ عادلة ، وعائلة ، وزد . فالعادلة : التي يستوي مالها وفروضها . والعائلة : التي تزيد فروضها عن مالها . والرد : التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبه فيها . وما فيه نصف وسدس ، أو نصف وثلث ، أو نصف وثلثان ، فأصلها من ستة ، وتعمل إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ، ولا تعمل أكثر من ذلك ، أما إذا كان نصف وسدس . فإن مخرج النصف اثنان ، ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة ، فكان أصلهما جميعاً ستة ، وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان ؛ فأصلهما من مخرج السدس ، لا يزيد عليه .

وإن اجتمع النصف والثلثان أو الثلث ، فإن مخرج النصف اثنان ، ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة . ولا فرق بينهما ، فاضرب أحد المخرجين في الآخر ، تكن ستة ، ويصير كل كسر بعدد مخرج الآخر ويدخل العول هذا الأصل ، لازدحام الفروض فيه ، وهو أكثرها عولاً . والعول زيادة في السهام ، وتقصان في أنصباء الورثة ، وأمثلة ذلك : زوج وأم وأخ من أم ، أصلها من ستة ، ومنها تصح ، زوج وأم وأخوان من أم ، بنت وأم وعم ، أو عصبه ثلاث أخوات متفرقات وأخ من أم أو أم أو جدة . أبوان وبتان وبت وأبوان . بنت وبت ابن وأبوان أو جد وجدة ، العول زوج وأختان من أبوين أو من أب أو أحدهما من أبوين ، والأخرى من أب أو أم ، أو أخت من أب وأخت من أم ، أصلها من ستة وتعمل إلى سبعة . زوج وأخت وجدة أو أخ لأم ، ست أخوات متفرقات وأم وأخت لأب وأم . وأخت لأب وأم . وأخوان لأم

عول لثمانية : زوج وأخت وأم ؛ للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وللأم الثلث سهمان ، تعمل إلى ثمانية ، وهي مسألة المباحلة . فإن كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت ، أو أخ من أم ، فهي من ثمانية أيضاً . عول تسعة : زوج وست أخوات متفرقات ، تعمل إلى تسعة ، وتسمى الغراء . زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات . كذلك .

عول عشرة : زوج وأم وست أخوات متفرقات تعمل إلى عشرة ، وتسمى أم الفروع ، لكثرة عولها ؛ لأنها عالت بثلاثيها ، فشبها بالأصل بالأم ، والعول بالفروع . ويروى أن رجلاً جاء إلى شريح ، فقال : إن امرأتي ماتت ، ولم تترك ولداً ، فكم لي من ميراثها ؟ ، قال : لك النصف ، فمن خلقت ؟ ، قال : خلقت أمها وأختها من أبيها وأختها من أمها وأباً . قال : لك ثلاثة أسهم من عشرة . فخرج الرجل فقال : ألا تعجبون من قاضيكم ؟ ، قال : لي النصف فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً . فقال له شريح : ألا إنك تراني قاضياً ظالماً ، وأنا أراك رجلاً فاجراً ، تكتم القصة وتذيع الفاحشة . ومتى عالت المسألة إلى تسعة أو إلى عشرة ، لم يكن =

= المبت إلا امرأة ؛ لأنها لا بد فيها من زوج ، ولا يمكن أن تعول المسألة إلى أكثر من هذا ، ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا .

وإن كان الكسر على فريقين ، لم تخل من أربعة أقسام: أحدها : أن يكون العددان متماثلين ، فيجربك ضرب أحدهما في المسألة ، ومثال ذلك : زوج ، وثلاث جدات ، وثلاثة إخوة ، أصلها من ستة ، للزوج ثلاثة ، وللجدات سهم ، وللإخوة سهمان ، فتضرب أحد العددين في المسألة ، تكن ثمانية عشر ، وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء . ولو كان الإخوة ستة ، واقفوا سهمهم بالنصف ، رجعوا إلى ثلاثة . وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء . القسم الثاني : أن يكون العددان متناسبين ، وهو أن يكون أحدهما يتناسب إلى الآخر بجزء من أجزائه ، كنصفه وثلثه ، أو غير ذلك من الأجزاء ، فيجربك ضرب العدد الأكثر منهما في المسألة .

ومثاله : ما لو كان الجدات في هذه المسألة سناً ، فإن عدد الأخوات نصف عدد الجدات ، فاجتزئ بعددهن ، واضربه في أصل المسألة ، تكن ستة وثلاثين ، ومنها تصح . ولو كان عدد الإخوة ستة ، واقفتم سهمهم بالنصف . ورجعوا إلى ثلاثة ، وعملت على ما ذكرناه . القسم الثالث : أن يكون العددان متباينين ، لا يماثل أحدهما الآخر ، ولا يناسبه ، ولا يوافق ، مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والإخوة ثلاثة ، فإنك تضرب عدد أحدهما في جميع الأجزاء ، فما بلغ ضربته في المسألة ، ومتى ضربته هاهنا كان اثني عشر ، فإذا ضربته في المسألة كانت اثنين وسبعين . وإن وافق أحد العددين سهمه دون الآخر ، أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق ، وعملت على ما ذكرنا . وإن وافقاً جميعاً سهمهما ، رددتهما إلى وقفهما ، وعملت في الواقفين عملك في العددين الأصليين . القسم الرابع : أن يكون العددان متفقين بنصف ، أو ثلث ، أو ربع ، أو غير ذلك من الأجزاء ؛ فإنك ترد أحد العددين إلى وقفه ، ثم تضربه في جميع الآخر ، فما بلغ ضربته في المسألة ، ومثاله : أن تكون الإخوة تسعة ، والجدات سناً ، فيتفقان بالثلث ، فترد الجدات إلى ثلثين اثنين ، وتضربهما في عدد الإخوة ، تكن ثمانية عشر ، ثم تضرب ذلك في أصل المسألة ، تكن مائة وثمانية ، ومنها تصح . وإن كان الكسر على ثلاثة أحياء ؛ نظرت ، فإن كانت متماثلة ككلا ثلاث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ، ضربت أحدها في المسألة ، فما بلغ فمته تصح المسألة ، ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم . وإن كانت متناسبة ، كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام ، اجتزأت بأكثرها ، وهي العشرة ، فضربتها في المسألة ، تكن ستين ، ومنها تصح .

وإن كانت متباينة ، مثل أن يكون الأعمام في هذه المسألة ثلاثة ، ضربت بعضها في بعض ، تكن ثلاثين ، ثم ضربتها في المسألة ، تكن مائة وثمانين .

وإن كانت متوافقة ، كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عملاً ، ضربت وفق عدد منها في جميع الآخر ، فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث ، وضربت وقفه في جميع الثالث ثم اضرب ما معلق في أصل المسألة ، فما بلغ فمته تصح . وإن تماثل اثنان منها وباينهما الثالث ، أو واقفهما ، ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث ، أو في وقفه إن كان موافقاً ، فما بلغ ضربته في المسألة . وإن تناسب اثنان ، وباينهما الثالث ، ضربت أكثرهما في جميع الثالث ، أو في وقفه إن كان موافقاً ، ثم في المسألة ، وإن توافق اثنان ، وباينهما الثالث ، ضربت وفق =

٤٢٢٣ - اعلم أن العول في اللغة : يستعمل بمعنى : الميل إلى الجور . يقال : فلان يعول . أي : يميل جائراً . وبمعنى : الغلبة . يقال : فلان عِيلَ صَبِيْرُهُ . أي : غلب . وبمعنى : الارتفاع . يقال : عال الميزان . إذا ارتفع .

وفي اصطلاح الفقهاء : هو زيادة في عدد سهام ذوي الفروض ونقصان من مقادير أنصباثهم من التركة .

٤٢٢٤ - ولا يتأني العول إلا إذا زادت سهام أصحاب الفروض على مأخذ التركة ؛ كما إذا وجد في مسألة من يستحق النصف ومن يستحق الثلثين ، فإن المسألة من ستة . فإذا أخذنا من هذا العدد نصفه وهو ثلاثة لم يف الباقي بالثلثين ، وإذا أخذنا الثلثين وهو أربعة ؛ لم يف الباقي بالنصف ، فنزيد على الستة التي هي أصل المسألة بمقدار العدد الذي زاد عند أخذ نصف الستة وثلثها وهو واحد ؛ إذ نصفها ثلاثة وثلثاها أربعة ومجموعهما سبعة ، وهذا العدد يزيد عن الستة بواحد ، فبعد أن كنا نقسم التركة إلى ستة أجزاء متساوية ونعطي كلاً من الورثة ما يستحقه منها على قدر فرضه إذا لم يكن هناك عول ، نقسمها عند وجود العول إلى سبعة أجزاء متساوية ، ونعطي كل وارث ما يستحقه ، فقد زادت سهام أصحاب الفروض على مأخذ التركة ونقصت مقادير

= أحدهما في جميع الآخر ، ثم في الثالث ، وإن تباین اثنان ، ووافقهما الثالث ، كأربعة أعمام ، وست جدات ، وتسع بنات ، أجزأك ضرب أحد المتباينين في الآخر ، ثم تضربه في المسألة ، ويسمى هذا الموقف المقيد ؛ لأنك إذا أردت وقف أحدهما ، لم يقف إلا الستة ، ولو وقفت غيرها ، مثل أن تقف التسعة . وترد الستة إلى الاثنين لدخلا في الأربعة ، وأجزأك ضرب الأربعة في التسعة ، ولو وقفت الأربعة ، رددت الستة إلى ثلاثة ، ودخلت في التسعة وأجزأك ضرب الأربعة في التسعة .

فأما إن كانت الأعداد الثلاثة متوافقة ؛ فإنه يسمى الموقف المطلق ، وفي عملها طريقتان : أحدهما : ما ذكرناه من قبل ، وهو طريق الكوفيين . والثاني : طريق البصريين ، وهو أن تقف أحد الثلاثة ، وتوافق بينه وبين الآخرين ، وتردهما إلى وقفهما ، ثم تنظر في الوقفين ، فإن كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقف . وإن كانا متساويين ، ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ، ضربت أحدهما في الآخر ، ثم في الموقف ، وإن كانا متوافقين ، ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ، ثم في الموقف ، فما بلغ ضربه في المسألة ، ومثال ذلك : عشر جدات وإثنا عشر عمًا وخمس عشرة بنتًا ، قف العشرة ، توافقها الاثنا عشر بالنصف ، فترجع إلى ستة ، وتوافقها الخمس عشرة بالأخماس ، فترجع إلى ثلاثة ، وهي داخلة في الستة ، فتضرب الستة في العشرة ، تكن ستين ، ثم في المسألة ، تكن ثلاثمائة وستين .

وإن وقفت الاثنا عشر ، رجعت العشرة إلى نصفها خمسة ، والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة ، وهما متماثلان ، فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة ، رجعت العشرة إلى اثنين ، والاثنا عشر إلى أربعة ، ودخل الاثنان في الأربعة ، فتضربها في الخمس عشرة ، تكن ستين في المسألة .

أنصبتهم ؛ لأن المقسوم متى كان واحداً فكلما زادت الأجزاء نقصت مقاديرها .
فيؤخذ من ذلك : أنه إذا لم تزد سهام أصحاب الفروض في تركة ميت على مأخذ
التركة ، فلا لزوم إلى العول . كما إذا توفيت امرأة عن زوج وأم وأخوين لأم ، فإن
المسألة من ستة : للزوج النصف وهو ثلاثة ، وللأم السدس وهو واحد ، وللأخوين لأم
الثالث وهو اثنان ، ومجموع الكل ستة .

٤٢٢٥ - وأما إذا زادت سهام أصحاب الفروض في تركة ميت على مأخذ التركة ؛
فلا بد من العول الذي هو الزيادة في عدد السهام على أصل المسألة لتوفى سهامهم ؛
وحيثئذ يدخل النقص في مقادير أنصباء الورثة بسبب زيادة عدد السهام .

٤٢٢٦ - والمعنى الاصطلاحي يصح أن يكون مأخوذاً من أي معنى من المعاني
اللغوية المتقدمة ؛ إذ يصح أن يكون مأخوذاً من المعنى الأول وهو الميل إلى الجور ؛ لأن
المسألة مالت على أهلها حيث نقصت من فروضهم .

ويصح أن يكون مأخوذاً من المعنى الثاني وهو الغلبة ؛ كأن المسألة غلبت على أهلها
بإدخال الضرر عليهم .

ويصح أن يكون مأخوذاً من المعنى الثالث وهو الارتفاع ؛ لارتفاع السهام عن أصل
المسألة .

٤٢٢٧ - وأول من حكم بالعول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ؛ فإنه
وقع في عهده صورة ضاق مأخذها عن فروضها ، فشاور الصحابة فيها ، وأشار سيدنا
العباس إلى العول ، فقال : أعيلوا الفرائض . فتابعوه على ذلك ، ولم ينكره أحد
إلا عبد الله بن عمر بعد موت أبيه ، فقيل له : هلا أنكرته في زمن أبيك . فقال : هبته
وكان مهيباً .

وسأله رجل : كيف تصنع بالفريضة العائلة ؟ ، فقال : أدخل الضرر على من هو
أسوأ حالاً وهي البنات والأخوات ، فإنهن ينقلن من فرض مقدر إلى فرض غير مقدر .
فقال الرجل : ما تغنيك فتواك شيئاً ، فإن ميراثك يقسم بين ورثتك على غير رأيك .
فغضب وقال : لم يجعل الله في مال نصفاً وثلاثين .

٤٢٢٨ - ويؤيد كلامه أنه إذا تعلق حق بمال لا يفي بها ، يقدم منها ما كان
أقوى كالتجهيز والدّين والوصية والميراث . فكذا إذا ضاقت التركة عن الفروض ، يقدم
الأقوى .

ولا شك أن من ينقل من فرض مقدر إلى فرض آخر مقدر ، يكون صاحب فرض من كل وجه ، فيكون أقوى ممن انتقل من فرض مقدر إلى فرض غير مقدر ؛ لأنه صاحب فرض من وجه وعصبة من وجه ؛ فإدخال النقص أو الحرمان عليه أولى ؛ لأن ذوي الفروض مقدمون على العصبات .

٤٢٢٩ - ويؤيد الرأي الأول : أن أصحاب الفروض المجتمعة في التركة قد تساوا في سبب الاستحقاق وهو النص ، فيتساوون في الاستحقاق ، وحيث يأخذ كل واحد منهم جميع حقه إن اتسع المحل ، ويضرب بجميع حقه إذا ضاق المحل ؛ كالغرماء في التركة .

٤٢٣٠ - وإذا أوجب الله تعالى في مال نصفين وثلاثاً - مثلاً - علم أن المراد الضرب بهذه الفروض في المال لاستحالة وفائه ، بخلاف التجهيز وأخواته ؛ فإنها حقوق مرتبة كما علمته مما تقدم ، والنقل من الفرض إلى العصبة لا يوجب ضعفاً ؛ لأن العصوبة أقوى أسباب الإرث ، فكيف يثبت النقصان أو الحرمان أو الحرمان بهذا الاعتبار في بعض الأحوال ، فالحق ما عليه عامة الصحابة وجمهور الفقهاء .

٤٢٣١ - وقد علمت أن أصول المسائل سبعة : وهي : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

وهذه الأصول ثلاثة منها قد تعول ، وأربعة لا تعول أصلاً . فالثلاثة التي تعول هي : ستة ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

فالسنة تعول وترًا وشفعًا إلى عشرة ؛ فتعول إلى سبعة ، إذا اجتمع فيها نصف وثلثان فقط ، كما إذا توفيت الزوجة عن زوج وأختين شقيقتين أو لأب ، فإن أصل المسألة يكون ستة ، وتعول إلى سبعة .

أو اجتمع فيها نصفان وسدس ؛ كزوج وأخت شقيقة وأخت لأب أو زوج وأخت لأب وأخت لأم ، ويقال : عالت وترًا بسدسها .

٤٢٣٢ - وتعول إلى ثمانية : إذا اجتمع نصف وثلثان وسدس . كما إذا توفيت الزوجة عن زوج وأختين شقيقتين وأخت لأم أو عن زوج وأختين لأب وأخ لأم .

أو اجتمع نصفان وثلث . كزوج وأخت شقيقة وأختين لأم ، ويقال : عالت شفعا بثلاثها .

٤٢٣٣ - وتعول إلى تسعة ، ويقال : عالت وترًا بنصفها . إذا اجتمع نصف وثلثان

وثالث ؛ كزوج وأختين شقيقتين وأختين لأم .

٤٢٣٤ - أو اجتمع نصفان وثالث وسدس ؛ كزوج وأخت شقيقة وأختين لأم وأم .

٤٢٣٥ - وتقول إلى عشرة ، فيقال : عالت شفعا بثليها ؛ فيما إذا اجتمع نصف وثلثان وثالث وسدس . كزوج وأختين شقيقتين وأختين لأم وأم ، وهذه المسألة تسمى : « الشَّرِيحِيَّة » ، لأن شَرِيحًا قضى فيها بأن للزوج ثلاثة من عشرة ، فجعل الزوج يطوف في البلاد ويسأل الناس عن امرأة تركت زوجها ولم تترك ولدًا ولا ولد ابن ماذا نصيب الزوج ؟ ، فكانوا يقولون : النصف . فيقول : لم يعط شريح نصفًا ولا ثلثًا . فبلغه ذلك ، فأحضره وعذره ، وقال : قد سبقني بهذا الحكم إمام عادل ورع . يريد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، فإنه أول من حكم بالعول كما عرفته .

٤٢٣٦ - واثنا عشر تعول إلى سبعة عشر وتزوا لا شفعا ؛ أي : تعول إلى ثلاثة عشر ، وإلى خمسة عشر ، وإلى سبعة عشر ؛ فتعول إلى ثلاثة عشر ، ويقال : عالت وتزوا بنصف سدسها إذا اجتمع في المسألة ربع وثلثان وسدس ؛ كما إذا توفي الزوج عن زوجة وأختين شقيقتين وأخت لأم ، أو زوجة وأختين لأب وأخ لأم ، فإن أصل هذه المسألة اثنا عشر ، وعالت إلى ثلاثة عشر .

وتعول إلى خمسة عشر ، فيقال : عالت بربعها . إذا اجتمع ربع وثلثان وثالث ؛ كزوجة وأختين شقيقتين وأختين لأم .

أو اجتمع ربع وثلثان وسدسان ؛ كزوجة وأختين شقيقتين وأخت لأم وأم .

وتعول إلى سبعة عشر ، فيقال : عالت بربعها وسدسها . إذا اجتمع في المسألة ربع وثلثان وثالث وسدس ؛ كزوجة وأختين شقيقتين وأم وأخوين لأم .

٤٢٣٧ - وأربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين فقط فيقال : عالت بثمنها . إذا اجتمع فيها الثمن والثلثان والسدسان ؛ كزوجة وبنتين وأب وأم .

أو اجتمع فيها الثمن والنصف وثلثة أسداس ؛ كزوجة وبنت وبنت ابن وأب وأم . وتسمى هذه المسألة « المَبْتَرِيَّة » ، لأن سيدنا عليًا كرم الله تعالى وجهه سئل عنها وهو يخطب على منبر الكوفة ، فأجاب عنها بداهة ، فقال السائل متعنتًا : أليس للزوجة الثمن ؟ ، فقال : صار ثمنها تسعًا . ومضى في خطبته .

٤٢٣٨ - والأصول الأربعة التي لا تعول هي : اثنان ، وثلثة ، وأربعة ، وثمانية .

- فالاثنان لا تعول ، لأن المسألة إنما تكون من اثنين إذا كان فيها نصفان ، كزوج وأخت شقيقة أو لأب أو نصف وما بقي كزوج وأخ شقيق أو لأب .
- ٤٢٣٩ - والثلاثة لا تعول ؛ لأن المسألة إنما تكون من ثلاثة إذا كان فيها ثلث ، وما بقي كأم وأخ شقيق أو لأب أو ثلثان ، وما بقي كبنين وعم شقيق أو لأب أو ثلث وثلثان كأختين شقيقتين وأختين لأم أو أختين لأب وأخوين لأم .
- ٤٢٤٠ - والأربعة لا تعول ، لأن المسألة تكون من أربعة إن كان فيها ربع وما بقي كزوج وابن أو ربع ونصف وما بقي كزوج وبن وأخ شقيق أو لأب أو ربع وثلث ما بقي كزوجة وأبوين .
- ٤٢٤١ - والثمانية لا تعول ، لأنها تكون من ثمانية ، إذا كان فيها ثمن وما بقي كزوجة وابن أو أخ شقيق ، أو ثمن ونصف وما بقي كزوجة وبن وعم شقيق أو لأب ولا عول في شيء من هذه المسائل ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٣) أ - العول هو نقص في أنصبة ذوي الفروض بنسبة فروضهم ، إذا زادت السهام على أصل المسألة .
ب - يعتبر ما عالت إليه المسألة أصلاً ، تقسم التركة بحسبة .

الرد

(مادة ٦٣٧)

الرُّدُّ ضدُّ العَوْلِ ، وهو : رُدُّ ما فَضَلَ عن فَرَضِ ذَوِي الفُرُوضِ وَلَا مُسْتَحَقُّ لَهٗ مِنَ العَصَبَةِ ، فَيُرَدُّ ما فَضَلَ عَلَى ذَوِي الفُرُوضِ بِقَدْرِ سِهَامِهِمْ ، إِلَّا عَلَى الزَّوْجَيْنِ .
 وَأَصْحَابُ الرُّدِّ مِنَ الزَّوْجَةِ سَبْعَةٌ ، وَاحِدٌ مِنَ الذَّكَوْرِ وَهُوَ أَخٌ لِأُمِّ . وَسِتَّةٌ مِنَ الإِنَاثِ ، وَهُنَّ : بِنْتُ الصُّلْبِ ، وَبِنْتُ الإِبْنِ ، وَالْأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ ، وَالْأَخْتُ لِأَبٍ ، وَالْأَخْتُ لِأُمِّ ، وَالْأُمُّ ، وَالْجَدَّةُ الصَّحِيحَةُ . لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ أَحَدُ السَّبْعَةِ الْمَذْكُورِينَ وَاحِدًا أَوْ مُتَعَدِّدًا سِوَى الأُمِّ ، وَمَنْ انْفَرَدَ مِنْهُمُ حَازَ جَمِيعَ الثَّرِكَةِ .
 وَمَسَائِلُ الرُّدِّ أَقْسَامٌ أَرْبَعَةٌ :

أَحَدُهَا : أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ صِنْفٌ وَاحِدٌ مِمَّنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ مَا فَضَلَ عَنِ الفُرُوضِ عِنْدَ عَدَمِ مَنْ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ ، وَحَيْثُ يُدْفَعُ الثَّرِكَةُ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ .

كَمَا إِذَا تَرَكَ الْيَتِيمُ أَوْ أُخْتَيْنِ أَوْ جَدَّتَيْنِ ، فَتُقَسَّمُ الثَّرِكَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ .

وَالثَّانِي : أَنْ يَكُونَ فِيهَا صِنْفَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ مِمَّنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ مَنْ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ ، وَحَيْثُ يُدْفَعُ الثَّرِكَةُ مِنْ مَجْمُوعِ سِهَامِهِمْ إِذَا كَانَ فِيهَا سُدْسَانِ ؛ كَجَدَّةٍ وَأَخْتٍ لِأُمِّ ، فَتُقَسَّمُ مِنْ اثْنَيْنِ لِكُلِّ مِنْهُمَا نِصْفُ الْمَالِ ، وَتُقَسَّمُ مِنْ ثَلَاثَةٍ إِذَا كَانَ فِيهَا ثَلَاثُ سُدُوسٍ كَوَلَدَيْنِ أُمَّ مَعَهَا ، فَلِوَلَدَيْنِ الأُمُّ الثُّلُثَانِ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ مِنَ الثَّرِكَةِ . وَمِنْ أَرْبَعَةٍ إِذَا كَانَ فِيهَا نِصْفٌ وَسُدْسٌ كَبِنْتِ وَبِنْتِ ابْنٍ أَوْ بِنْتِ وَأُمِّ ؛ فَلِلْبِنْتِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا وَلِلْبِنْتِ الإِبْنِ أَوْ الأُمِّ رُبْعُهَا . وَمَنْ خَمْسَةٍ إِذَا كَانَ فِيهَا ثَلَاثَانِ وَسُدْسٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمِّ أَوْ كَانَ فِيهَا نِصْفٌ وَسُدْسَانِ كَبِنْتِ وَبِنْتِ ابْنٍ وَأُمِّ أَوْ كَانَ فِيهَا نِصْفٌ وَثَلَاثُ كَأَخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وَأُمِّ أَوْ أَخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وَأُخْتَيْنِ لِأُمِّ ، فَيُعْطَى فِي الأَوَّلِ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِلْبِنْتَيْنِ وَلِلْأُمِّ خُمْسُهَا ، وَفِي الثَّانِيَةِ يُعْطَى لِلْبِنْتِ ثَلَاثَةٌ مِنْهَا وَلِلْبِنْتِ الإِبْنِ وَاحِدٌ وَلِلْأُمِّ وَاحِدٌ ، وَفِي الثَّالِثَةِ يُعْطَى لِلْأَخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ ثَلَاثَةٌ وَلِلْأُمِّ أَوْ لِلْأُخْتَيْنِ لِأُمِّ سَهْمَانِ .

وَالثَّالِثُ : أَنْ يَكُونَ مَعَ الصَّنْفِ الوَاحِدِ مِمَّنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ ، وَحَيْثُ يُعْطَى مَنْ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ نِصْبُهُ مِنْ أَقَلِّ مَخَارِجِ فَرَضِهِ ، وَتُقَسَّمُ البَاقِي عَلَى مَنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ ؛ كَزَوْجٍ وَثَلَاثِ بَنَاتٍ ؛ فَيُعْطَى لِلزَّوْجِ فَرَضُهُ الرَّبْعُ وَاحِدٌ مِنَ أَرْبَعَةٍ ، وَتُقَسَّمُ البَاقِي عَلَى عَدَدِ رُءُوسِ البَنَاتِ الثَّلَاثِ فِي هَذَا المِثَالِ لِاسْتِقَامَةِ البَاقِي عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ .

وَالرَّابِعُ : أَنْ يَكُونَ مَعَ الصَّنْفَيْنِ مِمَّنْ يُرَدُّ عَلَيْهِ مَنْ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ ، وَحَيْثُ يُعْطَى مَنْ لَا يُرَدُّ

عَلَيْهِ نَصِيْبُهُ مِنْ أَقَلِّ مَخَارِجِ فَرْضِهِ ، وَيَقْسَمُ الْبَاقِي عَلَى سِهَامِ مَنْ يَزِدُّ عَلَيْهِ ؛ كَزَوْجَةِ وَجَدَّةِ وَأَخْتَيْنِ لِأُمِّ ؛ فَيُعْطَى لِلزَّوْجَةِ فَرْضُهَا الرُّبْعَ وَاحِدًا مِنْ أَرْبَعَةٍ ، وَيَقْسَمُ الْبَاقِي عَلَى سِهَامِ مَنْ يَزِدُّ عَلَيْهِ مِنَ الصَّنْفَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ . وَهُوَ مُسْتَقِيمٌ فِي هَذَا الْإِتِّمَالِ عَلَى السَّهَامِ ، فَيُعْطَى لِلْجَدَّةِ سَهْمٌ وَهُوَ الرُّبْعُ ، وَلِلْأَخْتَيْنِ لِأُمِّ سَهْمَانِ وَهَمَا النُّصْفُ ^(١) .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦٩/٦ ، ٤٧٠) : الرد وهو ضد العول الفاضل عن سهام ذوي السهام يرد عليهم بقدر سهامهم إلا على الزوجين وبه أخذ أصحابنا رضي الله عنهم ، كذا في محيط السرخسي . واعلم أن جميع من يرد عليه سبعة : الأم ، والجدة ، والبنات ، وبنات الابن ، والأخوات من الأبوين ، والأخوات لأب ، وأولاد الأم ، ويقع الرد على جنس واحد ، وعلى جنسين ، وعلى ثلاثة ، ولا يكون على أكثر من ذلك ، والسهام المردود عليها أربعة : الاثنان والثلاثة والأربعة والخمسة ، كذا في الاختيار شرح المختار . ثم ينظر إن كان الرد على جميع من في المسألة يسقط الزائد . مثال الاثنتين : جدة وأخت لأم : للجددة السدس ، وللأخت لأم السدس ، والباقي يرد عليهما بقدر سهامهما فأصلها من ستة ، وعادت بالرد إلى سهمين ، فيكون المال بينهما نصفين . مثال الثلاثة : جدة وأختان لأم : للجددة السدس سهم من ستة ، وللأختين الثلث سهمان ، فاجعل المسألة من ثلاثة وهي عدد رءوسهم . مثال الأربعة : بنت وأم : فليلت النصف ثلاثة من ستة ، وللأم السدس سهم ؛ فتكون المسألة من أربعة عدد سهامهم . مثال الخمسة : أربع بنات وأم ، تكون المسألة من خمسة عدد سهامهم ، كذا في محيط السرخسي .

وإن كان في المسألة من لا يرد عليه وهو الزوج والزوجة ، فإن كان جنسًا واحدًا ؛ فأعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخرجه ، ثم اقسم الباقي على عدد من يرد عليه إن استقام ، كزوج وثلاث بنات أعط الزوج فرضه الربع من أربعة والباقي للبنات ، وهو ثلاثة تصح عليهن ، وإن لم يستقم عليهن فإن كان بين رءوسهم ، وما بقي من فرض من لا يرد عليه موافقة فاضرب وفق رءوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات : للزوج الربع ، يبقى ثلاثة لا يستقيم على البنات وبينهم وبين الباقي موافقة بالثلث ؛ فاضرب وفق رءوسهم وهو اثنان في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة يكن ثمانية : للزوج الربع سهمان ، يبقى ستة تصح على البنات . وإن لم يكن بينهما موافقة كزوج وخمس بنات ؛ فاضرب كل رءوسهن وهي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه ، وهو أربعة ، يكن عشرين منها تصح ، وإن كان من لا يرد عليه ؛ مع جنسين أو ثلاثة ممن يرد عليه ، فأعط فرض من لا يرد عليه ، ثم اقسم الباقي على مسألة من يرد عليه إن استقام ، وإلا فاضرب جميع مسألة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه ؛ فما بلغ صحت منه المسألة ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من لا يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه . مثال الأول زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم : للزوجة الربع سهم يبقى ثلاثة ، وسهام من يرد عليه ثلاثة فقد استقام على سهامهم .

ومثال الثاني : أربع زوجات وتسع بنات وست جدات : للزوجات الثمن سهم ، يبقى سبعة ، وسهام الرد خمسة لا تستقيم عليها ولا موافقة ؛ فاضرب سهام الرد وهي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه ، وهو =

= ثمانية تكن أربعين منها تصح ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه وهو واحد في مسألة من يرد عليه وهو خمسة يكن خمسة ، وسهام من يرد عليه وهي خمسة فيما بقي من مخرج من لا يرد عليه وهو سبعة يكن خمسة وثلاثين : للبنات أربعة أخصامه ثمانية وعشرون ، وللجدات الخمس سبعة .

(مثال آخر) زوجة وبنت وبنت ابن وجدة للزوجة الثمن تبقى سبعة ، وسهام الرد خمسة لا تستقيم ولا موافقة ، فاضرب سهام من يرد عليه ، وهي خمسة ، في مخرج مسألة من لا يرد عليه وهي ثمانية ، يكن أربعين منها تصح المسألة ، وإذا أردت التصحيح على الرؤوس فاعمل بالطريق المذكور ، كذا في الاختيار شرح المختار والله أعلم .
قول الشافعية : جاء في معنى المحتاج (١٢/٤) : « كل من انفرد من الذكور حاز جميع التركة إلا الزوج والأخ للأُم ، ومن قال بالرد لا يستثنى إلا الزوج وكل من انفرد من الإناث لا يحوز جميع المال إلا المعتقة ، ومن قال بالرد لا يستثنى من حوز جميع المال إلا الزوجة » .

قول المالكية : جاء في الشرح الكبير (٤٦٦/٤) : « (ولا يدفع) ما فضل عن ذوي السهام إذا لم يوجد عاصب من النسب أو الولاء (لذوي الأرحام) بل ما فضل لبيت المال كما إذا لم يوجد ذو فرض ولا عاصب ويقد بعض أئمتنا ذلك بما إذا كان الإمام عدلاً ، وإلا فيرد على ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام ، وهذا التقيد هو المعمول عليه عند الشافعية ، والمراد بذوي الأرحام من لا يرث من الأقارب ؛ كالعمة وبنات الأخ وكل جدة أدلت بأنتى والحالات ، وأولاد الجميع وتفصيل ذلك يطلب من المطولات » .

قول الحنابلة : جاء في المعنى (١٨٦/٦ - ١٨٨) : « ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم ، إلا الزوج والزوجة . وجملة ذلك : أن الميت إذا لم يخلف وارثاً إلا ذوي فروض ، ولا يستوعب المال ، كالبنت والأخوات والجدات ؛ فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم ، إلا الزوج والزوجة . روي ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن عباس ؓ . وحكي ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وشريح ، وعطاء ، ومجاهد ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وأصحابه . قال ابن سراقه . وعليه العمل اليوم في الأمصار ، إلا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ، ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ، ولا على جدة مع ذي سهم . وروى ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد مع الأم ، ولا على الجد مع ذي سهم . والذي ذكر الحرقى أظهر في المذهب وأصح ، وهو قول عامة أهل الرد ؛ لأنهم تساوا في السهام ، فيجب أن يتساوا فيما يتفرع عليها ، ولأن الفريضة لو عالت ، لدخل النقص على الجميع ، فالرد ينبغي أن ينالهم أيضاً . فأما الزوجان ، فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم ، إلا أنه روي عن عثمان ؓ أنه رد على زوج . ولعله كان عصبية ، أو ذا رحم ، فأعطاه لذلك ، أو أعطاه من مال بيت المال ، لا على سبيل الميراث ، وسبب ذلك . إن شاء الله : أن أهل الرد كلهم من ذوي الأرحام ، فيدخلون في عموم قول الله تعالى : ﴿ وَأُولُو الْأَرْكَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ أَوْلَىٰ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ . والزوجان خارجان من ذلك . وذبح زيد ابن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ، ولا يرد على أحد فوق فرضه . وبه قال مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ؓ ، لأن الله تعالى قال في الأخت : ﴿ فَلَهَا يَصِفُ مَا تَرَكَ ﴾ . ومن رد عليها جعل لها الكُل ؛ ولأنها ذات فرض مسمى . فلا يرد عليها ، كالزوج .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ وَأُولُو الْأَرْكَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ . وهؤلاء من ذوي الأرحام ، وقد =

٤٢٤٢ - اعلم أن الرد ضد العول . وهو في اصطلاح الفقهاء : صرف الباقي من الفروض إلى ذوي الفروض النسبية بقدر فروضهم عند عدم العاصب .

ويؤخذ من هذا التعريف : أنه لا يراد على الزوجين ؛ لأنهما ليسا من أصحاب الفروض النسبية ، بل من أصحاب الفروض السببية .

٤٢٤٣ - ولا يتأتى الرد إلا إذا وجد أمران :

الأول : أن تكون الفروض الموجودة معنا في المسألة غير مستغرقة للتركة ، إذ لو كانت مستغرقة لها لما بقي شيء .

الثاني : ألا يكون هناك عاصب ؛ إذ لو وجد لأخذ ما أبقتة أصحاب الفروض ، ولم يبق بعدهم شيء يرد .

٤٢٤٤ - وأصحاب الرد من الورثة ثمانية : واحد من الذكور وهو الأخ لأم ، وسبعة من الإناث ، وهن : البنت ، وبنت الابن وإن نزل أبوها ، والأخت الشقيقة ، والأخت

= ترجحوا بالقرب إلى الميت ، فيكونون أولى من بيت المال ؛ لأنه لسائر المسلمين ، وذو الرحم أحق من الأجانب ، عملاً بالنص ، وقد قال النبي ﷺ : « من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كفا لي » . وفي لفظ : « من ترك ديناً قالي ، ومن ترك مالا فللوارث » . متفق عليه . وهذا عام في جميع المال ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « تحرز المرأة ثلاثة موارث ، لقيطها ، وعتيقها ، والولد الذي لاعنت عليه » . أخرجه ابن ماجه . فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان كله ، خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالإجماع ، بقي الباقي على مقتضى العموم ؛ ولأنها من ورائه بالرحم ، فكانت أحق بالمال من بيت المال ، كعصباته . فأما قوله تعالى : ﴿ فَلَهَا يَصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ . فلا ينفى أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر ، كقوله تعالى : ﴿ وَلَا يُؤْتِيهِ لِكُلِّ وَاجِدٍ مِّمَّا اسْتَدُسَّ مِنَّا تَرَكٌ إِلَّا كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ . لا ينفى أن يكون للأب السدس ، وما فضل عن البنت بجهة التعصيب ، وقوله : ﴿ وَلَكُمْ يَصْفُ مَا تَرَكَ آزْوَاجُكُمْ ﴾ . لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى ، وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم ، والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة ، كذا هاهنا تستحق النصف بالفرض ، والباقي بالرد ، وأما الزوجان فليسا من ذوي الأرحام . وإذا كانت أخت لأب وأم ، وأخت لأب ، وأخت لأم : فللأخت للأب والأم النصف ، وللأخت للأب السدس ، وللأخت للأم السدس ، وما بقي يرد عليهن على قدر سهامهن ؛ فصار المال بينهما على خمسة أسهم : للأخت للأب والأم ثلاثة أخماس المال ، وللأخت للأب الخمس ، وللأخت للأم الخمس . طريق العمل في الرد : أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم ، وهي أبداً تخرج من ستة ؛ إذ ليس في الفروض كلها ما لا يؤخذ في السنة إلا الربع والثلث ، وليس لغير الزوجين ، وليسا من أهل الرد ، ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم ، كما صارت السهام في المسألة العائلة هي المسألة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه ؛ فكذا هاهنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم ؛ لأن ذلك صار أصل مسألتهم .

لأب ، والأخت لأم ، والأم ، والجدة الصحيحة سواء كانت من قبل الأب كأم الأب أو من قبل الأم كأم الأم .

٤٢٤٥ - ولا فرق بين أن يكون أحد الثمانية المذكورين واحدًا أو متعددًا ما عدا الأم ؛ فإن تعددها غير متأث في الحقيقة .

٤٢٤٦ - ومسائل الرد أربعة أقسام : لأن المردود عليه : إما صنف واحد ، أو أكثر . وعلى كل : فإما أن يوجد من لا يرد عليه ، أو لا يوجد . فالنتائج أربعة أقسام :

الأول : أن يكون في المسألة صنف واحد ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه .
الثاني : أن يكون في المسألة صنفان أو ثلاثة ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه أيضًا .

الثالث : أن يكون في المسألة صنف واحد ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه .

الرابع : أن يكون في المسألة صنفان أو ثلاثة ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه .

٤٢٤٧ - فإن كان الأول : فإما أن يكون فردًا واحدًا ، أو متعددًا .

فإن كان فردًا واحدًا ، كأخت مطلقًا ، أو أخ لأم أو أم ، أو بنت أو بنت ابن ؛ أخذ هذا الفرد كل التركة فرضًا وردًا ؛ لأن تقدير الفرض إنما شرع للمزاحمة ، ولا مزاحمة هنا ، فيعطي الكل للموجود .

٤٢٤٨ - وإن كان أفراد هذا الصنف متعددة ، كما إذا ترك الميت بنتين أو ثلاث أخوات شقيقات أو أربعة إخوة لأم ؛ فاجعل المسألة من عدد رءوسهن لاستواء الكل في الاستحقاق الأصلي ، فيستويون في المردود أيضًا .

فتكون المسألة من اثنين في المثال الأول ، ومن ثلاثة في الثاني ، ومن أربعة في الثالث . وإنما جعلت المسألة من عدد الرءوس ؛ تركًا للتطويل .

٤٢٤٩ - وإن كان الثاني : وهو ما إذا كان في المسألة صنفان أو ثلاثة ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه ؛ فخذ عدد سهامهم من ستة دائمًا ، واجعل عدد السهام المأخوذة أصلًا لمسألتهم .

ولا تكون الأصناف المردود عليها أكثر من ثلاثة كما علم بالاستقراء ، وإنما أخذنا عدد سهامهم من ستة دائمًا ؛ لأن الفروض كلها توجد فيها إلا الربع والثلث ، ولا يكونان لغير الزوجين وليس من أهل الرد .

وحينئذ تكون المسألة من ثلاثة إذا كان فيها ثلث وسدس ؛ كما إذا توفي شخص عن أم وأخوين لأم ؛ لأن أصل المسألة ستة ، والسهام المستحقة فيها ثلاثة التي هي عبارة عن سدسها وثلثها ؛ فتجعل السهام المستحقة أصل المسألة ، ويكون للأم واحد من ثلاثة فرضًا وردًا ، وللأخوين لأم اثنان فرضًا وردًا أيضًا .

٤٢٥٠ - وإنما جعلت من ثلاثة ؛ تركًا للتطويل ؛ لأننا لو أعطينا الأم واحدًا من ستة ، والأخوين لأم اثنين من ستة ، ثم رددنا الثلاثة الباقية عليهم بقدر استحقاقهم ؛ لحصص الأم واحد ، والأخوين اثنان ، فتأخذ الأم اثنين من ستة فرضًا وردًا وهما الثلثا ، والأخوان لأم أربعة من ستة فرضًا وردًا وهي ثلثاها . فإذا جعلت من ثلاثة من أول الأمر التي هي قدر السهام المأخوذة منها ، وأعطيت الأم واحدًا منها ، والأخوان اثنين ، كان لها الثلث ولهما الثلثان ، والنتيجة واحدة ، فلا لزوم إلى التطويل .

وقس على هذا كل الأمثلة التي ترد عليك من هذا القبيل .

٤٢٥١ - وتكون المسألة من أربعة ؛ إذا كان فيها نصف وسدس ؛ كما إذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن ، أو بنت وأم أو أخت شقيقة وأخت لأب أو أخت لأب وأخ لأم ؛ لأن أصل المسألة ستة ، والسهام المأخوذة منها في كل مثال أربعة ؛ إذ النصف ثلاثة والسدس واحد ؛ فتعطي البنت في المثال الأول ثلاثة من أربعة فرضًا وردًا ، وبنت الابن واحدًا من أربعة فرضًا وردًا أيضًا ، وفي الثاني : تعطي البنت ثلاثة والأم واحدًا ، وتعطي الشقيقة في الثالث ثلاثة والأخت لأب واحدًا ، والأخت في الرابع ثلاثة ، والأخ لأم واحدًا .

٤٢٥٢ - وتكون المسألة من خمسة ؛ إذا كان فيها ثلثان وسدس ؛ كما إذا توفي شخص عن بنتين وأم ، أو أختين شقيقتين وأم .

أو كان فيها نصف وسدسان ؛ كما إذا توفي شخص عن بنت وبنت ابن وأم ، أو أخت شقيقة وأم وأخت لأب .

أو كان فيها نصف وثلث ؛ كما إذا توفي شخص عن أخت شقيقة وأخوين لأم أو عن أخت شقيقة وأم .

فالمسألة في هذه الصور من ستة أيضًا ، والسهام التي أخذت منها خمسة .
ففي الأولى : للبنتين سهام أربعة ، وللأم سهم واحد ؛ فتجعل التركة أحماسًا أربعة منها للبنتين وواحد للأم .

٤٢٥٣ - ومثلها الثانية ، بأن يعطى للشقيقتين أربعة ، وواحد للأم .

وفي الصورة الثالثة : قد اجتمع أجناس ثلاثة وسهامهم المأخوذة من الستة خمسة أيضًا : ثلاثة لبنت وواحد لبنت الابن ، وواحد للأم ، فتقسم التركة عليهن أحماسًا بقدر سهامهن ؛ فلبنت ثلاثة أحماس ، ولبنت الابن خمس ، ولأم الخمس الآخر .
والصورة الرابعة مثلها : فلأخت الشقيقة ثلاثة ، ولأخت لأب واحد ، ولأم واحد .

وفي الصورة الخامسة : تكون السهام المأخوذة من الستة خمسة أيضًا : فلأخت من الأبوين ثلاثة أسهم ، وللأخوين أم سهمان ، وكذا للأم مع الأخت لأبوين سهمان ؛ فتجعل الخمسة أصل المسألة ، وتقسم التركة أحماسًا ؛ فتجعل القسمة قسمة واحدة من أول الأمر خشية التكرار ، ألا ترى أنك إذا أعطيت كل واحد من الورثة ما يستحقه من السهام، ثم قسمت الباقي من سهامهم بينهم بقدر تلك السهام صارت القسمة مرتين مع أن النتيجة واحدة ؟ ، فلا لزوم إلى التطويل ولا يمكن أن تتجاوز الخمسة ، وإلا لم يبق ما يرد كما إذا كان فيها ثلثان وثلث ؛ كأختين شقيقتين وأخوين لأم .

٤٢٥٤ - وإن كان الثالث : وهو ما إذا كان في المسألة صنف واحد ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين ؛ فالقاعدة فيه : أن تعطي من لا يرد عليه نصيبه من أقل مأخذ فرضه ، وتقسم الباقي على رءوس من يرد عليه إن كان متعددًا ، فإن كان واحدًا ؛ فأعطه جميع الباقي .

فإذا توفي الزوج عن زوجته وبنت ابن ، فأعط الزوجة فرضها وهو الربع في هذه المسألة من أقل مأخذ فرضها وهو أربعة ؛ إذ هو أقل عدد يؤخذ منه الربع عددًا صحيحًا ، والباقي وهو ثلاثة من أربعة يعطى لبنت الابن فرضًا ورددًا ؛ إذ لا مزاحم لها .

وإذا توفيت الزوجة عن زوج وثلاث بنات ؛ فأعط الزوج فرضه وهو الربع من أقل مأخذ فرضه وهو أربعة ، ثم أعط الباقي للبنات ، وهو منقسم عليهن فكل واحدة تأخذ الربع وهو واحد .

٤٢٥٥ - وإن كان الرابع : وهو أن يكون في المسألة صنفان أو ثلاثة ممن يرد عليه عند وجود من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين ؛ فالقاعدة فيه : أن تعطي من لا يرد عليه نصيبه من أقل مأخذ فرضه أيضًا ، ثم تقسم الباقي على سهام من يرد عليه .

فإذا توفي الزوج عن زوجته و جدة صحيحة وأختين لأم ؛ فاجعل المسألة من أربعة ؛ لأنها أقل مأخذ فرض الزوجة ، وأعط للزوجة ربعها ، واقسم الباقي وهو ثلاثة على سهام

من يرد عليه : فتأخذ الجدة سهمًا وهو الربع ، وتأخذ الأختان لأم سهمين وهما النصف ؛ لأن استحقاقهما ضعف استحقاق الجدة .

وإذا توفيت الزوجة عن زوج وبنت وبنت ابن ؛ فاجعل المسألة من أربعة أيضًا التي هي أقل مأخذ فرض الزوج ، وأعطه واحدًا منها ، واقسم الباقي الذي هو ثلاثة على سهام البنت وبنت الابن وهي أربعة ؛ لأن البنت لها النصف ، وبنت الابن لها السدس ، والنصف ثلاثة أمثال السدس ، وأعط البنت ثلاثة ، وبنت الابن واحدًا .

٤٢٥٦ - ولا يخفى عليك بعد كل ما تقدم تخريج أي مثال يرد عليك من أي قسم من الأقسام المتقدمة .

٤٢٥٧ - وليس عدم الرد على أحد الزوجين متفقًا ، بل أفتى كثير من المتأخرين بالرد عليهما إذا لم يوجد أحد من الأقارب كما يؤخذ من رد المختار جزء خامس صحيفة (٦٨٩) وما بعدها .

٤٢٥٨ - الرد على الوجه المذكور قول جمهور الصحابة كعلي ومن تابعه ، وبه أخذت الحنفية والحنابلة .

وقال زيد بن ثابت : لا يرد الفاضل على ذوي الفروض ؛ بل هو لبيت المال ، وبه أخذ عروة والزهري ومالك والشافعي .

ليكن المحققون من أصحاب الشافعي قالوا : لو اندرس بيت المال ، يرد الفاضل على ذوي الفروض بنسبة فرائضهم ، وإلا يكون لبيت المال .

واحتج من منع الرد مطلقًا : بأن النص قد قدر فرض كل واحد من الورثة ؛ فلا تجوز الزيادة عليه ؛ ولأن المقادير لا يمكن مطلقًا إثباتها بالرأي فامتنع أصلًا .

واحتج المثبتون له : بقوله تعالى : ﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ مِنْ بَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(١) . وهو الميراث ؛ فيكونون أولى من بيت المال ومن الزوجين ، إلا فيما ثبت لهما بالنص ، وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الأرحام ، لاستوائهم في هذا الاسم ، إلا أن أصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوي الأرحام لقوة قرابتهم ، ألا ترى أنهم يقدمون في الإرث ، فكانوا أحق به ؟!

فهذه الآية دلت على استحقاقهم جميع الميراث بصلة الرحم ، وآيات الموارث

أوجبت استحقاق جزء معلوم من المال لكل واحد منهم ؛ فوجب العمل بالآيتين بأن يجعل لكل واحد فرض آيات الموارث ، ثم يجعل ما بقي مستحقاً لهم للرحم بهذه الآية .

وأيضاً لما دخل عليه الصلاة والسلام على سعد بن أبي وقاص يعوده قال سعد :
أما إنه لا يرثني إلا ابنة لي ، أفأوصي بجميع المال ، قال : « لا » . قال : الشطر ، قال :
« لا » . قال : الثلث ، قال : « الثلث والثلث كثير ، لأن تترك وراثتك أغنياء خير لك من أن تتركهم عالة يتكفون الناس » (١) .

فيؤخذ من هذا الحديث : أن سعداً اعتقد أن البنت ترث جميع المال ، ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم حصر الميراث في ابنته ، ولولا أن الحكم كذلك لأنكر عليه ولم يقره على الخطأ ، لا سيما في موضع الحاجة إلى البيان .
وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام ورث الملاعنة جميع المال من ولدها ، ولا يكون ذلك إلا بطريق الرد .

وكذا روي أن امرأة أتت إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فقالت : يا رسول الله ،
إنني تصدقت على أمي بجارية فماتت أمي وبقيت الجارية . فقال : « وجب أجرك ،
ورجعت إليك في الميراث » (٢) . فجعل جميع الجارية راجعاً إليها بحكم الميراث ، وهذا هو الرد بعينه (٣) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) صحيح مسلم (كتاب : الصيام / باب : قضاء الصيام عن الميت) ، وسنن الترمذي (كتاب : الزكاة عن رسول الله / باب : ما جاء في المنتدق يرث صدقته / ٦٦٧) ، وسنن أبي داود (كتاب : الزكاة / باب : من تصدق بصدقة ثم ورثها / ١٦٥٦) .

(٣) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٢) حالات الرد :

أ - إذا لم تستوف أنصبة أصحاب الفروض التركة ، ولم يكن هناك عاصب فيرد الباقي على أصحاب الفروض من غير الزوجين ، بنسبة أنصبتهم .

ب - إذا لم يكن هناك وارث من أصحاب الفروض أو العصبية ، أو ذوي الأرحام سوى الزوجين فيرد الباقي لهما .

= بهذه الصورة : أخت لأب أخت لأب أخت لأبوين أخت لأب بنت ابن بنت ابن بنت بنت (٢ - ١٨ - ٤)
 (ثم) جزء جديه أو جدتيه وهم : (الأخوال والحالات والأعمام وأعمام بنات الأعمام وأولاد هؤلاء ،
 ثم عمات الآباء والأمهات وأخوالهم وخالاتهم وأعمام الآباء والأمهات كلهم وأولاد هؤلاء) وإن
 بعدوا بالعلو أو السفول ويقدم الأقرب في كل صنف .

قول المالكية : جاء في الفواكه الدواني (٢٥٦/٢ ، ٢٥٧) : « حكم ذوي الأرحام وهو كل قريب ليس بذوي
 سهم ولا عصبه فقال : (ولا يرث بنو الأخوات) وأولى بناتهن (ما كن) أي شقائق أو لأب أو أم ؛ لأن
 ابن الأخت من ذوي الأرحام لا يرث خاله (ولا) يرث أيضاً (بنو البنات) ولا بنو بناتهن من باب (ولا
 بنات الأخ ما كان) الأخ أي سواء كان شقيقاً أو لأب أو أم (ولا) يرث أيضاً (بنات العم ولا جد أم ولا
 عم) هو (أخو أميك لأمه) ولا جد لأمه ، أو لابن أخ لأم ، ولا أم أبي الأم ، ولا الخالة ، ولا العممة ، ولا
 الخال . قال خليل : ولا يرث ولا يدفع لذوي الأرحام ويدفع لبيت المال ، وظاهره كان منتظماً لعدالة الإمام أم
 لا على مشهور المذهب ، وقال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي : إذا كان الإمام غير عدل يرد المال الزائد على
 ذوي السهام ويدفع لذوي الأرحام ، والمراد بعدالة الإمام أن يكون يعطي كل ذي حق حقه . وعلم أن
 المصنف أسقط الكلام على سبب الإرث ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه إذا عام كجهة الإسلام في صرف الميراث
 إلى بيت المال أو خاص ، والخاص على قسمين : أحدهما ما لا يرث به إلا بالعصوبة وهو العتق ، وما لا
 يرث به إلا بالفرض وهو النكاح ، وثانيهما : القرابة والإرث بها تارة يكون بالعصوبة وتارة يكون بالفرض
 وتارة بهما ، وما في الرحبية من قوله :

أسباب ميراث السورى ثلاثة كل يفيد ربه الوراثه
 وهي نكاح وولاء ونسب ما بعدهن للمواريث سبب

مبني على مذهب من لم يرث بيت المال .

قول الحنابلة : جاء في كشاف القناع (٤٥٥/٤) : « (ذوو الأرحام وكيفية توريثهم) الأرحام جمع رحم ،
 قال صاحب المطالع : هي معنى من المعاني وهو النسب والاتصال الذي يجمعه والد ، فسمي المعنى باسم ذلك
 المحل ، تقريباً للأقرب ، ثم يطلق الرحم على كل قرابة (وهم) أي ذوو الأرحام اصطلاحاً في الفرائض (كل
 قرابة ليس بذوي فرض ولا عصبه) واختلف في مواريتهم ؛ فروي عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح
 ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء ؓ توريثهم عند عدم العصبية وذوي الفروض غير الزوجين وبه قال أبو حنيفة وأحمد
 والشافعية إذا لم ينتظم بيت المال وكان زيد لا يرثهم ، ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك وغيره .
 ولنا : قوله تعالى : ﴿ وَأَوْلُوا الْأَرْحَامَ بَيْنَهُمْ أَوْلَىٰ بِمَتِّعٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ وحديث سهل بن حنيف « أن رجلاً رمى
 رجلاً بسهم فقتله ولم يترك إلا خالاً فكتب فيه أبو عبيدة لعمر فكتب إليه عمر : إني سمعت النبي ﷺ يقول :
 « الخال وارث من لا وارث له » رواه أحمد قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وروي المقداد عن النبي ﷺ أنه قال : « الخال وارث من لا وارث له ، يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود
 (وهم أحد عشر صنفاً) الأول : (ولد البنات وولد بنات الابن) وإن نزل (والثاني : ولد الأخوات) سواء
 كن لأبوين أو لأم . (و) الثالث : (بنات الإخوة) سواء كانوا لأبوين أو لأب (و) الرابع : (بنات =

٤٢٥٩ - اعلم أن ذا الرحم في اللغة : صاحب القرابة مطلقاً ؛ أي : سواء كان صاحب فرض أو عصة أو لا .

وفي اصطلاح الفرضيين : هو كل قريب ليس بصاحب فرض ولا عصة .

٤٢٦٠ - ومن السهل عليك معرفته بعدما عرفت أصحاب الفروض والعصبات مما تقدم ؛ فكل من خرج عنهما فهو من ذوي الأرحام .

٤٢٦١ - واختلفت الأئمة في توريثهم ، فأئبته أبو حنيفة وأصحابه ، والإمام أحمد ابن حنبل متبعين جماعة من الصحابة والتابعين ؛ فمن الصحابة : سيدنا عمر ، وسيدنا علي ، وابن مسعود ، وابن عباس في أشهر الروايتين عنه . ومن التابعين : علقمة ، وشريح ، وابن سيرين ، ومجاهد .

= (الأعمام) لأبوين أو لأب . (و) الخامس : (أولاد الإخوة من الأم) سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً . (و) السادس : (العم من الأم سواء) كان عم الميت أو عم أبيه أو عم جده . (و) السابع : (العمات) سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم وسواء في ذلك عمات الميت وعمات أبيه وعمات جده وإن علا (و) . الثامن : (الأخوال والحالات) أي إخوة الأم وأخواتها سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم ، وكذا خالات أبيه وأخواله وأخوال أمه وخالاتها وأخوال وحالات جده وإن علا من قبل الأب أو الأم . (و) التاسع : (أبو الأم) وأبوه وجده وإن علا . (و) العاشر : (كل جدة أدلت بأب بين أمين) كأم أبي الأم (أو) أدلت (بأب أعلا من الجد) كأم أبي أبي الميت . (و) الحادي عشر : (من أدلى بهم) أي بصنف من هؤلاء كعمة العمة وخالة الحفالة وعممة العم لأم وأخيه وعمه لأبيه وأبي الأم وعمه وخاله ونحو ذلك .

واختلف القائلون بتوريثهم في كفيته على مذاهب هجر بعضها والباقي لم يهجر مذهباً : أحدهما : مذهب أهل القرابة ؛ وهو أنهم يورثون على أنهم يورثون على ترتيب العصة ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وهو رواية عن الإمام . (و) المذهب الثاني : وهو المختار ؛ أنهم (يورثون بالتزليل وهو أن تجعل كل شخص منهم) بمنزلة من أدلى به فولد البنات (وإن نزل كالبنت) وولد بنات الابن (كبنات الابن) وولد الأخوات كأمهاتهم) شقيقات كن أو لأب أو لأم (وبنات الإخوة) كالإخوة أشقاء كانوا أو لأب أو لأم . (و) بنات (الأعمام لأبوين أو لأب) كالأعمام كذلك (أو لأب ، وبنات بنهم) أي بني الإخوة أو بني الأعمام كآبائهم فبنت ابن الأخ بمنزلة ابن الأخ وبنت ابن العم بمنزلة ابن العم (وولد الإخوة من الأم) ذكوراً كانوا أو إناثاً (كآبائهم والأخوال) . كالألم (والحالات) كالألم (وأبو الأم كالألم والعمات) مطلقاً كالأب (والعم من الأم كالأب وأبو أم أو أم وأخواتهما) مطلقاً (وأختاهما) كذلك (وأم أبي جد بمنزلهم ، ثم تجعل نصيب كل وارث) بغرض أو تعصيب (لمن أدلى به) روي عن علي وعبد الله أنهما نزلتا بنت بنت بمنزلة البنت وبنت الأخ بمنزلة الأخ وبنت الأخت بمنزلة الأخت ، والعمة بمنزلة الأب ، والحالة بمنزلة الأم . وروي ذلك عن عمر في العمة والحالة ، وروي الزهري أن رسول الله ﷺ قال : « العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب ، والحالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم » رواه أحمد .

وفناه الإمام الشافعي والإمام مالك متبعين زيد بن ثابت وابن عباس في رواية شاذة ؛ واستدل النافون : بأنه تعالى بين في آيات الموارث نصيب ذوي الفروض والعصابات ، ولم يذكر لذوي الأرحام شيئاً ، ولو كان لهم حق لبينه .

وبأنه عليه الصلاة والسلام لما سئل عن ميراث العمة والخالة قال : « أخبرني جبريل عليه السلام أن لا شيء لهما » .

واستدل المثبتون : بقوله تعالى : ﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِمِيرَاثٍ مِمَّا كَتَبَ اللَّهُ تَعَالَىٰ وَحُكْمٌ . ﴾ (١) ؛ لأن معنى هذه الآية : بعضهم أولى بميراث بعض فيما كتب الله تعالى وحكم .

وهذه الآية نسخت التوارث بالموالاة والمواخاة كما كان في ابتداء قدومه عليه الصلاة والسلام المدينة ، فما كان لمولى الموالاة والمواخاة في ذلك الزمن صار مصروقاً إلى ذوي الأرحام ، وما بقي عندنا من إرث مولى الموالاة صار متأخراً عن إرث ذوي الأرحام .

٤٢٦٢ - فقد شرع الميراث لعموم الأقارب بهذه الآية ، بلا فصل بين ذي رحم له فرض أو تعصيب وذو رحم ليس له شيء منهما ؛ فلا يجب تفصيلهم كلهم في آيات الموارث .

وأيضاً روي أن رجلاً رمى سهماً إلى سهل بن حنيف فقتله ، ولم يكن له وارث إلا خالة ؛ فكتب في ذلك أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر ، فأجابه بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الله ورسوله مولى من لا مولى له ، والحال وارث من لا وارث له » (٢) .

وأيضاً لما مات ثابت بن الدحداح ، قال عليه السلام لقيس بن عاصم : « هل تعرفون له نسباً فيكم ؟ » فقال : إنه كان فينا غريتا ، فلا نعرف له إلا ابن أخت هو أبو لبابة بن عبد المنذر ؛ فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه له .

٤٢٦٣ - والتوفيق بين ما رواه الحنفية موافقاً للقرآن ، وما رواه غيرهم مخالفاً له أن يحمل ما رواه غيرهم على ما قبل نزول الآية الكريمة .

٤٢٦٤ - واعلم أن ذوي الأرحام منحصرون في أربعة أصناف :

الصف الأول : من يُنتسب للميت وهو منحصر في اثنين :

(١) الأنفال : ٧٥ .

(٢) سنن الترمذي (كتاب : الفرائض عن رسول الله / باب : ما جاء في ميراث الحال / ٢١٠٣) ، وسنن ابن ماجه (كتاب : الفرائض / باب : ذوي الأرحام / ٢٧٣٧) .

الأول : أولاد البنات وإن سفلوا ، سواء كانت الأولاد ذكورًا أو إناثًا .
الثاني : أولاد بنات الابن كذلك .

٤٢٦٥ - فمتى كانت الدرجة المباشرة للميت إناثًا ؛ كانت كل فروعهن من ذوي الأرحام . ومتى كانت ذكورًا ، فإن كانت الدرجة التي تجيء بعدها ولو بعدت ذكورًا أيضًا ؛ كان الكل عصبية . وإن كانت الدرجة التي تجيء بعدها مباشرة أو بواسطة إناثًا ؛ فهي صاحبة فرض . وكل ما تفرع من هذه الدرجة ؛ فهو من ذوي الأرحام ، سواء كان مذكرًا أو مؤنثًا ^(١) .

- (١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٠) : ١ - ذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب التالي :
- الصف الأول : من كان من فروع الميت وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن مهما نزلوا .
الصف الثاني : من كان من أصول الميت وهم الأجداد الرحميون ، والجدات غير الثابتات مهما علوا .
الصف الثالث : من كان من فروع أبوي الميت ، وهم أولاد الأخوات مطلقًا ، وأولاد الأخوة لأم ، وبنات الأخوة لأبوين أو لأب ، وفروع هؤلاء الأولاد مهما نزلوا .
الصف الرابع : من كان من فروع أحد أجداد أو جدات الميت مهما علوا .
- ٢ - هذا الصف الرابع يقسم إلى مراتب صعودًا ، وتقسم كل مرتبة إلى طبقات نزولًا .
أ - المرتبة من هذا الصف هي فروع كل جد مهما نزلوا .
فالمرتبة الأولى : فروع أجداد الميت الأذنين (أبي أبيه ، وأبي أمه ، وأم أبيه ، وأم أمه) .
والمرتبة الثانية : فروع أجداد أبويه .
والمرتبة الثالثة : فروع أجداد جديه وهكذا .
- ب - الطبقة هي : كل درجة من فروع المرتبة الواحدة .
فالأعمام لأم ، والعمات والأخوات والحالات هم الطبقة الأولى من المرتبة الأولى وأولاد هؤلاء ، وبنات الأعمام لأبوين أو لأب هم الطبقة الثانية منها ، وهكذا .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٤) ذوو الأرحام هم كل قريب ليس بصاحب فرض ولا عصبية .

(مادة ٦٣٩)

الصَّنْفُ الثَّانِي : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِمْ أَيْتٌ . وَهُمْ : الْأَجْدَادُ السَّاقِطُونَ ؛ كَأَبِي أُمِّ الْمَيْتِ ، وَأَبِي أَبِي أُمِّهِ ، وَالْجَدَّاتُ السَّاقِطَاتُ وَإِنْ عَلَوْنَ كَأُمِّ أَبِي أُمِّ الْمَيْتِ وَأُمِّ أَبِي أُمِّهِ (١) .

٤٢٦٦ - الصنف الثاني : من ينتسب إليهم الميت ؛ وهو منحصر في اثنين :

الأول : الأجداد الساقطون .

الثاني : الجدات الساقطات . والجد الساقط : هو من تخلل في نسبه إلى الميت أنثى ؛ كأبي أم الميت وأبي أبي أمه .

والجدة الساقطة : هي من دخل في نسبها إلى الميت جد ساقط ، كأبي أم الميت وأم أبي أمه .

سواء كان كل من الجد والجدة المذكورين قريبًا أو بعيدًا (٢) .

(١) ينظر تعليقنا على المادة السابقة .

(٢) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٠) : ١ - ذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب التالي :

الصنف الأول : من كان من فروع الميت وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن مهما نزلوا .

الصنف الثاني : من كان من أصول الميت وهم الأجداد الرحميون، والجدات غير الثابتات مهما علوا .

الصنف الثالث : من كان من فروع أبوي الميت ، وهم أولاد الأخوات مطلقًا ، وأولاد الأخوة لأم ، وبنات الأخوة لأبوين أو لأب ، وفروع هؤلاء الأولاد مهما نزلوا .

الصنف الرابع : من كان من فروع أحد أجداد أو جدات الميت مهما علوا .

٢ - هذا الصنف الرابع يقسم إلى مراتب صعودًا ، وتقسم كل مرتبة إلى طبقات نزولًا .

أ - المرتبة من هذا الصنف هي فروع كل جد مهما نزلوا .

فالمرتبة الأولى : فروع أجداد الميت الأذنين (أبي أبيه ، وأبي أمه ، وأم أبيه ، وأم أمه) .

والمرتبة الثانية : فروع أجداد أبويه .

والمرتبة الثالثة : فروع أجداد جديه وهكذا .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٥) تكون أصناف ذوي الأرحام على الوجه الآتي :

أ - الصنف الأول :

أولًا : أولاد البنات وإن نزلوا .

(مادة ٦٤٠)

الصَّنْفُ الثَّالِثُ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَى أَبِي الْمَيْتِ ، وَهُمُ : أَوْلَادُ الْأَخْوَاتِ ، سِوَاءَ كَانَتْ تِلْكَ الْأَوْلَادُ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا ، وَسِوَاءَ كَانَتْ الْأَخْوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَوْ لِأُمٍّ . وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَإِنْ سَقَلْنَ ، سِوَاءَ كَانَتْ الْإِخْوَةُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا . وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِأُمٍّ وَإِنْ سَقَلُوا (١) .

•••

٤٢٦٧ - الصنف الثالث : من ينتسب إلى أبوي الميت وهو منحصر في ثلاثة :

= ثانيا : أولاد بنات الابن وإن نزلوا .

ب - الصنف الثاني :

أولاً : الأجداد الرحيمون وإن علوا .

ثانيا : الجدات الرحيمات وإن علون .

ج - الصنف الثالث :

أولاً : أولاد الأخوات ، شقيقات ، أو لأبٍ أو لأمٍ وإن نزلوا .

ثانيا : بنات الإخوة ، أشقاء ، أو لأبٍ ، أو لأمٍ ، وإن نزلن .

ثالثاً : أبناء الأخوة لأمٍ ، وإن نزلوا .

د - الصنف الرابع :

أولاً : أعمام الميت لأمٍ ، وعماته مطلقاً وأخواله وخالاته مطلقاً .

ثانيا : فروع الطائفة الأولى ، وإن نزلوا .

ثالثاً : أعمام أب الميت لأمٍ ، وعماته وأخواله وخالاته مطلقاً ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها

مطلقاً .

رابعاً : فروع الطائفة الثالثة ، وإن نزلوا .

خامساً : أعمام أب الميت لأمٍ ، وعماته وأخواله ، وخالاته مطلقاً ، وأعمام أم أب الميت ، وعماته ، وأخوالها وخالاتها مطلقاً ، وأعمام أب أم الميت وعماته وأخواله ، وخالاته مطلقاً وأعمام أم أب الميت ، وعماتها وأخوالها وخالاتها مطلقاً .

سادساً : فروع الطائفة الخامسة ، وإن نزلوا .

ب - الطبقة هي : كل درجة من فروع المرتبة الواحدة .

فالأعمام لأمٍ ، والعمات والأخوال والحالات هم الطبقة الأولى من المرتبة الأولى وأولاد هؤلاء ، وبنات الأعمام

لأبوين أو لأبٍ هم الطبقة الثانية منها ، وهكذا .

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٦٣٧) .

الأول : أولاد الأخوات مطلقاً ؛ أي : سواء كانت تلك الأولاد ذكوراً أو إناثاً ،
وسواء كانت الأخوات شقيقات أو لأب أو لأم .

الثاني : بنات الإخوة مطلقاً ؛ أي : سواء كانت الإخوة أشقاء أو لأب أو لأم .

الثالث : فروع الإخوة لأم وإن سفلوا .

٤٢٦٨ - فمتى كانت طبقة الإخوة إناثاً ، كانت جميع أولادها ذكوراً وإناثاً من
ذوي الأرحام . ومتى كانت ذكوراً ، فإن كانت أشقاء أو لأب ، فإن كانت فروعها
ذكوراً أيضاً ؛ كان الكل عصبية . وإن كانت إناثاً ؛ فهي من ذوي الأرحام . وإن كانت
لأم ؛ كانت جميع فروعها من ذكور وإناث من ذوي الأرحام (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٠) : ١ - ذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم
بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب التالي :

الصف الأول : من كان من فروع الميت وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن مهما نزلوا .

الصف الثاني : من كان من أصول الميت وهم الأجداد الرحميون ، والجندات غير الثابتات مهما علوا .

الصف الثالث : من كان من فروع أبوي الميت ، وهم أولاد الأخوات مطلقاً ، وأولاد الإخوة لأم ، وبنات
الإخوة لأبوين أو لأب ، وفروع هؤلاء الأولاد مهما نزلوا .

الصف الرابع : من كان من فروع أحد أجداد أو جدات الميت مهما علوا .

٢ - هذا الصف الرابع يقسم إلى مراتب صعوداً ، وتقسم كل مرتبة إلى طبقات نزولاً .

أ - المرتبة من هذا الصف هي فروع كل جد مهما نزلوا .

فالمرتبة الأولى : فروع أجداد الميت الأذنين (أي أبيه ، وأبي أمه ، وأم أبيه ، وأم أمه) .

والمرتبة الثانية : فروع أجداد أبويه .

والمرتبة الثالثة : فروع أجداد جديه وهكذا .

ب - الطبقة هي : كل درجة من فروع المرتبة الواحدة .

فالأعمام لأم ، والعمام والأخوال والحالات هم الطبقة الأولى من المرتبة الأولى وأولاد هؤلاء ، وبنات الأعمام

لأبوين أو لأب هم الطبقة الثانية منها ، وهكذا .

(مادة ٦٤١)

الصَّنْفُ الرَّابِعُ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَى جَدِّي الْمَيِّتِ ؛ وَهُمَا : أَبُو الْأَبِّ ، وَأَبُو الْأُمِّ ، سِوَاءَ كَانَا قَرِيبَيْنِ أَوْ بَعِيدَيْنِ . أَوْ إِلَى جَدَّتَيْهِ ؛ وَهُمَا : أُمُّ الْأُمِّ وَأُمُّ الْأَبِّ ، سِوَاءَ كَانَتَا قَرِيبَتَيْنِ أَوْ بَعِيدَتَيْنِ ، وَهُمُ الْأَعْمَامُ لِأُمِّ ، وَالْعَمَّاتُ ، وَالْأَخْوَالُ ، وَالْحَالَاتُ عَلَى الْإِطْلَاقِ ، ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ذُكُورًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا ^(١) .

٤٢٦٩ - الصنف الرابع : من ينتسب إلى جدي الميت .

وهما : أبو الأب ، وأبو الأم ، سواء كانا قريبين أو بعيدين ، أو إلى جدتيه وهما : أم الأم ، وأم الأب ، سواء كانتا قريبتين أو بعيدتين أيضًا . وهو منحصر في ثلاثة :

الأول : الأعمام لأم .

الثاني : العمات مطلقًا ؛ أي : سواء كن شقيقات ، أو لأب ، أو لأم .

الثالث : الأخوال والحالات مطلقًا ؛ أي : سواء كانت الأخوال أشقاء ، أو لأب ، أو لأم ، ومثلهم الحالات . وأولاد هذا الصنف ملحقون به ، وكذا بنات الأعمام الأشقاء أو لأب وبنات أبنائهما ؛ فالأعمام لأم هم : إخوة أبي الشخص من أمه ، فيكونون منتسبين إلى جدة الميت من قبل أبيه . والعمات أخوات أبي الميت ، فإن كن أخوات له من الأبوين ؛ فهن منتميات إلى جد الميت وجدته من قبل أبيه ، وإن كن لأب فهن منتميات إلى جد الميت من قبل أبيه فقط ، وإن كن أخوات له من أمه فهن منتميات إلى جدته من قبل أبيه أيضًا .

٤٢٧٠ - والأخوال والحالات لإخوة وأخوات لأم الميت ، فإن كانوا من أبيها وأمها ؛

فهو منتمون إلى جد الميت وجدته من قبل أمه ، وإن كانوا من أمها ؛ فهم منتمون إلى جدته من قبل أمه .

٤٢٧١ - فالأعمام إن كانوا أشقاء أو لأب ، فهم عسبة . وفروعهم إن كانوا ذكورًا ،

فهو عسبة أيضًا . وإن كانوا إناثًا ، فهن من ذوي الأرحام .

وإن كانوا - أي : الأعمام - لأم فهم من ذوي الأرحام بالأولى فروعهم ، سواء

(١) ينظر تعليقنا على مادة (٦٣٧) .

كانوا ذكورًا أو إناثًا .

٤٢٧٢ - والعمات مطلقًا من ذوي الأرحام ، ومن باب أولى أولادهن ، سواء كانوا ذكورًا أو إناثًا .

٤٢٧٣ - والأخوال والحالات مثل العمات ، ومثل عمومة نفس الشخص وختولته عمومة أبيه وجده وختولتهما .

٤٢٧٤ - وترتيب ذوي الأرحام في الميراث يكون بتقديم الصنف الأول ، على الثاني ، والثاني على الثالث ، والثالث على الرابع ، ومن يلحق به ، وعمومة نفس الميت وختولته مقدمة على عمومة أبيه وختولته ، وهذه مقدمة على عمومة جده وختولته ، فإذا توفي شخص وترك بنت بنت وأبا أم ؛ أخذت بنت البنت كل المال .

وإذا ترك أبا أم وبنت أخت مثلاً ، أخذ أبو الأم كل المال .

وإذا ترك بنت أخت وعمًا لأم ، أخذت بنت الأخت كل المال ؛ فترتيبهم كترتيب العصبيات الذي عرفته مما تقدم (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٠) : ١ - ذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب التالي :

الصنف الأول : من كان من فروع الميت وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن مهما نزلوا .

الصنف الثاني : من كان من أصول الميت وهم الأجداد الرحميون ، والجدات غير الثابتات مهما علوا .

الصنف الثالث : من كان من فروع أبوي الميت، وهم أولاد الأخوات مطلقًا ، وأولاد الإخوة لأم ، وبنات الإخوة لأبوين أو لأب ، وفروع هؤلاء الأولاد مهما نزلوا .

الصنف الرابع : من كان من فروع أحد أجداد أو جدات الميت مهما علوا .

٢ - هذا الصنف الرابع يقسم إلى مراتب صعودًا ، وتقسم كل مرتبة إلى طبقات نزولًا .

أ - المرتبة من هذا الصنف هي فروع كل جد مهما نزلوا .

فالمرتبة الأولى : فروع أجداد الميت الأدين (أبي أبيه ، وأبي أمه ، وأم أبيه ، وأم أمه) .

والمرتبة الثانية : فروع أجداد أبويه .

والمرتبة الثالثة : فروع أجداد جديه وهكذا .

ب - الطبقة هي : كل درجة من فروع المرتبة الواحدة .

فالأعمام لأم ، والعمات والأخوال والحالات هم الطبقة الأولى من المرتبة الأولى وأولاد هؤلاء ، وبنات الأعمام لأبوين أو لأب هم الطبقة الثانية منها ، وهكذا .

توريث ذوي الأرحام

(مادة ٦٤٢)

الصَّنْفُ الْأَوَّلُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ : أَوْلَاهُمْ بِالْمِيرَاثِ أَقْرَبُهُمْ إِلَى الْمَيِّتِ دَرَجَةً ؛ كَبْنِيتِ الْبِنْتِ ؛ فَإِنَّهَا أَوْلَى بِالْمِيرَاثِ مِنْ بِنْتِ ابْنِ الْابْنِ .
 فَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الدَّرَجَةِ بِأَنْ يُدُلُّوا كُلُّهُمْ إِلَى الْمَيِّتِ بِدَرَجَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثِ دَرَجَاتٍ مَثَلًا ؛ فَوَلَدُ الْوَارِثِ أَوْلَى مِنَ وَلَدِ ذِي الرَّحِمِ ، كَبِنْتِ بِنْتِ الْابْنِ ، فَإِنَّهَا أَوْلَى مِنَ ابْنِ بِنْتِ الْبِنْتِ .
 فَإِنْ اسْتَوَتْ دَرَجَاتُهُمْ فِي الْقَرْبِ ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِمْ مَعَ ذَلِكَ الْاِسْتِوَاءِ وَلَدٌ وَارِثٌ ؛ كَبِنْتِ ابْنِ الْبِنْتِ وَابْنِ بِنْتِ الْبِنْتِ ، أَوْ كَانُوا كُلُّهُمْ يُدُلُّونَ بِوَارِثٍ ؛ كَابْنِ الْبِنْتِ وَبِنْتِ الْبِنْتِ ؛ فَيُعْتَبَرُ أَبْدَانُ الْفُرُوعِ الْمُسَاوِيَةِ فِي الدَّرَجَاتِ الْمَذْكُورَةِ ، وَيُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَيْهِمْ بِاعْتِبَارِ حَالَةِ ذُكُورَتِهِمْ وَأُنُوثَتِهِمْ ؛ أَعْنِي : إِنْ كَانَتْ الْفُرُوعُ ذُكُورًا فَقَطُّ أَوْ إِنَاثًا فَقَطُّ ؛ تَسَاوَرًا فِي الْقِسْمَةِ ، وَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ؛ فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثَى . هَذَا إِنْ اتَّفَقَتْ صِفَةُ الْأَصُولِ فِي الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَتْ صِفَةُ الْأَصُولِ فِي الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ ؛ كَبِنْتِ ابْنِ بِنْتِ وَابْنِ بِنْتِ بِنْتِ ، فَسَمِ الْمَالُ عَلَى أَوَّلِ بَطْنٍ اِخْتَلَفَ بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ ، وَهُوَ هُنَا الْبَطْنُ الثَّانِي ، وَهُوَ ابْنُ بِنْتِ وَبِنْتُ بِنْتِ ، فَتُعْتَبَرُ صِفَةُ الْأَصُولِ فِي الْبَطْنِ الثَّانِي فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، فَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا ، وَيُعْطَى كُلُّ مِنَ الْفُرُوعِ نَصِيبٌ أَضَلُّهُ ، فَحَيْثُ يَدُوكُنُ ثَلَاثَةُ لِبْنِ ابْنِ الْبِنْتِ ؛ نَصِيبٌ أَبِيهَا ، وَثَلَاثَةُ لَابْنِ بِنْتِ الْبِنْتِ ؛ لِأَنَّهُ نَصِيبٌ أُمِّهِ ^(١) .

* * *

(١) قول الحنفية : جاء في الجوهرة النيرة (٢/٣١٠) : بنت بنت وابن بنت بنت المال ؛ لبنت البنت لأنها أقرب ، ابن بنت وبنت بنت أخرى أو هما لبنت واحدة ؛ فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين كأنه ترك ابنا وبنتا من صلبه ، قال الحنفي : الأصل في أولاد البنات عند أبي يوسف أنه يعتبر الأبدان ويقسم بالأبدان إن كانوا كلهم ذكورا فالمال بينهم بالسوية ، وإن كانوا مختلطين فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . ومحمد يعتبر في أولاد البنات أول الخلاف ، فإن كان أول الخلاف يقع بالأبدان ؛ فإنه يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان الخلاف في الأصل ؛ يعطي لهم ميراث الأصل .

بيانه : إذا ترك بنت بنت وابن بنت ؛ فهو بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين . أما على قول أبي يوسف ؛ فلا يشكل ؛ لأنه يعتبر الأبدان وأحدهما ذكر والآخر أنثى ، وكذا عند محمد ؛ لأن أول الخلاف وقع بالأبدان ، ولو ترك ابن بنت بنت ، وبنت ابن بنت ، فعند أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ ثلثاه لابن بنت البنت ، وثلثه لبنت ابن البنت . وعند محمد : ثلث المال لابن بنت البنت ، وثلثاه لبنت ابن البنت ؛ لأنه

= يعتبر أول الخلاف ، وكذلك هذا في أولاد الأخوات وبنات الإخوة : كما إذا ترك ابن أخت و بنت أخ كلاهما لأب ، وأم على قول أبي يوسف : للذكر مثل حظ الأنثيين .

وعند محمد : لهما ميراث أصلهما ؛ لثلاث لبنات الأخ ، وثلاث لابن الأخت . (ثم ولد أبوي أبويه أو أحدهما وهم الأخوال والحالات والعمات) ؛ لأن هؤلاء أقرب إليه بعد من ذكرنا وإن اجتمع عمه وخالة فثلث المال للخالة من الأب والأم وثلاثة للعممة ؛ لأن العممة تدلي بالأب ، والخالة بالأب ، فكان لكل واحدة نصيب من تدلي به . وإن ترك عمًا وأم وخالًا لأب : فللخال الثلث ، والباقي للعمم من الأم ؛ لأنهم يرثون بالأبدان ، والعم بمنزلة العصبية والخال بمنزلة الأم ، وللأم الثلث ، وللعم ما بقي ، كذلك هذا وإن ترك ثلاث بنات أخوات متفرقات أو ثلاثة بنات أخوات متفرقات فالأصل عند أبي حنيفة ومحمد أنهم يعطون ميراث أصلهم لأولاد الأخوات من الأب والأم النصف ، ولأولاد الأخوات من الأب السدس تكملة الثلثين ، ولأولاد الأخوات من الأم السدس ميراث أصلهم ، والباقي رد عليهم على قدر أنصبتهم ، فيكون بينهم على خمسة ، وقال أبو يوسف : الميراث لولد الأخت للأب والأم ؛ لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب وهما يعتبران بمن تدلي به كل واحدة منهن ، فجعل لكل واحدة ما كان لأبها ، وأما العمات والحالات : فإنه يعتبر فيهن الأقرب فالأقرب بالإجماع ، وأما أولادهن : فعلى قول أبي يوسف : يقسم بالأبدان . وعند محمد كما ذكرنا في أولاد البنات وأولاد الأخوات . بيانه : ثلاث خالات متفرقات : المال للخالة من قبل الأب والأم إجماعًا ؛ لأنها أقرب . وإن ترك ثلاثة أخوال متفرقين : فالمال كله للخال من قبل الأب والأم . ولو ترك خالًا وخالة كلاهما في درجة واحدة : فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن ترك ثلاث عمات متفرقات : فالمال كله للعممة من قبل الأب والأم ؛ لأنها أقرب . ولو ترك عمه وخالة : للعممة الثلثان ، وللخالة الثلث ، ولو ترك عمه وخالًا : فالثلث للخال ، والثلثان للعممة . وإن ترك خالة وابن عمه : فالمال للخالة ؛ لأن ابن العممة أبعد في الدرجة . وإن ترك ابنة خال وابن خالة فعلى قول أبي يوسف : المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين . وعند محمد : الثلثان لابنة الخال والثلث لابن الخالة ، يرث كل واحد منهما ميراث أصله . وإن ترك ابنة عم وابن عمه : فالمال كله لبنت العم ؛ لأنها من أولاد العصبية والآخر من أولاد ذوي الأرحام .

قول الحنابلة : جاء في المغني (٢٠٧/٦ ، ٢٠٨) : « إذا انفرد أحد من ذوي الأرحام ، أخذ المال كله ، في قول جميع من ورثهم . وإن كانوا جماعة ، لم يخل ؛ إما أن يلدوا بشخص واحد ، أو بجماعة ، فإن أدلوا بشخص واحد ، وكانوا في درجة واحدة ؛ فالمال بينهم على حسب موارثهم منه . فإن أسقط بعضهم بعضًا ، كأي الأم ، والأخوال ، فأسقط الأخوال ؛ لأن الأب يسقط الإخوة والأخوات . فإن كان بعضهم أقرب من بعض ؛ فالميراث لأقربهم ، كخالة ، وأم أبي أم ، أو ابن خال ؛ فالميراث للخالة ؛ لأنها تلقى الأم بأول درجة وهذا قول عامة المنزليين ، إلا أنه حكى عن النخعي ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، في قرابة الأم خاصة ، أنهم أماتوا الأم ، وجعلوا نصيبها لورثتها . ويسمى قولهم قول من أمات السبب .

واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الأرحام . فعلى قولهم : يكون للخالة نصف ميراث الأم ؛ لأنها أخت ، ولأم أبي الأم السدس ؛ لأنها جدة ، والباقي لابن الخال ؛ لأنه ابن أخ .

وللحنابلة : أن الميراث من الميت ، لا من سببه ؛ ولذلك ورثنا أم أم الأم ، دون ابن عم الأم ، بغير خلاف أيضًا =

= في أبي أم أم ، وابن عم أبي أم ، أن المال للجد ؛ لأنه أقرب . ولو كانت الأم الميتة ، كان وارثها ابن عم أبيها ، دون أبي أمها . خالة وأم أبي أم وعم أم ، المال للخالة ، وعندهم للخالة النصف ، وللجدة السدس ، والباقي للعم . فإن لم يكن فيها عم أم ، فالمال بين الخالة وأم أبي الأم على أربعة فإن لم يكن فيها جدة ، فالمال بين الخالة وعمها نصفين . ابن خالة وابن عم أم ، المال لابن الخالة . وعندهم لابن عم الأم ، فأما إن أدلى جماعة بجماعة ، جعلت المال للمدلى بهم ، كأنهم أحياء ، فقسمت المال بينهم على ما توجه الفريضة ، فما صار لكل واحد منهم ، فهو لمن أدلى به ، إذا لم يسبق بعضهم بعضاً ، فإن سبق بعضهم بعضاً ، وكانوا من جهة واحدة ؛ فالسابق إلى الوارث أولى .

وإن كانوا من وجهتين ؛ نزل البعيد حتى يلحق بمن أدلى به ، فيأخذ نصيبه ، سواء سقط به القريب أو لم يسقط هذا ظاهر كلام أحمد رحمته . ونقل عنه جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم ، وللخالة الثلث ، ولابنة ابن العم الثلثان ، ولا تعطى بنت الخالة شيئاً . ونقل حنبل عنه ، أنه قال : قال سفيان قولاً حسناً : إذا كانت خالة وبنت ابن العم : تعطى الخالة الثلث ، وتعطى بنت ابن العم الثلثين . وظاهر هذا يدل على ما قلناه . وهو قول الثوري ، ومحمد بن سالم ، والحسن بن صالح . وقال ضرار بن صرد : إن كان البعيد إذا نزل أسقط القريب ، فالقريب أولى ، وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث .

وقال سائر المنزليين : الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال . ولم يختلفوا فيما علمت في تقديم الأسبق ، إذا كان من جهة واحدة ، إلا نعيماً ، ومحمد بن سالم ؛ فإنهما قالوا في عمه وبنت عمه : المال بينهما نصفين ، ولم أعلم أحداً من أصحابنا ، ولا من غيرهم ، عد الجهات ، وبينها ، إلا أبا الخطاب ، فإنه عددها خمس جهات : الأبوة ، والأمومة ، والبنوة ، والأخوة ، والعمومة . وهذا يقضي إلى أن ابنة العم من الأم ، أو بنت العمه من الأم ، مسقطه لبنت العم من الأبوين ، ولا أعلم أحداً قال به . وقد ذكر الخرقني هذا في ثلاث بنات عمومة مفترقين ، أن المال لبنت العم من الأبوين ، وبيان إفضائه إلى ذلك : أن بنت العم من الأم أبوها يدلي بالأب ، وبنت العم من الأبوين تدلي بأبيها ، والأب يسقط العم ، وكذلك بنت العمه من جهة الأب ، وبنت العم من جهة العم . فالصواب إذاً : أن تكون الجهات أربعاً : الأبوة ، والبنوة ، والأخوة ، والأمومة .

مسائل في هذا الباب : بنت بنت بنت ، وبنت بنت بنت ، وبنت أخ : المال بين الأولى والثالثة ، وسقطت الثانية ، إلا عند محمد بن سالم ، ونعيم ؛ فإنها تشاركهما . ومن ورث الأقرب ، جعله لبنت الأخ ؛ لأنها أسبق ، وقول أهل القرابة : هو للأولى وحدها ؛ لأنها من ولد الميت ، وهي أقرب من الثانية . ابن خال ، وبنت عم : ثلث ، وثلثان . ومن ورث الأسبق جعله لبنت العم ، وإن كان معها بنت عمه فلا شيء لها ؛ لأن بنت العم أسبق إلى الوارث منها ، وهما من جهة واحدة . وإن كان معهم عمه ، سقطت بنت العم ؛ لأن العمه بمنزلة الأب ، وبنت العم بمنزلة العم . بنت بنت بنت ، وبنت بنت ابن : المال لبنت بنت الابن عند الجميع ، إلا عند ابن سالم ، ونعيم . بنت بنت بنت ، وابن أخ من أم : المال للأولى ، ومن ورث الأقرب جعله لابن الأخ ، وهو قول ضرار ؛ لأن البعيد إذا نزل أسقط القريب . بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال بينهما على أربعة عند جميع المنزليين ، وعند أهل القرابة ، هو لبنت البنت ؛ لأنها أقرب . ابن بنت بنت ، وبنت أخ : هو بينهما ، ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ ، وعند أهل القرابة : هو لابن بنت البنت . ابن بنت ، وابن ابن =

٤٢٧٥ - وهذا يسمى عندهم تقديمًا بالجهة ، أعني : أن جهة الفرع مقدمة على جهة الأصل ، وهذه مقدمة على جهة الأخوة ، وهذه مقدمة على جهة العمومة والختولة

٤٢٧٦ - فإن وجد من أي جهة شخص واحد ؛ استحق كل التركة .

٤٢٧٧ - وإن وجد شخصان أو أكثر ؛ احتاج المقام إلى تفصيل كل صنف من الأصناف الأربعة على حدته .

٤٢٧٨ - ولنبداً بالصنف الأول : فإذا وجدت جملة أشخاص منه ؛ فلا يخلو الحال في أول الأمر من أحد أمرين :

الأول : تفاوت الدرجة بأن يكون بعضهم ينتسب إلى الشخص المتوفى بدرجة واحدة وبعضهم بدرجتين أو أكثر .

الثاني : اتحاد الدرجة بأن يكون الكل ينتسب إليه بدرجتين أو أكثر، فإن كان الأول قدم من كان أقرب درجة اتفاقاً كما في مثال (١) .

= ابن أخت لأبوين : المال بينهما ، وعند من ورث الأقرب ، وأهل القرابة : هو للأول . بنت أخ ، وبنت عم ، أو بنت عمه : المال لبنت الأخ .

وقياس قول أحمد ، رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين ؛ أن يكون لبنت العم ، والعمه ؛ لأنها من جهة الأب ، وذلك قول ضرار أيضاً . ابن أخت ، وابن عم لأم : المال بينهما ، ومن ورث الأقرب جعله لابن الأخت ، وهو قول أهل القرابة أيضاً ؛ لأنها من ولد أبوي الميت ، وابن العم للأم من ولد أبوي أبويه . بنت عم ، وبنت عم أب : هو للأولى عند الجميع ، إلا عند ابن سالم ، ونعيم . بنت بنت بنت ، وأم أب أم . المال بينهما على أربعة . بنت بنت بنت ، وأبو أم أب ، مثلها عندنا ، وعند من ورث الأقرب جعله للثاني . بنت بنت بنت ابن ، وعمه ، أو خالة : للأولى النصف في الأولى ، ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال ، وعند من ورث الأقرب : الكل للعمه وللخالة . ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثاً ؛ الأبوة ، والبنوة ، والأمومة ؛ لأن جعل العمومة جهة خامسة يفضي إلى إسقاط بنت العم ببنت العمه ، كما ذكرنا وإن جعلنا الأخوة جهة رابعة ، مع نفي جهة العمومة ، أفضى إلى إسقاط ولد الإخوة والأخوات بنات الأعمام والعمات . وإذا جعلنا جميعهم جهة واحدة ، وورثنا أسبقهم إلى الوارث ، كان أولى .

(١)

مـــــيت

بنت	بنت
ابن	بنت
ابن	

فحيثيذ تقدم بنت البنت على ابن ابن البنت ، لأن بينها وبين المتوفى درجة واحدة وهي أمها ، وابن ابن البنت بينه وبين المتوفى درجتان وهما أبوه وأم أبيه .
 وإن كان الثاني وهو الاتحاد في الدرجة ؛ فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :
 الأول : أن يكون بعضهم يدلي بوارث والبعض الآخر يدلي بغير وارث .
 الثاني : أن يكون الكل يدلي بوارث ، والمراد من ينتسب به مباشرة بأن تكون أمه من أصحاب الفروض .

الثالث : أن يكون الكل يدلي بغير وارث . فإن كان الأول : قدم ولد الوارث على ولد غير الوارث اتفاقاً كما في مثال (٢) .

(٢)

مـــــيت

بنت	ابن
ابن	بنت
ابن	بنت

ففي هذا المثال اتحدت الدرجة ؛ لأن كلاً منهما ينتسب إلى الميت بدرجتين ، ولكن بنت بنت الابن انتسبت بوارث ؛ لأن أمها التي هي بنت الابن صاحبة فرض ، وابن ابن البنت انتسبت بغير وارث ؛ لأن أباه الذي هو ابن البنت من ذوي الأرحام ؛ فحيثيذ يكون كل المال لبنت بنت الابن ولا شيء لابن ابن البنت .
 وإن كان الأخيران وهما إداء الكل بوارث وإدلاؤه بغير وارث ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : أن تتفق صفة الأصول في الذكورة والأنوثة .

الثاني : أن تختلف تلك الصفة .

٤٢٧٩ - فإن اتفقت صفة الأصول ، فالقسمة على الفروع الموجودة معنا اتفاقاً أيضاً . فإن كان الكل إنثاءً ؛ أخذن بالسوية . وإن كانوا ذكوراً ، فكذلك . وإن كان بعضهم ذكوراً والبعض إنثاءً ، فللذكر ضعف الأنثى كما في الأمثلة (٣) و (٤) و (٥) .

(٣)		(٤)		(٥)	
ميت		ميت		ميت	
ابن	ابن	ابن	ابن	بنت	بنت
بنت	بنت	بنت	بنت	بنت	بنت
بنت	بنت	ابن	ابن	ابن	بنت

ففي المثال الثالث : بنت بنت الابن مع مثلها ؛ فالكل يدلي بوارث ، وصفة من اتنسبوا به متحدة ؛ فيقسم المال عليهما إنصافاً .

وفي المثال الرابع : ابن بنت الابن مع مثله ، والكل أولاد وارث أيضاً وهي بنت الابن ، والصفة متحدة ؛ فيقسم إنصافاً بين الابنين .

وفي المثال الخامس : ابن بنت البنت مع بنت بنت البنت ، والكل ينتسب بغير وارث ، وهي بنت البنت والصفة متحدة أيضاً ، فيقسم المال أثلاثاً : ثلثاه لابن بنت البنت ، وثلثه لبنت بنت البنت .

٤٢٨٠ - وإن اختلفت صفة الأصول في الذكورة والأنوثة ، فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة :

الأول : أن تتوحد الفروع بأن يكون لكل أصل فرع واحد ، وليس فيهم صاحب جهتين .

الثاني : أن تتعدد الفروع ، وليس فيهم صاحب جهتين أيضاً .

الثالث : أن تتوحد الفروع وفيهم ذو جهتين .

الرابع : أن تتعدد الفروع ، وفيهم صاحب جهتين .

٤٢٨١ - فإن كان الأول وهو ما إذا توحدت الفروع ، وليس فيهم صاحب جهتين

كما في مثال (٦) ففيه خلاف .

(٦)

ميت

بنت	بنت
بنت	ابن
ابن	بنت

فأبو يوسف يقسم المال على أبدان الفروع هنا أيضًا ، فيعطي ثلثه للأنتى التي هي بنت ابن البنت ، وثلثيه للمذكر الذي هو ابن بنت البنت .

ومحمد عليه السلام يقسم المال على أول درجة حصل فيها الاختلاف بالذكورة والأنوثة ، وهي في هذا المثال الدرجة الثانية ، ويجعل ما أصاب كل أصل لفرعه ، وحينئذ يعطي ثلثيه لبنت ابن البنت ؛ لأن ذلك نصيب أيها وقد انتقل إليها ، ويعطي ثلثه لابن بنت البنت ؛ لأنه نصيب أمه وقد انتقل إليه ، فصار الإرث عنده في مثل هذا المثال على عكس مذهب أبي يوسف ، وهو أن للأنتى من الفروع ضعف ما للمذكر .

٤٢٨٢ - ومحل إعطاء نصيب كل أصل لفرعه بعد القسمة على أول درجة وقع فيها الاختلاف بالذكورة والأنوثة عند محمد إذا لم يكن في الدرجة المقسوم عليها جملة أشخاص .

٤٢٨٣ - أما إذا وجد ذلك ، فإن محمدًا بعد أن يقسم على أول درجة وقع فيها الاختلاف ، ويعطي للمذكر ضعف ما للمؤنث ، يجعل الذكور من هذه الدرجة طائفة على حدتها ، ويجعل الإناث طائفة أخرى على حدتها أيضًا ، ويجمع ما أصاب كل طائفة ويعطيها لفروعها . فما أصاب الذكور ، يجمع ويعطي لفروعهم بحسب صفاتهم ، إن لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الأصول اختلاف في الذكورة والأنوثة بأن يكون جميع ما يتوسط بينهم ذكورًا فقط أو إناثًا فقط ، فإن كان فيما بينهم من الأصول اختلاف ، يجمع ما أصاب الذكور ، ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهم ، ويجعل الذكور هاهنا أيضًا طائفة والإناث طائفة على قياس ما تقدم . وكذلك ما أصاب الإناث ، فيجمع ويعطي لفروعهن إن لم تختلف الأصول التي بينهما . فإن اختلفت ، يجمع ما أصابهن ، ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهن ، وهكذا يعمل إلى النهاية كما يظهر لك من الأمثلة الآتية .

٤٢٨٤ - وإن كان الثاني وهو ما إذا تعددت الفروع ، وليس فيهم صاحب جهتين كما في مثال (٧) ففيه خلاف أيضًا .

(٧)		
ميت		
بنت	بنت	بنت
ابن	بنت	بنت
١٤	٤	٨
بنت	ابن	بنت
	٦	٦
بنتي	بنت	ابني
١٤	٦	٦

فأبو يوسف جرى على أصله من القسمة على الفروع الموجودة معنا ، فيقسم المال عليهم أسباعًا ؛ لأن الفروع الموجودة معنا ابنان وبنت وبنات ؛ أي : ثلاث بنات ، والابنان كأربع بنات ، فالمجموع سبعة : فيعطي للابنين أربعة أسباع ، وللبنات ثلاثة أسباع .

٤٢٨٥ - ومحمد رحمته جرى على أصله أيضًا من القسمة على أول درجة وقع فيها الخلاف ، ولكنه يجعل الأصل موصوفًا بصفته متعددًا بتعدد فرعه ، وحينئذٍ يقسم المال على الدرجة الثانية أسباعًا ؛ لأن البنت الأولى في الدرجة الثانية كبنتين لتعدد فرعها ؛ لأن فرعها الأخير ابنان والبنت الثانية فيها على حالها لعدم تعدد فرعها والابن فيها كابنتين لتعدد فرعه الأخير ، فهو كأربع بنات ؛ فله أربعة أسباع ، وللبنتين ثلاثة أسباع : سبعان للبنت التي فرعها متعدد ، وسبع للبنت التي فرعها غير متعدد .

ثم يجعل الذكور طائفة والإناث طائفة أخرى ، ويعطي أربعة أسباع الابن لبنتي بنته ، وثلاثة أسباع البنتين لولديهما ، وهما البنت والابن في الدرجة الثالثة سوية بينهما ؛ لأن البنت كبنتين لتعدد فرعها ، فقد ساوت الابن ، ثم نعطي نصيب كل أصل لفرعه .

٤٢٨٦ - وإن كان الثالث وهو ما إذا توحدت الفروع ، وفيهم صاحب جهتين كما في مثال (٨) ؛ فإنك تجد فيه ابن بنت بنت وهو أيضًا ابن ابن بنت ومعه ابن ابن بنت

لا غير ، فالفروع متوحدة ولكن فيهم صاحب جهتين ، ففيه خلاف أيضاً .

(٨)		
ميت		
بنت	بنت	بنت
ابن	ابن	بنت
ابن	ابن	

لأن أبا يوسف اعتبر الجهات في الفروع الموجودة معنا ، وحينئذ فيقسم المال على الابنين ، ولكن يجعل الابن الذي ينتسب بجهتين كابنين واحد من جهة الأب ، والآخر من جهة الأم فيعطيه الثلثين والابن الآخر الثلث ؛ لأنه صاحب جهة واحدة .

ومحمد اعتبر الجهات في أعلى درجة وقع فيها الاختلاف بالذكورة والأنوثة مع جعله الأصل موصوفاً بصفته متعددًا بتعدد فرعه ؛ فيقسم هنا على الدرجة الثانية ، ويجعل الذكور طائفة على حدها والإناث طائفة أخرى ويعطي نصيب كل طائفة إلى فروعها بحسب صفاتهم كما تقدم .

٤٢٨٧ - وإن كان الرابع : وهو ما إذا تعددت الفروع وفيهم صاحب جهتين كما في مثال (٩) ، فإن فيه بنتي بنت بنت وهما أيضاً بنتا ابن بنت ومعهما ابن بنت بنت أخرى .

(٩)		
ميت		
بنت	بنت	بنت
بنت	ابن	بنت
٦	١٦	٦
ابن	بنتي	
٦	٢٢	

فأبو يوسف اعتبر الجهات في أبدان الفروع الموجودة معنا ، فجعل البنيتين كأربع بنات : بنتان من جهة الأم ، وبنتان من جهة الأب ، فيكون لهما الثلثان وللابن الثلث .

ومحمد اعتبر الجهات في أعلى درجة وقع فيها الاختلاف مع أخذه العدد من الفروع كما عرفته مما تقدم ؛ فيقسم هنا على الدرجة الثانية ؛ لأنها أول درجة كذلك في هذا المثال، وفيها ابن مثل ابنين وبتنان لإحدهما كبتنين ؛ فصار المجموع كسبع بنات ، فالمسألة من عدد رعو سهن : فللابن أربعة أسهم ؛ لأنه كابنين لتعدد فرعه فيصير كأربع بنات ، وللبنت التي في فرعها تعدد سهمان وللأخرى سهم .

ثم يجعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ويعطى نصيب كل طائفة إلى فروعها كما تقدم ؛ فيعطى نصيب الابن إلى بنتيه ، ويعطى ما خص البنتين في الدرجة الثانية إلى البنتين والابن في الدرجة الثالثة أنصافاً للبنتين النصف وللابن النصف .

واستدل أبو يوسف : بأن استحقاق الفروع إنما يكون لمعنى فيهم لا لمعنى في غيرهم ، وذلك المعنى هو القرابة التي في أبدان الفروع ، وقد اتحدت الجهة أيضاً وهي الولاد ، فيتساوى الاستحقاق فيما بينهم ، ولا عيرة باختلاف صفة الأصول ، لأننا لو اعتبرنا صفة الأصل لقلنا : المدلى بالرقيق أو الكافر لا يرث . مع أنه لم يقل أحد بذلك ؛ فقد اعتبرنا المدلى ولم نعتبر المدلى به ، فكذا صفة الذكورة والأنوثة تعتبر فيه فقط لا في غيره .

واستدل محمد : باتفاق الصحابة على أنه لو توفي شخص عن عمه وخالة ؛ كان للعممة الثلثان ، وللخاله الثلث . ولو كان الاعتبار بأبدان الفروع ؛ لكان المال بينهما نصفين ، فظهر أن المعتبر في القسمة هو المدلى به . فإن الأب في العمه والأم في الخالة . وأيضاً قد وافقه أبو يوسف على أنه إذا كان أحدهما ولد وارث والآخر ولد غير وارث ، قدم ولد الوارث ، فقد ترجح باعتبار معنى في المدلى به .

٤٢٨٨ - وقد اختلف في المفتى به ؛ فمن قائل يفتى بمذهب أبي يوسف لسهولته ، ومن قائل بمذهب محمد وهو المأخوذ من أكثر الكتب .

٤٢٨٩ - فالذي علم مما تقدم بطريق الاختصار : أنه إذا وجدت جملة أشخاص من الصنف الأول من ذوي الأرحام ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : اختلاف الدرجة .

الثاني : اتحاد الدرجة .

فإن كان الأول : قدم الأقرب اتفاقاً .

وإن كان الثاني : فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون بعضهم مدليًا بوارث وبعضهم مدليًا بغير وارث .

الثاني : أن يكون الكل يدلي بوارث .

الثالث : أن يكون الكل يدلي بغير وارث .

فإن كان الأول : قدم ، ولد الوارث اتفاقًا .

وإن كان الثاني أو الثالث : فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : أن تتفق صفة الأصول في الذكورة والأنوثة .

الثاني : أن تختلف صفتهم .

فإن كان الأول : يقسم المال على أبدان الفروع اتفاقًا ؛ بمعنى : أنه إن كان الكل

ذكورًا تساوا في القسمة ، وإن كان الكل إناثًا فكذلك ، وإن كانوا مختلطين فللذكر

ضعف ما للأنثى .

وإن كان الثاني : فلا يخلو الحال من أحد أمور أربعة :

الأول : أن تتوحد الفروع وليس فيهم صاحب جهتين .

الثاني : أن تتعدد الفروع وليس فيهم صاحب جهتين أيضًا .

الثالث : أن تتوحد الفروع وفيهم صاحب جهتين .

الرابع : أن تتعدد الفروع وفيهم صاحب جهتين .

فإن كان الأول : فأبو يوسف قسم المال على الفروع الموجودة معنا هنا أيضًا ،

ومحمد قسم على أول درجة وقع فيها الاختلاف بالذكورة والأنوثة ، ويجعل ما أصاب

كل أصل لفرعه إن لم يحصل بعده اختلاف ، أما إذا وقع بعده اختلاف بالذكورة

والأنوثة في درجة أو أكثر ؛ فإنه يجعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ويقسم نصيب

كل طائفة على أعلى درجة وقع فيها الاختلاف وهكذا حتى تنتهي الدرجات .

وإن كان الثاني : فأبو يوسف جرى على أصله المتقدم من القسمة على الفروع

الموجودة معنا .

ومحمد جرى على أصله أيضًا من القسمة على أول درجة وقع فيها الاختلاف ، مع

كونه يجعل الأصل موصوفًا بصفته متعددًا بتعدد فرعه .

وإن كان الثالث : فأبو يوسف اعتبر الجهات في الفروع ؛ فمن كان صاحب جهتين

يعتبره اثنين ، ومن كان صاحب جهة واحدة يعتبره واحدًا ويقسم عليهم .

ومحمد اعتبر الجهات في أعلى درجة وقع فيها الاختلاف ، ويقسم عليها مع جعله الأصل موصوفاً بصفته متعدداً بتعدد فرعه .
 وإن كان الرابع : فكل على أصله في الثالث (١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « الباب الخامس (٣١) : في إرث ذوي الأرحام إذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسب ولا أحد من ذوي الفروض النسبية كانت التركة أو الباقي منها لذوي الأرحام .
 وذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :
 الصنف الأول : أولاد البنات وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن وإن نزل .
 الصنف الثاني : الجد غير الصحيح ، وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .
 الصنف الثالث : أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وأولاد الأخوات لأبوين أو لأحدهما وإن نزلوا .
 وبنات الإخوة لأبوين أو لأحدهما وأولادهم وإن نزلوا .
 وبنات أبناء الإخوة لأبوين أو لأب وإن نزلوا ، وأولادهم وإن نزلوا .
 الصنف الرابع : يشمل ست طوائف مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :
 الأولى : أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما .
 الثانية : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب .
 وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا .
 الثالثة : أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما .
 الرابعة : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائه وإن نزلوا وأولاد من ذكروا وإن نزلوا .
 الخامسة : أعمام أبي أبي الميت لأم ، وأعمام أبي أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما .
 وأعمام أم أم الميت و أم أبيه ، وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما .
 السادسة : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي أبي الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا ، وهكذا .
 جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩١) : ١ - الصنف الأول من ذوي الأرحام أولادهم أقربهم درجة إلى الميت .

- ٢ - إن استوا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذي الرحم .
 - ٣ - إن كانوا كلهم يدلون أو لا يدلون بصاحب فرض اشتركوا في الإرث .
- وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٦) يكون ترتيب ميراث الصنف الأول من ذوي الأرحام على النحو الآتي :
- أ - أولى الصنف الأول من ذوي الأرحام بالميراث أقربهم درجة إلى المتوفى .
 - ب - إذا تساوى الصنف الأول من ذوي الأرحام في الدرجة ، فيقدم من يدل بيوارث على من لا يدل بيوارث .

(مادة ٦٤٣)

الصَّنْفُ الثَّانِي : وَهُمُ السَّاقُطُونَ مِنَ الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ أَوْلَاهُمْ بِالْمِيرَاثِ أَقْرَبُهُمْ لِلْمَيِّتِ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَ ، أَيْ : سِوَاءَ كَانَ الْأَقْرَبُ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ . مِثَالُهُ : مَاتَ عَنْ أُمِّ أَبِي أُمِّ أَبِي أُمِّ ، كَانَ الْمَالُ كُلُّهُ لِأُمِّ أَبِي الْأُمِّ لِقُرْبَاهَا ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِ مُذَلِّيًا يُوَارِثُ أَوْ يَغْتَرِ وَيَارِثُ ، وَلَا بَيْنَ كَوْنِهِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى .

وَإِنْ اسْتَوَتْ دَرَجَاتُهُمْ : فَإِذَا أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُمْ مُذَلِّيًا يُوَارِثُ ، أَوْ كُلُّهُمْ يُذَلُّونَ بِهِ ، أَوْ كُلُّهُمْ لَا يُذَلُّونَ بِهِ .

فَقِي الْأَوَّلِ : لَا يُقَدِّمُ الْمَذَلِّيُّ يُوَارِثُ عَلَى غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ الصَّنْفِ الْأَوَّلِ . مِثَالُهُ : مَاتَ عَنْ أَبِي أُمِّ الْأُمِّ وَأَبِي أَبِي الْأُمِّ ، فَهُمَا سِوَاءٌ . وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مُذَلِّيًا بِالْحَدَّةِ الصَّحِيحَةِ ، أَعْنِي : أُمُّ الْأُمِّ ، وَالثَّانِي بِالْحَدِّ الْفَاسِدِ ، أَعْنِي : أَبَا الْأُمِّ . وَفِي الْأَخْرَيْنِ كَأَبِي أُمِّ أَبِي وَأَبِي أُمِّ أُمِّ ، وَكَأَبِي أَبِي أُمِّ وَأُمِّ أَبِي أُمِّ . فَإِذَا أَنْ تَخْتَلِفَ قَرَابَتُهُمْ ؛ أَيْ : بَعْضُهُمْ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ وَبَعْضُهُمْ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ كَالْمَيَالِ الْأَوَّلِ ، وَإِذَا أَنْ تُشْجَدَ كَالْمَيَالِ الثَّانِي . فَإِنْ اخْتَلَفَتْ قَرَابَتُهُمْ ؛ فَالْمَيَالُ لِقَرَابَةِ الْأَبِ وَالثَّلَاثُ لِقَرَابَةِ الْأُمِّ ؛ كَأَنَّهُ مَاتَ عَنْ أَبِي وَأُمِّ . ثُمَّ مَا أَصَابَ قَرَابَةَ الْأَبِ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَوَّلِ بَطْنٍ وَقَعَ فِيهِ الْخِلَافُ ، وَكَذَا مَا أَصَابَ قَرَابَةَ الْأُمِّ . وَإِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِمْ بَطْنٌ ؛ فَالْقِسْمَةُ عَلَى أَبْدَانِ كُلِّ صَنِيفٍ . وَإِنْ اتَّحَدَتْ قَرَابَتُهُمْ ، أَيْ : كُلُّهُمْ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ أَوْ الْأَبِ ؛ فَإِذَا أَنْ تَتَّفِقَ صِفَةٌ مِنْ أَذْلُوها بِهِ فِي الذُّكُورَةِ وَالْأُنْثَى ، أَوْ تَخْتَلِفَ . فَإِنْ اتَّفَقَتِ الصَّفَةُ ، اغْتَبِرَتْ أَبْدَانُهُمْ وَتَسَاوَوْا فِي الْقِسْمَةِ لَوْ كَانُوا ذُكُورًا فَقَطُّ أَوْ إِنَاثًا فَقَطُّ . وَإِنْ كَانُوا مُخْتَلِطِينَ ، فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنْثَى . وَإِنْ اخْتَلَفَتْ الصَّفَةُ ، فَالْقِسْمَةُ عَلَى أَوَّلِ بَطْنٍ اخْتَلَفَ لِلذَكَرِ ضِعْفُ الْأُنْثَى ، ثُمَّ يُجْعَلُ الذُّكُورُ طَائِفَةً وَالْإِنَاثُ طَائِفَةً عَلَى قِيَاسِ مَا تَقَرَّرَ فِي الصَّنْفِ الْأَوَّلِ (١) .

• • •

ج - إذا كان الصنف الأول من ذوي الأرحام جميعًا يدلون بوارث ، أو لا يدلون بوارث ، فيشتركون في الإرث ، وتقسم التركة بينهم بالتساوي إذا كانوا ذكورًا فقط ، أو إناثًا فقط ، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا ، فللذكر مثل حظ الأنثيين .

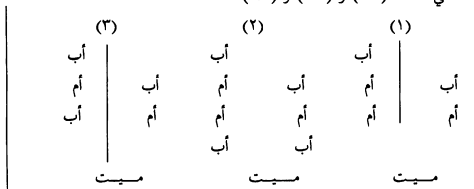
(١) قول الخنفة : جاء في الفتاوى الهندية (٦/٤٦٠ ، ٤٦١) : « (والصنف الثاني) وهم الأجداد الفاسدون والجدات الفاسدات أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت كأبي أم وأمي أم أم ، وأبي أم أب ، المال للأول لقربه ، وإن استوا في القرب ؛ لم يكن الإدلاء بوارث موجبًا للتقديم في الأصح ؛ لأن سبب الاستحقاق =

٤٢٩٠ - وإن وجد شخصان أو أكثر من الصنف الثاني ، وهذا الصنف ينحصر في الأجداد الساقطين والجدات الساقطات - والجد الساقط : هو من تخلل بينه وبين المتوفى أنثى ، والجدة الساقطة : من أدلت به - فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : اختلاف الدرجة .

الثاني : اتحاد الدرجة .

فإن كان الأول : قدم الأقرب في الدرجة مطلقاً ، أي : سواء كان من جهة الأب أو من جهة الأم ، وسواء كان مدلياً بوارث أو بغير وارث ، وسواء كان مذكراً أو مؤنثاً كما في الأمثلة (١) و (٢) و (٣) .



= القرابة دون الإدلاء بوارث . مثاله : أبو أم أم وأبو أبي أم فهما سواء ، وإن استووا في القرب وليس فيهم من يدلي بوارث ؛ نظر ، فإن كانوا من جانب واحد من جانب الأب أو من جانب الأم واتفقت صفة من يدلون به فالقسمة على أبدانهم إن كانوا ذكوراً أو إناثاً ، فيالسوية ، وإن كانوا مختلطين ؛ فللذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن اختلفت صفة من يدلون به ؛ انقسم على أول بطن إلى الميت اختلف كما في الصنف الأول ، وإن كانوا من الجانبين يجعل الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ثم ما أصاب كل فريق يقسم بينهم كما لو انفردوا . مثاله : أبو أم أبي الأب وأبو أبي أم أب فهما جدان من قبل الأب ، وأبو أم أبي الأم وأبو أبي أم الأم فهما جدان من قبل الأم ؛ فيقسم المال أثلاثاً ثلثاه لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ثم ما أصاب قرابة الأب يقسم أثلاثاً : ثلثاه لجده من قبل أبيه وهو أبو أم أبي الأب ، وثلثه لجده من قبل أمه وهو أبو أبي أم الأب ، وما أصاب قرابة الأم فكذلك : ثلثاه لجدها من قبل أبيها وهو أبو أم أبي الأم ، وثلثه لجدها من قبل أمها وهو أبو أبي أم الأم ، وهذا الجواب على قول من لا يعتبر المدلي بالوارث ، كذا في خزانة المفتين .

وينظر تعليقتنا على مادة (٦٣٧) .

ففي المثال الأول : أبو أم ، وأبو أم أم . فيقدم أبو الأم على أبي أم الأم لقربة ، لأن بينه وبين الميت درجة واحدة ، وبين الثاني والميت درجتين ، وكل منهما في هذا المثال انتسب إلى الميت بوارث ؛ لأن كلاً من الأم وأم الأم صاحب فرض .

وفي المثال الثاني : أبو أم أب ، وأبو أم أم أب : فيقدم الأول على الثاني ؛ لأنه ينتسب إلى الميت بدرجتين والثاني بثلاث درجات ، وكلاً منهما من جهة الأب ويدلي بوارث .
وفي المثال الثالث : أبو أم وأبو أم أب : فيقدم الأول على الثاني ، وإن كان من جهة الأم والثاني من جهة الأب ، وقس على ذلك أمثلة الجدات .

٤٢٩١ - وإن كان الثاني : فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون بعضهم مدليًا بوارث ، والبعض الآخر غير مدل به .

الثاني : أن يكون الكل مدليًا بوارث .

الثالث : أن يكون الكل مدليًا بغير وارث .

والمراد بالوارث هنا صاحب الفرض ؛ فإن كان الأول : فبعضهم يقدم المنتسب بوارث قياسًا على الصنف الأول ، وبعضهم يشرك الكل في الميراث كما في مثال (٤) .

(٤)	
أب	أب
أب	أم
أم	أم
ميت	

٤٢٩٢ - فإن فيه أبا أم أم ، وأبا أبي أم ، وهما متساويان في الدرجة ، ولكن الأول يدلي بوارث وهو أم الأم ، والثاني يدلي بغير وارث وهو أبو الأم ، فمن قال بتقديم المدلي بوارث على غيره يقول : كل المال لأبي أم الأم .

ومن سوى بينهما ؛ يقسم المال نصفين على أبدان الأصول الموجودة معنا على مذهب أبي يوسف ، وعلى أول درجة وقع فيها الخلاف وهي هنا الدرجة الثانية ، ويعطي نصيب كل فرع لأصله على مذهب محمد كما تقرر في الصنف الأول .

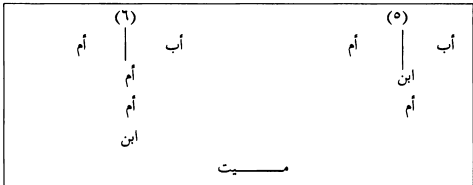
وإن كان الثاني أو الثالث : فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : اتحاد جهة القرابة ؛ بأن يكون الكل من جهة الأب أو من جهة الأم .
 الثاني : اختلاف جهة القرابة ؛ بأن يكون بعضهم من جهة الأم والبعض من جهة الأب . وحيثيذ ففيه أمران :

الأول : اتفاق صفة من ينتسبون به في الذكورة والأنوثة .

الثاني : اختلاف تلك الصفة .

فإن كان الأول : اعتبرت أبدان الأصول الموجودة معنا بالاتفاق ؛ فللمذكر ضعف مالمؤنث كما في المثالين (٥) و (٦) .



ففي المثال (٥) أبو أبي أم ، وأم أبي أم ، وهما من جهة الأم ؛ لأن المباشر للميت أم ، وصفة من انتسبوا به متحدة : فيعطى أبو أبي الأم الثلثين ، وتعطى أم أبي الأم الثلث .
 وفي المثال (٦) أبو أبي أم أب ، وأم وأبي أم أب ، وهما من جهة الأب ؛ لأن المباشر للميت أب ، وصفة من انتسبوا به متحدة أيضًا ، فيأخذ المذكر ضعف الأنثى .
 ٤٢٩٣ - وإن كان الثاني ، وهو اختلاف صفة الفروع : فأبو يوسف يقسم أيضًا على الأصول الموجودة معنا ولا ينظر إلى اختلاف الفروع .

ومحمد يقسم على أول درجة وقع فيها الخلاف بالذكورة والأنوثة كما في الصنف الأول ، سواء كان الكل مدلتا بوارث ، ولا يكونون إلا ذكورًا من جانب الأب كما في المثال (٧) .

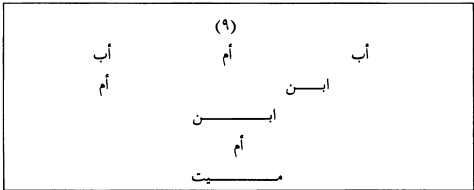
(٧)	
أب	أب
أم	أم
أب	أم
ابن	
ميت	

٤٢٩٤ - ففي هذا المثال أبو أم أم أب ، وأبو أم أبي أب ، فأبو يوسف يقسم المال بينهما نصفين ، ومحمد يقسم على أول درجة وقع فيها الخلاف ، وهي في هذا المثال الدرجة الثانية : فيعطي لأم الأب الثلث ويعطي أبا الأب الثلثين ، وبعد ذلك يعطي نصيب كل فرع لأصله ، وحيثيذ يأخذ أبو أم أبي الأب الثلثين نصيب ابن بنته ، ويأخذ أبو أم أم الأب الثلث نصيب بنت بنته ، أو كان البعض يدلي بوارث دون الآخر كما في مثال (٨) .

(٨)		
أب	أم	أب
أم		ابن
	أم	
ميت		

ففي هذا المثال أبو أبي أم وأم أبي أم وأبو أم أم ، والأولان ينتسبان بغير وارث وهو أبو الأم ، والثالث ينتسب بوارث وهو أم الأم ، فبعضهم يرى تقديم من انتسب بوارث كما تقدم لك ، وحيثيذ لا قسمة ، بل يأخذ الكل أبو أم الأم والبعض يشرك الكل في الميراث .

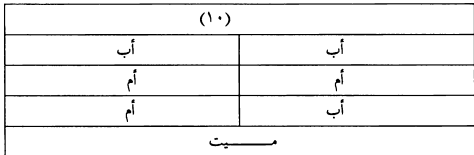
فيقسم على مذهب محمد على أول درجة وقع فيها الخلاف وهي الدرجة الثانية : فيأخذ المذكر اثنين ، والأنثى واحدًا ، ثم يقسم نصيب المذكر على أصله ، ويعطي نصيب الأنثى إلى أبيها ، أو كان الكل لا يدلي بوارث كما في مثال (٩) .



ففي هذا المثال أبو أبي أبي أم ، وأم أبي أبي أم ، وأبو أم أبي أم ، وكلهم ينتسبون بغير وارث كما يظهر لك بالتأمل . فالمسألة فيها من خمسة على مذهب أبي يوسف ؛ لأنه يقسم على الأصول الموجودة ، وهما مذكران ومؤنث : فيأخذ كل من المذكورين اثنين ، وتأخذ الأنثى واحداً .

ومن ثلاثة على مذهب محمد ؛ لأن القسمة على أول درجة حصل فيها الاختلاف ، وهي هنا الدرجة الثالثة ، ثم يعطي نصيب كل إلى أصله

٤٢٩٥ - وإن اختلف حيز القرابة بأن كان بعضهم من جانب الأب ، والبعض الآخر من جهة الأم ؛ فالثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم . ثم ما أصاب قرابة الأب يقسم بينهم على أول درجة وقع فيها الاختلاف ، ومثله ما أصاب قرابة الأم كما في المثال (١٠) .



ففي هذا المثال أبو أم أم أب وأبو أم أم ، وقرابة الأول من جهة الأب ؛ لأن المباشر للميت من جهته مذكر وقرابة الثاني من جهة الأم ، فيأخذ الأول الثلثين والثاني الثلث كأنه مات عن أب وأم .

٤٢٩٦ - ولا يخفى عليك بعد كل ما تقدم فهم أي مثال يرد عليك على أي المذهبين شئت .

٤٢٩٧ - وحاصل ما تقدم : بطريق الاختصار أنه إذا وجدت جملة أشخاص من الصنف الثاني ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : الاختلاف في الدرجة .

الثاني : الاتحاد في الدرجة .

فإن كان الأول : قدم الأقرب اتفاقاً .

وإن كان الثاني : فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول : أن يكون بعضهم مدلياً بوارث والبعض الآخر مدلياً بغير وارث .

الثاني : أن يكون الكل مدلياً بوارث .

الثالث : أن يكون الكل مدلياً بغير وارث .

فإن كان الأول : فبعضهم يقدم المنتسب بوارث على غيره ، وبعضهم يجعل الكل مستحقاً .

وإن كان الثاني أو الثالث : فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : اتحاد جهة القرابة .

الثاني : اختلاف جهة القرابة .

٤٢٩٨ - فإن اتحدت جهة القرابة ، ففيه أمران :

الأول : اتفاق صفة من ينتسبون به في الذكورة والأنوثة .

الثاني : اختلاف تلك الصفة .

٤٢٩٩ - فإن اتفقت الصفة ، اعتبرت أبدان الأصول الموجودة معنا اتفاقاً .

٤٣٠٠ - وإن اختلفت الصفة ، فأبو يوسف يقسم على الأصول الموجودة معنا ولا

ينظر إلى اختلاف الفروع ، ومحمد يقسم على أول درجة وقع فيها الخلاف بالذكورة والأنوثة ، ويعطي نصيب كل فرع لأصله .

٤٣٠١ - وإن اختلفت جهة القرابة ، فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، كأنه

مات عن أب وأم ، ثم ما أصاب قرابة الأب يقسم بينهم على أول درجة وقع فيها الاختلاف ، ومثله ما أصاب قرابة الأم على مذهب محمد رحمته الله ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : « الصنف الثاني من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى =

(مادة ٦٤٤)

الصنف الثالث : وهم أولاد الأَخَوَاتِ مُطْلَقًا ، وَبَنَاتُ الإِخْوَةِ مُطْلَقًا ، وَبَنُو الإِخْوَةِ لِأُمِّ ، الْحَكْمُ فِيهِمْ كَالْحَكْمِ فِي الصَّنْفِ الْأَوَّلِ ، أَعْنِي : أَوْلَاهُمْ بِالْمِيرَاثِ أَقْرَبُهُمْ إِلَى الْمَيِّتِ دَرَجَةً وَلَوْ أُنْتَى ، فَبِنْتُ الْأَخْتِ أَوْلَى مِنْ ابْنِ بِنْتِ الْأَخِ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ .

فَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الْقُرْبِ ، فَوَلَدُ الْعَصْبَةِ أَوْلَى مِنْ وَلَدِ ذِي الرَّجْمِ ، كَبِنْتِ ابْنِ أَخٍ وَابْنِ بِنْتِ أَخٍ كِلَاهُمَا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَوْ أَحَدَهُمَا لِأَبَوَيْنِ وَالْآخَرُ لِأَبٍ ، أَمَّا كُلُّ لِيْنَتِ ابْنِ أَخٍ لِأَنَّهَا وَلَدُ الْعَصْبَةِ .

وَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الْقُرْبِ ، وَلَيْسَ فِيهِمْ وَلَدُ الْعَصْبَةِ ، كَبِنْتِ الْأَخِ وَابْنِ بِنْتِ الْأَخِ ، أَوْ كَانَ كُلُّهُمْ أَوْلَادَ الْعَصْبَاتِ كَبِنْتِي ابْنِي الْأَخِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ، أَوْ بَعْضُهُمْ أَوْلَادَ الْعَصْبَاتِ وَبَعْضُهُمْ أَوْلَادَ أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ كَبِنْتِ أَخٍ لِأَبَوَيْنِ ، أَوْ لِأَبٍ وَبِنْتِ أَخٍ لِأُمِّ ، أَوْ كَانَ كُلُّهُمْ أَصْحَابَ فَرَائِضَ كَبَنَاتِ أَخَوَاتٍ مُتَّفِرِّقَاتٍ ، يُقْسَمُ الْمَالُ عَلَى الْأَصُولِ ، أَيْ : الإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ مَعَ اعْتِبَارِ عَدَدِ الْقُرُوعِ وَالْجِهَاتِ فِي الْأَصُولِ ، فَمَا أَصَابَ كُلَّ فَرِيقٍ يُقْسَمُ بَيْنَ

= الميِّتِ دَرَجَةً فَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الدَّرَجَةِ قَدِمَ مَنْ كَانَ يَدْلِي بِصَاحِبِ فَرَضٍ ، وَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الدَّرَجَةِ وَلَيْسَ فِيهِمْ مَنْ يَدْلِي بِصَاحِبِ فَرَضٍ أَوْ كَانُوا كُلَّهُمْ يَدْلُونَ بِصَاحِبِ فَرَضٍ فَإِنْ اتَّحَدُوا فِي حَيْزِ الْقَرَابَةِ اشْتَرَكُوا فِي الْإِرْثِ ، وَإِنْ ائْتَفَقُوا فِي الْحَيْزِ فَالْثَلَاثَانَ لِقَرَابَةِ الْأَبِ وَالثَّلَاثَةَ لِقَرَابَةِ الْأُمِّ .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٢) : ١ - الصنف الثاني من ذوي الأرحام يقدم أيضًا منهم الأقرب درجة ثم من يدلي بصاحب فرض كما في الصنف الأول .

٢ - إذا تساوا درجة وإدلاءً ينظر :

أ - إن كانوا جميعًا من جانب الأب أو من جانب الأم اشتركوا في الميراث .

ب - إن اختلف جانبهم فالثلاثان لِقَرَابَةِ الْأَبِ وَالثَّلَاثَةَ لِقَرَابَةِ الْأُمِّ .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٧) يكون ترتيب ميراث الصنف الثاني من ذوي الأرحام على النحو الآتي :

أ - أَوْلَى الصَّنْفِ الثَّانِي مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ بِالْمِيرَاثِ أَقْرَبُهُمْ دَرَجَةً إِلَى الْمُتَوَفَى .

ب - إذا تساوى الصنف الثاني من ذوي الأرحام :

١ - في الدرجة والقربة ، فيقسم الميراث بينهم بالتساوي ، إن كانوا ذكورًا فقط ، أو إناثًا فقط ، وإن كانوا ذكورًا وإناثًا ، فللذكر مثل حظ الأنثيين .

٢ - في الدرجة ، واختلفوا في القربة ، بأن كان بعضهم من جهة الأب ، وبعضهم من جهة الأم ، فتقسم التركة بينهم أثلاثًا ، الثلثان لِقَرَابَةِ الْأَبِ ، وَالثَّلَاثَةَ لِقَرَابَةِ الْأُمِّ .

المادة (٣٠٨) لا اعتبار لتعدد جهات القربة في وارث من ذوي الأرحام ، إلا عند اختلاف الجانب .

فُزوعِهِ كَمَا فِي الصَّنْفِ الْأَوَّلِ (١) .

• • •

٤٣٠٢ - وإن وجدت جملة أشخاص من الصنف الثالث ؛ وهو أولاد الأخوات مطلقًا ، وبنات الأخوة مطلقًا ، وبنو الأخوة لأم ؛ فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأول : تفاوت الدرجة .

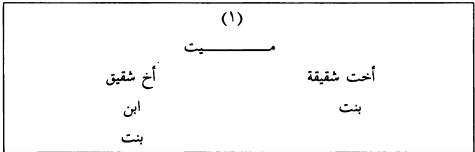
الثاني : اتحاد الدرجة .

(١) قول الحنفية : جاء في الفتاوى الهندية (٤٦١/٦ ، ٤٦٢) : « والصنف الثالث (وهو ثلاثة أنواع : الأول : بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأم وأولادهم . والثاني : بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأولادهم . والثالث : أولاد الإخوة والأخوات لأم وأولادهم ، فإن كانوا من النوع الأول أو الثاني فهم كالصنف الأول في تساوي الدرجة والقرب والإدلاء بوراث والقسمة ، وإن اختلفوا في ذلك فعند أبي يوسف رحمته يعتبر الأبدان ، وعند محمد رحمته يعتبر الأبدان ووصف الأصول ، كذا في الاختيار شرح المختار .

(مثاله) بنت الأخت أولى من بنت بنت الأخت ؛ لأنها أقرب . بنت ابن الأخ أولى من بنت بنت الأخ ؛ لأنها ولد الوارث . بنت أخت وابن أخت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين . بنت ابن أخ وابن بنت أخ وبنت بنت أخت فعند أبي يوسف رحمته يعتبر الأبدان وعند محمد رحمته خمس المال لبنت بنت الأخت وثلاث أربعة الأحماس لابن بنت الأخ وثلث أربعة الأحماس لبنت ابن الأخ . ابن أخت لأب وأم وبنت أخ لأب وأم ، فأبو يوسف رحمته يعتبر الأبدان دون الأصول ، فعنده ثلث المال لبنت الأخ لأب وأم وثلاث لابن الأخت لأب وأم ، والكلام في أولاد الأخوات والإخوة لأب كالكلام في الفريق الأول عند عدمهم ، كذا في خزانة المفتين وإن كانوا من النوع الثالث ؛ فالمال بينهم بالسوية ذكورهم وإناثهم فيه سواء اعتبارًا بأصولهم ولا خلاف فيه إلا ما روي شاذًا عن أبي يوسف رحمته أنه يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كانوا من الأنواع وتساوا في الدرجة فالمدلي بوراث أولى ثم عند أبي يوسف رحمته من كان منهم لأب وأم أولى ، ثم لأب ثم لأم ، وعند محمد رحمته يقسم المال على أصولهم وينتقل نصيب كل أصل إلى فرعه .

(مثاله) ثلاث بنات أخوات متفرقات ، عند أبي يوسف رحمته : المال كله لبنت الأخت لأبوين ، وعند محمد رحمته : لها ثلاثة أحماس ، ولبنت الأخت من الأب خمس ، ولبنت الأخت لأم خمس ، لاعتبار الأصول فرضًا وردًا . ثلاث بنات إخوة متفرقين ، عند أبي يوسف رحمته : كل المال لبنت الأخ من الأبوين ، وعند محمد رحمته : لبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأبوين . بنت أخت لأب ، وبنت أخت لأم : المال للأولى عند أبي يوسف رحمته ؛ لأنها أقوى ، وعند محمد رحمته : لها ثلاثة أرباع ، وللأخرى الربع فرضًا وردًا اعتبارًا بالأصول . ابنة أخت لأبوين ، وبنت أخت لأم ، عند أبي يوسف رحمته : المال للأبوين ، وعند محمد رحمته : ابنة أخت كأختين ؛ فيقسم المال بينهما على خمسة (وأولاد هؤلاء كأصولهم) المدلي بوراث أولى إذا استورا . مثاله : ابن ابن أخ لأم ، وابن بنت أخ لأبوين ، وبنت ابن أخ لأب : المال للبنت ؛ لأنها تدلي بوراث ، كذا في الاختيار شرح المختار ، وينظر تعليقنا على مادة (٦٣٧) .

فإن كان الأول : قدم الأقرب اتفاقاً كما في مثال (١) .



ففيه بنت أخت شقيقة وبنت ابن أخ شقيق ، والأولى بينهما وبين المتوفى درجة واحدة وهي أمها ؛ فتقدم على بنت ابن الأخ الشقيق ؛ لأن بينها وبين المتوفى درجتين وهما أبوها وجدها ، وقس على هذا المثال غيره .

وإن كان الثاني وهو اتحاد الدرجة ، ففيه أمران :

الأول : أن يكون بعضهم ولد عصبية ، وبعضهم ولد ذي رحم كبنت ابن أخ لأب مع ابن ابن أخ لأم .

الثاني : ألا يكون كذلك وهو يشمل خمس صور :

الأولى : أن يكون الكل أولاد عصابات كبنت أخ شقيق مع بنت أخ لأب .

الثانية : أن يكون الكل أولاد أصحاب فروض كبنات أخوات متفرقات .

الثالثة : أن يكون الكل أولاد ذي رحم ؛ كبنت ابن أخ لأم مع ابن بنت أخت لأب .

الرابعة : أن يكون بعضهم أولاد عصابات ، وبعضهم أولاد أصحاب فروض كبنت

أخ شقيق مع بنت أخت شقيقة .

الخامسة : أن يكون بعضهم أولاد أصحاب فروض ، وبعضهم أولاد ذي رحم ،

وهذه لا يتأتى لها مثال في الخارج كما يظهر لك بالتأمل .

فإن كان الأول : قدم ولد العصبية على ولد ذي الرحم اتفاقاً كما في مثال (٢) .

(٣)

مـــــيت

أخ لأب

أخ شقيق

ابن

ابن

بنت

بنت

٤٣٠٧ - وجدت أنه لا اختلاف في الأصول ولا في الفروع من حيث الذكورة والأنوثة ؛ لأن فيه بنت ابن أخ شقيق وبنت ابن أخ لأب والكل أولاد عصبه ، فتأخذ الأولى كل المال اتفاقاً .

أما عند أبي يوسف ؛ فلأنها أقوى إذا أصلها أخ لأبوين وهو أقوى من الأخ لأب .
وأما عند محمد ؛ فلأنه عند قسمة المال على الأصول يحجب الأخ الشقيق الأخ لأب فتعطى كل التركة لفرعه .

٤٣٠٨ - وإذا نظرت في مثال (٤) وجدت الأصول متحدة في القوة ومختلفة بالذكورة والأنوثة .

(٤)

مـــــيت

أخت شقيقة

أخ شقيق

بنت - ابن

بنت

فعلى مذهب أبي يوسف أقسم المال أرباعاً ؛ لأن الفروع بنتان وابن وهو كبتين فيأخذ النصف وكل من البنتين تأخذ ربعاً .

على مذهب محمد أقسم المال على الأصول أنصافاً ؛ لأن الأخت الشقيقة كأختين لتعدد فرعها ، ثم أقسم النصف الذي أخذته الشقيقة بين ولديها أثلاثاً للمذكر ضعف ما للأنثى .

٤٣٠٩ - وإذا نظرت في مثال (٥) وجدت الاختلاف بالفرضية فقط ، فإن فيه ابن أخت لأب مع ابن أخت لأم .

مـ

أخت لأم

أخت لأب

ابن

ابن

فعلى مذهب أبي يوسف أعط كل المال لابن الأخت لأب ؛ لأنه أقوى من ابن الأخ لأم .

وعلى مذهب محمد أعط الأخت لأب النصف ، والأخت لأم السدس ، ورد الباقي عليهما بعدد السهام ، فالمسألة من ستة وترد إلى أربعة ؛ لكون الفروض نصفًا وسدسًا ومجموعهما أربعة أسداس ؛ فللأخت لأب ثلاثة ، وللأخت لأم واحد ، ثم يدفع نصيب كل إلى فرعه .

ومثل هذه المسألة بنت بنت أخت لأبوين ، وبنت بنت أخت لأم .

٤٣١٠ - وإذا نظرت في مثال (٦) وجدت فيه بنت أخ شقيق وابن وبنت أخت شقيقة وبنت أخ لأب وابن وبنت أخت لأب ؛ وبنت أخ لأم وابن وبنت أخت لأم .

(٦)

مـ

أخ شقيق أخت شقيقة أخ لأب أخت لأب أخ لأم أخت لأم

٤٣١١ - فعند أبي يوسف اقسام كل المال أرباعًا بين فروع الأخ الشقيق والأخت الشقيقة لقوة قرابتهما ؛ لأن الابن يبتن فيعطى الابن نصفًا وكل من البنتين ربعًا . فإذا فرض أنه لم يكن في هذا المثال إلا أولاد الأخ لأب والأخت لأب مع أولاد الأخ لأم والأخت لأم ، فأعط كل التركة لأولاد الأخ والأخت لأب ؛ لأنهم أقوى في القرابة من أولاد الأخ والأخت لأم فقسمة بينهم أرباعًا .

وعند محمد اقسام المال على الأصول مع اعتبار عدد الفروع والجهات في الأصول ، وأعط نصيب كل أصل لفرعه . وبناء على هذا : يعطى للأخ والأخت لأم الثلث ، ويعطى للأخ الشقيق والأخت الشقيقة الثلثان بالتعصيب ، ولا يعطى للأخ والأخت لأب شيء ؛ لأنهما محجوبان بالأخ الشقيق .

فإذا اعتبرت تعدد الفروع في الأخت لأم ، صارت كأختين لأم : فتأخذ ثلثي ثلث المال ، ويقسم بين ابنتها وبنتها بالسوية ؛ لأن الإخوة والأخوات لأم لا يفضل فيهم

المذكر على المؤنث ، فكذا فروعهم والأخ لأم يأخذ ثلث الثلث ، فيعطي لبتته .
وإذا اعتبرت تعدد فروع الأخت الشقيقة ، صارت كأختين فتساوى أخاها ؛ فكل
يأخذ نصف ما استحقاه ، ويعطي لفرعه : فتأخذ بنت الأخ الشقيق نصيب أبيها ، وابن
وبنت الأخت الشقيقة نصيب أمهما للمذكر ضعف ما للمؤنث .

٤٣١٢ - وإذا نظرت في مثال (٧) وجدت فيه ابن بنت أخ لأب وبنتي ابن أخت
لأب وهما أيضًا بنتا بنت أخت شقيقة وبنت ابن أخت لأم .

مـm			
أخ لأب	أخ لأب	أخت شقيقة	أخت لأم
بنت	ابن	بنت	ابن
ابن	بنتي		بنت

فأبو يوسف يعطي كل المال لبتتي بنت الأخت لأبوين اللتين هما بنتا ابن الأخت
لأب ؛ لقوتهما في القرابة .

ومحمد يقسم المال على الإخوة والأخوات ؛ فيعطي للأخت لأم السدس ، وللأخت
لأبوين الثلثين ؛ لأنهما كأختين لتعدد فرعها ، والباقي للأخت والأخ لأب بطريق التعصيب ،
فالمسألة من ستة : واحد للأخت لأم ، وأربعة للشقيقة ، والباقي وهو واحد للأخت لأب مع
الأخ لأب مناصفة ؛ لأن الأخت ساوت أخاها لتعدد فرعها ، ويعطي نصيب كل أصل لفرعه .

٤٣١٣ - واعلم أنهم لا يجعلون الذكورة طائفة والإناث طائفة في مثل هذا المثال ،
سواء كان ذلك في الأصول أو في الفروع ، وسبب ذلك : اختلاف أصولهم في
الاستحقاق ، وحيثئذ فتجعل كل واحدة من الأصول طائفة على حدة ، ويدفع نصيبها
لآخر فروعها كما جعل الأخ لأب طائفة وجعل نصيبه لآخر فروع .

٤٣١٤ - وهذا بخلاف الصنف الأول وأولاد الصنف الرابع ، فإن الاختلاف فيها
لا يكون إلا بالذكورة والأنوثة ، فمتى وجدت الإناث مع الذكور تجعل الإناث طائفة
والذكور طائفة أخرى ؛ لاستواء أفراد كل طائفة في الاستحقاق .

ولهذا لو اتحدت أصول هذا الصنف في الاستحقاق ؛ بأن كان كل الذكور والإناث
في قوة واحدة ، جرينا على ما جرينا عليه في الصنف الأول من جعل الذكور طائفة
والإناث طائفة أخرى كما في مثال (٨) .

مــيت			
أخ شقيق	أخ شقيق	أخت شقيقة	أخت شقيقة
بنت	بنت	ابن	ابن
ابن	ابنتي	ابن	بنت

فالمذكورون فيه تساووا في الاستحقاق ، وكذا الإناث ؛ فيقسم على الإخوة والأخوات لكونهم أول درجة وقع فيها الخلاف بالذكورة والأنوثة باعتبار عدد الفروع في الأصول ، فالمسألة من ثمانية : فيعطى الأخ ذو الفرع الواحد اثنين ، ويعطى للأخ الذي فرعه متعدد أربعة ، ويعطى لكل واحدة من الأختين واحد ، ثم تجعل الذكورة طائفة وتدفع نصيبهم لآخر فروعهم لاتحاد أولادهم في الأنوثة ، فتأخذ كل بنت اثنين ، وتجعل الإناث طائفة أخرى وتقسم نصيبهما وهو اثنان على فروعهما في الدرجة الثانية لحصول الاختلاف فيها بالذكورة والأنوثة ، وفيه بنت وابن ، فيأخذ الابن ضعف البنت ، ثم يعطي نصيب كل لفرعه ، وحينئذ تأخذ بنت ابن الأخت الشقيقة ضعف ابن بنت الأخت الثانية .

ولو جعلنا القسمة على الإخوة والأخوات ، ودفعنا ما أصاب كلاً منهم إلى فرعه أخذ الابن مثل البنت ولو قسمنا على مذهب أبي يوسف أخذ الابن ضعف ما للبنت ^(١) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية المصري : (٣٤) الصنف الثالث من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة فإن استووا في الدرجة وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولد ذي الرحم والأقدم أقوامهم قرابة للميت ، فمن كان أصله لأبوين فهو أولى بمن كان أصله لأب ، ومن كان أصله لأب فهو أولى ممن كان أصله لأم .

فإن اتحدوا في الدرجة وقوة القرابة اشتهروا في الإرث . في الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة (٣١) إذا انفرد فريق الأب وهم أعمام الميت لأم وعماته ، أو فريق الأم وهم أخواله وخالاته قدم أقوامهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساووا في القرابة اشتهروا في الإرث .

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٣) : ١ - الصنف الثالث من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أيضاً أقربهم درجة إلى الميت .

٢ - إن استووا في الدرجة قدم ولد العصبة على ولد ذي الرحم .

٣ - إن كانوا جميعاً أولاد عصابات أو أولاد أرحام قدم الأقوى قرابة ، فمن كان أصله لأبوين يحجب من كان أصله لأحدهما فقط ، ومن كان أصله لأب يحجب من كان أصله لأم .

(مادة ٦٤٥)

الصَّنْفُ الرَّابِعُ : وَهْمُ الَّذِينَ يَنْتُمُونَ إِلَى جَدِّي أَيْتِي أَوْ جَدَّتِي ؛ وَهْمُ : الْعَمَّاتُ عَلَى الإِطْلَاقِ ، وَالْأَعْمَامُ لِأُمِّ ، وَالْأَخْوَالُ وَالْحَالَاتُ مُطْلَقًا إِذَا اجْتَمَعُوا ، وَكَانَ حَيْزُ قَرَابَتِهِمْ مُتَّحِدًا بِأَنْ يَكُونَ الْكُلُّ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ؛ كَالْعَمَّاتِ وَالْأَعْمَامِ لِأُمِّ ؛ فَإِنَّهُمْ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ وَالْأَخْوَالِ وَالْحَالَاتِ ، فَإِنَّهُمْ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ ، فَلِأَقْوَى مِنْهُمْ فِي الْقَرَابَةِ أَوْلَى ؛ أَعْصِي : مَنْ كَانَ لِأَبَوَيْنِ أَوْلَى يُؤْنِ كَانَ لِأَبٍ ، وَمَنْ كَانَ لِأَبٍ أَوْلَى يُؤْنِ كَانَ لِأُمِّ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا . وَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، وَاسْتَوَتْ قَرَابَتُهُمْ فِي الْقُوَّةِ ؛ فَلِلذَكَرِ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثَيَيْنِ ؛ كَعَمِّ وَعَمَّةٍ كِلَاهُمَا لِأُمِّ أَوْ خَالٍ وَخَالَةٍ كِلَاهُمَا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ أَوْ لِأُمِّ .

وَإِنْ كَانَ حَيْزُ قَرَابَتِهِمْ مُخْتَلِفًا ؛ فَلَا اعْتِبَارَ لِقُوَّةِ الْقَرَابَةِ ؛ وَيَكُونُ الثَّلَاثَانِ لِقَرَابَةِ الْأَبِ وَالثَّلَاثُ لِقَرَابَةِ الْأُمِّ ؛ كَعَمَّةٍ لِأَبٍ وَأُمِّ وَخَالَةٍ لِأُمِّ . ثُمَّ مَا أَصَابَ كُلَّ فَرِيقٍ مِنْ قَرَابَتِي الْأَبِ وَالْأُمِّ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ كَمَا لَوْ اتَّحَدَ حَيْزُ قَرَابَتِهِمْ (١) .

• • •

٤ - فإن استوا في قوة القرابة أيضًا اشتركوا في الإرث .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣٠٩) يكون ترتيب ميراث الصنف الثالث من ذوي الأرحام على النحو الآتي :

أ - أولى الصنف الثالث من ذوي الأرحام بالميراث أقربهم درجة إلى المتوفى .

ب - إذا تساوى الصنف الثالث من ذوي الأرحام في الدرجة :

١ - وكان بعضهم يدلي بعاصب وبعضهم يدلي بذي رحم ، فيقدم من يدلي بعاصب على من يدلي بذي رحم .

٢ - وفي الإدلاء ، أولاهم بالميراث أقواهم قرابة .

٣ - وفي الإدلاء وقوة القرابة ، فيشتركون في الميراث ، وتقسّم التركة بينهم بالسوية ، إن كانوا ذكورًا ، أو إناثًا فقط ، وإن كانوا ذكورًا وإناثًا ، فللذكر مثل حظ الأنثيين .

(١) قول الحنفية : جاء في (٤٦٣/٦ ، ٤٦٤) : (الصنف الرابع) إذا انفرد واحد منهم استحق كل المال وهذا الحكم يتأني في جميع الأصناف ، وإن اجتمعوا وكان حيز قرابتهم متحدًا بأن كان الكل من جنس واحد فالأقوى أولى بالإجماع أي من كان لأب وأم أولى ممن كان لأب ومن كان لأب أولى ممن كان لأم ذكورًا كانوا أو إناثًا ، كذا في الكافي . ثم ولد الوارث أولى ، فإن كان أحدهما ولد الوارث غير أنه ذو قرابة واحدة والآخر ولد ذي الرحم لكن ذا قرابتين ، الصحيح أن ذا قرابتين أولى . مثاله : بنت ابن عم لأب وابن ابن عمه لأب وأم فالثاني أولى ، كذا في خزانة المفتين . وإن كانوا ذكورًا وإناثًا واستوت قرابتهم ؛ فللذكر مثل =

حظ الأثنين ؛ كعم وعمة كلاهما لأم أو خال وخالة كلاهما لأب وأم أو لأب أو لأم ، وإن كان حيز قرابتهم مختلفاً كعمة لأب وأم وخالة لأم ، أو خال لأب وأم وعمة لأم ، فالثلثان لقرابة الأب ، وهو نصيب الأب ، والثلث لقرابة الأم وهو نصيب الأم . (وكذا في أولادهم) أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت من أي جهة كان وإن استورا في القرب وكان حيز قرابتهم متحداً فولد العصبة أولى كينت العم وابن العمّة كلاهما لأب وأم أو لأب ؛ فالمال كله لبيت العم . وإن كان أحدهما لأب وأم والآخر لأب المال كله لمن له قوة القرابة .
 بيانه : ثلاث عمات عمّة لأب وأم وعمّة لأب وعمّة لأم ، وثلاث خالات : خالة لأب وأم ، وخالة لأب ، وخالة لأم . فثالثا المال للعمات ؛ كله للعمّة لأب وأم لقوة القرابة ، وثالثا المال للخالات كله للخالة لأب وأم لقوة القرابة . خالة لأب وأم ، وخال لأب وأم ، وعمّة لأب وأم ، وعمّة لأب وعمّة التي لأب وأم ؛ لقوة القرابة وثله بين الخال والحالة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وتصح من تسعة بنت الخال لأب وأم وبنت العمّة لأم : فثالثا المال لبيت العمّة ، والثالث لبيت الخال . بنت خالة لأب وأم وبنت عم لأم : فالثالثان لبيت العم لأم ، والثالث لبيت الحالة . بنت عم لأب وأم وبنت عمّة لأب وأم : فالمال كله لبيت العم ؛ لأنها ولد العصبة . بنت عمّة لأب وبنت عمّة لأب وأم : فالمال كله لبيت العمّة لأب وأم لقوة القرابة . بنت خالة لأب وأم وبنت خال لأب : فالمال كله لبيت الحالة لقوة القرابة ، كذا في الكافي .

قال ﷺ : اعلم بأن الأقرب من أولاد العمات والأخوال والحالات مقدم على الأبعد في الاستحقاق ، سواء اتحدت الجهة أو اختلفت والتفاوت بالقرب بالتفاوت في البطون ، فمن يكون منهم ذا بطن واحد فهو أقرب ممن يكون ذا بطنين ، وذو البطنين أقرب من ذي ثلاثة بطون ، وبيانه : فيما إذا ترك بنت خالة وبنت بنت خالة ، أو بنت ابن خالة ، أو ابن ابن خالة : فالميراث لبيت الحالة ؛ لأنها أقرب بدرجة . وكذلك إن ترك بنت عمّة وبنت بنت خالة : فبنت بنت خالة ؛ لأنها أقرب بدرجة ، وإن كانا من جهتين مختلفتين . وإن ترك بنات العمّة مع ابنة خالة واحدة : فليبات العمّة الثلثان ، ولابنة الحالة الثلث .

وإن كان بعض هؤلاء ذوي قرابتين وبعضهم ذوي قرابة واحدة ؛ فعند اختلاف الجهة لا يقع الترجيح بهذا وعند اتحاد الجهة الذي لأب أولى من الذي لأم ذكراً كان أو أنثى . بيانه : فيما إذا ترك ثلاث بنات عمات متفرقات : فإن المال كله لابنة العمّة لأب وأم ، وكذلك ثلاث بنات خالات متفرقات ، فإن ترك ابنة خالة لأب وأم وابنة عمّة لأب وأم : فلابنة العمّة الثلثان ، ولابنة الحالة الثلث . وكذلك إن كان أحدهما ولد عصبية أو ولد صاحب فرض فعند اتحاد الجهة يقدم ولد العصبية وصاحب الفرض ، وعند اختلاف الجهة لا يقع الترجيح بهذا بل تعتبر المساواة في الاتصال بالميت بيانه : فيما إذا ترك ابنة عم لأب وأم أو لأب وابنة عمّة : فالمال كله لابنة العم ؛ لأنها ولد عصبية .

ولو ترك ابنة عم وابنة خال أو خالة فلابنة العم الثلثان ولابنة الخال أو الحالة الثلث ؛ لأن الجهة مختلفة هنا ولا يرجح أحدهما بكونه ولد عصبية ، وهذا في رواية ابن أبي عمير عن أبي يوسف رحمتهما : فأما في ظاهر المذهب : ولد العصبية أولى سواء اختلفت الجهة أو اتحدت ؛ لأن ولد العصبية أقرب اتصالاً بوارث الميت ، فكأنه أقرب اتصالاً بالميت ، فإن كان قوم من هؤلاء من قبل الأم من بنات الأخوال أو الحالات وقوم من قبل الأب من بنات العمات والأعمام لأم . فالمال مقسوم بين الفريقين أثلاثاً سواء كان من كل جانب ذو قرابتين =

٤٣١٥ - وإن وجدت جملة أشخاص من الصنف الرابع ، فلا يتأتى فيه اختلاف الدرجة أصلاً ، بل درجة الكل متحدة ، ولكن فيه أمران :

الأول : اتحاد حيز القرابة بأن تكون قرابة الكل من جانب الأب ؛ وهم الأعمام لأُم والعمات مطلقاً ، أو من جانب الأم وهم الأخوال والحالات مطلقاً .

= أو من أحد الجانبين ذو قرابة واحدة ، ثم ما أصاب كل فريق فيما بينهم يترجح جهة ذي القرابتين على ذي قرابة واحدة ، وكذلك يترجح فيه من كانت قرابته لأب على من كانت قرابته لأُم ، فإن استووا في القرابة ؛ فالقسمة بينهم على الأبدان في قول أبي يوسف الآخر ، وعلى أول من يقع الخلاف به من الآباء في قول أبي يوسف الأول ، وهو قول محمد رحمته ؛ بيانه : فيما إذا ترك ابن خالة وابنة خالة : فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان ؛ لأن الآباء قد اتفقت . فإن ترك ابنة خال وابن خالة : فعلى قول أبي يوسف رحمته الآخر : لابن الحالة الثلثان ، ولابنة الخال الثلث ، وعلى قول محمد رحمته على عكس هذا . ولو ترك ابن عمه وابنة عمه : فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين . ولو ترك ابن عمه وابنة عمه ، فإن كانت ابنة عم لأب وأم أو لأب فهي أولى ؛ لأنها ولد عصبية وابن العمه ليس بولد عصبية . وإن كانت بنت عم لأُم : فعلى قول أبي يوسف رحمته الآخر : المال بينهما أثلاثاً على الأبدان : لابن العمه الثلثان ، ولبنت العم الثلث ، وعند محمد رحمته على عكس ذلك باعتبار الآباء . وهذا إذا كان ابن العمه لأُم ، فأما إذا كان ابن عمه لأب وأم : فهو أولى بجميع المال ؛ لأنه ذو قرابتين ، وكذلك إذا كان ابن عمه لأب ؛ لأن إدلاءه بقرابة الأب وفي استحقاق معنى العصبية تقدم قرابة الأب على قرابة الأم .

فإن ترك الميت خالة للأُم أو خالاً للأُم : فالمرث له إن لم يكن معه غيره ، وإن تركهما جميعاً : فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين أثلاثاً باعتبار الأبدان ، فإن ترك خالة للأُم وعمه للأُم : فقد ذكر أبو سليمان من أصحابنا أن المال بينهما أثلاثاً ثلثاه للعمه ، والثلث للخالة ، ثم على ظاهر الرواية يستوي أن يكون لهما قرابتان أو يكون لإحدهما قرابتان وللأخرى قرابة واحدة ، فإن ترك عمه الأب وعم الأب : فالمال كله لعم الأب إن كان لأب وأم أو لأب ؛ لأنه عصبية .

وإن كان لأُم : فالمال بينهما أثلاثاً على الأبدان في قول أبي يوسف رحمته الآخر ، وعلى المدلي به في قوله الأول ، وهو قول محمد رحمته . وإن كان هناك عمه الأب وخالة الأب : فعلى رواية أبي سليمان : المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين . فإن اجتمع الفريقان - يعني عمه الأب وخالة الأب وعمه الأم وخالة الأم - : فلقوم الأب الثلثان ، ولقوم الأم الثلث ، ثم قسمة كل فريق بين كل فريق في هذا الفصل كقسمة جميع المال فيما تقدم ، ولا يختلف الجواب يكون أحدهما ذا قرابتين والأخر ذا قرابة واحدة في القسمة عند اختلاف الجهة لكن في نصيب كل فريق يترجح ذو قرابتين على نحو ما بينا في الفصل المتقدم . (والكلام في أولاد هؤلاء) بمنزلة الكلام في آبائهم ، ولكن عند انعدام الأصول ، فأما عند وجود واحد من الأصول فلا شيء للأولاد كما لا شيء لأحد من أولاد العمات والحالات عند بقاء عمه وخالة للميت ، ويتصور في هذا الجنس شخص له قرابتان . بيانه : في امرأة لها أخ لأُم وأخت لأب فتزوج أخوها لأُم أختها لأبيها فولد بينهما ولد ثم مات هذا الولد ؛ فهذه المرأة خالته لأب وهي أيضاً عمته لأُم ، كذا في المبسوط لشمس الأئمة السرخسي . وينظر تعليقتنا على مادة (٦٣٧) .

الثاني : اختلاف جهة القرابة بأن يكون الموجود من هذا الصنف بعضه من جانب الأب وبعضه من جانب الأم .

فإن كان الأول : ففيه أمران :

الأول : اختلافهم في القوة ؛ بأن كان بعضهم أصله لأبوين ، وبعضهم أصله لأب أو لأم .

الثاني : اتحادهم في قوة القرابة ؛ بأن يكون الكل لأبوين أو لأب أو لأم .

٤٣١٦ - فإن اختلفوا في القوة : قدم الأقوى . فمن كان أصله لأبوين قدم على من أصله لأب ، ومن كان أصله لأب قدم على من أصله لأم ؛ فإذا مات شخص من عمه شقيقة وعم لأب وعمه لأم ؛ كان المال كله للعممة الشقيقة لاتحاد حيز القرابة ؛ إذ الكل من جانب الأب وهي أقوى ممن معها ، ولو مات عن عمه لأب وعم لأم ، كان المال للعممة لأب لما ذكر .

ولو مات عن خال شقيق وخال لأب وخال لأم ؛ أخذ الخال الشقيق كل المال لاتحاد حيز القرابة ؛ إذ الكل من جانب الأم وهو أقوى ممن معه .

ولو مات عن خالة لأب وخال لأم ؛ قدمت الخالة لأب لقوتها .

٤٣١٧ - وإن اتحدوا في القوة اشتركوا في القسمة ، فإن كانوا ذكورًا أو إناثًا ؛ فبالنسائي ، وإن كانوا مختلطين فللمذكر ضعف الأنثى ؛ فإذا مات شخص عن ثلاثة أعمام لأم ، قسم المال بينهم أثلاثًا ؛ لاتحاد جهة القرابة وقوتهم واحدة .

وإذا مات عن عمتين شقيقتين ؛ قسم المال بينهما أنصافًا ؛ لما ذكر .

وإذا مات عن أربع عمات لأم ؛ قسم المال بينهن أرباعًا ؛ لما ذكر .

وإذا مات عن ثلاثة أحوال أشقاء أو لأب أو لأم ؛ قسم المال بينهم أثلاثًا ؛ لاتحاد جهة القرابة وقوتهم واحدة ، ومثلهم الخالات .

وإذا مات عن عم لأم وعمتين لأم أيضًا ؛ قسم المال بينهم أرباعًا ، للعم اثنان ، ولكل من العمتين واحد .

٤٣١٨ - وإذا مات عن خال شقيق وخالة شقيقة ؛ قسم المال بينهما أثلاثًا للخال الثلثان ، وللخالة الثلث ، وكذلك إذا كانا لأب أو لأم .

٤٣١٩ - وإن كان الثاني وهو اختلاف جهة القرابة ؛ فلا اعتبار هنا لقوة القرابة ؛ بل

نعطي الثلثين لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ثم نقسم الثلثين على قرابة الأب ، كما إذا اتحد حيز قرابتهم ، ونقسم الثلث على قرابة الأم كذلك ؛ أعني : أنه إذا كانت قرابة الأب التي أخذت الثلثين مختلفة في القوة استحق الأقوى الثلثين ، سواء كان واحداً أو متعدداً .
٤٣٢٠ - وإذا كانت متحدة في القوة ؛ اشتركوا في الثلثين على حسب ذكورتهم وأنوثتهم ، ويقسم الثلث الذي استحقته قرابة الأم على هذا المنوال كما في مثال (١) .

(١)			
مـــــيت			
عم لأم	خال لأم	خال لأم	عم لأم

ففي هذا المثال عم شقيقة وعم لأم وهما من قرابة الأب وخاله لأب وخال لأم وهما من قرابة الأم ، فيأخذ الأولان الثلثين ، والأخيران الثلث .

٤٣٢١ - وإن كانت العم الشقيقة أقوى الكل ؛ لما عرفت من أن القوة لا تعتبر إلا عند اتحاد جهة القرابة ، وبعد هذه القسمة تأخذ العم الشقيقة الثلثين ؛ لأنها أقوى من العم لأم ، وتأخذ الخالة لأب كل الثلث الذي أخذته قرابة الأم ؛ لأنها أقوى من الخال لأم وفي مثال (٢) .

(٢)			
مـــــيت			
عم لأم	خال شقيق	خال شقيق	عم لأم

عم شقيقة وعم لأم وخال شقيق وخاله شقيقة ، والأولان من جهة قرابة الأب والأخيران من جهة قرابة الأم ، فنعطي للأولين الثلثين وللآخرين الثلث ، ثم نقسم الثلثين اللذين أخذتهما قرابة الأب عليهما أثلاثاً للمذكر ضعف الأنثى ؛ لاتحادهما في القوة ، وكذلك الثلث الذي أخذته قرابة الأم .

ولما رأيت أن هذا الصنف في غاية السهولة لم أكرر فيه من الأمثلة ، وبعد معرفة القاعدة العمومية يسهل عليك تخريج أي مثال يرد من هذا الصنف عليها ، فلا حاجة إلى التطويل .

فمحصله : أنه إما أن يتحد حيز القرابة ، أو يختلف . فإن اتحد حيز القرابة : فإما أن يختلفوا في القوة ، أو يتحدوا . فإن اختلفوا في القوة : قدم الأقوى . وإن اتحدوا فيها ،

اشتركوا في القسمة على حسب الذكورة والأنوثة . وإن اختلفت جهة القرابة : فلا اعتبار لقوة القرابة ، بل تأخذ قرابة الأب الثلثين وقرابة الأم الثلث ، ثم يقسم نصيب كل فريق عليه كما لو اتحد حيز القرابة ^(١) .

أولاد الصنف الرابع

(مادة ٦٤٦)

أَوْلَادُ الصَّنْفِ الرَّابِعِ الْحَكْمُ فِيهِمْ كَالْحَكْمِ فِي الصَّنْفِ الْأَوَّلِ ؛ أَعْنِي : أَوْلَاهُمْ بِالْمِيرَاثِ أَقْرَبُهُمْ إِلَى الْمَيِّتِ دَرَجَةً مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَ .

فَإِنْ اشْتَرَوْا فِي الْقُرْبِ إِلَى الْمَيِّتِ ، وَكَانَ خَيْرُ قَرَابَتِهِمْ مُتَّحِدًا بِأَنْ تَكُونَ قَرَابَةُ الْكُلِّ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ أَوْ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ ، فَمَنْ كَانَ لَهُ قُوَّةُ الْقَرَابَةِ فَهُوَ أَوْلَى ؛ أَعْنِي : مَنْ كَانَ أَضْلُهُ لِأَبَوَيْنِ ، فَهُوَ أَوْلَى بِمَنْ كَانَ أَضْلُهُ لِأَبٍ .

فَإِنْ اشْتَرَوْا فِي الْقُرْبِ بِحَسَبِ الدَّرَجَةِ وَفِي الْقَرَابَةِ بِحَسَبِ الْقُوَّةِ ، وَكَانَ خَيْرُ قَرَابَتِهِمْ مُتَّحِدًا بِأَنْ كَانَ الْكُلُّ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ ؛ فَوَلَدُ الْعَصْبَةِ أَوْلَى ؛ كَبِنْتُ النِّعَمِ وَابْنُ الْعَمَةِ كِلَاهُمَا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ؛ الْمَالُ كُلُّهُ لِبِنْتِ النِّعَمِ ؛ لِأَنَّهَا وَلَدُ الْعَصْبَةِ .

وَإِنْ اشْتَرَوْا فِي الْقُرْبِ ، وَلَكِنْ اخْتَلَفَ خَيْرُ قَرَابَتِهِمْ بِأَنْ كَانَ بَعْضُهُمْ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ وَبَعْضُهُمْ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ ؛ فَلَا اغْتِيَابَ هُنَا لِقُوَّةِ الْقَرَابَةِ ، وَلَا لِوَلَدِ الْعَصْبَةِ ، وَيَكُونُ الثَّلَاثَانِ لِمَنْ يُذَلِّي بِقَرَابَةِ الْأَبِ ، وَالثَّلَاثُ لِمَنْ يُذَلِّي بِقَرَابَةِ الْأُمِّ ^(٢) .

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري : المادة (٢٩٥) : ١ - الطبقة الأولى من كل مرتبة من مراتب الصنف الرابع إذا وجد فيها متعددون وكانوا كلهم من جانب الأب فقط كالعلمات أو من جانب الأم فقط كالأخوال ، قدم الأقربى قرابة ، فالعمة لأبوين أو لأب تحجب العم لأم ، وكذا الحالة لأبوين تحجب الخال لأب . فإن كانوا متساوين في قوة القرابة اشتركوا في الإرث .

٢ - إذا كان بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم فالثلثان لفريق الأب والثلث لفريق الأم ، ثم يوزع نصيب كل فريق بين أفرادهم بحسب قوة القرابة على النحو المبين في الفقرة السابقة .

(٢) قول الحنفية : جاء في مجمع الأنهر (٧٦٥/٢ - ٧٦٨) : (ويرث) ذو الرحم (كما ترث العصبية عند عدم ذي السهم) وعدم العصبية إلا إذا كان ذو السهم أحد الزوجين فيرث معه بعد أخذ فرضه لعدم الرد عليه ، وإنما قيدنا بعدم العصبية ؛ لأنه لا يكفي بعدم ذي السهم فعلى هذا لو قيده لكان أصوب (فمن انفرد =

= منهم) فمنهم ليس بصلة انفرد بل بيان لمن (أحرز جميع المال) . كان عامة الصحابة أي أكثرهم رضي الله تعالى عنهم يرون توريث ذوي الأرحام وهو مذهبا . وقال زيد بن ثابت : لا ميراث لهم ويوضع المال في بيت المال ، وبه قال مالك والشافعي .

لنا : قوله تعالى : ﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ مِمَّنْهُمْ أَزْوَاجُ الَّذِينَ هُنَّ لَكُمْ بَنَاتٌ لَوْلَا أَنَّ مِيرَاثَهُمْ لَكُمْ كَرِهَ اللَّهُ لِعُقُوبِ الْفَاسِقِينَ ﴾ أي أولى بميراث بعض بالنقل ، وقال صلى الله تعالى عليه وسلم : « الخال وإرث من لا وارث له » وروي أن ثابت بن دحداح مات فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم لعاصم بن عدي : « هل تعرفون له فيكم نسباً ؟ فقال : إنه كان فينا غريباً فلا نعرف له إلا ابن أخت هو أبو لبابة بن عبد المنذر فجعل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ميراثه له » ؛ ولأن أصل القرابة سبب لاستحقاق الإرث على ما بيناه إلا أن هذه القرابة أبعد من سائر القرابات فتأخرت عنها ، والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه إلى بيت المال ، وكثير من أصحاب الشافعي منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا إلى توريث ذوي الأرحام ، وهو اختيار فقهاءهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف كما في التبيين (ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة) ؛ لأن إرثهم بطريق العصبية فيقدم الأقرب على الأبعد ومن له قوة القرابة على غيره في كل صنف كما في العصبات (ثم يكون الأصل وارثاً عند اتحاد الجهة) إذا استووا في الدرجة ، فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف كينت بنت الابن أولى من ابن البنت وابن بنت الابن أولى من ابن بنت البنت ؛ لأن الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه في استحقاق الإرث ، والمذلي بهجتين أولى كيني الأعيان مع بني العلات . (وإن اختلفت) جهة القرابة (فلقراءة الأب الثلثان ، ولقرابة الأم الثلث) ؛ لأن قرابة الأب أقوى فيكون لهم الثلثان ، والثلث لقرابة الأم .

مثاله : أبو أم الأب وأبو أم الأم ، وهذا لا يتصور في الفروع وإنما يتصور في الأصول والعصات والأخوال (ثم يعتبر الترجيح في كل فريق كما لو انفرد) يعني إذا كان لأبي الميت جدان من جهتين ، وكذلك لأمه : فلقوم الأب الثلثان ولقوم الأم الثلث ، ثم ما أصاب قوم الأب ثلثاه لقرابته من جهة أبيه ، وثلثه لقرابته من جهة أمه . وكذلك ما أصاب قوم الأم كما لو انفرد أيضاً . مثاله : أبو أم أبي الأب وأبو أم أبي الأم وأبو أم أبي الأم (وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الأنثيين) ؛ لأن الأصل في الموارث تفضيل الذكر على الأنثى ، وإنما ترك هذا الأصل في الإخوة والأخوات لأم للنص على خلاف القياس . (وتعتبر أبدان الفروع) المتساوية الدرجات (إن اتفقت صفة الأصول) في الذكورة والأنوثة ؛ كابن البنت وبنت البنت لإدلاء كلهم بوارث .

(وكذا إن اختلفت) صفة الأصول (عند أبي يوسف) وحسن بن زياد كينت ابن البنت وابن بنت البنت ، لخلوهم عن ولد الوارث ، فإن كانت الفروع ذكورا فقط أو إناثا فقط ؛ تساوا في القسمة ، وإن كانوا مختلفين ؛ فللذكر مثل حظ الأنثيين ، ولا تعتبر في القسمة صفات أصولهم أصلاً ، وهو رواية شاذة عن الإمام (وعند محمد تؤخذ الصفة من الأصول والعدد من الفروع ويقسم) المال (على أول بطن وقع فيه الاختلاف) أي اختلاف الأصول بالذكورة والأنوثة للذكر مثل حظ الأنثيين (ثم يجعل الذكور) من ذلك البطن (على جدة) ويجعل (الإناث على جدة) بعد القسمة على الذكور والإناث (فيقسم نصيب كل طائفة على أول بطن اختلف كذلك إن كان) فيما بينهما اختلاف (وإلا) أي وإن لم يكن بينهما اختلاف في الذكورة والأنوثة =

= بأن يكون جميع ما توسط بينهما ذكوراً فقط أو إناثاً فقط (دفع حصّة كل أصل إلى فرعه) .

وفي السراجية وشرحه وعند محمد : تعتبر أبدان الفروع إن اتفقت صفة الأصول موافقاً لهما ، وتعتبر الأصول إن اختلفت صفاتهم ويعطي الفروع ميراث الأصول مخالفاً لهما كما إذا ترك ابن بنت و بنت بنت عندهما المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان أي أبدان الفروع وصفاتهم ، فثلث المال لابن البنت وثلثه لبنت البنت . وعند محمد يكون المال بينهما ، كذلك لأن صفة الأصول متفقة ، ولو ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت عندهما المال بين الفروع أثلاثاً باعتبار الأبدان : ثلثاه للذكر ، وثلثه للأنثى . وعند محمد : المال بين الأصول أعني في البطن الثاني أثلاثاً لبنت ابن البنت نصيب أبيها وثلثه لابن بنت البنت نصيب أمه وكذلك عند محمد إذا كان في أولاد البنات بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف في الأصول ، ثم تجمل الذكور طائفة والإناث طائفة بعد القسمة فما أصاب للذكور من أول بطن وقع فيه الاختلاف يجمع ويعطي فروعهم بسحب صفاتهم إن لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الأصول اختلاف في الذكورة والأنوثة بأن يكون جميع ما توسط بينهما ذكوراً فقط أو إناثاً فقط ، وإن كان فيما بينهما من الأصول اختلاف يجمع ما أصاب الذكور ، ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهم ، ويجعل الذكور ههنا أيضاً طائفة والإناث طائفة على قياس ما سبق ، وكذلك ما أصاب الإناث يعطي فروعهن إن لم تختلف الأصول التي بينهما ، وإن اختلفت يجمع ما أصاب لهن ويقسم على أعلى الخلاف الذي وقع في أولادهن ، وهكذا يعمل إلى أن ينتهي وتنامه فيها إن شئت فليراجع (ويقول محمد) وهو أشهر الروايتين عن الإمام والقول الأول لأبي يوسف (يعني) .

وذكر بعضهم أن مشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في مسائل ذوي الأرحام والحيف ؛ لأنه أسر على المفتي . (ويقدم جزء الميت) أي وترتيبهم كترتيب العصابات فيقدم فروع (وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن وإن سفنن ثم) يقدم (أصله) أي أصل الميت (وهم الأجداد الفاسدون) وإن علوا كأي أم الميت وأبي أمه (والجدات الفاسدات) وإن علون كأم أبي أم الميت وأم أم أبي أمه (ثم) يقدم (جزء أبيه وهم أولاد الأخوات) وإن سفننوا سواء كانت تلك الأولاد ذكوراً أو إناثاً وسواء كانت الأخوات لأب وأم أو لأب أو لأم (وأولاد الإخوة لأم وبنات الإخوة) وإن سفنن سواء كانت الأخوة من الأبوين أو من أحدهما (ثم) يقدم (جزء جده وهم العمات والحالات والأخوات والأعمام لأم) فإنهم إخوة لأبيه من أمه واعتبر فيهم كونهم لأم ؛ لأن العم من الأبوين أو من الأب عصبية (وبنات الأعمام) مطلقاً (ثم أولاد هؤلاء ثم جزء جد أبيه أو أمه وهم عمات الأب أو الأم وخالاتهما وأخواتهما وأعمام الأب لأم ، وأعمام الأم وبنات أعمامهما ، وأولاد أعمام الأم) فإن جميعهما من ذوي الأرحام وروي عن الإمام أن أقرب الأصناف إلى الميت وأقدمهم في الوراثة عنه هو الصنف الثاني وهم الساقطون من الأجداد والجدات وإن علون ، ثم الصنف الأول وإن سفننوا ، ثم الثالث ، وإن نزلوا ، ثم الرابع وإن بعدوا . وروي أبو يوسف والحسن بن زياد عنه وابن سماعة عن محمد عنه أن أقرب الأصناف الأول ، ثم الثاني ، ثم الثالث ، ثم الرابع ، وهو المأخوذ للفنوى وعندهما الثالث وهم أولاد الأخوات ، وبنات الإخوة وبنو الإخوة لأم مقدم على الجد أبي الأم وتنامه مابين في شروح الفرائض فليطالع . قول الحنابلة : جاء في الإنصاف (٣٢٤/٧ ، ٣٢٥) : (وكل جدة أدلت بأب بين أمين ، أو بأب أعلى من الجد) . أما الأولى : فهي من ذوي الأرحام . بلا نزاع . وأما الجدة الثانية : أعني المدلية بأب أعلى من الجد =

٤٣٢٢ - اعلم أن كلاً من الصنف الأول والثاني والثالث من ذوي الأرحام لا نحتاج فيه إلى بيان أولاده ؛ لأنهم داخلون فيه بخلاف الصنف الرابع ، فإنه لا بد فيه من ذلك .

٤٣٢٣ - وببانه : أن الصنف الأول : هو عبارة عن أولاد البنات وأولاد بنات الابن ، وهذه العبارة بإطلاقها قد تحمل على الأولاد المنسوين إلى البنات وبنات الابن بلا واسطة وبواسطة أيضاً . فإذا أريد التصريح بذلك ، زيد « وإن سلفوا » ، فالحكم في الكل ؛ اعني : فيمن علا أو سفل واحد كما تقرر .

٤٣٢٤ - وإن الصنف الثاني : هم الساقطون من الأجداد والجدات وإن علوا ،

= فهي أيضاً من ذوي الأرحام . على الصحيح من المذهب . كما جزم به المصنف هنا . وقيل : هي من ذوي الفروع . اختاره الشيخ تقي الدين رحمته ، وصاحب الفائق ، وقال : هو ظاهر كلام الخرقى . وتقدم ذلك أيضاً في أول كتاب الفرائض ، في فصل الجدات . وقوله : (ويرثون بالتنزيل) . كما نقل المصنف . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وعليه التفريع . وعنه يرثون على حسب ترتيب العصبية . قوله : (والعمات والعم من الأم كالأب) . هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضي في التعليق ، والمصنف وغيرهما . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره . وعنه : كالمعنى من الأبوين قاله الأصحاب . واختاره أبو بكر . وقيل : كل عمة كأخيها . وعنه : العمة لأبوين ، أو لأب كالجدة . فعليها : العمة لأم ، والعم لأم ، كالجدة أمهما . وقال في الروضة : العمة كالأب . وقيل : كبت . قلت : الذي يظهر : أن هذا خطأ ، وأي جامع بين العمة والبنات ؟ فائدة : هل عمة الأب على هذا الخلاف ؟ وهل عم الأب من الأم ، وعمة الأب لأم : كالجدة ، أو كم الأب من الأبوين ، أو كأب الجد ؟ مبني على هذا الخلاف أيضاً . وليس كآب الجد ؛ لأنه أجنبي منهما .

قوله : (فإذا أدلى جماعة بواحد ، واستوت منازلهم منه . فنصبيه بينهم بالسوية ذكرهم وأنتاهم فيه سواء) . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . قال في الفروع : اختاره الأكثر . قال أبو الخطاب : اختاره عامة شيوخنا . قال الزركشي : عليه جمهور الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، والمحرر ، والفائق . وغيرهم . وعنه : للذكر مثل حظ الأنثيين ، إلا ولد الأم . وقال الخرقى : يسوى بينهم إلا الحال والحالة . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمته . ذكرها جماعة . واختاره ابن عقيل في التذكرة استحساناً . واختاره أيضاً الشيرازي .

قال المصنف في المعنى : لا أعلم له وجهاً . قال القاضي : لم أجد هذا بعينه عن الإمام أحمد رحمته ، قوله : (وإن كان بعضهم أقرب من بعض ، فمن سبق إلى الوازث : ورث ، وأسقط غيره . إلا أن يكونا من جهتين ، فينزل البعيد حتى يلحق بوارثه ، سواء سقط به القرب أم لا . كبت بنت بنت . وبنت أخ لأم) . فالصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب : أن المال لبنت بنت البنات بالفرض والرد . وذكر في الترغيب رواية : أن الإرث للجهة القربى مطلقاً . وفي الروضة في ابن بنت ، وابن أخ لأم له السدس . ولابن بنت النصف . فالمال بينهما على أربعة ، بالفرض والرد .

والحكم في الكل واحد كما عرفته ، والعبارة مطلقة وليس في هذا الصنف اعتبار أولاد .
 ٤٣٢٥ - وإن الصنف الثالث : أولاد الأخوات وبنات الأخوة وبنو الأخوة لأم ،
 وهذه العبارة كأولوى تتناول من يكون بواسطة والحكم أيضًا واحد .

٤٣٢٦ - وأما الصنف الرابع : وهم العمات والأعمام لأم والأخوال والخالات ، فلا
 تتناول العبارة عنهم أولادهم ؛ فلذلك احتيج إلى تخصيص أولادهم بالذكر وإلى بيان
 أحكامهم .

وفي حكم أولاد الصنف الرابع بنات العم لأبوين أو لأب وبنات أبنائهما ؛ لأن كلاً
 من العم الشقيق أو لأب عصبية وأولادهما إن كانوا ذكوراً فهم عصبية أيضًا وإن سفلوا ،
 وإن كانوا إناثاً فهن من ذوي الأرحام ، ولا يدخلون في أولاد الصنف الرابع ؛ لأن كلاً
 من العمين المذكورين عصبية لا من ذوي الأرحام ^(١) .

حكم أولاد الصنف الرابع ومن يلحق به

٤٣٢٧ - إذا وجد أحد من أولاد هذا الصنف ، وليس معه غيره من بقية الأصناف
 الأخرى ، استحق كل المال .

وإذا أوجد منه جملة أشخاص ، يحتاج المقام إلى تفصيل الأحكام .

وبيانه : أن نقول : إذا وجدت جملة أشخاص من أولاد هذا الصنف ومن يلحق به ،

(١) جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري : المادة (٣١٠) إذا انفرد في الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة (٣٠٥) قرابة الأب ، وهم أعمام المتوفى لأم ، وعماته مطلقاً ، أو قرابة الأم ، وهم أخوال المتوفى ، وخالاته مطلقاً ، فيقدم أقوامهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأحدهما ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساوا في القرابة فيشتركون في الإرث ، وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل على الوجه المتقدم .

المادة (٣١١) تطبيق أحكام المادة (٣١٠) على الطائفتين الثالثة والحاسمة من الصنف الرابع من ذوي الأرحام .

المادة (٣١٢) يقدم في الطائفة الثانية من الصنف الرابع من ذوي الأرحام ، الأقرب منهم درجة على الأبعد ، ولو كان من غير جهة قرابته ، وعند التساوي ، واتحاد جهة القرابة ، يقدم الأقوى ، إن كانوا جميعاً أولاد عاصب أو أولاد ذي رحم ، فإذا كانوا مختلفين فيتقدم ولد العاصب على ولد ذي الرحم وعند اختلاف جهة القرابة ، يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، فما ناله كل فريق يقسم بينهم بالطريقة المتقدمة .
 المادة (٣١٣) تطبيق أحكام المادة (٣١٢) على الطائفتين الرابعة والسادسة من الصنف الرابع من ذوي الأرحام .

فلا يخلو الحال من أمرين :

الأول : اختلاف الدرجة بأن يكون بعضهم ينتسب إلى الميت بدرجة والآخر بدرجتين أو بثلاث .

الثاني : اتحاد الدرجة بأن يكون الكل ينتسب إلى الميت بدرجة أو أكثر .

فإن كان الأول : قدم الأقرب درجة ، سواء كان من جهة الأب أو من جهة الأم . فإذا مات شخص عن بنت عمه وابن بنت عم ؛ أخذت الأولى كل التركة لقربها ، وكذا إذا ترك ابن عمه وابن ابن خال ؛ استحق الأول الكل لقربه درجة .

وإذا ترك ابن خالة وبنت ابن عمه ؛ أخذ الأول الكل لقربه وإن كان من جهة الأم .

وإن كان الثاني ، وهو الاستواء في الدرجة : فهناك أمران :

الأول : اتحاد جهة القرابة .

الثاني : اختلاف جهتها .

اتحاد جهة القرابة

٤٣٢٨ - إن اتحدت جهة القرابة بأن كان الكل من جهة الأب وهم أولاد العمات مطلقًا ، وأولاد الأعمام لأم ، وبنات الأعمام الأشقاء أو لأب وبنات أبنائهما، أو كان الكل من جهة الأم وهم أولاد الأخوال والحالات مطلقًا ؛ فإما أن يختلفوا في قوة القرابة ، وإما أن يتحدوا فيها .

فإن كان الأول : ففيه خلاف ؛ إذ بعضهم يقدم الأقوى في القرابة مطلقًا ولو كان الآخر ولد عصبية . فمن كان أصله لأبوين ، فهو أولى ممن أصله لأب . ومن كان لأب ، فهو أحق ممن أصله لأم .

وينبغي على ذلك : أنه إذا مات شخص عن ثلاثة أولاد لعمات متفرقات ، كانت كل التركة لولد العمه الشقيقة ، فإن لم يوجد ؛ فلولد العمه لأب ، ومثل ذلك بنات الأعمام المتفرقين وبنات الأخوال والحالات .

٤٣٢٩ - ولو مات شخص عن بنت عمه شقيقة وبنت عم لأب : كان كل المال للأولى ؛ لأنها أقوى ولو كانت أمها من ذوي الأرحام ، ولا شيء للثانية وإن كان أبوها عصبية .

٤٣٣٠ - وبعضهم يقدم ولد العصبية على ولد ذي الرحم ، وحيثُ تعطى كل التركة

في المثال المتقدم لبنت العم لأب ، ولا تأخذ بنت العمه الشقيقة شيقًا ؛ لأن أمها من ذوي الأرحام .

واستدل الأول : بأن ترجيح شيء على آخر إنما يكون لمعنى فيه ، لا لمعنى في غيره ، فترجح بنت العمه الشقيقة على بنت العم لأب ؛ لأن قوة القرابة موجودة فيها ، بخلاف بنت العم لأب ؛ لأنها إذا قدمت يكون ترجيحها لمعنى في غيرها وهو أبوها الذي هو عصبه .

وقاس ذلك بمسألة متفق عليها ؛ وهي إذا مات شخص عن خالة لأب وخالة لأم : قدمت الأولى باتفاق مع كونها ولد ذي الرحم وهو أبو الأم ، والثانية ولد الوارثة وهي أم الأم ، فلو كان تقديم شخص على آخر لمعنى في غيره لقدمت الثانية ، ولا قائل به . واستدل الثاني : بأننا لو قدمنا بنت العمه الشقيقة على بنت العم لأب ؛ لزم عليه ترجيح فرع الأصل المرحوح على فرع الأصل الراجح ؛ لأنه إذا مات شخص عن عمه شقيقة وعم لأب ، كان المال كله للعم دون العمه ؛ فينبغي تقديم بنته ؛ إذ لو قدمت بنت العمه للزم ما ذكر .

٤٣٣١ - وإن اتحدوا في قوة القرابة ، فهناك أمور ثلاثة :

أولاً : أن يكون بعضهم ولد عصبه ، وبعضهم ولد ذي رحم .

ثانياً : أن يكون الكل أولاد عصبات .

ثالثاً : أن يكون الكل أولاد ذي رحم .

٤٣٣٢ - ولا يتأتى هنا أن نقول : الكل أولاد أصحاب فروض ؛ لأن الطبقة العليا من أصولهم ليس فيها صاحب فرض أصلاً ؛ لأنها إما عصبه وهم الأعمام الاشقاء أو لأب ، وإما من ذوي الأرحام وهم العمات الشقيقات والأعمام لأم والأخوال والخالات مطلقاً ، ولا يتأتى أيضاً أن نقول : أو كان بعضهم أولاد أصحاب فروض وبعضهم أولاد عصبات ، أو بعضهم أولاد أصحاب فروض وبعضهم أولاد ذي رحم ، لما عرفته مما ذكر .

٤٣٣٣ - ففي الأول : يقدم ولد العصبه على ولد ذي الرحم ؛ كما إذا مات شخص عن بنت عم لأب وبنت عمه لأب أو عن بنت عمه شقيقة وبنت عم شقيق ، قدمت بنت العم لأب في الأول وبنت العم الشقيق في الثاني ؛ لأن كليهما ولد العصبه .

٤٣٣٤ - ولا يتأتى أن تمثل لك هنا بفروع من ينتسب للأم ؛ لأنهم الأخوال والخالات مطلقاً ، وليس فيهم عصبه .

٤٣٣٥ - وفي الثاني : وهو ما إذا كان الكل أولاد عصابات : يستونون في القسمة ، فإذا مات شخص عن بنت عم شقيق وبنت عم شقيق آخر ؛ أخذت كل منهما النصف ، وكذا لو كان العمان المذكوران لأب .

ولا يتأتى هنا وجود ذكور في الفروع ؛ لأنه متى وجد المذكر كان عاصبًا ، ولا يمكن التمثيل هنا أيضًا بفروع المنتسبين إلى الأم لما عرفته .

٤٣٣٦ - وفي الثالث : وهو ما إذا كان الكل أولاد ذي رحم : يستونون في القسمة بحسب ذكورتهم وأنوثتهم . فإذا مات شخص عن بنت عم لأم وابن عمه لأم أخذت الأولى الثلث ، والثاني الثلثين ، وهذا على قاعدة أبي يوسف من القسمة على أبدان الفروع . وعلى قاعدة محمد العكس ؛ لأنه يقسم المال على العمه والعم ويعطي نصيب كل أصل لفرعه .

٤٣٣٧ - ولو مات عن ابن خال شقيق وبنت خالة شقيقة : أخذ الأول الثلثين ، والثانية الثلث بالاتفاق .

٤٣٣٨ - ولو مات عن بنت خال شقيق وابن خالة شقيقة : أخذت الأولى الثلث ، والثاني الثلثين على قاعدة أبي يوسف ، وبالعكس على مذهب محمد ، وقس ما أشبهه .

٤٣٣٩ - ولا يغيب عن ذهنك مذهب كل من أبي يوسف ومحمد عند تعدد الدرجات واختلافها بالذكورة والأنوثة ، وعندما يكون هناك ذو جهتين من أن أبا يوسف لا ينظر إلا إلى الفروع الموجودة معنا ، ويقسم عليهم بحسب ذكورتهم وأنوثتهم ، وعندما يكون هناك صاحب جهتين يعتبر الجهات في الفروع ، ومحمد يقسم على أول درجة وقع فيها الخلاف ويعطي نصيب كل أصل لفرعه إن لم يحصل بعده اختلاف ، فإن حصل يجعل الذكور طائفة والإناث طائفة ويعطي نصيب كل طائفة إلى فروعها ، وإن كان تعدد في الفروع يجعل الأصل موصوفًا بصفته متعددًا بتعدد فرعه إلى آخر ما تقدم في الصنف الأول .

اختلاف جهة القرابة

٤٣٤٠ - وإن اختلفت جهة القرابة بأن كان بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم ، فلا اعتبار هنا لقوة القرابة ولا لولد العصبية ، بل يستحق الكل ، فيعطي الثلثان لمن يدلي بقرابة الأب والثلث لمن يدلي بقرابة الأم ، وما أصاب كل فريق يقسم بينهم كما لو اتحد حيز قرابتهم ؛ فإذا مات شخص عن بنت عم لأم وابن خال شقيق :

أخذت الأولى الثلثين ، والثاني الثلث وإن كان أقوى ؛ لأن الأولى من جهة قرابة الأب ، والثاني من جهة قرابة الأم .

وإذا مات عن بنت عمه لأب وابن عمه لأب وبنت خالة شقيقة وابن خال لأب : أخذ الأولان الثلثين ؛ لأنهما من جهة قرابة الأب ، والأخيران الثلث ؛ لأن قرابتهما من جهة الأم ، ثم تأخذ الثلثين بنت العمه لأب ؛ لأنها أقوى من ابن العم لأب ويأخذ الثلث الذي أعطى لقرابة الأم بنت الخالة الشقيقة ؛ لأنها أقوى من ابن الخال لأب .

وسبب ذلك : أن كل قرابة لما أخذت نصيبها ، صارت بالنسبة إلى ذلك النصيب متحدة في الحيز ، كأن الميت لم يترك من المال إلا مقدار نصيبهم ، فيعتبر فيهم ما اعتبر عند اتحاد حيز القرابة .

٤٣٤١ - فبالنسبة لقرابة الأب : يعتبر أولاً الأقوى . فإن كانت القوة واحدة ، قدم ولد العصبه ، فإن لم يكن هناك مرجح من هذين الأمرين اشتركوا في القسمة .

٤٣٤٢ - وبالنسبة لقرابة الأم : يقدم الأقوى ، فإن اتحدوا فيها اشتركوا في القسمة ، ولا يتأتى ولد العصبه هنا ؛ ولتأت بمثال (١) جامع للقرابتين مع تعدد الدرجات وتعدد بعض الفروع وفيهم صاحب جهتين ، ونشرح لك كيفية القسمة على المذهبين ، وأنت تقيس عليه غيره مما يرد عليك ، سواء كان جامعاً مثله أو ليس فيه إلا أصحاب قرابة واحدة .

قرابة الأب		قرابة الأم	
مـــــــــــــــيت			
عمة لأب	عمة لأب	خال لأب	عمة لأب
ابن	بنت	ابن	بنت
ابني	بنتي	ابني	بنتي

فعندما تتأمل في هذا المثال تجد فيه ابني بنت عمه لأب ، وبنتي ابن عمه لأب وهما أيضاً بنتا بنت عم لأب ، وكل هؤلاء من جهة قرابة الأب .

٤٣٤٣ - وتجد فيه أيضاً : بنتي بنت خالة لأب ، وابني ابن خالة لأب هما أيضاً ابنا بنت خال لأب ، وجميع هؤلاء من جهة قرابة الأم ؛ فتأخذ قرابة الأب الثلثين ، وقرابة الأم الثلث بالاتفاق بين أبي يوسف ومحمد .

٤٣٤٤ - وإنما الخلاف بينهما في قسمة ما خص كل قرابة ؛ فعند أبي يوسف :
 تقسم الثلثين للذين خصا قرابة الأب على الفروع الموجودين معنا وهم ابنان وبناتان ،
 ولكن البناتان جهتهما متعددة ، فيعتبران بأربع بنات اثنتان من قبل الأب واثنتان من قبل
 الأم ؛ فيعطى الابن نصف الثلثين ، والبنيتان النصف الآخر ، ويقسم الثلث الذي خص
 قرابة الأم على الفروع الموجودة معنا أيضًا وهم بنتان وبنان والابنان جهتهما متعددة ؛
 فهما كأربعة أبناء اثنتان من قبل الأب واثنتان من قبل الأم ، فيقسم الثلث أخماسًا خمسة
 للبنتين وأربعة أخماسه للابنين .

وعند محمد : يقسم ما خص قرابة الأب وهو الثلثان بين العم والعمتين ؛ فيحسب
 العم لأب بعين لتعدد فرعه ، فهو كأربع عمات ، ويحسب كل عمّة بعمتين لتعدد
 فرعها ، فيقسم الثلثين أرباعًا : ربعان للعم لأب ، وكل من العمتين تأخذ ربعًا ، ثم
 يجعل العم طائفة على حدته ويعطى نصيبه إلى آخر فروعه ؛ أعني : ابني بنته ، ويجعل
 العميتين طائفة وينظر إلى الدرجة التي بعد العمتين فيجد ابناً كابنين لتعدد فرعه وبناتاً
 كبنتين لتعدد فرعها ، فيعطى المذكور ضعف المؤنث ، ويدفع نصيب كل إلى فرعه .
 ٤٣٤٥ - ومثل هذا يقال في قسمة الثلث الذي خص قرابة الأم ، فافهم ذلك وقس
 عليه كل ما عرض لك من المسائل .

والله   أعلم

تم الكتاب والله المستعان

الأحكام الشرعية في
الأحوال الشخصية

ملخص قوانين الأحوال الشخصية العربية

- ١ - قانون الأحوال الشخصية المصري .
- ٢ - قانون الأحوال الشخصية السوري .
- ٣ - قانون الأحوال الشخصية الأردني .
- ٤ - قانون الأحوال الشخصية القطري .
- ٥ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي .
- ٦ - قانون الأحوال الشخصية المغربي .

مُحَاوَلَاتُ تَوْانِينِ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ الْقَرِيبَةِ

١ - قانون الأحوال الشخصية المصري

القانون رقم (١) لسنة (٢٠٠٠ م)

(المادة الأولى)

تسري أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات . ويختص قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة في مسائل الأحوال الشخصية الآتية :

١ - التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم إعطاء شهادة مثبتة للامتناع سواء للمصريين أو الأجانب .

٢ - مد ميعاد جرد التركة بقدر مايلزم لإتمام الجرد إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعاداً له .

٣ - اتخاذ ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التي لا يوجد فيها عديم أهلية أو ناقصها أو غائب .

٤ - الإذن للنيابة العامة في نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه من أموال عديمي الأهلية أو ناقصيها والغائبين إلى خزنة أحد المصارف أو إلى مكان أمين .

٥ - المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوي الشأن .

(المادة الثانية)

على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت بمقتضى أحكام القانون المرافق من اختصاص محاكم أخرى وذلك بالحالة التي تكون عليها ، وفي حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلانه بأمر الإحالة مع تكليفه بالحضور في الميعاد أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى .

ولا تسري أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة

للنطق بالحكم فيها فتبقى خاضعة للنصوص السارية قبل العمل بهذا القانون .

(المادة الثالثة)

تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة .
ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى (٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م) - طبقاً لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام .

(المادة الرابعة)

تلقى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة (١٩٣١ م) ، ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم (٧٧) لسنة (١٩٤٩ م) ، والقوانين أرقام (٤٦٢) لسنة (١٩٥٥ م) ، (٦٢٨) لسنة (١٩٥٥ م) ، (٦٢) لسنة (١٩٧٦ م) المشار إليها ، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة (١٩٠٧ م) ، كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق .

(المادة الخامسة)

يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرافق .
كما يصدر لوائح تنظيم شؤون المأذونين والموثقين وأعمالهم ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال .

(المادة السادسة)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره .

يصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية في (٢٢ شوال سنة ١٤٢٠ هـ)

(الموافق ٢٩ يناير سنة ٢٠٠٠ م)

قانون تنظيم بعض اوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية

الباب الأول

أحكام عامة

(مادة ١)

تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي .

(مادة ٢)

ثبتت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتقا بقواه العقلية .

وينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ممثله القانوني ، فإذا لم يكن له من يمثله أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضي بالمخالفة لرأي ممثله أو في مواجهته عينت المحكمة له وصي خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير .

(مادة ٣)

لا يلزم توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية ، فإذا رفعت الدعوى بغير توقيع محام على صحيفتها كان للمحكمة عند الضرورة أن تندب محاميا للدفاع عن المدعي . ويحدد الحكم الصادر في الدعوى أتعابا للمحامي المنتدب ، تتحملها الخزنة العامة ، وذلك دون إخلال بالتزام مجالس النقابات الفرعية بتقديم المساعدات القضائية على النحو المنصوص عليه في القانون رقم (١٧) لسنة (١٩٨٣ م) بشأن إصدار قانون المحاماة .

وتعفى دعاوى النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي .

(مادة ٤)

يكون للمحكمة - في إطار تهيئة الدعوى للحكم - تبصرة الخصوم في مواجهتهم

بما يتطلبه حسن سير الدعوى ، ومنحهم أجلاً لتقديم دفاعهم .
ولها أن تندب أخصائياً اجتماعياً أو أكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها . وتحدد أجلاً لتقديم التقرير لايزيد على أسبوعين .
ويتم الندب من قوائم الأخصائيين الاجتماعيين التي يصدر بها قرار من وزير العدل بناء على ترشيح وزير التأمينات والشؤون الاجتماعية .

(مادة ٥)

للمحكمة أن تقرر نظر المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية - مراعاة لاعتبارات النظام العام أو الآداب - في غرفة المشورة وبحضور أحد أعضاء النيابة العامة متى كانت ممثلة في الدعوى ، وتنطق بالأحكام والقرارات في جلسة علنية .

(مادة ٦)

مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليها في القانون رقم (٣) لسنة (١٩٩٦ م) ، للنيابة العامة رفع الدعوى ابتداء في مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب ، كما يجوز لها أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية .

وعلى النيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف ؛ وإلا كان الحكم باطلاً .

دعوى النسب

(مادة ٧)

لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء .

دعوى الوقف

(مادة ٨)

لا تقبل دعوى الوقف أو شروطه أو الإقرار به أو الاستحقاق فيه أو التصرفات الواردة عليه ما لم يكن الوقف ثابتاً بإشهاد مشهر وفقاً لأحكام القانون .
ولا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق إلا إذا قام عذر حال دون ذلك .
وإذا حكم بعزل ناظر الوقف أو ضم ناظر آخر إليه ، تعين المحكمة في الحالتين بحكم واجب النفاذ ناظرًا بصفة مؤقتة إلى أن يفصل في الدعوى بحكم نهائي .

الباب الثاني

اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية

الفصل الأول

الاختصاص النوعي

(مادة ٩)

- تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة .
وبمراعاة أحكام المادة (٥٢) من هذا القانون ، يكون حكمها في الدعاوى قابلاً للطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها ، وذلك كله على الوجه التالي :
- أولاً - المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :
- ١ - الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به .
 - ٢ - الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصرفات بجميع أنواعها .
 - ٣ - الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها ، متى كان القانون الواجب التطبيق يقضي بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق .
 - ٤ - دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها .

ويكون الحكم نهائيًا إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الانتهائي للقاضي الجزئي .

٥ - تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية في وثائق الزواج والطلاق .

٦ - توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعًا .

٧ - الإذن بزواج من لا ولي له .

٨ - تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ، مالم يثر بشأنها نزاع .

٩ - دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ أحكام النفقات وما في حكمها

ويكون الحكم في ذلك نهائيًا .

ثانيًا - المسائل المتعلقة بالولاية على المال متى كان مال المطلوب حمايته لا يتجاوز قيمته

نصاب اختصاص المحكمة الجزئية :

١ - تثبيت الوصي المختار وتعيين الوصي والمشرّف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل

في حساباتهم وعزلهم واستبدالهم .

٢ - إثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله .

٣ - تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائي واستبداله .

٤ - استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر

بتسليم أمواله لإدارتها وفقًا لأحكام القانون والإذن له بمزاولة التجارة وإجراء التصرفات التي يلزم للقيام بها الحصول على إذن ، وسلب أي من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها .

٥ - تعيين مأذون بالخصوصية عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال .

٦ - تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولي النفس أو ولي

التربية ، وبين الوصي فيما يتعلق بالإنفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به .

٧ - إعفاء الولي في الحالات التي يجوز إعفاؤه فيها وفقًا لأحكام قانون الولاية على

المال .

٨ - طلب تنحي الولي عن ولايته واستردادها .

٩ - الإذن بما يصرف لزواج القاصر في الأحوال التي يوجب القانون استئذان

المحكمة فيها .

١٠ - جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقًا لأحكام القانون واتخاذ

الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال .

١١ - تعيين مصفً للتركة وعزله واستبداله والفصل في المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لاتزيد على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية .

(مادة ١٠)

تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية ، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه .

ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محلثا بنظر دعوى الطلاق أو التطلق أو التفريق الجسماني دون غيرها ، الحكم ابتدائيا في دعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب ، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضنته .

وتلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التي رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأي من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعي واحد .
وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاما مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قررت من نفقة بالزيادة أو النقصان .
ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدر الحكم النهائي فيها .

(مادة ١١)

تختص المحكمة الابتدائية التي يجري في دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم في الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفي العقد إذا كان القانون واجب التطبيق يجعل الحجر سببا لزوال أهليته للزواج ، ويترتب على إقامة الدعوى وقف إتمام الزواج حتى يفصل نهائيا فيها .

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفع وتعيين القيم ومراقبة أعماله والفصل في حساباته وعزله واستبداله ، والإذن للمحجور عليه بتسلم أمواله لإدارتها ، وفقاً لأحكام القانون وسلب هذا الحق أو الحد منه ، وتعيين مأذون بالخصومة عنه ، وتقدير نفقة للمحجور عليه في ماله ، والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولي النفس وولي الترية وبين القيم فيما يتعلق بالإنفاق على المحجور عليه .

(مادة ١٢)

إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلي من سلبت ولايته أو أوقفت وفقاً للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع ، فإن امتنع من عهد إليه بها بعد إخطاره على النحو المنصوص عليه في المادة (٤٠) من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية ، فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأي شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية .

وتسلم الأموال في هذه الحالة للنائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً ، وذلك بعد جردها على النحو الوارد بالمادة (٤١) من هذا القانون .
وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الإجراءات اللازمة لتعيين وصي على المشمول بالولاية .

(مادة ١٣)

تختص المحكمة التي تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحساب .

(مادة ١٤)

تختص المحكمة التي قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مادتي الحساب وتسليم الأموال ، وذلك حتى تمام الفصل فيهما .
كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة منها في هذا الشأن .

الفصل الثاني

الاختصاص المحلي

(مادة ١٥)

يتحدد الموطن في مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد (٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣) من القانون المدني .

وبمراجعة أحكام المادتين (١٠ ، ١١) من هذا القانون ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي .

وإذا تعدد المدعى عليهم ، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم .

ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلي بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية ، على النحو الآتي :

١ - تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال ، في المواد الآتية :

(أ) النفقات والأجور وما في حكمها .

(ب) الحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما .

(ج) المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها .

(د) التطلق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية .

٢ - تختص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى في مصر بتحقيق إثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات ، فإن لم يكن للمتوفى موطن في مصر يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أحد أعيان التركة .

٣ - يتحدد الاختصاص المحلي في مسائل الولاية على المال التالية على النحو الآتي :

(أ) في مواد الولاية بموطن الولي أو القاصر وفي مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى أو للقاصر .

(ب) في مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً .

(ج) في مواد الغيبة بآخر موطن للغائب .

فإذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن في مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن في دائرتها موطن الطالب أو التي يوجد في دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته .

(د) إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً جاز للمحكمة بناء

على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة أن تحيل القضية إلى المحكمة التي يقع في دائرتها

الموطن الجديد .

(هـ) تختص المحكمة التي أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من يخلف الولي - سواء كان وليًا أو وصيًا - إلا إذا رأيت من المصلحة إحالة المادة إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن القاصر .

٤ - فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية ، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه ، للمحكمة الكائنة بدائرتها أعيانه ، أو الأكبر قيمة إذا تعددت ، أو المحكمة الكائن بدائرتها أعيانه ، أو الأكبر قيمة إذا تعددت ، أو المحكمة الكائن بدائرتها موطن ناظر الوقف أو المدعى عليه .

الباب الثالث

رفع الدعوى ونظرها

الفصل الأول

في مسائل الولاية على النفس

إجراءات رفع الدعوى

(مادة ١٦)

ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

دعاوى الزوجية

(مادة ١٧)

لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية ، أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى . ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة (١٩٣١ م) - مالم يكن الزواج ثابتًا بوثيقة رسمية ، ومع ذلك تقبل دعوى التطلاق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتًا بأية كتابة . ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدي الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما

إجراءات نذب المحكمين وعملهم

(مادة ١٨)

تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم ، وبعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها - بغير عذر مقبول رافضاً له .
وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك ، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لاتقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً .

(مادة ١٩)

في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون نذب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الإمكان - في الجلسة التالية على الأكثر ، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه .

وعلى الحكمين المثل أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معاً ، فإن اختلف أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين .

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما ، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى .

الخلع

(مادة ٢٠)

للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه .
ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها

لحكّمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما ، خلال مدة لاتجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون ، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لاسبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض . ولايصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار ، أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم .

ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن .

ويكون الحكم - في جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن .

(مادة ٢١)

لايعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار ، إلا بالإشهاد والتوثيق ، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوثيق بينهما .

فإن أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق فوراً ، أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع ، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق ، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه .

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج .

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك ، ولايعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضراً لإجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه ، أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية .

(مادة ٢٢)

مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات ، لايقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته مالم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها ، وذلك مالم تكن حاملاً أو تفر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة .

(مادة ٢٣)

إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما في حكمها محل منازعة جدية ، ولم يكن في أوراق الدعوى ما يكفي لتحديده ، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذي يمكنها من بلوغ هذا التحديد .

وتباشر النيابة العامة بنفسها لإجراء التحقيق في هذا الشأن .

ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (٢٠٥) لسنة (١٩٩٠ م) في شأن سرية الحسابات بالبنوك ، تلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات ، تكون منتجة في تحديد دخل المطلوب منه النفقة .

ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات في غير المادة التي أجريت بشأنها .

ويجب على النيابة العامة أن تنتهي التحقيق وترسله مشفوعًا بمذكرة موجزة بالنتائج التي خلصت إليها في موعد لا يجاوز ثلاثين يومًا من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها .

(مادة ٢٤)

على طالب إسهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة أن يقدم طلبًا بذلك إلى المحكمة المختصة مرفقًا به ورقة رسمية تثبت الوفاة وإلا كان الطلب غير مقبول .

ويجب أن يشتمل الطلب على بيان آخر موطن للمتوفى وأسماء الورثة والموصى لهم وصية واجبة وموطنهم إن وجدوا ، وعلى الطالب أن يعلنهم بالحضور أمام المحكمة في الميعاد المحدد لنظر الطلب ، ويحقق القاضي الطلب بشهادة من يوثق به وله أن يضيف إليها التحريات الإدارية حسبما يراه ، فإذا ما أنكر أحد الورثة أو الموصى لهم وصية واجبة ورأى القاضي أن الإنكار جدي ، كان عليه أن يحيل الطلب إلى المحكمة الابتدائية المختصة للفصل فيه .

(مادة ٢٥)

يكون الإسهاد الذي يصدره القاضي وفقًا لحكم المادة السابقة حجة في خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة مالم يصدر حكم على خلافه .

الفصل الثاني

في مسائل الولاية على المال

إجراءات جرد حماية تركة وأموال الغائب وعديم وناقص الأهلية والحمل المستكين

(مادة ٢٦)

تنولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها وفقاً لأحكام هذا القانون .

ولها أن تندب - فيما ترى اتخاذها من تدابير - أحد مأموري الضبط القضائي .
كما يكون لها أن تستعين بمعاونين يلحقون بها بقرار يصدره وزير العدل ، ويعتبر هؤلاء معاونون من مأموري الضبط القضائي في خصوص الأعمال التي تناط بهم أثناء تأديتهم لوظيفتهم .

وللنيابة العامة أن تقدر نفقة وقتية من أموال مستحق النفقة إلى حين الحكم بتقديرها .

(مادة ٢٧)

على الأقارب الذين كانوا يقيمون مع المتوفى في معيشة واحدة أو أكبر الراشدين من الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن ، أو وفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة .

وعلى الأقارب إبلاغ النيابة العامة خلال ذات المدة عن فقد أهلية أو غياب أحد أفراد الأسرة إذا كان مقيماً معهم في معيشة واحدة .

(مادة ٢٨)

على الأطباء المعالجين ومديري المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن حالة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم .
وعلى المختصين بالسلطات الإدارية إبلاغ النيابة العامة متى تبين لهم أثناء تأدية عملهم حالة من حالات فقد الأهلية المشار إليه في الفقرة السابقة .

(مادة ٢٩)

على الوصي على الحمل المستكن لإبلاغ النيابة العامة بانقضاء مدة الحمل أو بانفصاله حياً أو ميتاً .

(مادة ٣٠)

يعاقب على مخالفة أحكام المواد (٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩) من هذا القانون بغرامة لاتقل عن خمسين جنيهاً ولاتجاوز مائة جنية ، فإذا كان عدم التبليغ بقصد الإضرار بعديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو غيرهم من ذوي الشأن تكون العقوبة الحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتقل عن مائة جنية ولاتجاوز ألف جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين .

(مادة ٣١)

يعاقب بالحبس كل من أخفى بقصد الإضرار مალأ مملوكاً لعديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب .

(مادة ٣٢)

تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية ، واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها ، وسلب الإذن للناصر أو المحجور عليه أو الحد منه ، وإثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ، ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه ، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب في سجل خاص . ويقوم القيد في السجل مقام التسجيل ، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قُضي بإجابة الطلب - وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قُضي نهائياً برفض الطلب .
ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات القيد والشطب .

(مادة ٣٣)

على النيابة العامة بمجرد ورود التبليغ إليها وفقاً لأحكام هذا القانون أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب وأن تحصر مؤقتاً ما لهم من أموال ثابتة أو منقولة أو حقوق وما عليهم من التزامات في محضر يوقع عليه ذوو الشأن .

وللنيابة العامة أن تتخذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال وأن تأمر بوضع الأختام عليها ، ولها بناء على أمر صادر من قاضي الأمور الوقتية أن تنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين .

وللنيابة العامة - عند الاقتضاء - أن تأذن لوصي التركة أو منفذ الوصية أو مديرها إن وُجد أو لأي شخص أمين آخر بالصرف على جنازة المتوفى والإنفاق على من تلزمه نفقتهم وإدارة الأعمال التي يخشى عليها من فوات الوقت .
وللنيابة العامة أن تعدل عن أي قرار اتخذته تطبيقاً لأحكام هذه المادة .

(مادة ٣٤)

للنيابة العامة أن تأمر بناء على إذن مسبب من القاضي الجزئي بدخول المساكن والأماكن اللازم دخولها لاتخاذ الإجراءات التحفظية المنصوص عليها في هذا القانون ، ولها أن تندب لذلك - بأمر مسبب يحدد فيه المسكن أو المكان - أحد مأموري الضبط القضائي .

(مادة ٣٥)

لا يلزم اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا لم يتجاوز مال المطلوب حمايته ثلاثة آلاف جنيه ، تعدد بتعدددهم ، وفي هذه الحالة تسلم النيابة العامة المال إلى من يقوم على شؤونه مالم تر النيابة العامة اتباع الإجراءات المشار إليها بالضوابط والأوضاع المقررة بهاتين المادتين .

(مادة ٣٦)

يرفع الطلب إلى المحكمة المختصة من النيابة العامة أو ذوي الشأن .
وفي الحالة الأخيرة يجب أن يشتمل الطلب المرفوع على البيانات التي يتطلبها قانون المرافعات في صحيفة الدعوى وأن يرفق به المستندات المؤيدة له ، وعلى المحكمة أن تحيله إلى النيابة العامة لإبداء ملاحظاتها عليه كتابة خلال ميعاد تحدده لذلك .
وتقوم النيابة العامة - فيما لاتختص بإصدار أمر فيه - بتحديد جلسة أمام المحكمة لنظر الطلب مشفوعاً بما أجرته من تحقيقات وما انتهت إليه من رأي ، وإعلان من لم ينبه

عليه أمامها من ذوي الشأن بالجلسة .

وللمحكمة أن تندب النيابة العامة لمباشرة أي إجراء من إجراءات التحقيق الذي تأمر به .

(مادة ٣٧)

للمحكمة وللنيابة العامة أن تدعو من ترى فائدة من سماع أقواله في كل تحقيق تجريه ، فإن تخلف عن الحضور بالجلسة المحددة أو امتنع عن الإدلاء بأقوال دون مبرر قانوني - جاز الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه ، فإن لم يحضر جاز للمحكمة وللنيابة العامة أن تأمر بإحضاره .

وللمحكمة أن تقيل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً .

(مادة ٣٨)

إذا رأت النيابة العامة أن طلب توقيع الحجر أو سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو إثبات الغيبة يقتضي اتخاذ إجراءات تحقيق تستغرق فترة من الزمن يخشى خلالها من ضياع حق أو مال ، رفعت الأمر للمحكمة لتأذن باتخاذ ما تراه من إجراءات تحفظية أو لتأمر بمنع المقدم ضده الطلب من التصرف في الأموال كلها أو بعضها أو تقييد سلطته في إدارتها أو تعيين مدير مؤقت يتولى إدارة تلك الأموال .

(مادة ٣٩)

على النيابة العامة أن تقدم للمحكمة مذكرة مسببة بمن ترشحه للنيابة عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو من ترشحه مساعداً قضايئاً ، وذلك خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ إبلاغها بالسبب الموجب لتعيينه .
وتعين المحكمة النائب أو المساعد القضائي بعد أخذ رأي ذوي الشأن .

(مادة ٤٠)

تخطر النيابة العامة الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أو المساعد القضائي أو المدير المؤقت بالقرار الصادر بتعيينه إذا صدر في غيبته ، وعلى من يرفض التعيين إبلاغ النيابة العامة كتابة برفضه خلال ثمانية أيام من تاريخ علمه بالقرار وإلا كان مسئولاً عن المهام الموكلة إليه من تاريخ العلم .

وفي حالة الرفض تعين المحكمة بدلاً منه على وجه السرعة .

(مادة ٤١)

تقوم النيابة العامة بعد صدور قرار المحكمة بتعيين النائب ، بجرد أموال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب بمحضر يحضر من نسختين .

ويتبع في الجرد الأحكام والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل ويدعى لحضور الجرد جميع ذوي الشأن والقاصر الذي أتم خمس عشرة سنة ميلادية إذا رأت النيابة العامة ضرورة لحضوره .

وللنيابة العامة أن تستعين بأهل الخبرة في جرد الأموال وتقييمها وتقدير الديون ، وتسلم الأموال بعد انتهاء الجرد إلى النائب المعين من المحكمة .

(مادة ٤٢)

ترفع النيابة العامة محضر الجرد إلى المحكمة للتصديق عليه بعد التحقق من صحة البيانات الواردة فيه .

(مادة ٤٣)

يجب على النيابة العامة عند عرض محضر الجرد على المحكمة للتصديق عليه أن ترفق مذكرة برأيها في المسائل الآتية بحسب الأحوال :

١ - الاستمرار في الملكية الشائعة أو الخروج منها وفي استغلال المحال التجارية والصناعية أو المكاتب المهنية أو تصفيتها ووسائل الوفاء بالديون والقرارات المنفذة لذلك .

٢ - تقدير النفقة الدائمة اللازمة للقاصر أو المحجور عليه .

٣ - اتخاذ الطرق المؤدية لحسن إدارة الأموال وصيانتها .

وتلتزم المحكمة بالتصديق على محضر الجرد وبالفصل في المسائل المشار إليها على وجه السرعة .

(مادة ٤٤)

للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تعدل عن أي قرار أصدرته في المسائل المبينة في المادة السابقة أو عن أي إجراء من الإجراءات التحفظية إذا تبينت ما يدعو لذلك .

ولايمس عدول المحكمة عن قرار سبق أن أصدرته بحقوق الغير حسن النية الناشئة عن أي اتفاق .

(مادة ٤٥)

إذا عينت المحكمة مصفياً للتركة قبل التصديق على محضر الجرد يتولى المصفي جرد التركة كلها ويحرر محضراً تفصيلياً بما لها وما عليها يوقعه هو وعضو النيابة العامة والنائب المعين ومن يكون حاضراً من الورثة الراشدين .

وإذا عين المصفي بعد التصديق على محضر الجرد يقوم النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب بتسليم نصيب الأخير في التركة إلى المصفي بمحضر يوقعه هو والمصفي وعضو النيابة العامة ومن يكون حاضراً من الورثة الراشدين ، وذلك ما لم ير المصفي إبقاء المال كله أو بعضه تحت يد النائب لحفظه وإدارته مؤقتاً حتى تتم التصفية ويثبت ذلك على نسختي محضر الجرد ويوقع عليه الأشخاص السابق ذكرهم .

وبعد انتهاء التصفية يسلم ما يؤول من التركة إلى النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب مع مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون .

(مادة ٤٦)

يجب على النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو المدير المؤقت أن يودع قلم كتاب المحكمة حساباً عن إدارته مشفوعاً بالمستندات التي تؤيده في الميعاد المحدد قانوناً وكلما طلبت منه المحكمة ذلك في الميعاد الذي تحدده .

فإذا انقضى الميعاد ولم يقدم الحساب جاز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لاتزيد على خمسمائة جنيه ، فإن تكرر منه ذلك جاز أن تحكم عليه بغرامة لاتزيد على ألف جنيه ، وذلك دون إخلال بالجزاءات الأخرى المنصوص عليها قانوناً .

وإذا قدم النائب الحساب وأبدى عذراً عن التأخير قبلته المحكمة ، جاز لها أن تقيله من كل الغرامة أو بعضها .

وعلى المحكمة أن تأمر مؤقتاً بإيداع المبالغ التي لاينازع مقدم الحساب في ثبوتها في ذمته ، دون أن يعتبر ذلك مصادقة على الحساب .

وتفصل المحكمة في صحة الحساب المقدم إليها ، ويجب أن يشمل القرار النهائي الذي تصدره المحكمة بشأن الحساب الأمر بإلزام مقدمه بأداء المبلغ المتبقي في ذمته

وإيداعه خزانة المحكمة في ميعاد تحدده .

(مادة ٤٧)

للنيابة العامة أن تصرح للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب بالصرف من الأموال السائلة لأي من هؤلاء دون الرجوع إلى المحكمة بما لا يجاوز مبلغ ألف جنيه يجوز زيادته إلى ثلاثة آلاف جنيه بقرار من المحامي العام المختص ، وذلك لمرة واحدة كل ستة أشهر .

(مادة ٤٨)

لا يقبل طلب استرداد الولاية أو رفع الحجر أو المساعدة القضائية أو رفع الحجر عليه أو المساعدة القضائية أو رفع الوصاية أو الولاية أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائي الصادر برفض طلب سابق .

(مادة ٤٩)

يجوز لذوي الشأن الاطلاع على الملفات والدفاتر والسجلات والأوراق المنصوص عليها في المواد السابقة ، كما يجوز لكل شخص الاطلاع على السجلات ، وفي الحالاتين تسلم لأي منهم صور أو شهادات بضمون ما أثبت فيها بإذن من المحكمة أو النيابة العامة .

(مادة ٥٠)

يكون لنفقات حصر الأموال ووضع الأختام والحرد والإدارة حق امتياز في مرتبة المصروفات القضائية .

(مادة ٥١)

للمحكمة أن تأمر بإضافة كل الرسوم أو بعضها أو المصاريف على عاتق الخزنة العامة .

الباب الرابع

القرارات والأحكام والطعن عليها

أولاً : إصدار القرارات

(مادة ٥٢)

تسري على القرارات التي تصدر في مسائل الولاية على المال القواعد الخاصة بالأحكام .

(مادة ٥٣)

يجب على المحكمة أن تودع قلم الكتاب أسباب القرارات القطعية الصادرة في مواد الحجر والمساعدة القضائية والولاية والغيبه والحساب والإذن بالتصرف وعزل الوصي ، والقرارات الصادرة وفقاً لحكم المادة (٣٨) من هذا القانون ، وذلك في ميعاد ثمانية أيام من تاريخ النطق بها إذا صدرت من محكمة جزئية وخمسة عشر يوماً إذا صدرت من غيرها .

وفيما عدا ذلك من قرارات تصدر في مسائل الولاية على المال ، يجوز للمحكمة تسبب هذه القرارات أو الاكتفاء بالتوقيع على محضر الجلسة المشتغل على المنطوق .

(مادة ٥٤)

تكون القرارات الصادرة من محكمة أول درجة بصفة ابتدائية في مسائل الولاية على المال واجبة النفاذ ولو مع حصول استئنافها عدا تلك الصادرة في المسائل الآتية :

- ١ - الحساب .
 - ٢ - رفع الحجر وإنهاء المساعدة القضائية .
 - ٣ - رد الولاية .
 - ٤ - إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة .
 - ٥ - ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية .
 - ٦ - الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب .
- وللمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل في الطعن .

يكون قرار المحكمة نهائيًا إذا صدر في تصرفات الأوقاف بالإذن بالخصومة أو في طلب الاستدانة أو التأجير لمدة طويلة أو تغيير المعالم ، أو طلب الاستبدال أو بيع العقار الموقوف لسداد دين ، إذا كان موضوع الطلب أو قيمة العين محل التصرف لا يزيد على خمسة آلاف جنيه .

ثانيًا : الطعن على الأحكام والقرارات

(مادة ٥٥)

طرق الطعن في الأحكام والقرارات المبينة في هذا القانون هي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر .

ويتبع - فيما لم يرد به حكم خاص - في المواد الآتية : القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(مادة ٥٦)

يكون للنيابة العامة في جميع الأحوال الطعن بطريق الاستئناف في الأحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها . ويتبع في الطعن الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية .

(مادة ٥٧)

تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط .

ومع ذلك يجوز مع بقاء الطلبات الأصلية على حالها تغيير أسبابها أو الإضافة إليها ، كما يجوز إبداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مرتبة عليها أو متصلة بها اتصالاً لا يقبل التجزئة ، وفي الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلًا مناسبًا للرد على الأسباب أو الطلبات الجديدة .

(مادة ٥٨)

يرتب على الطعن بالاستئناف في الحكم القطعي الصادر وفقًا لحكم المادة (١٠) من هذا القانون طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف ، وحتى تصدر

هذه المحكمة حكمها النهائي ، يجوز لها إصدار حكم مؤقت واجب النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة أو تعديل النفقة التي قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان .

(مادة ٥٩)

مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية يعد استئناف الحكم أو القرار الصادر في مادة من مواد الولاية على المال ، استئنافاً للمواد الأخرى التي لم يسبق استئنافها وترتبط بالحكم أو القرار المستأنف ارتباطاً يتعذر معه الفصل في الاستئناف دون إعادة الفصل فيها .

(مادة ٦٠)

ميعاد الاستئناف ستون يوماً لمن لا موطن له في مصر دون إضافة ميعاد مسافة .

(مادة ٦١)

للخصوم وللنيابة العامة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ، كما يكون لهم الطعن بالنقض في القرارات الصادرة من هذه المحاكم في مواد الحجر والغيبية والمساعدة القضائية وعزل الوصي وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب .

(مادة ٦٢)

لاتنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو بالتطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطريق النقض ؛ فإذا طعن عليها في الميعاد القانوني ، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل في الطعن .

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة في وعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه ، وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن ، وإذا نقضت المحكمة الحكم كان عليها أن تفصل في الموضوع .

(مادة ٦٣)

لايجوز التماس إعادة النظر في مسائل الولاية على المال إلا في القرارات الانتهائية

الصادرة في المواد الآتية :

- ١ - توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة .
- ٢ - تثبيت الوصي المختار أو الوكيل عن الغائب .
- ٣ - عزل الوصي والقيم والوكيل أو الحد من سلطته .
- ٤ - سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها .
- ٥ - استمرار الولاية أو الوصاية على القاصر .
- ٦ - الفصل في الحساب .

الباب الخامس

في تنفيذ الأحكام والقرارات

(مادة ٦٤)

الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور والمصروفات وما في حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة .

(مادة ٦٥)

يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً .
ويتبع في تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات .
ويراعى في جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضي التنفيذ . ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذي كلما اقتضى الحال ذلك .

أماكن الرؤية

(مادة ٦٦)

ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير في أحد الأماكن التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية ، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكان آخر .
ويشترط في جميع الأحوال أن يتوفر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير .

(مادة ٦٧)

على قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ .

جهة تنفيذ الأحكام

(مادة ٦٨)

يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة .
ويصدر وزير العدل قرارًا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك .

قرار النيابة في الحضانة

(مادة ٦٩)

يجوز للنيابة العامة ، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء ، أو طلبت حضانته مؤقتًا من يرجح الحكم لها بذلك ، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارًا مسيئًا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها .
ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ، ويكون واجب التنفيذ فورًا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير .

نظام تأمين الأسرة وإجراءات صرف النفقة

(مادة ٧٠)

ينشأ نظام لتأمين الأسرة ، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب ، يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعي .

ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته وطرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

(مادة ٧١)

على بنك ناصر الاجتماعي أداء النفقات والأجور وما في حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات .

(مادة ٧٢)

على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية ، والهيئات العامة ، ووحدات القطاع العام ، وقطاع الأعمال العام ، وجهات القطاع الخاص ، والهيئة القومية للتأمين الاجتماعي ، وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة ، والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى ، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعي مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم وما يفيد تمام الإعلان أن تقوم بخصم المبالغ في الحدود التي يجوز الحجز عليها وفقاً للمادة (٧٦) من هذا القانون من المرتبات وما في حكمها والمعاشات وإيداعها خزانة البنك فور وصول الطلب إليها ودون حاجة إلى إجراء آخر .

(مادة ٧٣)

إذا كان المحكوم عليه من غير ذوي المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما في حكمها ، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم به خزانة بنك ناصر الاجتماعي أو أحد فروعها أو وحدة الشؤون الاجتماعية الذي يقع محل إقامته في دائرة أي منها في الأسبوع الأول من كل شهر مبني قام البنك بالتنبه عليه بالوفاء .

(مادة ٧٤)

لبنك ناصر الاجتماعي استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما في حكمها وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها .

قواعد تقدير النفقة

(مادة ٧٥)

استثناء مما تقرره القوانين في شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات

- وما في حكمها ، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما في حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين ، في حدود النسب الآتية :
- (أ) ٢٥ ٪ للزوجة أو المطلقة ، وتكون ٤٠ ٪ في حالة وجود أكثر من واحدة .
- (ب) ٢٥ ٪ للوالدين أو أيهما .
- (ج) ٣٥ ٪ للوالدين أو أقل .
- (د) ٤٠ ٪ للزوجة أو المطلقة ولولدهما ووالديه أو أيهما .
- (هـ) ٥٠ ٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما .
- وفي جميع الأحوال لايجوز أن تزيد النسبة التي يجوز الحجز عليها على (٥٠ ٪) تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم .

تنفيذ حكم النفقة

(مادة ٧٦)

إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجري التنفيذ بدائلتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمثل حكمت بحسبه مدة لاتزيد على ثلاثين يوماً .

فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم ، فإنه يخلى سبيله ؛ وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية .

ولايجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى .

وإذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة ، ثم حكمت عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات ، استنزلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها ، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه .

مرتبة دين النفقة

(مادة ٧٧)

في حالة التراجع بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ، نفقة الأولاد ، نفقة الوالدين ، نفقة الأقارب ، ثم الديون الأخرى .

الإشكال في حكم النفقة

(مادة ٧٨)

لا يترتب على الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها في المادة السابقة وقف إجراءات التنفيذ .

عقوبة صرف نفقة غير مستحقة من بنك ناصر

(مادة ٧٩)

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر يعاقب بالحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك .

وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على سنتين ، لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعي على مبالغ غير مستحقة له مع علمه بذلك مع إلزامه بردها .

القانون (٢٥) لسنة (١٩٢٩ م) المعدل بالقانون (١٠٠)

١ - الطلاق

(مادة ٦)

على المطلق أن يوثق بإشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق .

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر ، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها ، وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل .
وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة ، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به .

٢ - الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر

(مادة ٦)

إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١) .

الحكمان وإجراءات عملهما

(مادة ٧)

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

(مادة ٨)

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تتجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك . وعليها تحليف كل من

الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة .

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين .

(مادة ٩)

لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره .

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة .

(مادة ١٠)

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

- ١- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس شيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق .
- ٢- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه لتلزم به الزوجة .
- ٣- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .
- ٤- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقاً دون بدل .

(مادة ١١)

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها ، فإن لم يتفقا بعثتهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (٨) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات ، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصررت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى .

(مادة ١١) مكررة

على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية ، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن ، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول .

ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها .

فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً . ويسقط حق الزوجة في طلب التطلق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى ، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً . ويتجدد حقها في طلب التطلق كلما تزوج بأخرى . وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطلق كذلك .

(مادة ١١) مكررة ثانياً

إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع . وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إليها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها ، وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن . وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان ، وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به في الميعاد . وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض ، أو بناء على طلب أحد الزوجين ، التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها أن الخلاف مستحکم وطلبت الزوجة التطلق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من (٧ إلى ١١) من هذا القانون .

٣ - التطليق لغيبة الزوج أو لحبسه

(مادة ١٢)

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بُعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

(مادة ١٣)

إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا أعذار وضرب أجل .

(مادة ١٤)

لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

٤ - دعوى النسب

(مادة ١٥)

لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة وتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

٥ - تقدير النفقة نفقة العدة

(مادة ١٦)

تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاتها يسراً أو عسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذي يفي بحاجتها الضرورية ، وعلى القاضي في حالة قيام سبب استحقات النفقة وتوفير شروطه أن يفرض للزوجة ولصغارها منه في مدى

أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فوراً إلى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ . للزوج أن يجري المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائياً ، بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة وصغارها عن القدر الذي يفي بحاجتهم الضرورية .

(مادة ١٧)

لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق . كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفي زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

(مادة ١٨)

لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق ، ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق .

(مادة ١٨) مكررة

الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها نفقة متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط .

(مادة ١٨) مكررة ثانياً

إن لم يكن للصغير مال فنفته على أبيه .

وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب ، فإن أمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده ، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه .

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأئمهاتهم ، وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن

الإفراق عليهم .

على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً .

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها .

٦ - المهر

(مادة ١٩)

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج يمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهراً مثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

٧ - الحضانة

(مادة ٢٠)

ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثني عشرة سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذا السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك . ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤيا اتفاقاً ، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً ، ولكن إذا امتنع من يده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير

عذر أنذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتًا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ويثبت الحق في الحضانة للأُم ثم للمحارم من النساء ، مقدّمًا فيه من يدلي بالأُم على من يدلي بالأب ومعتبرًا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي :

الأُم فأُم الأُم وإن علت ، فأُم الأب وإن علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأُم ، فالأخوات لأب ، فبنات الأخت الشقيقة ، فبنات الأخت لأُم ، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات ، فبنات الأخت لأب ، فبنات الأخ بالترتيب المذكور ، فالعمات بالترتيب المذكور ، فخالات الأُم بالترتيب المذكور ، فخالات الأب بالترتيب المذكور ، فعمات الأُم بالترتيب المذكور ، فعمات الأب بالترتيب المذكور .

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء ، أو لم يكن منهن أهل للحضانة ، أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق في الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث ، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء ، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات على الترتيب الآتي :

الجد لأُم ، ثم الأخ لأُم ، ثم ابن الأخ لأُم ، ثم العم ، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأُم .

٨ - المفقود

(مادة ٢١)

يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده . ويعتبر المفقود ميتًا بعد مضي سنة من تاريخ فقده ، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان في طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وقُعد أثناء العمليات الحربية .

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع ، بحسب الأحوال ، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك ، قرارًا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتًا في حكم الفقرة السابقة ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود . وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى

القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميتًا .

عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتًا على الوجه المبين في المادة السابقة تعدد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى .

٩ - أحكام عامة

(مادة ٢٣)

المراد بالسنة في المواد من (١٢ إلى ١٨) هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يومًا .

(مادة ٢٣) مكررة

يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيًا من الأحكام المنصوص عليها في المادة (٥ مكرراً) من هذا القانون .

كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر في المادة (١١ مكرراً) .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهًا إذا أخل بأي من الالتزامات التي فرضها عليه القانون . ويجوز أيضًا للحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تتجاوز سنة .

(مادة ٢٤)

تلغى المواد (٣ و ٧ و ١٢) من القانون نمرة (٢٥) سنة (١٩٢٠ م) التي تتضمن أحكامًا بشأن النفقة ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية .

(مادة ٢٥)

على وزير الحفانية تنفيذ هذا القانون . ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة

الرسمية . نأمر بأن يصمم هذا القانون بخاتم الدولة وأن ينشر في الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بسراي عابدين في (٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ هـ) ، (١٠ مارس سنة ١٩٢٩ م) ، بأمر حضرة صاحب الجلالة فؤاد .

وزير الحقانية

رئيس مجلس الوزراء

أحمد محمد خشبة

محمد محمود

الأحوال الشخصية رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٠ م)

الباب الأول

في النفقة

القسم الأول

في النفقة والعدة

(مادة ٢)

المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينًا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

(مادة ٣)

لا يجوز تنفيذ أحكام بنفقة عدة عن مدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق بالنسبة لغير المرضع وعلى سنتين وثلاثة أشهر من تاريخ الوضع بالنسبة للمرضع .

القسم الثاني

في العجز عن النفقة

(مادة ٤)

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه مُعسر أو مُوسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال .

وإن ادعى العجز فإن لم يثبت عليه حاليًا ، وإن أثبتته أمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

(مادة ٦)

تطبيق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا . وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة ، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة .

الباب الثاني

في المفقود

(مادة ٨)

إذا جاء المفقود أو لم يجئ وتبين أنه حي فزوجته له ، ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول . فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول .

الباب الثالث

في التفريق بالعيب

(مادة ٩)

للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به .

فإن تزوجته عاملة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها ، فلا يجوز التفريق .

(مادة ١٠)

الفرقة بالعيب طلاق بائن .

(مادة ١١)

يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

(مادة ١٢)

على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويسري العمل به من تاريخ نشره في «الوقائع المصرية» .

صدر بسراى رأس التين في (٢٥ شوال سنة ١٣٣٨ هـ) (١٢ يوليه سنة ١٩٢٠ م) .

الباب الأول

في أحكام عامة

الفصل الأول

تعريف الوصية وركناتها وشرايطها

(١)

الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

(٢)

تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزًا عنها انعقدت الوصية بإشارته المفهومة .

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعًا بخط المتوفى وعليها إمضاه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقًا على توقيع الموصي عليها .

(٣)

يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافيًا لمقاصد الشرع .

وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية .

(٤)

مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به ،

وإن كان الشرط صحيحًا وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة .
ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه .
والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة .

(٥)

يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانين سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسيني .

(٦)

يشترط في الموصى له :

(١) أن يكون معلوماً .

(٢) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً .

فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصي وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٢٠) .

(٧)

تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر وللمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة ، وتصرف في وجوه الخير .

(٨)

تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

(٩)

تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد إسلامي والموصى له غير مسلم تابعاً لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من

الوصية لمثل الموصي .

(١٠)

يشترط في الموصى به :

(١) أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلًا للتعاقد حال حياة الموصي .

(٢) أن يكون متقومًا عند الموصي إن كان مالا .

(٣) أن يكون موجودًا عند الوصية في ملك الموصي إن كان معينًا بالذات .

(١١)

تصح الوصية بالخلو وبالخقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

(١٢)

تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرًا معلومًا من المال ولا تنفذ فيما زاد عن هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

(١٣)

تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصي فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية .

(١٤)

تبطل الوصية بجنون الموصي جنونًا مطبقًا إذا اتصل بالموت ، وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصي .

(١٥)

تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينًا وهلك قبل قبول الموصى له .

(١٦)

لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة .

(١٧)

يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدًا سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة .

ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

الفصل الثاني

الرجوع عن الوصية

(١٨)

يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة .
ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصريح يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها .

ومن الرجوع دلالة كل تصريح يزيل ملك الموصي عن الموصى به .

(١٩)

لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الثالث

قبول الوصية وردها

(٢٠)

تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي ، فإذا كان

الموصى له جنيئًا أو قاصرًا أو محجورًا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونًا فإن لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول .

(٢١)

إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك .

(٢٢)

لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت .

ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يومًا كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .

(٢٣)

إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزم الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد وإذا قبلها بعض الموصي لهم وردها الباقي لزم بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

(٢٤)

لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي .

فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده .

(٢٥)

إذا كان الموصى له موجودًا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت .

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له ولا تعتبر وصية ،
وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

الباب الثاني

أحكام الوصية

الفصل الأول

في الموصى له

(٢٦)

تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون فإن لم
يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته وعند اليأس من وجود
أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصي .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده كانت الغلة له إلى أن
يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً
وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى
لهم جميعاً ويكون نصيب من مات منهم تركه عنه .

(٢٧)

إذا كانت الوصية لمن ذكروا في المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد
عند وفاة الموصي كانت لورثة الموصي .

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصي أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده
من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصي وعند اليأس من وجود
غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصي .

(٢٨)

إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها إلا إذا دلت
عبارة الموصي أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ففي هذه الحالة يصرف الموصى له
نصيبه من الغلة ويعطى الباقي لورثة الموصي ، وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة

الموصي عند اليأس من وجود مستحق آخر .

(٢٩)

إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لاتصح إلا للطبقتين الأوليين ، فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين .

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم .

(٣٠)

تصح الوصية لمن لا يحصون ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة . من له تنفيذ الوصية هو الموصي المختار فإن لم يوجد فهية التصرفات أو من تعينه لذلك .

(٣١)

إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصي كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة أحكام المواد (٢٦ ، و ٢٧ ، و ٢٨ ، و ٢٩) .

(٣٢)

إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به .

(٣٣)

إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة .

(٣٤)

إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

(٣٥)

تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

(١) إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيًا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

(٢) إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيًا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيًا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

وإذا كانت الوصية لحم من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حيًا فتكون له .

(٣٦)

إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية .

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان

وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع .

الفصل الثاني

الموصى به

(٣٧)

تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على

الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع

عالمين بما يجيزونه .

وتنفذ وصية من لا ذين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة .

(٢٨)

تصح وصية المدين المستغرق ماله بالذَّين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الذَّين غير مستغرق نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الذَّين .

(٢٩)

إذا كان الذَّين غير مستغرق واستوفي كله أو بعضه من الموصى به ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الذَّين الذي استوفي في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الذَّين .

(٤٠)

إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدًا على الفريضة .

(٤١)

إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائدًا على الفريضة إن كان الورثة متساويين في الميراث وقدر نصيب أقلهم ميراثًا زائدًا على الفريضة إن كانوا متفاضلين .

(٤٢)

إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصي أو بمثل نصيبه سواء أعيَّن الموصي الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها .

ويقسم الثلث بينهما بالمخاصة إذا ضاق عن الوصيتين وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بُدِّل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

(٤٣)

إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين وكان في التركة دَين أو مال غائب فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه .

(٤٤)

إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة وكان فيها دَين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها . كلما حضر شيء استحق سهمه فيه .

(٤٥)

إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة وكان فيها دَين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة ؛ وإلا استحق الموصى له سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه .

(٤٦)

في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دَين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدَين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مآلاً حاضراً . وإذا كان الدَين المستحق الأداء على الوراث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ويعتبر هذا الدَين مآلاً حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل . فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مآلاً حاضراً . في هذه الحالة لا يستولي الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدَين . فإن لم يؤده باعه القاضي ووفى الدَين من ثمنه . تعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

(٤٧)

إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصى له وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه إن كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث .

(٤٨)

إذا كانت الوصية بحصة شائعة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له ، وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال ؛ وإلا أخذ الباقي جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .

(٤٩)

إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

الفصل الثالث

في الوصية بالمنافع

(٥٠)

إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي اعتبرت الوصية كأن لم تكن ، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها .

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الوصي .

(٥١)

إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى .

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة .

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصي أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

(٥٢)

إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأييد .

فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم .

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

(٥٣)

إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي أو في خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد في خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر .

(٥٤)

إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

(٥٥)

إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلاً ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك .

(٥٦)

إذا كانت الوصية يبيع العين للموصى له بثمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث أو بغبن يسير نفذت الوصية .

وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة .

(٥٧)

تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايو زماناً أو مكاناً أو بقسمة العين إذا كانت تحتل القسمة من غير ضرر .

(٥٨)

إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

(٥٩)

تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين .

(٦٠)

يجوز لورثة الموصي بيع نصيبهم في العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له .

(٦١)

إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي .

(٦٢)

إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة .

(٦٣)

إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

الفصل الرابع الوصية بالمرتبات

(٦٤)

تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .
فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له .

(٦٥)

إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

(٦٦)

إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على

الوجه المبين في (المادة ٦٤) إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين في (المادة ٦٥) إن كانت الوصية بمرتب من الغلة . فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده .
وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة .

(٦٧)

إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفي بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصي .
ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ الوصية في إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة .
فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يُستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصي .

(٦٨)

إذا كانت الوصية بالمرتب لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يُوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .
وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصي .

(٦٩)

في الأحوال المبينة في المواد من (٦٤ إلى ٦٧) يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقدًا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي . ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص .

(٧٠)

لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصي ويقدر الأطباء حياة الموجودين وتنفيذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعينين .

الفصل الخامس

أحكام الزيادة في الموصى به

(٧١)

إذا غير الموصي معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجسيص كانت العين كلها وصية . إن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

(٧٢)

إذا هدم الموصي العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .
وإن عاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين .

(٧٣)

إذا هدم الموصي العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

(٧٤)

استثناء من أحكام المواد (٧١) فقرة ثانية و (٧٢) فقرة ثانية و (٧٣) إذا كان ما دفعه الموصي أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بها .

(٧٥)

إذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن

معها تسليم الموصى به منفردًا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

الفصل السادس

الوصية الواجبة

(٧٦)

إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكمًا بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثًا في تركته أو كان حيًا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على ما يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبًا كترتيب الطبقات .

(٧٧)

إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله .

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

(٧٨)

الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . إذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفى وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم .

(٧٩)

في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم مايقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

الفصل السابع

في تراحم الوصايا

(٨٠)

إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة . ذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين .

(٨١)

إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل .

(٨٢)

إذا تراحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبهما لورثة الموصى .

الوصية الشرعية

(١)

فيما عدا الأحوال الأخرى التي ينص عليها قانون الأحوال الشخصية لسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها تتبع الأحكام الآتية :

(٢)

تسلب الولاية ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق عن :

(١) من حكم عليه لجرمة الاغتصاب أو هتك العرض أو لجرمة مما نص عليه في القانون رقم (٦٨) لسنة (١٩٥١ م) بشأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

(٢) من حكم عليه لجنابة وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجنابة وقعت من أحد هؤلاء .

(٣) من حكم عليه أكثر من مرة لجرمة مما نص عليه في القانون رقم (٦٨) لسنة (١٩٥١ م) بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير سلبها بالنسبة إلى كل من تشملهم ولاية الولي من الصغار الآخرين فيما عدا الحالتين المشار إليهما في البند (٢) إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم بسلب ولايته ؛ وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضًا .

(٣)

يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية في الأحوال الآتية :

(١) إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة .

(٢) إذا حكم على الولي لجرمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجرمة مما نص عليه في القانون رقم (٦٨) لسنة (١٩٥١ م) بشأن مكافحة الدعارة .

(٣) إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجرمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشملهم الولاية .

(٤) إذا حكم بإيداع أحد المشمولين بالولاية دارًا من دور الاستصلاح وفقًا للمادة (٦٧) من قانون العقوبات أو طبقًا لنصوص قانون الأحداث المتشردين .

(٥) إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال .

(٤)

يحكم بسلب الولاية ولو كانت الأسباب التي اقتضت سلبها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها .

(٥)

إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بالصغير إلى من يلي المحكوم عليه فيها قانوناً فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية ؛ لذلك جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أي شخص آخر ولو لم يكن قريباً له متى كان معروفًا بحسن السمعة وصالحاً للقيام على تربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية .

وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت مباشرة الحقوق التي حرمت الولي منها إلى أحد الأقارب أو إلى أي شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة مما ذكر على حسب الأحوال .

(٦)

تقدر المحكمة نفقة الصغير على من تلزمه النفقة .

(٧)

إذا وقعت جريمة على صغير أو منه مما يوجب أو يجيز سلب الولاية جاز لسلمة التحقيق أو الحكم أن تعهد بالصغير إلى شخص مؤتمن يتمهد بملاحظته والحفاظة عليه أو إلى معهد خيرى معترف به من وزارة الشؤون الاجتماعية حتى يفصل في الجريمة وفي شأن الولاية .

(٨)

يجوز للمحكمة الجنائية حين تقضي بالعقوبة على الولي في الحالات المنصوص عليها في المادة الثانية ، وفي البنود الأربعة الأولى من المادة الثالثة أن تحكم أيضاً بسلب الولاية أو الحد منها .

أما ما يترتب على ذلك من تدابير وآثار فتحكم فيه المحكمة المختصة بناء على طلب

النيابة أو ذي الشأن وفقاً لأحكام هذا القانون ولقانون المرافعات المدنية والتجارية .

(٩)

في الأحوال المنصوص عليها في البندين (٤) و (٥) من المادة ٣ يجوز للمحكمة بدلاً من الحكم بسلب الولاية أو وقفها أن تمهد إلى وزارة الشؤون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير أو تعليمه إذا رأت في ذلك مصلحة له . وللوزارة المذكورة أن تفوض في ذلك أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وإذا لم تتحقق الفائدة من هذا الإشراف لسبب يرجع إلى الولي جاز رفع الأمر للمحكمة للنظر في سلب ولايته أو وقفها .

(١٠)

يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال ولا يجوز أن يقام الولي الذي حكم بسبب ولايته وصياً أو مشرفاً أو قيماً ، كما لا يجوز أن يختار وصياً .

(١١)

يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقاً للبند (٢) أو (٣) من المادة الثانية أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها وفقاً للبند (١) أو (٢) أو (٣) من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التي سلبت منهم إذا رد اعتبارهم ويجوز لهم ذلك أيضاً في الأحوال المنصوص عليها في البندين (٤) و (٥) من المادة الثالثة إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية .

(١٢)

يقصد بالولي في تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصي وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص .

(١٣)

على وزير العدل والشؤون الاجتماعية تنفيذ هذا القانون كل منهما فيما يخصه ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

الباب الأول

في أحكام عامة

(١)

يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي .

(٢)

يجب لاستحقاق الإرث تحقيق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا . ويكون الحمل مستحقًا للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة (٤٣) .

(٣)

إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا .

(٤)

يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي :

(أولاً) ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن .

(ثانياً) ديون الميت .

(ثالثاً) ما أوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

ويوزع ما بقي بعد ذلك على الورثة ، فإذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب

الآتي :

(أولاً) استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

(ثانياً) ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

(٥)

من موانع الإرث قتل المورث عمدًا سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان

شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه ، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة .

ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

(٦)

لا توارث بين مسلم وغير مسلم . ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض .

واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين .

ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .

الباب الثاني

في أسباب الإرث وأنواعه

(٧)

أسباب الإرث :

الزوجية والقرابة والعصوبة السببية .

يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض .

ويكون الإرث بالقرابة بطريق الفرض أو التعصيب أو بهما معاً ، أو بالرحم مع مراعاة

قواعد الحجب والرد .

فإذا كان لوارث جهتا إرث ورث بهما معاً مع مراعاة أحكام المادتين : (١٤)

و (٣٧) .

القسم الأول

في الإرث بالفرض

(٨)

الفرض سهم مقدر للوارث في التركة ، ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض وهم :

الأب ، الجمد الصحيح وإن علا ، الأخ لأم ، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجة ، البنات ،

بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأبي الأم ، الجدة الصحيحة وإن علت .

(٩)

مع مراعاة حكم المادة (٢١) للأب فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل .

والجد الصحيح هو الذي لا دخل في نسبه إلى الميت أنثى . وله فرض السدس على الوجه المبين في الفقرة السابقة .

(١٠)

للأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثالث للثنتين فأكثر ، ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء .

وفي الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعًا على الوجه المتقدم .

(١١)

للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل ، والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل . وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته .

(١٢)

مع مراعاة حكم المادة (١٩) :

(أ) للواحدة من البنات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان .

(ب) لبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى

منهن درجة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة .

(١٣)

مع مراعاة حكم المادتين (١٩) و (٢٠) :

(أ) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف وللأختين فأكثر الثلثان .

(ب) وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة .

(١٤)

للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين أو أكثر من الإخوة والأخوات .

ولها الثلث في غير هذه الأحوال .

غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض الزوج .

والجدة الصحيحة هي أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت .

وللجدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

(١٥)

إذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث .

القسم الثاني

في الإرث بالتعصيب

(١٦)

إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب .

والعصبة من النسب ثلاثة أنواع :

(١) عصابة بالنفس .

(٢) عصابة بالغير .

(٣) عصابة مع الغير .

(١٧)

للعصابة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

(١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .

(٢) الأبوة ، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا .

(٣) الأخوة ، وتشمل الإخوة لأبوين والإخوة لأب وأبناء الأخ لأبوين ، وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما .

(٤) العمومة ، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب وأبناء من ذكروا وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

(١٨)

إذا اتحدت العصابة بالنفس في الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت .
فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقديم بالقوة .

فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة ؛ فإذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .

(١٩)

العصابة بالغير هن :

(١) البنات مع الأبناء .

(٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهم مطلقاً أو كانوا أنزل منهم إذا لم ترثن بغير ذلك .

(٣) الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة لأب .

ويكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين .

(٢٠)

العصبة مع الغير هن :
الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، ويكون لهن الباقي من
التركة بعد الفروض .
وفي هذه الحالة يعتبرن بالنسبة لباقي العصابات كالإخوة لأبوين أو لأب ويأخذن
أحكامهم في التقديم بالجهة والدرجة والقوة .

(٢١)

إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضًا
والباقي بطريق التعصيب .

(٢٢)

إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان :
الأولى : أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورًا فقط أو ذكورًا وإناثًا أو إناثًا عصبين مع
الفرع الوارث من الإناث .
الثانية : أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات
لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث .
على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب - على الوجه المتقدم - تحرم الجد
من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس ، ولا يعتبر في المقاسمة
من كان محجوبًا من الإخوة أو الأخوات لأب .

الباب الثالث

في الحجب

(٢٣)

الحجب هو : أن يكون لشخص أهلية الإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر
والمحجوب يحجب غيره .

(٢٤)

المحرور من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحدًا من الورثة .

(٢٥)

تحجب الأم الجدة الصحيحه مطلقًا وتحجب الجدة القرية الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجدة لأب ، كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلًا له .

(٢٦)

يحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا والولد وولد الابن وإن نزل .

(٢٧)

يحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة ، ويحجبها أيضًا بنتان أو بنتا ابن أعلى منهما درجة ما لم يكن معها من يعصبها طبقًا لحكم المادة (١٩) .

(٢٨)

يحجب الأخت لأبوين كل من الابن وابن الابن وإن نزل والأب .

(٢٩)

يحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل ، كما يحجبها الأخ لأبوين والأخت لأبوين إذا كانت عصبه مع غيرها ، طبقًا لحكم المادة (٢٠) والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .

الباب الرابع

في الرد

(٣٠)

إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبه من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ، ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا

لم يوجد عصابة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام .

الباب الخامس

في إرث ذوي الأرحام

(٣١)

إذا لم يوجد أحد من العصابة بالنسب ولا أحد من ذوي الفروض النسبية كانت التركة أو الباقي منها لذوي الأرحام .

وذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

الصف الأول : أولاد البنات وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصف الثاني : الجد غير الصحيح ، وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .

الصف الثالث : أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا ، وأولاد الأخوات لأبوين أو لأحدهما وإن نزلوا ، وبنات الإخوة لأبوين أو لأحدهما وأولادهن وإن نزلوا ، وبنات أبناء الإخوة لأبوين أو لأب وإن نزلوا ، وأولادهن وإن نزلوا .

الصف الرابع : يشمل ست طوائف مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

الأولى : أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما .

الثانية : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا .

الثالثة : أعمام أبي الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما .

الرابعة : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائه وإن نزلوا وأولاد من ذكروا وإن نزلوا .

الخامسة : أعمام أبي أبي الميت لأم ، وأعمام أبي أم الميت وعماتها وأخوالهما ، وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه ، وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما .

السادسة : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي أبي الميت

لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكورن وإن نزلوا ، وهكذا .

(٣٢)

الصف الأول من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة فإن استتوا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم .

وإن استتوا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا في الإرث .

(٣٣)

الصف الثاني من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة فإن استتوا في الدرجة قدم من كان يدلي بصاحب فرض .

وإن استتوا في الدرجة وليس فيهم من يدلي بصاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض فإن اتحدوا في حيز القرابة اشتركوا في الإرث ، وإن اختلفوا في الحيز فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم .

(٣٤)

الصف الثالث من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة فإن استتوا في الدرجة وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولد ذي الرحم ، وإلا قدم أقواهم قرابة للميت ، فمن كان أصله لأبوين فهو أولى ممن كان أصله لأب ، ومن كان أصله لأب فهو أولى ممن كان أصله لأم .

فإن اتحدوا في الدرجة وقوة القرابة اشتركوا في الإرث . في الطائفة الأولى من طوائف الصف الرابع المبينة بالمادة (٣١) إذا انفرد فريق الأب وهم أعمام الميت لأم وعماته ، أو فريق الأم وهم أخواله وخالاته قدم أقواهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساوا في القرابة اشتركوا في الإرث .

(٣٥)

وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم .

وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

(٣٦)

في الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد ولو من غير حيزه وعند الاستواء واتحاد الحيز يقدم الأقوى في القرابة إن كانوا أولاد عاصب أو أولاد ذي رحم . فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولد ذي الرحم ، وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، وما صاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمة .

وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الرابعة والسادسة .

(٣٧)

لا اعتبار لتعدد جهات القرابة في وارث من ذوي الأرحام إلا عند اختلاف الحيز .

(٣٨)

في إرث ذوي الأرحام يكون للذكر مثل حظ الأنثيين .

الباب السادس

في الإرث بالعصوبة السببية

(٣٩)

العاصب السببي يشمل :

- (١) مولى العتاقة ومن أعتقه أو أعتق من أعتقه .
- (٢) عصبه المعتق أو عصبه من أعتقه أو أعتق من أعتقه .
- (٣) من له الولاء على مورث أمة غير حرة الأصل بواسطة أبيه ، سواء أكان بطريق الجر أم بغيره ، أو بواسطة جده بدون جر .

(٤٠)

يرث المولى ذكراً كان أو أنثى معتقه على أي وجه كان العتق ، وعند عدمه يقوم مقامه عصبته بالنفس على ترتيبهم المبين بالمادة (١٧) على ألا ينقص نصيب الجد عن السدس ، وعند عدمه ينتقل الإرث إلى معتق المولى ذكراً كان أو أنثى ، ثم إلى عصبته

بالنفس ، وهكذا .

وكذلك يرث على الترتيب السابق من له الولاء على أبي الميت ، ثم من له الولاء على جده وهكذا .

الباب السابع

في استحقاق التركة بغير إرث في المقر له بالنسب

(٤١)

إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره .
ويشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حيًا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتًا ، وألا يقوم به مانع من موانع الإرث .

الباب الثامن

في أحكام متنوعة

القسم الأول

في الحمل

(٤٢)

يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

(٤٣)

إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيًا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة .

ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين :

الأولى : أن يولد حيًا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .

الثانية : أن يولد حيًا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان

من زوجية قائمة وقت الوفاة .

(٤٤)

إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة ، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة .

القسم الثاني

في المفقود

(٤٥)

يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيًا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة .

القسم الثالث

في الخنثى

(٤٦)

للخنثى المشكل ، وهو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى ، أقل النصيبين ، وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة .

القسم الرابع

في ولد الزنا وولد اللعان

(٤٧)

مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة (٤٣) يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرباتها ، وترثهما الأم وقرباتها .

القسم الخامس

في التخرج

(٤٨)

التخرج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، فإذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في الشركة ، وإذا تخرج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من الشركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصباؤهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم .

(١)

تتول إلى الدولة ملكية الشركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث أيًا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم .
وتعد الإدارة العامة لبيت المال بوزارة الخزانة قوائم عن العقارات التي تتضمنها هذه الشركات وتشهر بدون رسم .

(٢)

ينقضي كل حق يتعلق بالشركة ولو كان سببه الميراث بمضي ١٥ سنة من تاريخ وفاة المورث أيًا كان تاريخ علم ذوي الشأن بواقعة الوفاة ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه .
وإذا كان التصرف قد تم في أصول الشركة أو بعضها قبل أن يتقرر حق ذوي الشأن فيها انتقل حقهم في هذه الأصول إلى صافي ثمنها .
وعلى كل من يثبت له حق في هذه الشركة أن يؤدي كافة المصروفات والضرائب والرسوم المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة النصيب الذي آل إليه .
ولا تبدأ مدة التقادم في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه الشركات بالنسبة للمصروفات والضرائب والرسوم التي يلتزمون بأدائها إلا من تاريخ ثبوت حقهم فيها .

(٣)

على مالكي ومؤجري المساكن والأماكن التي يتوفى بها من لا وارث له والمقيمين مع المتوفى وخدمه وعلى رجال الإدارة المختصين ومديري المستشفيات والمصحات والملاجئ أن يبلغوا الجهات التي يعينها وزير الخزانة بقرار يصدر منه عن الوفاة خلال أربع وعشرين ساعة من وقت علمهم بها .

(٤)

على الإدارة العامة لبيت المال أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة للحفاظ على الأموال الظاهرة للمتوفى وأن تقوم على وجه الاستعجال بإجراء التحريات الإدارية للثبوت من صحة هذا البلاغ ؛ فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح ألغيت إجراءات التحفظ على التركة وإلا قامت بإجراء الحصر والجرد والتقييم ، فإذا تبين لها أن قيمة عناصر التركة تزيد على ما تتي جنيته أصدرت بياناً باسم المتوفى من غير وارث ظاهر . ويجب نشر هذا البيان مرة في صحيفة يومية واسعة الانتشار ، وإذا زادت قيمة عناصر التركة عن خمسمائة جنية يجب نشر البيان مرتين في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار ، على أن تمضي بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لا تزيد عن خمسة أيام .

(٥)

على المديرين والمشرفين والحائزين بأية صفة كانت لأي مال من أموال التركات المشار إليها في المادة الأولى ، وعلى المدينين بها أن يقدموا بياناً عنها على النموذج المعد لذلك إلى مندوب الإدارة العامة لبيت المال خلال ثلاثين يوماً من تاريخ النشرة الثانية .

(٦)

تشكل بقرار من وزير الخزانة لجان تكون مهمتها حصر هذه التركات وجردها ويكون لها الحق في دخول مسكن المتوفى وأملاكه الأخرى والأماكن التي تكون بها أموال منقولة مملوكة له وذلك لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال .

وإذا كان المتوفى أجنبياً تعين على اللجنة المختصة أن تخطر بوقت كاف قنصل الدولة التي ينتمي إليها لحضور عمليتي الحصر والجرد فإن لم يحضر كان لها أن تباشر عملها في غيابه .

(٧)

تقوم اللجنة المشار إليها في المادة السابقة بتقويم عناصر التركة وعليها أن تودع النقود خزنة المحافظة لحساب التركة . وإذا كان بين موجودات التركة أوراق مالية أو مصوغات أو مجوهرات أو تحف أو أشياء ذات أهمية خاصة أو يتعذر تقدير قيمتها محليًا كان عليها أن ترسلها لوزارة الخزانة للحفاظ عليها بعد تقدير قيمتها بمعرفتها أو بواسطة من ترى الاستعانة بهم من الخبراء الفنيين .

(٨)

تسلم الأراضي الزراعية للإدارة العامة للأموال وطرح النهر ، أما العقارات المبنية والأراضي الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الإسكان والمرافق العامة لإدارتها لحساب التركة حتى تتم تصفيتها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها . وتصفى من تاريخ الوفاة جميع أنواع النشاط التجاري أو المهني التي كان يزاولها المتوفى .

(٩)

تصفى كافة عناصر التركة على وجه السرعة ويودع صافي ثمنها بالخزنة العامة لحساب التركة حتى يتقرر حق ذوي الشأن فيها أو تنتهي المدة المنصوص عليها بالمادة الثانية . ويجوز بالنسبة إلى العناصر التي يقوم بشأنها نزاع جدي إرجاء تصفيتها إلى أن يتم الفصل نهائيًا في هذا النزاع .

(١٠)

تعفى أموال التركات المنصوص عليها في المادة الأولى من جميع الضرائب والرسوم التي تستحق للحكومة ومجالس المحافظات والمدن والقرى . ولا يسري هذا الإعفاء في شأن من تثبت لهم حقوق في هذه التركات .

(١١)

في حالة ظهور مستحق للتركة يخصم من نصيبه رسم قدره (١٠ ٪) من إجمالي الإيراد نظير أعمال الإدارة و (٥ ٪) من إجمالي الثمن نظير إجراءات التصفية كما يخصم منه سائر المصروفات الفعلية الأخرى .

(١٢)

يكون للرسم المستحقة للخزانة العامة ونفقات الحصر والجرد والتقدير والإدارة والتصفية وأجور أهل الخبرة وغيرها من المصروفات التي تؤديها الخزانة حق الامتياز في مرتبة المصروفات القضائية ويحتج بها على كل من استفاد من هذه الإجراءات .

(١٣)

يعاقب كل من يخالف أحكام المادة (٣) بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهات ، كما يعاقب كل من أخفي بسوء نية مالا منقولاً أو مستندات تتعلق بأموال التركة بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تتجاوز ٥٠٠ جنيهه أو بإحدى هاتين العقوبتين .

(١٤)

يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون .

(١٥)

ينشر هذا القرار بقانون في الجريدة الرسمية ، ويصدر وزير الخزانة القرارات اللازمة لتنفيذه .

صدر بمراسلة الجمهورية في (١٤ شوال سنة ١٣٨١هـ) ، (٢٠ مارس سنة ١٩٦٢م) .
جمال عبد الناصر

٢ - قانون الأحوال الشخصية السوري

الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٩) تاريخ ٧/٩/١٩٥٣ م .

الكتاب الأول

الزواج

الباب الأول

الزواج والخطبة - المادة (١ - ٤)

(المادة ١)

الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غاية إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل .

(المادة ٢)

الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً .

(المادة ٣)

لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة .

(المادة ٤)

١ - إذا دفع الخاطب المهر نقدًا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز .

٢ - إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته .

٣ - تجرى على الهدايا أحكام الية .

(المادة ٥)

ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر .

(المادة ٦)

يكون الإيجاب والقبول في الزواج بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً .

(المادة ٧)

يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائبًا عن المجلس .

(المادة ٨)

- ١ - يجوز التوكيل في عقد النكاح .
- ٢ - ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة .

(المادة ٩)

إذا جاوز الوكيل حدود وكالته كان كالفضولي موقوفًا عقده على الإجازة .

(المادة ١٠)

يصح الإيجاب أو القبول - من العاجز عن النطق - بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة .

(المادة ١١)

- ١ - يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعًا كلام الآخر فاهمًا أن المقصود به الزواج ، وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب .
- ٢ - ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين .

(المادة ١٢)

يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما .

(المادة ١٣)

لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق .

(المادة ١٤)

- ١ - إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ما هو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً .
- ٢ - وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ولا تمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً
- ٣ - وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج ، فإذا لم يف الزوج به فللزوجة المشتترطة طلب فسخ النكاح .

(المادة ١٥)

- ١ - يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ
- ٢ - للقاضي الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه .

(المادة ١٦)

تكمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر .

(المادة ١٧)

للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادراً على نفقتها .

(المادة ١٨)

- ١ - إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة وطلبوا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما .
- ٢ - إذا كان الولي هو الأب أو الجد اشترطت موافقته .

(المادة ١٩)

إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنًا ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي أن لا يأذن به .

(المادة ٢٠)

الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها له فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة

(المادة ٢١)

الولي في الزواج هو العصبية بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرمًا .

(المادة ٢٢)

- ١ - يشترط أن يكون الولي عاقلًا بالغًا .
- ٢ - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز .

(المادة ٢٣)

إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه .

(المادة ٢٤)

القاضي ولي من لا ولي له .

(المادة ٢٥)

ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعهم .

(المادة ٢٦)

يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤًا للمرأة .

(المادة ٢٧)

إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح .

(المادة ٢٨)

العبرة في الكفاءة لعرف البلد .

(المادة ٢٩)

الكفاءة حق خاص للمرأة وللولي .

(المادة ٣٠)

يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة .

(المادة ٣١)

تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده .

(المادة ٣٢)

إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد .

(المادة ٣٣)

يحرم على شخص أصوله وفروعه وأبويه والطبقة الأولى من فروع أجداده .

(المادة ٣٤)

يحرم على الرجل :

١ - زوجة أصله أو فرعه وموطوءة أحدهما .

٢ - أصل موطوءته وفرعها وأصل زوجته .

(المادة ٢٥)

- ١ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما قرر فقهاء الحنفية استثناءه .
- ٢ - يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكفي الرضيع في كل منها قل مقدارها أو كثر .

(المادة ٣٦)

- ١ - لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقها ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلاً .
- ٢ - زواج المطلقة من آخر يهدم طلاقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إليه يملك عليها ثلاثاً جديدة .

(المادة ٣٧)

- لا يجوز أن يتزوج الرجل خامسة حتى يطلق إحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها .

(المادة ٣٨)

- لا يجوز التزوج بزوجة آخر ولا بمعدته .

(المادة ٣٩)

- لا يجوز الجمع بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى فإن ثبت الحل على أحد الفرضين جاز الجمع بينهما .

(المادة ٤٠)

- ١ - يقدم طلب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق الآتية :
 - أ - شهادة من مختار وعرفاء المحلة باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل إقامته واسم وليه وأنه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي .
 - ب - صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية .
 - ج - شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج ، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره .

- د - رخصة الزواج للعسكريين ولمن هم في سن الجنديّة الإلزامية .
هـ - موافقة مديرية الأمن العام إن كان أحد الزوجين أجنبيًا .
٢ - لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية .

(المادة ٤١)

بأذن القاضي بإجراء العقد فورًا بعد استكمال هذه الوثائق وله عند الاشتباه تأخيره لإعلانه مدة عشرة أيام والقاضي يختار طريقة الإعلان .

(المادة ٤٢)

إذا لم يجر العقد خلال ستة أشهر يعتبر الإذن ملغى .

(المادة ٤٣)

يقوم القاضي أو من يأذن له من مساعدي المحكمة بإجراء العقد .

(المادة ٤٤)

يجب أن يشمل صك الزواج :

- أ - أسماء الطرفين كاملة وموطن كل منهما .
ب - وقوع العقد وتاريخه ومكانه .
ج - أسماء الشهود والوكلاء كاملة وموطن كل منهم .
د - مقدار المهر المعجل والمؤجل وهل قبض المعجل أم لا ؟
هـ - توقيع أصحاب العلاقة والمأذون وتصديق القاضي .

(المادة ٤٥)

- ١ - يسجل المساعد الزواج في سجله المخصوص ويبحث بصورة عنه لدائرة الأحوال المدنية خلال عشرة أيام من تاريخ الزواج .
٢ - تغني هذه الصورة عن إخبار الطرفين دائرة الأحوال المدنية بالزواج ويكون

المساعد مسئولاً عن إهمال إرسال الصورة .

٣ - تطبق الطريقة نفسها في تسجيل الأحكام الصادرة بتثبيت الزواج والطلاق والنسب ووفاة المفقود ، ويقوم أمين السجل المدني بتدوين ذلك في السجلات المخصصة دون حاجة إلى أي إجراء آخر .

(المادة ٤٦)

تعفى معاملات الزواج من كل رسم .

(المادة ٤٧)

إذا توافرت في عقد الزواج أركانه وسائر شرائط انعقاده كان صحيحاً .

(المادة ٤٨)

١ - كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد .

٢ - زواج المسلمة بغير المسلم باطل .

(المادة ٤٩)

الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر ، ونفقة الزوجة ، ووجوب المتابعة ، وتوارث الزوجين ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة .

(المادة ٥٠)

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح ولو حصل فيه دخول .

(المادة ٥١)

١ - الزواج الفاسد - قبل الدخول - في حكم الباطل .

٢ - ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية :

أ - المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى .

ب - نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادة (١٣٣) من هذا القانون .

ج - حرمة المصاهرة .

د - عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج ، ونفقة العدة دون التوارث بين الزوجين .

٣ - تستحق الزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح .

(المادة ٥٢)

الزواج الموقوف حكمه قبل الإجازة كالفاسد .

(المادة ٥٣)

يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أُسْمِي عند العقد أم لم يسم أو نفياً أصلاً .

(المادة ٥٤)

١ - لا حد لأقل المهر ولا لأكثره .

٢ - كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً .

٣ - يعتبر مهر المرأة دَيْناً ممتازاً يأتي في الترتيب بعد دَيْن النفقة المستحقة المشار إليه في المادة (١١٢٠) من القانون المدني .

٤ - لمن يدعي التواطؤ أو الصورية في المهر المسمى إثبات ذلك أصولاً فإذا ثبت أحدهما حدد القاضي مهر المثل ما لم يثبت المهر المسمى الحقيقي .

٥ - يعتبر كل دَيْن يرد في وثائق الزواج أو الطلاق من الديون الثابتة بالكتابة ومشمولاً بالفقرة الأولى من المادة (٤٦٨) من قانون أصول المحاكمات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لعام (١٩٥٢ م) ولا يعتبر المهر المؤجل مستحق الأداء إلا بانقضاء العدة وفق ما يقرره القاضي في الوثيقة .

(المادة ٥٥)

يجوز تمجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً وعند عدم النص يتبع العرف .

(المادة ٥٦)

التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البيونة أو الوفاة ما لم ينص في العقد على أجل آخر .

(المادة ٥٧)

لا يعتد بأي زيادة أو إنقاص من المهر أو إبراء منه إذا وقعت أثناء قيام الزوجية أو في عدة الطلاق ، وتعتبر باطلّة ما لم تجر أمام القاضي ، ويلتحق أي من هذه التصرفات الجارية أمام القاضي بأصل العقد إذا قبل به الزوج الآخر .

(المادة ٥٨)

إذا سمي مهر في العقد الصحيح ووقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجب نصف المهر .

(المادة ٥٩)

إذا وقعت البينونة بسبب من قبل الزوجة قبل الدخول والخلوة الصحيحة سقط المهر كله .

(المادة ٦٠)

- ١ - المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد وكلياً خاصاً بقبضه .
- ٢ - لا تسري على المهر المعجل أحكام التقادم ولو حرر به سند ما دامت الزوجية قائمة .

(المادة ٦١)

- ١ - يجب مهر المثل في العقد الصحيح عند عدم تسمية مهر أو فساد التسمية .
- ٢ - إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة .

(المادة ٦٢)

المتعة هي : كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل .

(المادة ٦٣)

إذا وقع الدخول بعد عقد فاسد لم يسم فيه مهر فللمرأة مهر المثل ، وإذا كان مسمى

فلها الأقل من المسمى ومهر المثل .

(المادة ٦٤)

إذا تزوج الرجل في مرض موته بمهر أزيد من مهر المثل يجري على الزيادة حكم الوصية .

(المادة ٦٥)

على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله .

(المادة ٦٦)

على الزوجة بعد قبض معجلها أن تسكن مع زوجها .

(المادة ٦٧)

ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها .

(المادة ٦٨)

عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهن في المساكن .

(المادة ٦٩)

ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها .

(المادة ٧٠)

تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك أو وجد القاضي مانعاً من السفر .

(المادة ٧١)

١ - النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم .

(المادة ٧٢)

- ١ - تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالنفقة وامتنعت بغير حق .
- ٢ - يعتبر امتناعها بحق ما دام الزوج لم يدفع معجل المهر أو لم يهني المسكن الشرعي .

(المادة ٧٣)

يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها .

(المادة ٧٤)

إذا نشزت المرأة فلا نفقة لها مدة النشوز .

(المادة ٧٥)

الناشز هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر .

(المادة ٧٦)

تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يُسرًا وُعسرًا مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة .

(المادة ٧٧)

- ١ - تجوز زيادة النفقة ونقصها بتبدل حال الزوج وأسعار البلد .
- ٢ - لا تقبل دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها إلا في الطوارئ الاستثنائية .

(المادة ٧٨)

- ١ - يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه .
- ٢ - لا يحكم بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للدعاء .

(المادة ٧٩)

النفقة المفروضة قضاء أو رضاء لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

(المادة ٨٠)

١ - إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم من يكلف بنفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج أن ينفق عليها بالقدر المفروض ويكون له حق الرجوع على الزوج .

٢ - إذا أذن لها بالاستدانة ممن ليس مكلفاً بنفقتها فله الخيار بين الرجوع على الزوج أو الرجوع عليها وهي ترجع على زوجها .

(المادة ٨١)

يقدر القاضي النفقة ويجب أن يكون تقديره مستنداً إلى أسباب ثابتة وله الاستئناس برأي الخبراء .

« وللقاضي عند تقدير النفقة لأولاد الشهداء ومن في حكمهم أن يستأنس برأي مكتب شؤون الشهداء في القيادة العامة للجيش وللقوات المسلحة أو من يقوم مقامه ، ويكون تحديد الشهداء ومن في حكمهم وفق قوانين وزارة الدفاع وأنظمتها » .

(المادة ٨٢)

١ - للقاضي أثناء النظر بدعوى النفقة وبعد تقديرها أن يأمر الزوج عند اللزوم بإسلاف زوجته مبلغاً على حساب النفقة لا يزيد عن نفقة شهر واحد ويمكن تجديده الإسلاف بعده .

٢ - ينفذ هذا الأمر فوراً كالأحكام القطعية .

(المادة ٨٣)

تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ .

(المادة ٨٤)

نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة ولا يقضى بها عن

مدة أكثر من تسعة أشهر .

(المادة ٨٥)

- ١ - يكون الرجل متمتقاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره .
- ٢ - يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق ، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك .

(المادة ٨٦)

محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقاً .

(المادة ٨٧)

- ١ - يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة .
- ٢ - للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض المرأة بتطليق نفسها .

(المادة ٨٨)

- ١ - إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهراً أملاً بالصلح .
- ٢ - إذا أصر الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق أو أصر الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين واستمع إلى خلافتهما وسمى إلى إزالته ودوام الحياة الزوجية واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين وغيرهم ممن يقدرون على إزالة الخلاف .
- ٣ - وإذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه .
- ٤ - تشطب المعاملة بمرور ثلاثة أشهر اعتباراً من تاريخ الطلب إذا لم يراجع بشأنها أي من الطرفين .

(المادة ٨٩)

- ١ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .
- ٢ - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول .

(المادة ٩٠)

لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمال استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير .

(المادة ٩١)

يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات .

(المادة ٩٢)

الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً .

(المادة ٩٣)

يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عُرفاً دون حاجة إلى نية ، ويقع بالألفاظ الكتابية التي تحتل معنى الطلاق وغيره بالنية .

(المادة ٩٤)

كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل وما نص على كونه بائنًا في هذا القانون .

(المادة ٩٥)

- ١ - يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له .
- ٢ - المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال .

(المادة ٩٦)

لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

(المادة ٩٧)

كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع .

(المادة ٩٨)

إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرتت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية .

(المادة ٩٩)

إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

(المادة ١٠٠)

إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاق رجعية .

(المادة ١٠١)

نفقة العدة لا تسقط ولا يبرئ الزوج المخالع منها إلا نص عليها صراحة في عقد المخالعة .

(المادة ١٠٢)

١ - إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره لإرضاع الولد أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجره رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية .

٢ - إذا كانت الأم مُعسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون ديناً له على الأم .

(المادة ١٠٣)

إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صححت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجره حضانته إن كان الولد فقيراً .

(المادة ١٠٤)

لا يجري التفاضل بين نفقة الولد المستحقة على أبيه وذئب الأب على الحاضنة .

(المادة ١٠٥)

- للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :
- ١ - إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها .
 - ٢ - إذا جن الزوج بعد العقد .

(المادة ١٠٦)

- ١ - يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده .
- ٢ - على أن حق التفريق بسبب العلة لا يسقط بحال .

(المادة ١٠٧)

إذا كانت العلل المذكورة في المادة (١٠٥) غير قابلة الزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة فإذا لم تزل العلة فرق بينهما .

(المادة ١٠٨)

التفريق للعلة طلاق بائن .

(المادة ١٠٩)

- ١ - إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .
- ٢ - هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

(المادة ١١٠)

- ١ - يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة .

٢ - إن أثبت عجزه أو كان غائبًا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما .

(المادة ١١١)

تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق .

(المادة ١١٢)

١ - إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .
٢ - إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التلطيق طلاقه بائنة .

٣ - إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فإن أصر المدعي على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكيمين من أهل الزوجين وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يمينًا على أن يقوما بمهتهما بعدل وأمانة .

(المادة ١١٣)

١ - على الحكيمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجعماهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان .
٢ - امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم .

(المادة ١١٤)

١ - يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلاقه بائنة .
٢ - وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة .
٣ - للحكيمين أن يقررا التفريق بين الزوجين مع عدم الإساءة من أحدهما على براءة

ذمة الزوج من قسم من حقوق الزوجة إذا رضيت بذلك وكان قد ثبت لدى الحكمين استحكام الشقاق بينهما على وجه تتعذر إزالته .

٤ - إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً وحلّفه اليمين .

(المادة ١١٥)

على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ولا يجب أن يكون معللاً و للقاضي أن يحكم بمقتضاه أو يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين .

(المادة ١١٦)

من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائفاً بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها تراث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت .

(المادة ١١٧)

إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج مُتعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال .

(المادة ١١٨)

١ - الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط .

٢ - تبين المرأة وتنقطع الرجعة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي .

(المادة ١١٩)

الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالاً ولا يمنع من تجديد عقد الزواج .

(المادة ١٢٠)

الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالاً ويمنع من تجديد العقد ما لم تتوافر الشروط المبينة في المادة (٣٦) من هذا القانون .

(المادة ١٢١)

عدة المرأة غير الحامل للطلاق أو الفسخ كما يلي :

- ١ - ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر على الطلاق أو الفسخ .
- ٢ - سنة كاملة لمتدة الطهر التي يجيئها الحيض أو جاءها ثم انقطع ولم تبلغ سن اليأس .
- ٣ - ثلاثة أشهر للآيسة .

(المادة ١٢٢)

العدة في الزواج الفاسد بعد الدخول تجري عليها أحكام المادة السابقة .

(المادة ١٢٣)

عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام .

(المادة ١٢٤)

عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو إسقاطه مستتبيناً بعض الأعضاء .

(المادة ١٢٥)

تبدأ العدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد .

(المادة ١٢٦)

لا تلتزم العدة قبل الدخول والحلوة الصحيحة إلا للوفاء .

(المادة ١٢٧)

- ١ - إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى .
- ٢ - إذا توفي وهي في عدة البيونة تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو البيونة .

(المادة ١٢٨)

أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية .

(المادة ١٢٩)

- ١ - ولد كل زوجة في النكاح الصحيح ينسب إلى زوجها بالشرطين التاليين :
 - أ - أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .
 - ب - أن لا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل .
- ٢ - إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا أقر به أو ادعاه .
- ٣ - إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزوج إلا باللعان .

(المادة ١٣٠)

إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة .

(المادة ١٣١)

المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقترتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدتهما إذا ولد لأقل من ١٨٠ يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت .

(المادة ١٣٢)

١ - المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد للمائة وثمانين يوماً فأكثر من تاريخ

الدخول ثبت نسبه من الزوج .

٢ - إذا كانت ولادته بعد مشاركة أو تفريق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ المشاركة أو التفريق .

(المادة ١٣٣)

١ - الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ .

٢ - متى ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث .

(المادة ١٣٤)

١ - الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة .

٢ - إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقة أو بالبينه .

(المادة ١٣٥)

إقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

(المادة ١٣٦)

يشترط لأهلية الحضانة : البلوغ ، والعقل ، والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقاً .

(المادة ١٣٧)

زواج الحضانة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها .

(المادة ١٣٨)

١ - حق الحضانة للأُم ، فلأمها وإن علت ، فلأم الأب وإن علت ، فلالأخت الشقيقة ، فلالأخت لأم ، فلالأخت لأب ، فلبنات الشقيقة ، فبنات الأخت لأم فبنات

الأخت لأب ، فللخالات ، فللعلمات ، بهذا الترتيب ، ثم للعصابات من الذكور على ترتيب الإرث .

٢ - لا يسقط حق الحاضنة بحضانة أولادها بسبب عملها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم بطريقة مقبولة .

٣ - للحاضن أمًا كانت أو جدة لأم أن تطلب من القاضي تسليمها الصغير ، وعلى القاضي أن يقرر هذا التسليم دون قضاء خصومة بعد التأكد من قرابتهما بوثيقة من أمانة السجل المدني ، ويقرر أيضًا للصغير نفقة مؤقتة على من يراه مكلفًا بها ويجري تنفيذ قرار القاضي من قبل دائرة التنفيذ المختصة ولمن يعارض في التسليم أو في النفقة وجوبًا أو مقدارًا أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالادعاء للتظلم من هذا القرار وتخضع الدعوى لإجراءات وطرق الطعن في الأحكام الشرعية ولا يؤثر رفع هذه الدعوى على تنفيذ القرار المذكور إلا حين صدور حكم مبرم .

(المادة ١٣٩)

إذا تعدد أصحاب حق الحضانة فللقاضي حق اختيار الأصلح .

(المادة ١٤٠)

يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه .

(المادة ١٤١)

أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير وتقدر بحسب حال المكلف بها .

(المادة ١٤٢)

لا تستحق الأم أجرة للحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق .

(المادة ١٤٣)

إذا كان المكلف بأجرة الحضانة مُعسرًا عاجزًا عنها وتبرع بحضانة الصغير أحد محارمه خيرت الحاضنة بين إمساكه بلا أجرة أو تسليمه لمن تبرع .

(المادة ١٤٤)

إذا نشزت المرأة وكان الأولاد فوق الخامسة كان للقاضي وضعهم عند أي الزوجين شاء على أن يلاحظ في ذلك مصلحة الأولاد بالاستناد إلى سبب موجب .

(المادة ١٤٥)

تنتهي مدة الحضانة بإكمال الغلام التاسعة من عمره ، والبنت الحادية عشرة .

(المادة ١٤٦)

١ - إذا كان الولي غير الأب فللقاضي وضع الولد ذكراً أو أنثى عند الأصح من الأم أو الولي أو من يقوم مقامهما حتى تتزوج البنت أو تبلغ ، أو يبلغ الصبي سن الرشد .
٢ - وفي حال ضم الولد إلى الأم أو من تقوم مقامها تلزم بالنفقة ما دامت قادرة على ذلك .

٣ - إذا ثبت أن الولي - ولو أباً - غير مأمون على الصغير أو الصغيرة ، يُسلمان إلى من يليه في الولاية وذلك دون إخلال بحكم الفقرة الأولى من هذه المادة .

(المادة ١٤٧)

١ - ليس للأم أن تسافر بولدها أثناء الزوجية إلا بإذن أبيه .
٢ - للأم الحاضنة أن تسافر بالمحضون بعد انقضاء عدتها دون إذن الولي إلى بلدتها التي جرى فيها عقد نكاحها .
٣ - ولها أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو إلى البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العامة شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيماً في تلك البلدة .

٤ - تملك الجدة لأم نفس الحق المعطى بالفقرتين (٢) و (٣) السابقتين .

٥ - لكل من الأبوين رؤية أولاده الموجودين لدى الآخر دورياً في مكان وجود المحضون وعند المعارضة في ذلك فللقاضي أن يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه فوراً دون حاجة إلى حكم من محاكم الأساس وعلى من يعارض في الإراءة أو في طريقته أن يراجع المحكمة . وتطبق على من يخالف أمر القاضي أحكام المادة (٤٨٢)

من قانون العقوبات .

(المادة ١٤٨)

إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر بالولد إلا بإذن وليه .

(المادة ١٤٩)

ليس للأب أن يسافر بالولد في مدة حضائته إلا بإذن حاضنته .

(المادة ١٥٠)

لولي الأنتى المحرم أن يضمها إلى بيته إذا كانت دون الأربعين من العمر ولو كانت ثيبًا ، فإذا تمردت عن متابعتها بغير حق فلا نفقة لها عليه .

(المادة ١٥١)

١ - أجرة رضاع الولد سواء أكان الرضاع طبيعيًا أم اصطناعيًا على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه .

٢ - لا تستحق الأم أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي .

(المادة ١٥٢)

المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب مُعسرًا على أن يكون الإرضاع في بيت الأم .

(المادة ١٥٣)

نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقته على زوجها .

(المادة ١٥٤)

١ - إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيرًا عاجزًا عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية .

٢ - تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنتى ويصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله .

(المادة ١٥٥)

- ١ - إذا كان الأب عاجزاً عن الكسب يُكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم وجود الأب .
- ٢ - تكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب يرجع عليه بها إذا أيسر .

(المادة ١٥٦)

- ١ - لا يكلف الأب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا تكفل بها .
- ٢ - يكون إنفاق الأب في هذه الحالة ديناً على الولد إلى أن يُوسر .

(المادة ١٥٧)

يجب على الولد المُوسر ذكراً أو أنثى كبيراً كان أو صغيراً نفقة والديه الفقراء ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر تعنت الأب في اختيار البطالة على عمل أمثاله كسلأ أو عناداً .

(المادة ١٥٨)

تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية على من يرثه من أقاربه المُوسرين بحسب حصصهم الإرثية .

(المادة ١٥٩)

لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع .

(المادة ١٦٠)

يقضى بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء ، ويجوز للقاضي أن يحكم بنفقة الأولاد على أيهم عن مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز الأربعة أشهر .

(المادة ١٦١)

القاصر هو : من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة .

(المادة ١٦٢)

- ١ - النيابة الشرعية عن الغير تكون إما ولاية أو وصاية أو قوامة أو وكالة قضائية .
- ٢ - الولاية للأقارب من أب أو غيره ، والوصاية على الأيتام والقوامة على المجانين والمعتوهين والمغفلين والسفهاء والوكالة القضائية عن المفقودين .
- ٣ - الوصاية والقوامة والوكالة القضائية عامة وخاصة ودائمة وموقته .
- ٤ - تنتهي الولاية ببلوغ القاصر ثماني عشرة سنة ما لم يحكم قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر أو يبلغها معتوهاً أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم .

(المادة ١٦٣)

- ١ - ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغه سن الرشد .
- ٢ - للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من هذه الأموال لإدارتها .
- ٣ - إذا رد القاضي طلب الإذن فلا يجوز له تجديده قبل مضي سنة من تاريخ قرار الرد .

(المادة ١٦٤)

- ١ - للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كبيع الحاصلات وشراء الأدوات .
- ٢ - لا يجوز له بغير موافقة القاضي مزاولة التجارة و لا عقد الإجارة لمدة تزيد عن سنة ولا أن يستوفي حقاً أو يوفي ديناً لا يتعلق بأعمال الإدارة .
- ٣ - لا يجوز له استهلاك شيء من صافي دخله إلا القدر اللازم لنفقتة ونفقة من تلزمه نفقتهم قانوناً .

(المادة ١٦٥)

- يعتبر القاصر المأذون كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه .

(المادة ١٦٦)

- ١ - على المأذون له بالإدارة أن يقدم للقاضي حسابًا سنويًا .
- ٢ - يأخذ القاضي عند النظر في الحساب رأي الولي أو الوصي وله أن يأمر بإيداع المتوفر من الدخل خزانة الحكومة أو مصرفًا يختاره .
- ٣ - ولا يجوز سحب شيء من الأموال المودعة بأمر القاضي إلا بإذن منه .

(المادة ١٦٧)

للقاضي عند اللزوم الحد من الإذن الممنوح للقاصر أو سلبه إياه ، وذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب مدير الأيتام أو أحد ذوي العلاقة .

(المادة ١٦٨)

- ١ - للقاصر متى بلغ الثالثة عشر الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص .
- ٢ - لا يكون القاصر ضامنًا لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال .

(المادة ١٦٩)

- ١ - للأب ثم للجد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله وهما ملتزمان القيام بها .
- ٢ - لغيرهما من الأقارب بحسب الترتيب المبين في المادة (٢١) ولاية على نفسه دون ماله .
- ٣ - يدخل في الولاية النفسية سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه إلى حرفة اكتسابية والموافقة على التزويج وسائر أمور العناية بشخص القاصر .
- ٤ - يعتبر امتناع الولي عن إتمام تعليم الصغير حتى نهاية المرحلة الإلزامية سببًا لإسقاط ولايته وتعتبر معارضة الحاضنة أو تقصيرها في تنفيذ ذلك سببًا مسقطًا لحضانتها .

(المادة ١٧٠)

إذا اشترط المتبرع بمال للقاصر عدم تصرف وليه به تُعين المحكمة وصيًا خاصًا على هذا المال .

(المادة ١٧١)

للأب وللجد العصبي عند عدمه دون غيرهما ولاية على مال القاصر حفظًا وتصرفًا واستثمارًا .

لا ينزع مال القاصر من يد الأب والجد العصبي ما لم تثبت خيانتة أو سوء تصرفاته فيه وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلًا ولا يبيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ .

(المادة ١٧٢)

إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه فللمحكمة أن تنزع ولايته أو تحد منها ويجوز للقاضي أن يعهد إلى حاضنة القاصر ببعض أعمال الولي الشرعي المالية إذا تحقق له أن مصلحة القاصر تقضي بذلك وبعد سماع أقوال الولي .

(المادة ١٧٣)

تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقودًا أو حجر عليه أو اعتقل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع ويعين للقاصر وصي مؤقت إذا لم يكن له ولي آخر .

(المادة ١٧٤)

تعين المحكمة وصيًا خاصًا عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تعارض مصالح القاصرين بعضها مع بعض .

(المادة ١٧٥)

١ - يجوز للأب وللجد عند فقدان الأب أن يقيم وصيًا مختارًا لولده القاصر أو الحمل ، وله أن يرجع عن إيصائه .

٢ - وتعرض الوصاية بعد الوفاة على المحكمة لتبنيها .

٣ - إن الوصاية في أموال القاصرين بعد وفاة الأب هي للوصي الذي اختاره الأب ، وإن لم يكن قريبًا لهم على أن تعرض الوصاية على القاضي لتبنيها فيما إذا كانت مستوفية لشروطها الشرعية .

(المادة ١٧٦)

إذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختار تعين المحكمة وصيًا .

(المادة ١٧٧)

١ - يجب أن يكون الوصي عادلًا قادرًا على القيام بالوصاية ذا أهلية كاملة وأن يكون من ملة القاصر .

٢ - لا يجوز أن يكون وصيًا :

أ - المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة الائتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة .

ب - المحكوم بإفلاسه إلى أن يعاد إليه اعتباره .

ج - من قرر الأب أو الجد عند عدمه حرمانه من التعيين قبل وفاته إذا ثبت ذلك ببينة خطية .

د - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة القاصر .

(المادة ١٧٨)

ينصب القاضي وصيًا خاصًا مؤقتًا عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو من يمثلهم الوصي إن لم يبلغ هذا التعارض النزاع المنصوص عليه في المادة السابقة .

(المادة ١٧٩)

تبرع الوصي من مال القاصر باطل .

(المادة ١٨٠)

إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار فللوصي بإذن من المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي .

(المادة ١٨١)

- لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة التصرفات الآتية :
- أ - التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني .
- ب - تحويل الديون التي تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه .
- ج - استثمار الأموال وتصفيتها واقتراض المال للقاصر .
- د - إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وأكثر من سنة في المباني .
- هـ - إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد .
- و - قبول التبرعات المقيدة بشرط أو رفضها .
- ز - الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة محكوماً بها حكماً مبرماً .
- ح - الصلح والتحكيم .
- ط - الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم مبرم .
- ي - رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخيرها ضرر للقاصر أو ضياع حق له .
- ك - التنازل عن الدعاوى وإسقاط حقه في طرق المراجعة القانونية .
- ل - التعاقد مع المحامين للخصومة عن القاصر .
- م - تبديل التأمينات أو تعديلها .
- ن - استئجار أموال القاصر أو إيجارها لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصحابه حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه .
- ص - ما يصرف في تزويج القاصر .
- ع - إصلاح عقار القاصر وترميمه وتبديل معالنه أو إنشاء بناء عليه أو هدمه أو غرس أغراس ونحو ذلك ويتضمن الإذن في هذه الحالة تحديد مدى التصرف وخطة العمل .

(المادة ١٨٢)

إذا رأى الوصي قبيل بلوغ القاصر الثامنة عشر أنه مجنون أو معتوه أو أنه لا يؤمن على أمواله إذا ما بلغ هذه السن فعليه أن يخبر المحكمة عن ذلك بعريضة رسمية لتتخذ في استمرار الوصاية عليه .

تبت المحكمة في ذلك بموجب وثيقة بعد سماع أقوال القاصر وإجراء التحقيق أو الفحص الطبي .

(المادة ١٨٣)

١ - على الوصي أن يودع باسم القاصر في خزانة الدولة أو في مصرف توافق عليه المحكمة كل ما حصله من نقوده وما ترى المحكمة لزومًا لإيداعه من الأسناد والحلي وغيرها خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ تسلمه إياها ولا يسحب منها شيء إلا بإذن القاضي .

٢ - يرفع من هذه الأموال قبل إيداعها مصاريف الإدارة والنفقة المقررة لشهر واحد .

(المادة ١٨٤)

١ - على الوصي أن يقدم حسابًا سنويًا مؤيدًا بالمستندات وفقًا للأحكام المقررة في هذا القانون .

٢ - للقاضي أن يعفي الوصي من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة ليرة سورية .

(المادة ١٨٥)

للمحكمة أن تلزم الوصي بتقديم كفالة تقدرها وتكون مصاريفها على القاصر .

(المادة ١٨٦)

١ - تكون الوصاية على أموال القاصر بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصي أن تحدد له أجرًا ثابتًا أو مكافأة عن عمل معين .

٢ - لا يجوز فرض أجره عن مدة سابقة على الطلب .

(المادة ١٨٧)

- ١ - إذا رأت المحكمة كف يد الوصي عينت وصيًا مؤقتًا لإدارة أموال القاصر إلى حين زوال سبب الكف أو تعيين وصي جديد .
- ٢ - تسري على الوصي المؤقت أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون .

(المادة ١٨٨)

- تنتهي مهمة الوصي في الأحوال الآتية :
- أ - بموت القاصر .
 - ب - ببلوغه ثماني عشرة سنة إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغه هذه السن استمرار الوصاية عليه أو بَلَّغَهَا مَعْتَوَهَا أو مَجْنُونًا .
 - ج - بعودة الولاية للأب أو للجد .
 - د - بانتهاء العمل الذي أقيم الوصي الخاص لمباشرته أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي المؤقت .
 - هـ - بقبول استقالته .
 - و - بزوال أهليته .
 - ز - بفقده .
 - ح - بعزله .

(المادة ١٨٩)

- ١ - يعزل الوصي في الحالات الآتية :
- أ - إذا تحقق فيه سبب من أسباب الحرمان من الوصاية المبينة في المادة (١٧٨) من هذا القانون .
- ب - إذا حكم عليه بالسجن خلال وصايته حكمًا مبرمًا عن جريمة أخرى لمدة سنة فأكثر ، ويجوز للقاضي في هذه الحالة الاكتفاء بتعيين وصي مؤقت .
- ج - إذا رأت المحكمة في أعمال الوصي أو إهماله ما يهدد مصلحة القاصر أو ظهرت في حسابه خيانة .

٢ - يكون العزل بوثيقة بعد التحقيق وسماع أقوال الوصي وطالب العزل .

(المادة ١٩٠)

١ - على الوصي الذي انتهت وصايته أن يسلم في خلال ثلاثين يوماً من انتهائها الأموال التي في عهده ويقدم عنها حساباً مؤيداً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى ورثته إن توفي وعليه أيضاً أن يقدم صورة عن الحساب إلى المحكمة وإلى الناظر إن وجد .

٢ - إذا توفي الوصي أو حجر عليه أو فقد فعلى ورثته أو من يمثله تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب .

٣ - يباشر مدير الأيتام صلاحية الوصي بما يحقق مصلحة القاصر إلى أن يعين الوصي الخلف للوصي الذي انتهت وصايته لأي سبب كان .

(المادة ١٩١)

كل وصي انتهت وصايته وامتنع دون عذر عن تسليم أموال القاصر لمن حل محله في الوصاية في المدة المحددة في المادة السابقة ، أحيلت قضيته إلى النيابة العامة بعد إنذاره بعشرة أيام لإقامة الدعوى عليه بإساءة الأتمان .

(المادة ١٩٢)

١ - إذا أخل الوصي بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسئولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره وضامناً له كالكفيل .

٢ - للقاضي أن يلزمه بتعويض للقاصر لا يتجاوز خمسمائة ليرة سورية وبحرمانه من أجره كله أو بعضه وبعزله أو بإحدى هذه العقوبات ؛ وذلك ما عدا الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ، ويجوز إعفاء الوصي من ذلك كله أو بعضه إذا تدارك ما قصر فيه .

(المادة ١٩٣)

يقع باطلاً كل تعهد أو إبراء أو مصالحة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي بلغ سن الرشد قبل الفصل نهائياً في الحساب .

(المادة ١٩٤)

على وصي الحمل أن يبلغ المحكمة انفصال الحمل حيًا أو ميتًا أو انقضاء مدة الحمل دون ولادة وتستمر وصايته على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

(المادة ١٩٥)

ويجوز تعيين ناظر مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي .

(المادة ١٩٦)

- ١ - يتولى الناظر مراقبة الوصي في إدارة شؤون القاصر ، وعليه إبلاغ القاضي عن كل أمر تقضي مصلحة القاصر رفعه إليه .
- ٢ - على الوصي إجابة الناظر إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال .

(المادة ١٩٧)

- ١ - إذا شغرت الوصاية وجب على الناظر فورًا أن يطلب إلى المحكمة إقامة وصي جديد .
- ٢ - إلى أن يياشر الوصي الجديد عمله يقوم الناظر من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر .

(المادة ١٩٨)

- ١ - يسري على الناظر فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسؤوليته عن تقصيره ما يسري على الوصي من أحكام .
- ٢ - ينتهي النظر بانتهاء الوصاية مع ملاحظة ما توجبه المادة السابقة .

(المادة ١٩٩)

- ١ - المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة .
- ٢ - السفية والمغفل يحجران قضاءً وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه أو بوثيقة على حدة .

٣ - السفية هو الذي يئذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بإتفاقه ما يعد من مثله تبيذراً .

٤ - المغفل هو الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في معاملته لبلأته .

(المادة ٢٠٠)

للقاضي أن يأذن بتسليم المحجور عليه للسففة والغفلة جانباً من أمواله لإدارتها وتسري عليه أحكام القاصر المأذون .

(المادة ٢٠١)

المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان .

(المادة ٢٠٢)

يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه نفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره .

(المادة ٢٠٣)

إذا ترك المفقود وكيلًا عامًا تحكم المحكمة بتثيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي والإ عينت له وكيلًا قضائيًا .

(المادة ٢٠٤)

١ - ينتهي فقدان العودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتًا عند بلوغه الثمانين من العمر .

٢ - ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه .

(المادة ٢٠٥)

يسري على القيم والوكيل القضائي ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى

بنص صريح .

(المادة ٢٠٦)

الوصية تصرف في التركة ، مضاف إلى ما بعد الموت .

(المادة ٢٠٧)

تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزًا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة .

(المادة ٢٠٨)

تشرط في صحة الوصية ألا تكون بما تُهي عنه شرعًا .

(المادة ٢٠٩)

١ - تصح إضافة الوصية إلى المستقبل ، وتعليقها بالشرط وتقييدها به إذا كان الشرط صحيحًا .

٢ - الشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه بمنع ولا مخالفاً لمقاصد الشريعة .

٣ - تجب مراعاة هذا الشرط ما دامت المصلحة المقصودة به متحققة .

٤ - إذا قيدت الوصية بشرط غير صحيح صحت الوصية وألغى الشرط .

(المادة ٢١٠)

١ - يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانونًا .

٢ - على أنه إذا كان محجورًا عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته بإذن القاضي .

(المادة ٢١١)

يشترط في الموصى له :

أ - أن يكون معلومًا .

ب - أن يكون موجودًا عند الوصية وحين موت الوصي إن كان معيّنًا .

(المادة ٢١٢)

- ١ - الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة تصرف في وجوه الخير .
- ٢ - الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة ، تصرف على عمارتها ومصالحها وقرائنها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو قرينة .

(المادة ٢١٣)

- تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد في المستقبل ، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة .

(المادة ٢١٤)

- ١ - تصح الوصية للأشخاص مع اختلاف الدين والملة بينهم وبين الموصي .
- ٢ - إذا كان الموصى له أجنبيًا تشترط المعاملة بالمثل .

(المادة ٢١٥)

يشترط في الموصى به :

- أ - أن يكون قابلاً للتصديق بعد موت الموصي ومتقوماً في شريعته .
- ب - أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات .

(المادة ٢١٦)

تصح الوصية بالحقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

(المادة ٢١٧)

تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرًا معلومًا من المال ولا تنفذ فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

(المادة ٢١٨)

- ١ - إذا خصص الشخص في حياته كلاً من ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله تعادل

حصته الإرثية وأوصى بتنفيذ هذا التخصيص بعد وفاته جاز ذلك وكان لازماً بوفاته .
٢ - إذا زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الإرثية جرى على الزيادة حكم الوصية للوارث .

(المادة ٢١٩)

تبطل الوصية :

- أ - بجنون الموصي جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت .
- ب - بموت الموصى له قبل الموصي .
- ج - بهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي .
- د - برجوع الموصي عن الوصية صراحة أو دلالة .
- هـ - برد الموصى له بعد وفاة الموصي وفقاً لما هو مبين في الفصل التالي .

(المادة ٢٢٠)

يعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عُرف على الرجوع عنها ما لم يصرح الموصي بأنه لم يقصد الرجوع .

(المادة ٢٢١)

لا يعتبر إنكار الإيضاء رجوعاً ولا الفعل الذي يزيد في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها .

(المادة ٢٢٢)

يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة :

- أ - قتل الموصى له للموصي قصداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة .
- ب - تسببه قصداً في قتل الموصي ، ويعتبر من التسبب شهادته عليه زوراً إذا أدت إلى قتله .

(المادة ٢٢٣)

إذا بطلت الوصية أو رُدت في الكل أو البعض عاد ما بطلت فيه إلى تركة الموصي .

(المادة ٢٢٤)

الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول ولا ترتد برد أحد .

(المادة ٢٢٥)

الوصية لشخص طبيعي معين ترد برده إذا كان كامل الأهلية حين وفاة الموصي .

(المادة ٢٢٦)

١ - يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي وخلال ثلاثين يوماً منها أو من حين علم الموصى له بالوصية لو لم يكن عالماً حين الوفاة .

٢ - إذا انقضت هذه المدة وهو ساكت عالم أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد ولو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلاً ، وكانت الوصية تركة عنه .

(المادة ٢٢٧)

١ - رد الوصية يقبل التجزئة .

٢ - يجوز الرد لبعض الوصية ومن بعض الموصى لهم وتبطل بالنسبة للمردود وللراد فقط .

(المادة ٢٢٨)

لا عبء لقبول الوصية بعد الرد ، ولا للرد بعد القبول إلا أن يقبل الورثة .

(المادة ٢٢٩)

١ - إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت ما لم يُفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت .

٢ - تكون زوائد الموصى به من حين الموت ملكاً للموصى له ولا تعتبر وصية . وعلى الموصى له نفقة الموصى به منذ استحقاقه له .

(المادة ٢٣٠)

١ - تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يُحصون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته وعند اليأس من

- وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصى .
- ٢ - إن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده كانت الغلة له وكل من وجد منهم بعده شاركه في الغلة إلى حين اليأس من وجود غيرهم فتكون العين والغلة لمن وجد منهم ويكون نصيب من مات منهم تركته عنه .
- ٣ - إذا كانت الوصية لهم بالمنافع وحدها استحق هذه المنافع من يوجد من الموصى لهم عند وفاة الموصي أو بعده وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم تُرد العين لورثة الموصى .

(المادة ٢٣١)

- ١ - لا تصح الوصية للذرية إلا لطبقة واحدة .
- ٢ - إذا انقرضت الطبقة عادت العين تركة للموصي إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم .

(المادة ٢٣٢)

- ١ - تصح الوصية لمن لا يُحصون ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة .
- ٢ - من له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فإن لم يوجد فالقاضي أو من يُعيّنه لذلك .

(المادة ٢٣٣)

إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية له وقت وفاة الموصي ؛ استحق الباقيون جميع الوصية وفقاً لأحكام هذا الفصل .

(المادة ٢٣٤)

إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة ، أو بين جماعة وجهة ، أو بينهم جميعاً كان لكل شخص معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورين ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به .

(المادة ٢٢٥)

- ١ - تصح الوصية للحمل المعين وفقاً لما يلي :
 - أ - إذا أقر الموصي بوجود الحمل حين الإيصاء يشترط أن يولد حيّاً لسنة فأقل من ذلك الحين .
 - ب - إذا كانت الحامل معتدة من وفاة أو فرقة بائنة يشترط أن يولد حيّاً لسنة فأقل من ذلك الحين .
 - ج - إذا لم يكن الموصي مقراً ولا الحامل معتدة يشترط أن يولد حيّاً لتسعة أشهر فأقل من حين الوصية .
 - د - إذا كانت الوصية لحمل من شخص معين يشترط مع ما تقدم أن يثبت نسب الولد من ذلك الشخص .
- ٢ - توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حيّاً فتكون له .

(المادة ٢٣٦)

- ١ - إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .
- ٢ - إن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية .
- ٣ - إن مات أحد الأولاد بعد الولادة ففي الوصية بالأعيان تكون حصته بين ورثته ، وفي الوصية بالمنافع تكون حصته في بدل المنفعة إلى حين موته بين ورثته وبعد موته ترد إلى ورثة الموصي .

(المادة ٢٣٧)

- ١ - تنفذ الوصية لغير الوارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدّين من غير إجازة الورثة .
- ٢ - لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المميز كامل الأهلية .
- ٣ - لا تنفذ فيما يستغرقه دّين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدّين .

٤ - تنفيذ وصية من لا دَين عليه ولا إرث له بكل ما له من غير توقف على إجازة أحد .

(المادة ٢٣٨)

إذا كان الدَّين غير مستغرق للتركة واستوفى كله أو بعضه من الوصية كان للموصى له أن يرجع بقدر المستوفى في حدود ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدَّين .

(المادة ٢٣٩)

الوصية يبيع شيء أو إجارته من شخص يبدل فيه غبن فاحش يزيد مبلغه عن ثلث التركة يتوقف تنفيذها على إجازة الورثة ما لم يقبل الموصى له بدفع الزيادة .

(المادة ٢٤٠)

إذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين وكان في التركة دَين أو مال غائب فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له وإلا استوفى منه بقدر هذا الثلث ، وكان الباقي للورثة ، وكلما حضر شيء استوفى الموصى له ثلثه حتى يستكمل حقه .

(المادة ٢٤١)

١ - إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة وكان فيها دَين أو مال غائب استوفى الموصى له سهمه في الحاضر وكلما حضر شيء استوفى سهمه فيه .

٢ - إذا كان للتركة دَين على أحد الورثة مستحق الأداء تقع المقاصة بينه وبين مجانسه من التركة ويعتبر الدَّين بهذه المقاصة مآلاً حاضراً .

٣ - إذا لم يكن في التركة مال من جنس الدَّين الذي على الوارث لا تقع المقاصة ولكن يصير نصيب الوارث في التركة محجوزاً لاستيفاء الدَّين ويعتبر ما يساوي هذا النصيب من الدَّين مآلاً حاضراً .

٤ - تعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً في المقاصة .

(المادة ٢٤٢)

١ - إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى به

أو استحق فلا شيء للموصى له .

٢ - إذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه ضمن حدود ثلث التركة غير محسوب منها الهالك .

(المادة ٢٤٣)

١ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له .

٢ - إذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي غير متجاوزة ثلث التركة .

(المادة ٢٤٤)

١ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له .

٢ - إن هلك بعضه أو استحق اعتبر الهالك كأنه لم يكن وانصرفت الوصية إلى الباقي .

(المادة ٢٤٥)

١ - إذا كانت الوصية بالمنفعة مدة محددة المبدأ والمنتهى استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة ، فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي بطلت الوصية وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها .

٢ - إذا كانت المدة معينة القدر غير محددة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصي مع ملاحظة حكم المادة التالية .

(المادة ٢٤٦)

١ - إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها ضمن له بدل المنفعة .

٢ - إذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة .

٣ - إذا كان المنع من جهة الموصي أو لعذر قاهر حال بين الموصى له والانتفاع

وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

(المادة ٢٤٧)

إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

(المادة ٢٤٨)

إذا كانت الوصية بالثمرة فللموصى له الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يحدث منها ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك .

(المادة ٢٤٩)

في الوصية بحصة من المنفعة تُستوفى تلك الحصة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق أو بالمهاياة زماناً أو مكاناً أو بقسمة العين إذا كانت تحمل القسمة من غير ضرر وللمحكمة عند الاختلاف تعيين إحدى هذه الطرائق .

(المادة ٢٥٠)

- ١ - إذا كانت الوصية لجهة بالمنفعة ولأخرى بالرقبة جازت الوصيتان وكانت الضرائب التي تفرض على العين ونفقات الانتفاع على الموصى له بالمنفعة .
- ٢ - ينفذ بيع ورثة الموصي نصيبهم في العين الموصى بمنفعتها دون حاجة إلى إجازة الموصى له .

(المادة ٢٥١)

تسقط الوصية بالمنفعة في الحالات التالية :

- أ - بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها .
- ب - بتملك الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها .
- ج - بتنازله عن حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض .
- د - باستحقاق العين .

(المادة ٢٥٢)

- بحسب خروج الوصية بالمنافع والحقوق من ثلث التركة كما يلي :
- أ - إذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين ففي الوصية بجميع منافع العين تعتبر المنافع مساوية لقيمة العين نفسها وفي الوصية بحصة نسبية من المنافع تعتبر مساوية لنظير هذه النسبة من العين .
- ب - إذا كانت الوصية بالمنافع لمدة لا تزيد عن عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة .
- ج - إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

(المادة ٢٥٣)

- ١ - إذا زاد الموصي في العين الموصى بها شيئاً لا يستقل بنفسه التحق بالوصية .
- ٢ - إن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه شارك الورثة الموصى له في المجموع بحصة تعادل قيمة الزيادة قائمة .
- ٣ - إن كانت الزيادة مما يتسامح في مثله عادة أو وجد ما يدل على أن الموصي قد قصد إلحاقها بالوصية ؛ فإنها تلحق بها .

(المادة ٢٥٤)

إذا هدم الموصي العقار الموصى به وأعاد بناءه مغيزاً معالاه دون نوعه كانت العين بحالها الجديدة وصية .

(المادة ٢٥٥)

إذا جعل الموصي من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين أخرى وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

(المادة ٢٥٦)

١ - من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرايط الآتية :

أ - الوصية الواجبة لهؤلاء الأحماد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أيهم أتر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة .
 ب - لا يستحق هؤلاء الأحماد وصية إن كانوا وارثين لأصل أيهم جدًا كان أوجدة ، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة ؛ فإن أوصى بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى بأكثر كان الزائد وصية اختيارية ، وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه .
 ج - تكون الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحدًا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط .

٢ - هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة .

(المادة ٢٥٧)

إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالمخاصة على ألا يستوفي الموصى له بالعين نصيبه إلا من هذه العين .

(المادة ٢٥٨)

إذا كانت الوصية بالقرابات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل .

(المادة ٢٥٩)

١ - يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي .
 ٢ - يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتًا ويكون الحمل مستحقًا للإرث إذا توافر فيه ما نص عليه في المادة (٢٣٦) .

(المادة ٢٦٠)

إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولًا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا .

(المادة ٢٦١)

- ١ - يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :
 - أ - ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن بالقدر المشروع .
 - ب - ديون الميت .
 - ج - الوصية الواجبة .
 - د - الوصية الاختيارية .
 - هـ - الموارث بحسب ترتيبها في هذا القانون .
- ٢ - إذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي :
 - أ - استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .
 - ب - ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .
 - ٣ - إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

(المادة ٢٦٢)

- ١ - أسباب الإرث : الزوجية والقرابة .
- ٢ - للإرث ثلاث طرائق : الفريضة المقدرة ، أو العصوبة ، أو حق الرحم .
- ٣ - يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض .
- ٤ - يكون الإرث بالقرابة بطريق الفرض أو العصوبة أو بهما معاً أو بالنصيب الرحمي إذا كان لوارث جهتا إرث ورث بهما معاً مع مراعاة أحكام المادتين (٢٧١) و(٢٩٦) .

(المادة ٢٦٣)

- يمنع من الإرث ما يلي :
- أ - موانع الوصية المذكورة في المادة (٢٢٣) .
 - ب - اختلاف الدين بين المسلم وغيره .
 - ج - لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين .

(المادة ٢٦٤)

- ١ - الفرض سهم مقدر للوارث في التركة ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض

وهم : الأب ، الجد العصبي وإن علا ، الأخ لأم ، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجة ، البنات ، بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأب ، الأم ، الجدة الثابتة وإن علت .

٢ - الجد العصبي هو الذي لا يدخل في نسبه إلى الميت الأنتى فإذا دخلت في نسبه أنتى فهو جد رحمي ، والجدة الثابتة هي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت ، جد رحمي .

(المادة ٢٦٥)

مع مراعاة حكم المادة (٢٨١) للأب وكذا للجد العصبي فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل .

(المادة ٢٦٦)

١ -- لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثالث لثنتين فأكثر ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء .

٢ - في الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة وكان مع أولاد الأم أخ شقيق أو إخوة أشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، يقسم الثلث بين الجميع على الوجه المتقدم .

(المادة ٢٦٧)

١ - للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل . والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

٢ - للزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل . والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن نزل وذلك مع مراعاة حكم المادة (١١٦) المتقدمة في طلاق المريض .

٣ - إذا تعددت الزوجات اشتركن في هذه الفريضة .

(المادة ٢٦٨)

مع مراعاة حكم المادة (٢٧٧) :

١ - للواحدة من البنات فرض النصف ، وللاثنتين فأكثر الثلثان .

٢ - لبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة .

٣ - لهن ولو تعددن السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة .

(المادة ٢٦٩)

مع مراعاة حكم المادتين (٢٧٧) و (٢٨٠) :

١ - للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف وللأنتين فأكثر الثلثان .

٢ - للأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة .

٣ - لهن ولو تعددن السدس مع الأخت الشقيقة .

(المادة ٢٧٠)

١ - للأُم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل أو مع اثنين فأكثر من الإخوة أو الأخوات .

٢ - لها الثلث في غير هذه الأحوال ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين .

(المادة ٢٧١)

للجدة الثابتة أو الجدات السدس ويقسم بينهما على السواء لا فرق بين ذات قرابة وقرابتين .

(المادة ٢٧٢)

إذا زاد أنصبا أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم أنصباؤهم في الإرث .

(المادة ٢٧٣)

١ - إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب .

٢ - العصبة من النسب ثلاثة أنواع :

أ - عصبة بالنفس .

- ب - عصابة بالغير .
- ج - عصابة مع الغير .

(المادة ٢٧٤)

للعصوبة بالنفس جهات أربع مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

- ١ - البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل .
- ٢ - الأبوة وتشمل الأب والجد العصبي وإن علا .
- ٣ - الأخوة وتشمل الأخوة لأبوين والأخوة لأب وأبناءهما وإن نزلوا .
- ٤ - العمومة وتشمل أعمام الميت لأبوين أو لأب وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده العصبي وإن علا وأبناء من ذكروا وإن نزلوا .

(المادة ٢٧٥)

- ١ - إذا اتحدت العصبة بالنفس في الجهة كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت .
- ٢ - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان التقديم بقوة القرابة فمن كانت قرابته من الأبوين قدم على من كانت قرابته من الأب فقط .
- ٣ - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة والقوة كان الإرث بينهم على السواء .

(المادة ٢٧٦)

- ١ - العصبة بالغير هن :
 - أ - البنات مع الأبناء .
 - ب - بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا في درجتهم مطلقاً أو كانوا أنزل منهم إذا لم يرثن بغير ذلك .
 - ج - الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين والأخوات لأب مع الإخوة لأب .
 - ٢ - يكون الإرث بينهم في هذه الأحوال للذكر مثل حظ الأنثيين .

(المادة ٢٧٧)

- ١ - العصبة من الغير هن : الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو أبناء الابن وإن

نزل ، ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض .
 ٢ - في هذه الحالة تعتبر الأخوات لأبوين كالإخوة لأبوين ، وتعتبر الأخوات لأب
 كالإخوة لأب ويأخذون أحكامهم بالنسبة لباقي العصابات في التقديم بالجهة والدرجة
 والقوة .

(المادة ٢٧٨)

- ١ - إذا اجتمع الجد العصبي مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب ؛ فإنه يقاسمهم
 كأخ إن كانوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً ؛ أو إناثاً عصبين مع الفرع الوارث من الإناث .
- ٢ - إذا كان الجد مع أخوات لم يعصبين بالذكور ولا مع الفرع الوارث من الإناث ؛
 فإنه يستحق الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب .
- ٣ - على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد
 من الإرث أو تنقصه عن الثلث اعتبر صاحب فرض الثلث .
- ٤ - ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة والأخوات لأب .

(المادة ٢٧٩)

إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل استحق السدس فرضاً
 والباقي بطريق العسوبة .

(المادة ٢٨٠)

- ١ - المحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث
 آخر .
- ٢ - المحجوب يحجب غيره .

(المادة ٢٨١)

المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحدًا من الورثة .

(المادة ٢٨٢)

- ١ - تُحجَب الجدة الثابتة بالأُم مطلقاً ، والجدة البعيدة بالجدة القريبة ، والجدة لأب
 بالأب .

٢ - الجذ العصبي يحجب الجدة إذا كانت أصلًا له .

(المادة ٢٨٣)

يحجب أولاد الأم والأب بالجد العصبي وإن علا وبالولد وولد الابن وإن نزل .

(المادة ٢٨٤)

١ - يحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل بنت الابن التي تكون أنزل منه درجة .

٢ - يحجبها أيضًا بنتان أو بنتا ابن أعلى منه درجة ما لم يكن معها من يعصبها طبقًا لحكم المادة (٢٧٧) .

(المادة ٢٨٥)

يَحْبُجُّ الأخت لأبوين كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل .

(المادة ٢٨٦)

يَحْبُجُّ الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل ، كما يحجبها الأخ لأبوين والأخت لأبوين ، إذا كانت عصبه مع غيرها ، طبقًا لحكم المادة (٢٧٨) والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب .

(المادة ٢٨٧)

١ - إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم يوجد عصبه من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم .

٢ - يرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام .

(المادة ٢٨٨)

١ - إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض ولا من العصبات النسبية كان ميراث الميت لذوي الأرحام .

٢ - ذوو الأرحام هم الأقارب من غير أصحاب الفروض أو العصبات النسبية الذين

سبق بيانهم .

(المادة ٢٨٩)

١ - ذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب التالي :

الصف الأول : من كان من فروع الميت وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن مهما نزلوا .

الصف الثاني : من كان من أصول الميت وهم الأجداد الرحميون ، والجدات غير الثابتات مهما علوا .

الصف الثالث : من كان من فروع أبوي الميت ، وهم أولاد الأخوات مطلقاً ، وأولاد الإخوة لأم ، وبنات الإخوة لأبوين أو لأب ، وفروع هؤلاء الأولاد مهما نزلوا .

الصف الرابع : من كان من فروع أحد أجداد أو جدات الميت مهما علوا .

٢ - هذا الصف الرابع يقسم إلى مراتب صعوداً ، وتقسم كل مرتبة إلى طبقات نزولاً .

أ - المرتبة من هذا الصف هي فروع كل جد مهما نزلوا .

فالمرتبة الأولى : فروع أجداد الميت الأذنين (أبي أبيه ، وأبي أمه ، وأم أبيه ، وأم أمه) .
والمرتبة الثانية : فروع أجداد أبويه .

والمرتبة الثالثة : فروع أجداد جديه وهكذا ...

ب - الطبقة هي كل درجة من فروع المرتبة الواحدة فالأعمام لأم ، والعمات والأخوال والحالات هم الطبقة الأولى من المرتبة الأولى وأولاد هؤلاء ، وبنات الأعمام لأبوين أو لأب هم الطبقة الثانية منها ، وهكذا ...

(المادة ٢٩٠)

١ - الصف الأول من ذوي الأرحام أولاهم أقربهم درجة إلى الميت .

٢ - إن استووا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذي الرحم .

٣ - إن كانوا كلهم يدلون أو لا يدلون بصاحب فرض اشتركوا في الإرث .

(المادة ٢٩١)

- ١ - الصنف الثاني من ذوي الأرحام يقدم أيضًا منهم الأقرب درجة ثم من يدلي بصاحب فرض كما في الصنف الأول .
- ٢ - إذا تساوا درجة وإدلاء ينظر :
 - أ - إن كانوا جميعًا من جانب الأب أو من جانب الأم اشتركوا في الميراث .
 - ب - إن اختلف جانبهم فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم .

(المادة ٢٩٢)

- ١ - الصنف الثالث من ذوي الأرحام أو أولاهم بالميراث أيضًا أقربهم درجة إلى الميت .
- ٢ - إن استوا في الدرجة قدم ولد العصبة على ولد ذي الرحم .
- ٣ - إن كانوا جميعًا أولاد عصابات أو أولاد أرحام قدم الأقوى قرابة ، فمن كان أصله لأبوين يحجب من كان أصله لأحدهما فقط ، ومن كان أصله لأب يحجب من كان أصله لأم .
- ٤ - فإن استوا في قوة القرابة أيضًا اشتركوا في الإرث .

(المادة ٢٩٣)

- ١ - كل مرتبة من مراتب الصنف الرابع بجميع طبقاتها تقدم على المراتب التي قوتها بجميع طبقاتها .
- ٢ - كل طبقة من كل مرتبة تحجب الطبقات التي تحتها .

(المادة ٢٩٤)

- ١ - الطبقة الأولى من كل مرتبة من مراتب الصنف الرابع إذا وجد فيها متعددون وكانوا كلهم من جانب الأب فقط كالعمات أو من جانب الأم فقط كالأخوال ، قدم الأقوى قرابة ، فالعمة لأبوين أو لأب تحجب العم لأم ، وكذا الحالة لأبوين تحجب الحلال لأب . فإن كانوا متساوين في قوة القرابة اشتركوا في الإرث .
- ٢ - إذا كان بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم فالثلثان لفريق الأب والثلث لفريق الأم ، ثم يوزع نصيب كل فريق بين أفراده بحسب قوة القرابة على النحو

المبين في الفقرة السابقة .

(المادة ٢٩٥)

١ - في الطبقات النازلة من كل مرتبة من مراتب الصنف الرابع يقدم الأقرب درجة على الأبعد ولو كان أحدهما من جانب الأب والآخر من جانب الأم .

٢ - إذا استتوا في الدرجة وكانوا من جانب واحد قدم ولد العصبية على ولد ذي الرحم ، فبنت العم العصبي تحجب ابن العم لأم. إذا كانوا جميعاً أولاد عصابات أو أولاد أرحام قدم الأقوى قرابة ، فولد العمة لأبوين يحجب ولد العمة لأب وولد العمة لأب يحجب ولد العمة لأم .

٣ - إذا كانوا مع تساوي الدرجات بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم فالثلثان لفريق الأب والثلث لفريق الأم ، ثم يوزع نصيب كل فريق بين أفرادهم بالطريقة المبينة في الفقرة السابقة ، يقدم منهم ولد العصبية ثم الأقوى قرابة .

(المادة ٢٩٦)

١ - في ميراث ذوي الأرحام مطلقاً للذكر مثل حظ الأنثيين .

٢ - إذا وجد منهم واحد فقط استقل بالميراث ذكراً كان أو أنثى .

٣ - لا عبرة لتعدد جهات القرابة فيهم إلا إذا تعدد به الجانب فكان الشخص من جانب الأب وجانب الأم معاً .

(المادة ٢٩٧)

إذا أقر شخص بالنسب على غيره لمجهول النسب استحق المقر له التركة بالشروط التالية :

١ - أن لا يثبت نسب المقر له من المقر عليه .

٢ - أن لا يرجع المقر عن إقراره .

٣ - أن لا يقوم به مانع من موانع الإرث .

٤ - أن يكون المقر له حيًا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتاً .

(المادة ٢٩٨)

يوقف للحمل من تركة المتوفى أكبر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

(المادة ٢٩٩)

إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيًا ثابت النسب منه بالشروط المبينة لثبوت النسب في هذا القانون .

(المادة ٣٠٠)

١ - إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه بعد ولادته يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة .

٢ - إذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة .

(المادة ٣٠١)

١ - يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيًا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت مورثه .

٢ - إن ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة .

(المادة ٣٠٢)

مع مراعاة المدة المبينة في المادة (٣٠٠) يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرباتها ، وترثهما الأم وقرباتها .

(المادة ٣٠٣)

١ - التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم .

٢ - إذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة .

٣ - إذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع له من التركة ، قسم نصيبه

بينهم بنسبة أنصبتهم ، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخارج على

طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بنسبة ما دفع كل منهم .

(المادة ٢٠٤)

كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي .

(المادة ٢٠٥)

تطبق أحكام هذا القانون على جميع السوريين سوى ما تستثنيه المادتان التاليتان .

(المادة ٢٠٦)

لا يعتبر بالنسبة للطائفة الدرزية ما يخالف الأحكام التالية :

أ - يثبت القاضي من أهلية العاقدين وصحة الزواج قبل العقد .
ب - لا يجوز تعدد الزوجات .

ج - لا تسري أحكام اللعان والرضاع على أفراد الطائفة .

د - إذا تزوج شخص بنتاً على أنها باكر ثم ظهر أنها ثيب فإن كان عالماً بذلك قبل دخوله بها فليس له حق المطالبة بشيء من المهر أو الجهاز ، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدخول بها فله استرجاع نصف المهر إذا أراد إبقاءها في عصمته وله استرجاع كامل المهر والجهاز إن ثبت أن فض البكارة كان بسبب الزنا وأراد تطليقها .

إذا ادعى الزوج كذباً أنه وجد زوجته ثيباً وطلبت التفريق منه كان لها أن تستبقي ما قبضته من مهر وجهاز .

هـ - إذا حكم على الزوجة بالزنا فللزوجة تطليقها واسترجاع ما دفعه من مهر وما بقي من جهاز .

إذا حكم على الزوج بالزنا فللزوجة طلب التفريق وأخذ كامل مهرها المؤجل .

و - لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي وبتقرير منه .

ز - لا يجوز عودة المطلقة إلى عصمة مطلقها .

ح - تنفذ الوصية للوارث ولغيره بالثلث وبأكثر منه .

ط - إن الفرع المتوفى قبل وفاة مورثه تقوم فروعه مقامه ويأخذ نصيبه كما لو كان

حيًا .

(المادة ٣٠٧)

يطبق بالنسبة إلى الطوائف المسيحية واليهودية ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية تتعلق في الخطبة وشروط الزواج وعقده ، والمتابعة والنفقة الزوجية ونفقة الصغير وبطلان الزواج وحله وانفكاك رباطه وفي البائنة (الدوطة) والحضانة .

٣ - قانون الأحوال الشخصية الأردني

الفصل الأول

في الزواج والخطبة

(المادة ١)

يسمى هذا القانون قانون الأحوال الشخصية لسنة (١٩٧٦ م) ، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية [١] .

(المادة ٢)

الزواج عقد بين رجل وامرأة تحمل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما .

(المادة ٣)

لا ينمقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقرأة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية .

(المادة ٤)

لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة .

شروط اهلية الزواج

(المادة ٥)

يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يتم الخاطب السنة السادسة عشرة وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر .

عضل الولي

(المادة ٦)

- أ - للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفو في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع .
- ب - أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت

أتمت ثمانية عشر عامًا وكان العضل بلا سبب مشروع .

(المادة ٧)

يمنع إجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عامًا ؛ إلا بعد أن يتحقق القاضي رضائها واختيارها وأن مصلحتها متوفرة في ذلك .

زواج المجنون والمعتوه

(المادة ٨)

للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له .

الفصل الثاني

ولاية الزواج

الولي في الزواج

(المادة ٩)

الولي في الزواج هو العصبه بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجع من مذهب أبي حنيفة .

شروط أهلية الولي

(المادة ١٠)

يشترط في الولي أن يكون عاقلًا بالغًا وأن يكون مسلمًا إذا كانت المخطوبة مسلمة .

(المادة ١١)

رضاء أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة ، ورضاء الولي ، عند غياب الولي الأقرب يسقط حق اعتراض الولي الغائب . ورضاء الولي دلالة كرضائه صراحة .

(المادة ١٢)

إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه ؛ فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي .

زواج الثيب بلا ولي

(المادة ١٣)

لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عامًا .

الفصل الثالث

عقد الزواج

انعقاد الزواج

(المادة ١٤)

ينعقد الزواج بإيجاب وقبول الخاطبين أو وكيليهما في مجلس العقد .

(المادة ١٥)

يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج وللمعاجز عنهما بإشارته المعلومة .

(المادة ١٦)

يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما ، وتجاوز شهادة أصول الخاطب والمخطوبة وفروعهما على العقد .

وجوب تسجيل العقد

(المادة ١٧)

- أ - يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد .
- ب - يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية للقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة .
- ج - وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وبغرامة على كل منهم لا تزيد على مائة دينار .
- د - وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة .
- هـ - يعين القاضي الشرعي مأذون عقود الزواج بموافقة قاضي القضاة ولقاضي القضاة إصدار التعليمات التي يراها لتنظيم أعمال المأذونين .

تسجيل الطلاق والزواج

- و - يتولى قناصل المملكة الأردنية الهاشمية المسلمون في خارج المملكة إجراء عقود الزواج وسماع تقرير الطلاق للرعايا الأردنيين الموجودين في خارج المملكة وتسجيل هذه الوثائق في سجلاتها الخاصة .
- ز - تشمل كلمة القنصل وزراء المملكة الأردنية الهاشمية المفوضين والقائمين بأعمال هذه المفوضيات ومستشاريها أو من يقوم مقامهم .

(المادة ١٨)

لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق .

(المادة ١٩)

إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقاً لما يلي :

إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً

ولا يمس حق الغير كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت أو أن يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحاً وملزماً فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية .

إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق الغير كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه كان الشرط صحيحاً وملزماً ؛ فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها .

أما إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والدبه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً .

الفصل الرابع

الكفاءة

شروط الكفاءة

(المادة ٢٠)

يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوًا للمرأة في المال وهي أن يكون الزوج قادرًا على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج .

عدم العلم بالكفاءة

(المادة ٢١)

إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كلاهما كفاءته ثم تبين أنه غير كفو فلا يبقى لأحد منهما حق الاعتراض ، أما إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخير الزوج أنه كفو ثم تبين أنه غير كفو فلكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج ، أما إذا كان كفوًا حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ .

إنكار الكبيرة وجود الولي

(المادة ٢٢)

إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر ؛ فإذا زوجت نفسها من كفؤ لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل ، وإن زوّجت نفسها من غير كفؤ فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح .

عدم الكفاءة يوجب الفسخ قبل الحمل لا بعده

(المادة ٢٣)

للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج .

الفصل الخامس

المحرمات

تأبيد الحرمة بالنسب

(المادة ٢٤)

يحرم على التأييد تزوج الرجل بامرأة من ذوات رحم محرم منه وهن أربعة :

١ - بناته وحفيداته وإن نزلن .

٢ - أخواته وبنات إخوته وبناتهن وإن نزلن .

٣ ، ٤ - عماته وخالاته .

تأبيد الحرمة بالمصاهرة

(المادة ٢٥)

يحرم على التأييد تزوج الرجل بامرأة بينه وبينها مصاهرة وهي على أربعة أصناف :

١ - زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده .

- ٢ - أم زوجته وجداتها مطلقًا .
- ٣ - زوجات أبي الرجل وزوجات أجداده .
- ٤ - ربائبه أي : بنات زوجته وبنات أولاد زوجته ، ويشترط في الصنف الرابع الدخول بالزوجات .

تأييد الحرمة بالرضاع

(المادة ٢٦)

يحرم على التأييد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثنى مما هو مبين في مذهب الإمام أبي حنيفة .

المحرمات مؤقتًا

(المادة ٢٧)

يحرم العقد على زوجة آخر أو معتدته .

(المادة ٢٨)

يحرم على كل من له أربع زوجات أو معتدات أن يعقد زواجه على امرأة أخرى قبل أن يطلق إحداهن وتنقضي عدتها .

(المادة ٢٩)

يحرم على الرجل الذي طلق زوجته التزوج بذات محرم لها ما دامت في العدة .

المحرمة بسبب الطلاق البائن بينونة كبرى

(المادة ٣٠)

حرم على من طلق زوجته ثلاث مرات متفرقات في ثلاثة مجالس أن يتزوج بها إلا إذا انقضت عدتها من زوج آخر دخل بها .

حرمة الجمع بين امرأتين بينهما حرمة نسب أو رضاع .

(المادة ٣١)

يحرم الجمع بين امرأتين بينهما حرمة النسب أو الرضاع بحيث لو فرضت واحدة منهما ذكراً لم يجز نكاحها من الأخرى .

الفصل السادس

أنواع الزواج

الزواج الصحيح

(المادة ٣٢)

يكون عقد الزواج صحيحاً وتترتب عليه آثاره إذا توفرت فيه أركانه وسائر شروطه .

الزواج الباطل

(المادة ٣٣)

يكون الزواج باطلاً في الحالات التالية :

- ١ - تزوج المسلمة بغير المسلم .
- ٢ - تزوج المسلم بامرأة غير كتائية .
- ٣ - تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه وهن الأصناف المبينة في المواد (٢٤) و (٢٥) و (٢٦) من هذا القانون .

الزواج الفاسد

(المادة ٣٤)

يكون الزواج فاسداً في الحالات التالية :

- ١ - إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد .
- ٢ - إذا كان عقد الزواج بلا شهود .
- ٣ - إذا عقد الزواج بالإكراه .
- ٤ - إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعاً .

إذا عقد الزواج على أحد المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب أو الرضاع .
زواج المتعة ، أو الزواج المؤقت .

الفصل السابع

أحكام الزواج

لزوم المهر والنفقة والميراث

(المادة ٢٥)

إذا وقع العقد صحيحاً لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ويثبت بينهما حق التوارث .

المسكن

(المادة ٣٦)

يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله .

وجوب الإقامة في مسكن الزوج

(المادة ٣٧)

على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي والانتقال معه إلى أية جهة أرادها الزوج ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي غير ذلك وإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة .

انفراد الزوجة في المسكن

(المادة ٣٨)

ليس للزوج أن يسكن أهله وأقاربه أو ولده المميز معه بدون رضاه زوجته في المسكن

الذي هيأه لها ؛ ويستثنى من ذلك أبواه الفقيران العاجزان إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده دون أن يحول ذلك من المعاشرة الزوجية ؛ كما أنه ليس للزوجة أن تسكن معها أولادها من غيره أو أقاربها بدون رضاء زوجها .

المعاشرة بالمعروف

(المادة ٣٩)

على الزوج أن يحسن معاشرة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة .

منع إسكان الضرائر في دار واحدة

(المادة ٤٠)

على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن .

حكم الزواج الباطل

(المادة ٤١)

الزواج الباطل سواء وقع به دخول أم لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً ؛ وبناء على ذلك لا تثبت به بين الزوجين أحكام الزواج الصحيح : كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث.

حكم الزواج الفاسد

(المادة ٤٢)

الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً ، أما إذا وقع به دخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة ولا تلزم بقية الأحكام كالإرث والنفقة قبل التفريق أو بعده .

بقاء الزوجين على الزواج الباطل والفاقد ممنوع

(المادة ٤٣)

بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع ؛ فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي ؛ ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن ، إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملاً أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية .

الفصل الثامن

المهر

المهر المسمى ومهر المثل

(المادة ٤٤)

المهر مهران مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلاً كان أو كثيراً ومهر المثل وهو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها وإذا لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدها .

تعجيل المهر وتأجيله

(المادة ٤٥)

يجوز تعجيل المهر المسمى وتأجيله كله أو بعضه على أن يؤيد ذلك بوثيقة خطية ؛ وإذا لم يصرح بالتأجيل يعتبر المهر معجلاً .

سقوط الأجل بوفاة الزوج

(المادة ٤٦)

إذا عينت مدة للمهر المؤجل فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق ، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل ويشترط في الأجل أنه إذا كان مجهولاً جهالة فاحشة مثل إلى الميسرة أو إلى حين الطلب أو إلى حين الزفاف فالأجل غير صحيح ويكون المهر معجلاً ، وإذا لم يكن الأجل معيّنًا اعتبر المهر مؤجلاً إلى وقوع

الطلاق أو وفاة أحد الزوجين .

الأجل المعين

(المادة ٤٧)

إذا تسلمت الزوجة المهر المعجل وتوابعه أو رضيت بتأجيل المهر - أو التوابع - كله أو بعضه إلى أجل معين فليس لها حق الامتناع عن الطاعة ولا يمنعها ذلك من المطالبة بحقها .

لزوم المهر المسمى بالعقد

(المادة ٤٨)

إذا سمي مهر في العقد الصحيح لزم أداءه كاملاً بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة ، أما إذا وقع الطلاق قبل الوطاء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى .

سقوط المهر

(المادة ٤٩)

إذا وقع الافتراق بطلب من الزوجة بسبب وجود عيب أو علة في الزوج أو طلب الولي التفريق بسبب عدم الكفاءة وكان ذلك قبل الدخول والخلوة الصحيحة يسقط المهر كله .

(المادة ٥٠)

إذا فسخ العقد قبل الدخول والخلوة فللزوجة استرداد ما دفع من المهر .

الفرقة الموجبة لسقوط المهر

(المادة ٥١)

الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطاء حقيقة أو حكماً هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسحاً كالفرقة بالإبلاء واللعان والعنة

والردة وبإبائه الإسلام إذا أسلمت زوجته وبفعله ما يوجب حرمة المصاهرة .

سقوط المهر كله

(المادة ٥٢)

يسقط المهر كله إذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة كردتها أو لإبائها الإسلام إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية أو بفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله وإن قبضت شيئاً من المهر ترده .

سقوط حق الزوجة في المهر حين الفسخ

(المادة ٥٣)

يسقط حق الزوجة في المهر إذا فسخ العقد بطلب من الزوج لعيب أو لعلة في الزوجة قبل الوطاء وللزوج أن يرجع عليها بما دفع من المهر .

لزوم مهر المثل

(المادة ٥٤)

إذا لم يسم المهر في العقد الصحيح أو تزوجها على أنه لا مهر لها أو سمي المهر وكانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل .

وجوب المتعة

(المادة ٥٥)

إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقيل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذٍ تجب المتعة والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل .

(المادة ٥٦)

إذا وقع الافتراق بعد الدخول في العقد الفاسد ينظر فإن كان المهر قد سمي يلزم الأقل من المهرين المسمى والمثل وإن كان المهر لم يسم أو كانت التسمية فاسدة يلزم مهر

المثل بالغًا ما بلغ أما إذا وقع الافتراق قبل الدخول فلا يلزم المهر أصلاً .

الاختلاف في تسمية المهر

(المادة ٥٧)

إذا وقع خلاف في تسمية المهر ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل ولكن إذا كان الذي ادعى التسمية هي الزوجة فالمهر يجب أن لا يتجاوز المقدار الذي ادعته ، أما إذا كان المدعي هو الزوج فالمهر لا يكون دون المقدار الذي ادعاه .

(المادة ٥٨)

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى فالبينة على الزوجة ؛ فإن عجزت كان القول للزوج يمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا فيحكم بمهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه .

لا تسمع دعوى المهر إذا خالفت الوثيقة إلا بموجب سند

(المادة ٥٩)

عند اختلاف الزوجين في المهر الذي جرى عليه العقد لا تسمع الدعوى إذا خالفت وثيقة العقد المعتبرة ما لم يكن هناك سند كتابي يتضمن اتفاقهما حين الزواج على مهر آخر غير ما ذكر في الوثيقة .

الزواج في مرض الموت وطلب المهر

(المادة ٦٠)

إذا تزوج أحد في مرض موته ينظر فإن كان المهر المسمى مساويًا لمهر مثل الزوجة تأخذ الزوجة من تركة الزوج وإن كان زائدًا عليه يجري في الزيادة حكم الوصية .

استرداد ما دفع من المهر قبل العقد المهر حق الزوجة

(المادة ٦١)

المهر مال الزوجة فلا تجبر على عمل الجهاز منه .

(المادة ٦٢)

لا يجوز لأبوي الزوجة أو أحد أقاربها أن يأخذ من الزوج دراهم أو أي شيء آخر مقابل تزويجها أو تسليمها له ، وللزوج استرداد ما أخذ منه عينا إن كان قائما أو قيمته إن كان هالكا .

الزيادة في المهر والحط منه

(المادة ٦٣)

للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملتي أهلية التصرف ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل به الطرف الآخر في مجلس الزيادة أو الحط منه .

للأب والجد لأب قبض مهر البكر

(المادة ٦٤)

ينفذ على البكر ولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها مهرها إذا كان أباً أو جداً لأب ولم تنه الزوج عن الدفع إليه .

المادة ٦٥ : إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح فإن كان ما دفع على حساب المهر موجوداً استرده عينا وإن كان فقد بالتصرف فيه أو تلف استرد قيمته إن كان عرضاً ومثله إن كان نقداً ، أما الأشياء الأخرى التي أعطها أحدهما للآخر على سبيل الهدية فتجري عليها أحكام الهبة .

الفصل التاسع نفقة الزوجة أنواع النفقة الزوجية

(المادة ٦٦)

- أ - نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم .
- ب - يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو ثبت تقصيره .

لزوم النفقة

(المادة ٦٧)

تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدّين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها ؛ إلا إذا طالبها بالنقلة وامتنعت بغير حق شرعي ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج لها مهرها المعجل أو عدم تهيئته مسكنًا شرعيًا لها .

(المادة ٦٨)

لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج .

لا نفقة مع النشوز

(المادة ٦٩)

إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ، والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إبداء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة .

فرض النفقة حسب حال الزوج

(المادة ٧٠)

تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسرًا وعسرًا وتجاوز زيادتها ونقصها تبعًا

حالته على أن لا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي .

عدم سماع الدعوى بتعديل النفقة

(المادة ٧١)

لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها ما لم تحدث طوارئ استثنائية كارتفاع الأسعار .

(المادة ٧٢)

النفقة تكون معجلة بالتعجيل وإذا حدثت وفاة أو طلاق بعد استيفاء الزوجة لها فلا يجوز استردادها .

فرض النفقة على الزوج

(المادة ٧٣)

إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر القاضي نفقتها اعتباراً من يوم الطلب ويأمر بدفعها سلفاً للأيام التي يعينها .

تكون النفقة ديناً بذمة الزوج عند العجز عن دفعها

(المادة ٧٤)

إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب على أن تكون ديناً في ذمته ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج .

فرض النفقة على غير الزوج

(المادة ٧٥)

إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم بالنفقة من تجب عليه نفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج ويكون له حق الرجوع بها على الزوج .

في غياب الزوج تحلف اليمين وتقام البينة

(المادة ٧٦)

إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة وسافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشئة ولا مطلقة انتقضت عدتها .

فرض النفقة للزوجة في أموال زوجها الغائب

(المادة ٧٧)

يفرض القاضي من حين الطلب نفقة لزوجته الغائب في ماله منقولاً أو غير منقول أو على مدينه أو على مودعه المقيّون بالمال والزوجة أو المنكرين لهما أو لأحدهما بعد إثبات مواقع إنكاره بالبينة الشرعية وبعد تحليفها في جميع الحالات اليمين الشرعية السابقة .

أجرة القابلة والطبيب وثمان العلاج على الزوج

(المادة ٧٨)

أجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه وثمان العلاج والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة .

نفقة المعتدة على الزوج

(المادة ٧٩)

تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ .

نفقة العدة كنفقة الزوجية

(المادة ٨٠)

نفقة العدة كنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة إذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية مفروضة ، فإذا كان لها نفقة فإنها تمتد إلى انتهاء العدة على أن لا تزيد مدة العدة عن سنة ، وللمطلقة المطالبة بها عند تبليغها وثيقة الطلاق فإذا بلغت الطلاق قبل انقضاء العدة بشهر على الأقل ولم تطالب بها حتى انقضت عدتها يسقط حقها في النفقة .

لا نفقة للمعتدة حال نشوزها

(المادة ٨١)

ليس للمطلقة في نشوزها نفقة عدة .

نفقات التجهيز والتكفين على الزوج

(المادة ٨٢)

على الزوج نفقات تجهيز وتكفين زوجته بعد موتها .

الفصل العاشر

أحكام عامة في الطلاق

أهلية الزوج للطلاق

(المادة ٨٣)

يكون الزوج أهلاً للطلاق إذا كان مكلفاً .

(المادة ٨٤)

محل الطلاق المرأة المعقود عليها بزواج صحيح .

تعدد الطلاق

(المادة ٨٥)

يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات متفرقات في ثلاثة مجالس .

يقع الطلاق باللفظ والكتابة والإشارة

(المادة ٨٦)

يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة .

(المادة ٨٧)

للزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وأن يفوض الزوجة بتطبيق نفسها على أن يكون ذلك بمسند خطي .

(المادة ٨٨)

أ - لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغنى عليه ولا النائم .

ب - المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو وُلِيَ أو غيرهما فلا يدري ما يقول .

(المادة ٨٩)

لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه .

(المادة ٩٠)

الطلاق المقترن بالعدد لفظًا أو إشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بهما إلا طلقة واحدة .

(المادة ٩١)

إذا طلق الزوج زوجته لدى القاضي طائفاً مختاراً وهو في حالة معتبرة شرعاً أو أقر بالطلاق وهو بتلك الحالة فلا تسمع منه الدعوى بخلاف ذلك .

(المادة ٩٢)

اليمين بلفظ ، علمي الطلاق وعلمي الحرام وأمثالهما لا يقع الطلاق بهما ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافته إليها .

(المادة ٩٣)

الرجعة الصحيحة تكون في أثناء العدة بعد الطلاق الأول والثاني وأما الطلاق الثالث فتقع به البيونة الكبرى .

(المادة ٩٤)

كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون .

(المادة ٩٥)

يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما أشهر استعماله فيه عرفًا دون الحاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية .

(المادة ٩٦)

تعليق الطلاق بالشرط صحيح وكذا إضافته إلى المستقبل ، ورجوع الزوج عن الطلاق المعلق والمضاف لزمان مستقبل غير مقبول .

(المادة ٩٧)

الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولًا أو فعلًا وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط ولا تنوق الرجعة على رضاء الزوجة ولا يلزم بها مهر جديد .

(المادة ٩٨)

الطلاق البائن المنصوص عليه في المادة (٩٣) من هذا القانون يزيل الزوجية في الحال .

(المادة ٩٩)

إذا كان الطلاق بائناً بطلقة واحدة أو بطلقتين فلا مانع من تجديد النكاح بعده برضاء الطرفين .

(المادة ١٠٠)

تزول البيئونة الكبرى بتزوج المبانة التي انقضت عدتها زوجها آخر لا بقصد التحليل ، ويشترط دخوله بها ، وتقد طلاقها منه وانقضاء عدتها تحمل للأول .

(المادة ١٠١)

يجب على الزوج أن يسجل طلاقه أمام القاضي وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة الشرعية لتسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيبي للزوجة خلال أسبوع من تسجيله .

(المادة ١٠٢)

- أ - يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له .
ب - المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال .
ج - إذا بطل البذل وقع الطلاق رجعيًا ولا يجب للزوج على زوجته في مقابل هذا الطلاق البذل المتفق عليه .

(المادة ١٠٣)

لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

الفصل الحادي عشر

الخلع

بذل الخلع

(المادة ١٠٤)

كل ما صح التزامه شرعًا صلح أن يكون بدلًا في الخلع .

تصح المخالعة على المهر وغيره

(المادة ١٠٥)

إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداءه وبرتت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية .

عند عدم التسمية في المخالعة

(المادة ١٠٦)

إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية .

عند نفي البديل

(المادة ١٠٧)

إذا صرح المتخالعان بنفي البديل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلاق رجعية .

لا تسقط نفقة العدة إلا بالنص عليها في المخالعة

(المادة ١٠٨)

نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة .

رجوع الزوج على الزوجة ببديل الخلع

(المادة ١٠٩)

إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره لإرضاع الولد أو حضائه أو اشترط إمساكها له بلا أجر مدة معلومة أو إنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجره لإرضاع الولد وحضائه ونفقته عن المدة الباقية . أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت .

(المادة ١١٠)

إذا كانت الأم المخالعة مُعسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينًا له على الأم .

(المادة ١١١)

إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط ، وكان لحاضنته الشرعية أخذ منه ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيرًا .

لا تحسم نفقة الصغير من الدين

(المادة ١١٢)

لا يجري التَّقاصُّ بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ودين الأب على حاضنته .

الفصل الثاني عشر

التفريق

العلة المجيزة لطلب فسخ الزواج

(المادة ١١٣)

للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجلب والعنة والخصا ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن .

علم الزوجة بالعيب قبل عقد الزواج

(المادة ١١٤)

الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول أو التي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود يسقط حق اختيارها ما عدا العنة فإن الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار .

طلب التفريق لعدة غير قابلة للزوال

(المادة ١١٥)

إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب ينظر ، فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال وإن كانت قابلة للزوال كالعنة يمهّل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت براء الزوج إن كان مريضاً ، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل ، لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب ، فإذا لم تزل العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق ، فإذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها ينظر ، فإذا كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع اليمين وإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين .

العدة في الزوج التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر

(المادة ١١٦)

إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعدة ومرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجدام أو البرص ، أو السل أو الزهري ، أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق ، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال ، وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة ، فإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصررت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضاً .
أما وجود عيب كالعمى والمرج في الزوج فلا يوجب التفريق .

للزوج طلب فسخ عقد الزواج لوجود عدة

بالزوجة لا يمكن المقام معها

(المادة ١١٧)

للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول

إليها كالرتق والقرن أو مرضًا منفردًا بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً .

لا تسمع من الزوج دعوى الفسخ إذا طرات العلة على الزوجة بعد الدخول

(المادة ١١٨)

العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج .

إثبات العيب

(المادة ١١٩)

يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة أو الرجل بتقرير من القابلة أو الطبيب مؤيد بشهادتهما .

التفريق للجنون

(المادة ١٢٠)

إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم تنزل اللجنة في هذه المدة وأصررت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق .

حق تأخير الزوجة لطلب الفسخ

(المادة ١٢١)

للزوجة في الأحوال التي تعطيها حق الخيار أن تؤخر الدعوى أو تتركها مدة بعد إقامتها .

**تجديد العقد بعد التفريق وفقاً للمواد السابقة
فليس لأي منهما طلب التفريق**

(المادة ١٢٢)

إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق وفقاً للمواد السابقة فليس لأي منهما طلب التفريق .

التفريق للغيبة والضرر

(المادة ١٢٣)

إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة ، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

غياب الزوج مع إمكان وصول الرسائل إليه

(المادة ١٢٤)

إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين .

**غياب الزوج بمكان معلوم وعدم إمكان وصول
الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة**

(المادة ١٢٥)

إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه ، أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى ، طلق القاضي عليه بلا إعدارٍ وضربٍ أجلي ، وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى .

فسخ النكاح للإعسار في دفع المهر قبل الدخول

(المادة ١٢٦)

إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو بالبينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج ، والقاضي يمهلها شهراً فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما ، أما إذا كان الزوج غائباً ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه فإنه يفسخ بدون إمهال .

التطبيق للعجز أو الامتناع عن دفع النفقة

(المادة ١٢٧)

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ولم يقل إنه مُعسر أو مُوسر أو قال إنه مُوسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال ، وإذا ادعى العجز فإن لم يثبت عليه حالاً وإن أثبتته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

الزوج الغائب وطلب التطليق

(المادة ١٢٨)

إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال أعذر إليه القاضي وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للإنتفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل ، وإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل وُثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا أعذارٍ وضربٍ أجلي . وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعيًا

(المادة ١٢٩)

تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا إذا كان بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنًا ، وإذا كان الطلاق رجعيًا فللزوجة مراجعة زوجته أثناء العدة إذا أثبت يسارًا بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها وباستعداده للإنفاق فعلاً في أثناء العدة ، فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعة .

التطليق للسجن ثلاث سنين يقع بائنًا

(المادة ١٣٠)

لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيًا بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حرته التطليق عليه بائنًا ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

تفريق زوجة المفقود للضرر

(المادة ١٣١)

إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس النفقة وطلبت منه تفريقها لتضررها من بُعده عنها فإذا يئس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقدته ، فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث ، أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة أو أثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقدته وبعد البحث والتحري عليه .

التفريق للنزاع والشقاق

(المادة ١٣٢)

إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية :

أ - إذا كان طلب التفريق من الزوجة وأثبتت إضرار الزوج بها بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما ، فإذا لم يكن الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر ، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكّمين .

ب - إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما ، فإذا لم يكن الإصلاح أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى حكّمين .

ج - يشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن وإن لم يتيسر ذلك حكّم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح .

د - يبحث الحكّمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع جيرانهما أو مع أي شخص يرى الحكّمان فائدة في بحثهما معه وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقرواها .

هـ - إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتوابعه وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه .

و - إذا ظهر للحكّمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما وإن جهل الحال ولم يتمكننا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما .

ز - إذا حكم على الزوجة بأي عوض وكانت هي طالبة التفريق فعليها أن تؤمن دفعة قبل قرار الحكّمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله وفي حالة موافقة الزوج على

التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك ، أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكّمين .

ح - إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية .

ط - على الحكّمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلوا إليها وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة .

(المادة ١٣٣)

الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن .

طلاق التعسف موجب للتعويض على المطلق

(المادة ١٣٤)

إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة ، ويدفع هذا التعويض جملة أو قسطاً حسب مقتضى الحال ويراعى في ذلك حالة الزوج يُسرّاً وُعسرّاً ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة .

الفصل الثالث عشر

العدة

مدة العدة

(المادة ١٣٥)

مدة عدة المتزوجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق أو فسخ ثلاثة قروء كاملة إذا كانت غير حامل وغير بالغة سن الإياس ، وإذا ادعت قبل مرور ثلاثة أشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك .

عدم رؤية الحيض

(المادة ١٣٦)

إذا لم تر المعتدة في المدة المذكورة حيضًا أو رأته مرة أو مرتين ثم انقطع ينظر فإذا بلغت سن الإياس تعتد ثلاثة أشهر من زمن بلوغها إليه وإن لم تكن بلغت سن الإياس تبرص تسعة أشهر تنمة للسنة .

عدة اللاتي بلغن سن الإياس

(المادة ١٣٧)

النساء المتزوجات بعقد صحيح والمفترقات عن أزواجهن بعد الخلوة بالطلاق أو الفسخ عدتهن ثلاثة أشهر إذا كن بلغن الإياس .

(المادة ١٣٨)

أحكام المواد السابقة جارية على النساء المدخول بهن بالزواج الفاسد ثم فرقن .

عدة الوفاء لغير الحوامل

(المادة ١٣٩)

النساء المتزوجات بعقد صحيح عدا الحوامل منهن إذا توفي أزواجهن يتبرص بأنفسهن أربعة أشهر وعشرة أيام سواء دخل بهن أم لا .

(المادة ١٤٠)

المرأة المتزوجة بعقد صحيح إذا فارقها زوجها بالطلاق أو الفسخ أو توفي عنها وهي حامل فعليها أن تبرص إلى أن تضع حملها ، فإن أسقطت حملها ينظر ، فإن كان الولد مستبين الخلقه كلها أو بعضها فهو كالوضع وإن لم يكن مستبين الخلقه تعامل وفقًا للأحكام المحررة في المواد السابقة . وحكم هذه المادة جار أيضًا على الحوامل المتزوجات بعقد فاسد إذا فرقن عن أزواجهن أو ماتوا عنهن .

مبدأ العدة

(المادة ١٤١)

مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة وقوع الطلاق أو وقوع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال .

لزوم العدة

(المادة ١٤٢)

إذا وقع الطلاق أو الفسخ قبل أن يتأكد العقد الصحيح أو الفاسد بالخلوة أو الدخول لا تلزم العدة .

وفاة الزوج في العدة

(المادة ١٤٣)

إذا توفي زوج المعتدة في طلاق رجعي تنهدم عدة الطلاق وتلزمها عدة الوفاة ، أما إذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً فلا تلزمها عدة الوفاة بل تكمل عدة الطلاق .

لا نفقة لعدة الوفاء

(المادة ١٤٤)

ليس للمرأة التي توفي زوجها كانت حاملاً أو غير حامل نفقة عدة .

تعتبر نفقة العدة ديناً من تاريخ الطلاق

(المادة ١٤٥)

المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر عدتها ديناً في ذمة مطلقها من تاريخ الطلاق مع مراعاة أحكام المادة (٨٠) من هذا القانون .

اعتداد المطلقة في بيت الزوجية

(المادة ١٤٦)

تعد معتدة الطلاق الرجعي والوفاة في البيت المضاف للزوجين بالسكنى قبل الفرقة وإن طلقت أو مات عنها وهي في غير مسكنها عادت إليه فوراً ، ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها إلا لضرورة ، وللمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصلحتها ولا تبيت خارج بيتها وإذا اضطرت الزوجان للخروج من البيت فتنقل معتدة الطلاق إلى حيث يشاء الزوج وإذا اضطرت معتدة الوفاة إلى الخروج فتنقل إلى أقرب موضع منه .

الفصل الرابع عشر

النسب

الحالات التي تسمع فيها دعوى النسب

(المادة ١٤٧)

لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

نسب المولود من نكاح فاسد

(المادة ١٤٨)

ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لسته أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج ، وإذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق .

الإقرار بالبنوة لمجهول النسب

(المادة ١٤٩)

الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر إذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له إن كان بالغاً ، وإقرار مجهول

النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك .

الفصل الخامس عشر

الرضاع

إلزام الأم بإرضاع ولدها

(المادة ١٥٠)

تتعين الأم لإرضاع ولدها وتمييز على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة ، أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه ، أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها .

استئجار الأب لمرضعة

(المادة ١٥١)

إذا أبت الأم إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتمين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها .

استحقاق الأم لأجرة الرضاع

(المادة ١٥٢)

لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها وتستحقها في عدة الطلاق البائن بعدها .

(المادة ١٥٣)

الأم أحق بإرضاع ولدها ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته ما لم تطلب أجرة أكثر ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة ، وتفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يفطم قبل ذلك .

الفصل السادس عشر

الحضانة

صاحب الحق في الحضانة من النساء

(المادة ١٥٤)

الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة .

(المادة ١٥٥)

يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة ، عاقلة ، أمينة ، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه ، قادرة على تربيته وصيانته ، وأن لا تكون مرتدة ، ولا متزوجة بغير محرم للصغير ، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه .

سقوط الحضانة

(المادة ١٥٦)

عقد زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها .

اختيار الأصلح للمحضون

(المادة ١٥٧)

إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون .

عودة الحضانة

(المادة ١٥٨)

يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه .

(المادة ١٥٩)

أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير ، وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق .

(المادة ١٦٠)

لا تستحق الأم أجرة للحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي .

(المادة ١٦١)

تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة ، وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة .

(المادة ١٦٢)

تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم .

(المادة ١٦٣)

يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره فمن له حق حضنته .

(المادة ١٦٤)

لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه فإن ثبت تأثير السفر يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر .

(المادة ١٦٥)

أ - للولي المحرم أن يضم إليه الأنثى البكر إذا كانت دون الأربعين من العمر والشيخ إذا كانت غير مأمونة على نفسها ولم يقصد بالضم الكيد والإضرار بها .
ب - إذا تمردت الأنثى المحكوم عليها بالانضمام للولي عن الانضمام إليه بغير حق فلا نفقة لها عليه .

(المادة ١٦٦)

لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته .

الفصل السابع عشر

نفقة الأقارب

(المادة ١٦٧)

نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها .

(المادة ١٦٨)

أ - إذا لم يكن للولد مال فنفتته على أبيه لا يشاركه فيها أحد ما لم يكن الأب فقيرًا عاجزًا عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية .

ب - تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى التي ليست مؤسرة بعملها وكسبها وإلى أن يصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم .

(المادة ١٦٩)

الأولاد الذين تجب نفقتهم على أبيهم المؤسر يلزم بنفقة تعليمهم أيضًا في جميع المراحل العلمية إلى أن ينال الولد أول شهادة جامعية ، ويشترط في الولد أن يكون ناجحًا وذا أهلية للتعليم ويقدر ذلك كله بحسب حال الأب عُسرًا ويُسرًا على أن لا تقل النفقة عن مقدار الكفاية .

نفقة المعالجة

(المادة ١٧٠)

- ١ - الأولاد الذين تجب نفقتهم على أبيهم يلزم بنفقة علاجهم .
- ٢ - إذا كان الأب مُعسرًا لا يقدر على أجره الطبيب أو العلاج أو نفقة التعليم وكانت الأم مؤسرة قادرة على ذلك تلزم بها على أن تكون دينًا على الأب ترجع بها عليه حين اليسار وكذلك إذا كان الأب غائبًا يتعذر تحصيلها منه .

٣ - إذا كان الأب والأم معسرين فعلى من تجب عليه النفقة عند عدم الأب نفقة المعالجة أو التعليم على أن تكون دينًا على الأب يرجع المنفق بها عليه حين اليسار .

(المادة ١٧١)

إذا كان الأب فقيرًا قادرًا على الكسب وكسبه لا يزيد عن حاجته أو كان لا يجد كسبًا يكلف بنفقة الولد من تجب عليه النفقة عند عدم الأب وتكون هذه النفقة دينًا للمنفق على الأب يرجع بها عليه إذا أيسر .

نفقة الوالدين

(المادة ١٧٢)

أ - يجب على الولد المؤسر ذكرًا كان أو أنثى كبيرًا كان أو صغيرًا نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب .

ب - إذا كان الولد فقيرًا ولكنه قادر على الكسب يلزم بنفقة والديه الفقيرين وإذا كان كسبه لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده فيلزم بضم والديه إليه وإطعامهما مع عائلته .

نفقة القريب الفقير

(المادة ١٧٣)

تجب نفقة الصغار الفقراء وكل كبير فقير عاجز عن الكسب بأفة بدنية أو عقلية على من يرثهم من أقاربهم المؤسرين بحسب حصصهم الإرثية وإذا كان الوارث مُعسرًا تفرض على من يليه في الإرث ويرجع بها على الوارث إذا أيسر .

بينة اليسار مقدمة على بينة الإعسار

(المادة ١٧٤)

عند الاختلاف في اليسار والإعسار في دعاوى النفقات ترجح بينة اليسار إلا في حالة ادعاء الإعسار الطارئ فترجح بينة مدعيه .

مبدأ فرض النفقة للأقارب

(المادة ١٧٥)

تفرض نفقة الأقارب اعتبارًا من تاريخ الطلب .

تحليف طالب النفقة

(المادة ١٧٦)

إذا كان المفروض عليه النفقة من الأصول أو الفروع أو الأقارب غائبًا أو حضر المحاكمة وتغيب قبل الإجابة عن موضوع الدعوى يحلف طالب النفقة اليمين (على أنه لم يستوف النفقة سلفًا) .

الفصل الثامن عشر

احكام عامة

الحكم بموت المفقود

(المادة ١٧٧)

المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدته ما لم يكن فقدته أثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحدث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقدته ، أما إذا كان في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته . وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حيًا أو ميتًا .

عدة وفاة زوجة المفقود

(المادة ١٧٨)

بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعدد زوجته اعتبارًا من تاريخ الحكم عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

لا ينفسخ النكاح الثاني بعد الحكم بوفاة المفقود

(المادة ١٧٩)

إذا تزوجت المرأة التي حكم بوفاة زوجها ثم تحققت حياة الزوج الأول لا ينفسخ النكاح الثاني بعد الدخول وأما قبل الدخول فيفسخ .

مشاركة الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في سهامهم

(المادة ١٨٠)

لأولاد الأم فرض السدس للواحد والثالث للثنتين فأكثر ، ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء ويشاركهم الإخوة الأشقاء في الثلث إذا استغرقت الفروض التركة .

الرد على أحد الزوجين

(المادة ١٨١)

أ - إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم يجد عصبه من النسب رد الباقي على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم .

ب - يرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد أحد أصحاب الفروض النسبية ، أو أحد ذوي الأرحام .

ج - إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف العامة .

الوصية الواجبة

(المادة ١٨٢)

إذا توفي جد وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته الشرعية وصية بالمقدار والشروط التالية :

أ - الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصّة أبيهم من الميراث فيما لو كان حيًا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة .

ب - لا يستحق هؤلاء الأحماد وصية إن كانوا وارثين لأصل أيهم جدًا كان أو جدة أو كان قد أوصى أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية الواجبة ، فإذا أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى لهم بأكثر كان الزائد وصية اختيارية وإن أوصى لبعضهم فقد وجب للآخر بقدر نصيبه .

ج - تكون الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحدًا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط .

د - هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة .

العمل بالقول الراجح من مذهب أبي حنيفة

(المادة ٨٢)

ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة .

(المادة ٨٤) [٢]

حوادث الطلاق التي وقعت قبل صدور هذا القانون واتصل بها حكم أو قرار سجل لدى القاضي الشرعي لا يشملها أحكام هذا القانون ، أما إذا وقعت قبل صدوره ولم تقترن بحكم أو قرار مسجل فتطبق عليها أحكام هذا القانون ولو كانت أسباب تلك الدعاوى متحققة قبل صدوره .

(المادة ٨٥)

المراد بالسنة الواردة في هذا القانون هي السنة القمرية الهجرية .

الفصل التاسع عشر

إلغاءات

(المادة ٨٦)

تلغى القوانين التالية :

قانون حقوق العائلة الأردني رقم (٩٢) لسنة (١٩٥١ م) .

أي تشريع أردني أو عماني أو فلسطيني صدر قبل سنِّ هذا القانون إلى المدى الذي يتعارض فيه مع أحكام هذا القانون .

(المادة ٨٧)

رئيس الوزراء والوزراء مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون .

[١] نشر هذا القانون في العدد رقم (٢٦٦٨) من الجريدة الرسمية بتاريخ (١ / ١٢ / ١٩٧٦ م) .

[٢] هكذا عُدِّلت هذه المادة بالقانون رقم (٢٥) لسنة (١٩٧٧ م) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ (١ / ٦ / ١٩٧٧ م) العدد رقم (٢٧٠٣) .

٤ - مشروع قانون الأحوال الشخصية القطري أحكام عامة

(المادة ١)

أ - يسمى هذا القانون قانون الأحوال الشخصية .
ب - يطبق هذا القانون بالمحاكم الشرعية بمختلف درجاتها بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

(المادة ٢)

تطبق أحكام هذا القانون على جميع الدعاوى التي لم يتم الفصل فيها ابتدائياً وكذلك على الدعاوى التي يرتضي أطرافها الاحتكام إليه ولو كان قد فصل فيها ابتدائياً وفقاً لما كان معمولاً به .

(المادة ٣)

يلغى كل نص أو تعميم أو قرار يخالف أحكام هذا القانون .

(المادة ٤)

أ - يعمل بالمعتمد من المذهب الحنبلي فيما لا نص فيه بهذا القانون إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك ؛ لأسباب تبينها في حكمها .

ب - إذا لم يوجد قول معتمد في المذهب الحنبلي لواقعة لا نص فيها بهذا القانون يطبق القاضي ما يراه ملائماً من آراء المذاهب الأربعة فإن تعذر يصر إلى القواعد الفقهية العامة .

(المادة ٥)

تفسر الألفاظ والنصوص في هذا القانون وفقاً لمصادرها الفقهية وضوابط التفسير العامة .

(المادة ٦)

يراعي القاضي في تطبيق أحكام هذا القانون القواعد الفقهية الآتية :

- أ - الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .
 ب - يُستعان بأهل الخبرة في معرفة السلامة والأهلية وعوارضها .
 ج - اليقين لا يزول بالشك .
 د - الأصل بقاء ما كان على ما كان .
 هـ - الأصل براءة الذمة .
 و - الأصل في الصفات العارضة العدم .
 ز - العادة محكمة .
 ح - الساقط لا يعود .
 ط - التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .
 ي - إعمال الكلام أولى من إهماله .
 ك - ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .
 ل - لا ينسب إلى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان .
 م - الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان .
 ن - من استعجل الشيء قبل أوانه ، عوقب بحرمانه .
 ص - الضرر يزال .
 ع - من سعى في نقض ما تم من جهته ، فسعيه مردود عليه .
 ف - الكتاب كالخطاب .

(المادة ٧)

- في هذا القانون ما لم يقتض السياق معنى آخر تكون للكلمات والعبارات التالية معانيها الموضحة أمام كل منها :
- المحكمة : يقصد بها المحكمة الشرعية المختصة .
 القاضي : كل قاض مختص معين بمرسوم أميري .
 الولد : يشمل الذكر والأنثى .
 قيد الدعوى : التصريح بالقيد على العريضة .
 سنة : يقصد بها القمرية .

شهر : يقصد به القمري .

بينه : يقصد بها أية وسيلة يتم بها الإثبات شرعاً .

الكتاب الأول

أحكام الزواج وآثاره

الباب الأول

أحكام الخطبة

(المادة ٨)

الخطبة هي : طلب الزواج والوعد به صراحة أو بما جرى به العرف ولا يترتب عليها أي أثر من آثار الزواج .

(المادة ٩)

تحرم خطبة المرأة المحرمة تحرماً مؤبداً أو مؤقتاً .

(المادة ١٠)

أ - لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة .

ب - إذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه من المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إبرام العقد أو مات أحدهما فيحق استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً وإلا فمثله أو قيمته يوم القبض .

ج - (مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٥١) من هذا القانون) إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من الجهاز وقت الشراء مع الباقي من المهر .

(المادة ١١)

أ - يرد من عدل عن الخطبة دون مقتض الهدايا بعينها إذا كانت قائمة وإلا فمثلهما أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها .

ب - إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا .

الباب الثاني

عقد الزواج

أركانه وشروطه

(المادة ١٢)

الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه التأييد غايته السكن والإحصان .

(المادة ١٣)

يوثق الزواج رسميًا ويجوز اعتبارًا لواقع معين إثبات الزواج بالبينة .

الفصل الأول

أركان عقد الزواج وشروطه

(المادة ١٤)

ركنا عقد الزواج هما :

أ - الزوجان بشروطهما .

ب - الإيجاب والقبول .

(المادة ١٥)

يشترط لصحة عقد الزواج ما يلي :

أ - استيفاء الإيجاب والقبول لشروط صحتها .

ب - أهلية العاقدين وخلوهما من الموانع الشرعية .

ج - الولي بشروطه طبقًا لأحكام هذا القانون .

د - الإشهاد وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون .

هـ - عدم نفي المهر .

(المادة ١٦)

يشترط لصحة الإيجاب والقبول ما يلي :

- أ - صدورهما عن رضاء تام بألفاظ تفيد معنى الزواج لغةً أو عُرفاً وفي حالة العجز عن النطق فبالكتابة فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة .
- ب - موافقة القبول للإيجاب صراحةً أو ضمناً .
- ج - أن يكونا في مجلس واحد .
- د - أن يكونا منجزين وغير مؤقتين .
- هـ - بقاء الإيجاب صحيحاً لحين صدور القبول .

الفصل الثاني

أهلية العاقلين

(المادة ١٧)

يشترط في أهلية الزواج : العقل ، والبلوغ .

(المادة ١٨)

أ - لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا بموافقة وليه وإذن القاضي بعد توفر الشروط التالية :

- ١ - قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد إطلاعه على حالته .
 - ٢ - كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله .
 - ٣ - كون زواجه فيه مصلحة له .
- ب - يتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص .

(المادة ١٩)

لا يأذن القاضي بزواج المحجور عليه لسفه إلا بموافقة وليه وبعد التأكد من ملاءمة المهر لحالته المادية ، فإذا امتنع الولي طلب القاضي موافقته خلال مدة يحددها له فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار زوّجه القاضي .

(المادة ٢٠)

تكمل أهلية زواج الفتى بتمام ثمانى عشرة سنة ، والفتاة بتمام أربع عشرة سنة .

(المادة ٢١)

لا يزوج من لم يكمل سن الأهلية المنصوص عليه في المادة (٢٠) إلا بإذن القاضي بعد موافقة الولي والتحقق من المصلحة ، فإن لم يحضر الولي أو كان اعتراضه غير سائغ زوّجه القاضي .

الفصل الثالث

المحرمات بسبب النسب والمصاهرة والرضاع

الفرع الأول

المحرمات على التأييد

(المادة ٢٢)

يحرم على الشخص بسبب النسب التزوج من :

أ - أصله وإن علا .

ب - فرعه وإن نزل .

ج - فروع أحد الأبوين أو كليهما وإن نزلوا .

د - الطبقة الأولى من فروع أجداده أو جداته .

(المادة ٢٣)

يحرم على الشخص بسبب المصاهرة التزوج من :

أ - زوج أحد أصوله وإن علوا أو أحد فروعه وإن نزلوا بمجرد العقد .

ب - أصول زوجته وإن علوا بمجرد العقد .

ج - فروع زوجته التي دخل بها دخولاً حقيقياً وإن نزلن .

(المادة ٢٤)

يحرم على الشخص التزوج بفرعه من الزنا وإن نزل وكذا ابنته المنفية بلعان .

(المادة ٢٥)

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إذا وقع الرضاع في العامين الأولين وبلغ خمس

رضعات مشبعات متيقنات .

(المادة ٢٦)

يحرم على الرجل التزوج بمن لاعنها .

الفرع الثاني

المحرمات على التأقيت

(المادة ٢٧)

المحرمات بصفة مؤقتة هي :

أ - الجمع ولو في العدة بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكراً لحرم عليه التزوج بالأخرى .

ب - الجمع بين أكثر من أربع نسوة ولو كانت إحداهن في عدة .

ج - زوجة الغير أو معتدته .

د - المطلقة ثلاث مرات حتى تنقضي عدتها من زوج آخر دخل بها دخولاً يعتد به شرعاً في زواج صحيح .

هـ - المحرمة بحج أو عمرة .

و - المرأة غير المسلمة ما لم تكن كناية .

ز - زواج المسلمة بغير المسلم .

الفصل الرابع

الولاية في الزواج

(المادة ٢٨)

أ - الولي في الزواج العاصب بنفسه على ترتيب الإرث .

ب - إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ويتعين من أذنت له المخطوبة .

ج - إذا تولى العقد الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج صحيحاً ما لم

يكن الأقرب أبًا فينقده موقوفًا على إجازته فإن لم يجز فله طلب الفسخ وللقاضي اتخاذ ما يراه مناسبًا وفق ملابسات الحال ومقتضيات المصلحة .

(المادة ٢٩)

يشترط في الولي أن يكون ذكرًا ، عاقلًا ، بالغًا ، غير محرم بحج أو عمرة ، مُسلمًا إذا كانت الولاية على مسلمة .

(المادة ٣٠)

يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها .

(المادة ٣١)

يتم الزواج بإذن القاضي بولاية الولي الأبعد إذا :
أ - عضل الولي المرأة أو تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعًا أو اختلفوا .

ب - غاب الولي الأقرب وقدر القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج .

(المادة ٣٢)

القاضي ولي من لا ولي له .

(المادة ٣٣)

للولي غير المحرم أن يزوج نفسه من موليته برضاها .

(المادة ٣٤)

ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصله أو فرعه .

الفصل الخامس

الكفاءة في الزواج

(المادة ٣٥)

الكفاءة شرط في لزوم الزواج والغيرة فيها بالصلاح في الدين عند العقد .

(المادة ٣٦)

الكفاءة حق خاص للمرأة والولي .

(المادة ٣٧)

الولي في الكفاءة من العصة هو الأب فالابن فالجد العاصب فالأخ الشقيق ثم الأب فالعم الشقيق ثم الأب .

(المادة ٣٨)

إذا ادعى الرجل الكفاءة ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الزوجة أو وليها حق طلب الفسخ .

(المادة ٣٩)

يسقط حق طلب الفسخ لانتفاء الكفاءة بحمل الزوجة أو انقضاء سنة على عقد الزواج .

الفصل السادس

الشهادة في الزواج

(المادة ٤٠)

- أ - يشترط لانعقاد الزواج حضور شاهدين .
 ب - يشترط في الشاهد أن يكون عاقلًا ، بالغًا ، مسلمًا ، من أهل الثقة ، سامعًا الإيجاب والقبول فاهمًا أن المقصود به الزواج .

الفصل السابع

احكام المهر

(المادة ٤١)

المهر هو ما يئذله الزوج من مال بقصد الزواج .

(المادة ٤٢)

كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً .

(المادة ٤٣)

المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ولا يعتد بأي شرط مخالف .

(المادة ٤٤)

أ - يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلاً أو بعضاً حين العقد .

ب - يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الحلوة الصحيحة أو الوفاء ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البينونة ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك .

ج - تستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى فإن لم يكن مسمى أو كانت التسمية فاسدة حكم لها القاضي بمتعة تقدر وفقاً لحكم المادة (١٢١ ب) من هذا القانون .

(المادة ٤٥)

أ - يجوز للزوجة الامتناع عن الدخول حتى تقبض معجل مهرها .

ب - إذا رضيت الزوجة بالدخول قبل أن تقبض مهرها من الزوج فهو دين في ذمته .

(المادة ٤٦)

يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو الحلوة الصحيحة .

الفصل الثامن

منازعات المهر والجهاز والمتاع

(المادة ٤٧)

أ - إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فعلى الزوج إقامة البينة فإن عجز فالقول قولها يمينها .

ب - إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر بعد تأكيده وعجز المدعي عن الإثبات قضى بالمسمى عند النكول وبمهر المثل عند الحلف .

ج - يقدر مهر المثل بمهر من يماثل المرأة من نساء عصباتها .

(المادة ٤٨)

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج يمينه ، إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً مثلها عرفاً ، فيقضى بمهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما .

(المادة ٤٩)

إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعت الزوجة المهر ، وادعى الزوج الوديعة ، فأيهما أقام البينة قضي له ، فإن لم يتم أحدهما البينة وكان المال المختلف فيه من جنس المهر ، فالقول قولها يمينها وإلا فالقول قوله يمينه .

(المادة ٥٠)

إذا اختلف الزوجان في المقبوض ، فادعى الزوج المهر ، وادعت الهدية ، فأيهما أقام البينة قضي له بها ، وإن عجزا عن إقامة البينة ، قضي بعرف الصلاحية ، ويقضى لمن يشهد له العرف يمينه ، فإن لم يشهد العرف لأحدهما فالقول قول الزوج يمينه .

(المادة ٥١)

أ - الزوج ملزم بإعداد منزل الزوجية ، فإن أعدت الزوجة شيئاً منه كان ملكاً لها .
ب - للزوج الانتفاع بالجهاز المملوك للزوجة ما دامت الزوجية قائمة فإن أتلفه متعمداً ضمن .

(المادة ٥٢)

أ - تمتلك البالغة الجهاز الذي يجهزها به الأب حال صحته بالقبض .
ب - تمتلك القاصرة الجهاز الذي يجهزها به الأب بمجرد شرائه لها ولو لم تقبضه .
ج - إذا جهز الأب ابنته حال مرض موته فلا تمتلك الجهاز إلا بإجازة الورثة .

(المادة ٥٣)

إذا جهز الأب ابنته وسلمها إلى الزوج بجهازها ثم ادعى هو أو ورثته أن ما سلمه

إليها أو بعضه عارية وادعت هي أو ورثتها أنه تملك لها فينظر إلى عرف البلد :
 أ - فإن غلب عرف البلد أن الأب يدفع مثل المتاع المتنازع فيه جهازًا لا عارية ؛
 فيكلف الأب أو ورثته البينة فإن ثبتت الدعوى فيقضى بها وإلا فالقول قولها يمينها
 أو قول ورثتها باليمين .

ب - فإن كان العرف مشتركًا بين ذلك أو كان الجهاز أكثر مما يجهز به مثلها
 فتكلف هي أو ورثتها البينة فإن ثبتت الدعوى قضى بها وإلا فالقول قول الأب أو ورثته
 باليمين .

(المادة ٥٤)

تأخذ الأم حكم الأب في قضايا الجهاز .

(المادة ٥٥)

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت الذي يصلح لأحدهما دون الآخر حال قيام
 الزوجية أو بعد الفرقة فأيهما أقام البينة قضى له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح
 للآخر ؛ فإن أقاما البينة فترجح بينة من يثبت خلاف الظاهر ، أما إذا عجزا عن إقامة
 البينة فيقضى للزوجة يمينها بما يصلح للنساء وللزوج يمينه بما يصلح للرجال .

(المادة ٥٦)

إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في متاع البيت الذي يصلح لهما فأيهما أقام البينة
 قضى له بها فإن أقاما البينة واستويا بها أو عجزا عن إقامتها فيقضى بالمتاع المتنازع فيه
 مناصفة بينهما بأيانها .

الباب الثالث

حقوق الزوجين

(المادة ٥٧)

الحقوق المشتركة بين الزوجين هي :

أ - جل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه الشرعي .

- ب - إحصان كل منهما الآخر .
- ج - المساكنة الشرعية .
- د - حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والرحمة والمودة والمحافظة على خير الأسرة .
- هـ - العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة .
- و - احترام كل منهما لأبوي الزوج الآخر وأهله .

(المادة ٥٨)

حقوق الزوجة على زوجها هي :

- أ - النفقة الشرعية .
- ب - السماح لها بزيارة أبويها ومحارمها واستزارتهم بالمعروف .
- ج - الاحتفاظ باسمها العائلي .
- د - عدم التعرض لأموالها الخاصة فلها التصرف فيها بكل حرية .
- هـ - عدم الإضرار بها مادياً أو معنوياً .
- و - العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة .

(المادة ٥٩)

حقوق الزوج على زوجته هي :

- أ - العناية به وطاعته بالمعروف .
- ب - المحافظة على نفسها وماله .
- ج - الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه .
- د - رعاية أولاده منها وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع شرعي .

الباب الرابع

أقسام الزواج

(المادة ٦٠)

ينقسم عقد الزواج إلى صحيح وغير صحيح .

(المادة ٦١)

عقد الزواج الصحيح هو ما توفرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه .

(المادة ٦٢)

عقد الزواج غير الصحيح هو ما اختل ركن من أركانه ، أو شرط من شروط صحته أو كان فيه مانع شرعي ويشمل الباطل والفاسد .

(المادة ٦٣)

تترتب على الزواج الصحيح آثاره منذ انعقاده .

(المادة ٦٤)

أ - لا يترتب على الزواج غير الصحيح أي أثر قبل الدخول .

ب - تترتب على الزواج غير الصحيح بعد الدخول الآثار التالية :

١ - وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل .

٢ - ثبوت النسب .

٣ - ثبوت حرمة المصاهرة .

٤ - وجوب العدة .

٥ - وجوب النفقة إذا كانت المرأة جاهلة عدم صحة العقد .

الباب الخامس

الشروط المقرنة بعقد الزواج

(المادة ٦٥)

أ - إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد .

ب - إذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرماً شرعاً بطل

الشرط وصح العقد .

ج - إذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً صح الشرط

ووجب الوفاء به ؛ فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ .

(المادة ٦٦)

يجوز إثبات الشرط بالبينة الشرعية .

(المادة ٦٧)

يسقط حق طلب الفسخ إذا أسقطه صاحبه صراحة أو ضمناً .

الباب السادس

آثار الزواج

الفصل الأول

النفقات

الفرع الأول

نفقة الزوجية

(المادة ٦٨)

أ - تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح إذا لم تمتنع عن تسليم نفسها إليه .

ب - تشمل النفقة الطعام ، والكسوة ، والمسكن ، والتطبيب وكل ما به مقومات حياة الإنسان حسب العرف .

ج - تستحق نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع عن الإنفاق .

(المادة ٦٩)

لا تستحق الزوجة النفقة في الأحوال الآتية :

أ - إذا منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي .

ب - إذا تركت بيت الزوجية دون عذر شرعي .

ج - إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية دون عذر شرعي .

- د - إذا امتنعت من السفر مع زوجها دون عذر شرعي .
هـ - إذا عملت خارج البيت دون موافقة زوجها ما لم يكن الزوج متعسفاً في منعها من العمل .

(المادة ٧٠)

يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق ، وحال المنفق عليه ، والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً .

(المادة ٧١)

- أ - يجوز زيادة النفقة وتخفيضها تبعاً لتغير الأحوال .
ب - لا تسمع دعوى الزيادة أو التخفيض قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في ظروف استثنائية .
ج - تحتسب زيادة النفقة أو تخفيضها من تاريخ قيد الدعوى .

(المادة ٧٢)

للقاضي أن يقرر بناء على طلب من الزوجة نفقة مؤقتة لها ، ويكون قراره مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون .

(المادة ٧٣)

على الزوج أن يهيئ لزوجته في محل إقامته مسكناً شرعياً ملائماً يتناسب وحالتيهما .

(المادة ٧٤)

تسكن الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعده ، وتنتقل منه بانتقاله ، إلا إذا اشترطت في العقد خلاف ذلك ، أو قصد من الانتقال الإضرار بها .

(المادة ٧٥)

لا يحق للزوجة أن تسكن معها في بيت الزوجية أولادها من غيره ؛ إلا إذا لم يكن لهم حاضن غيرها ، أو يتضررون من مفارقتها ، أو رضي الزوج بذلك صراحة أو ضمناً ، ويحق له العدول متى لحقه ضرر من ذلك .

(المادة ٧٦)

لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد ؛ إلا إذا رضيت بذلك ، ويحق لها العدول متى لحقها ضرر من ذلك .

(المادة ٧٧)

أ - تستحق المعتدة من طلاق أو فسخ نفقة عدتها ما لم يكن الفسخ بسبب محظور من قبلها .

ب - تستحق المعتدة الحامل نفقة عدتها حتى تضع حملها .

(المادة ٧٨)

لا نفقة لمعتدة الوفاة وتستحق السكنى في بيت الزوجية مدة العدة .

(المادة ٧٩)

تسقط نفقة المعتدة من طلاق رجعي بخروجها من بيت الزوجية دون عذر شرعي .

(المادة ٨٠)

ينقضي الالتزام بنفقة الزوجة :

أ - بالأداء .

ب - بالإبراء .

ج - بوفاة أحد الزوجين .

(المادة ٨١)

للفقة المستمرة امتياز على سائر الديون .

الضرع الثاني

نفقة الأقارب

(المادة ٨٢)

أ - تجب نفقة القرابة على المنفق سداً للخلة بالمعروف .

ب - تشمل نفقة القراة الطعام ، والكسوة ، والمسكن ، والتطبيب ، وتعليم الأولاد بالمعروف .

(المادة ٨٣)

- أ - نفقة الولد الصغير الذي لا مال له على أبيه ، حتى تتزوج الفتاة ، ويصل الفتى إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ، ما لم يكن طالب علم يواصل دراسته بنجاح معتاد .
- ب - نفقة الولد الكبير ، العاجز عن الكسب لعاهة أو غيرها على أبيه ، إذا لم يكن له مال يمكن الإنفاق منه .
- ج - تعود نفقة الأنثى على أبيها إذا طلقت أو مات عنها زوجها ما لم يكن لها مال ، أو لم يكن هناك من تجب عليه نفقتها غيره .
- د - إذا كان مال الولد لا يفي بنفقته ، ألزم أبوه بما يكملها وفقاً للشروط السابقة .

(المادة ٨٤)

تجب على الأب تكاليف إرضاع ولده إذا تعذر على الأم إرضاعه ويعتبر ذلك من قبيل النفقة .

(المادة ٨٥)

- أ - تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب أو الجد ولا مال لهما .
- ب - إذا أعسر الأب أو الجد عن الإنفاق على الولد فتكون النفقة المفروضة على الأم الموسرة ذيناً على من وجبت عليه منهما .

(المادة ٨٦)

تستحق نفقة الولد على أبيه من تاريخ امتناعه عن الإنفاق شريطة ألا تتجاوز المدة السابقة عن تاريخ قيد الدعوى مدة ستة أشهر .

(المادة ٨٧)

- أ - يجب على الولد الموسر ذكراً كان أو أنثى كبيراً أو صغيراً نفقة والديه إذا لم يكن لهما مال يمكن الإنفاق منه .
- ب - إذا كان مال الوالدين لا يفي بالنفقة ألزم الأولاد الموسرون بما يكملها .

(المادة ٨٨)

- أ - توزع نفقة الأبوين على أولادهما بحسب يسر كل واحد منهم .
ب - إذا أنفق أحد الأولاد على أبويه رضاء فلا رجوع له على إخوته .
ج - إذا كان الإنفاق بعد الحكم عليهم بالنفقة فله أن يرجع على كل واحد منهم وفق الحكم .

(المادة ٨٩)

إذا كان كسب الولد لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده ألزم بضم والديه المستحقين للنفقة إلى عائلته .

(المادة ٩٠)

مع مراعاة أحكام المادة (٨٥) من هذا القانون تجب نفقة كل مستحق لها على من يرثه من أقاربه الموسرين بحسب ترتيبهم وحصصهم الإرثية ، فإن كان الوارث معسرا تفرض على من يليه في الإرث .

(المادة ٩١)

إذا تعدد المستحقون للنفقة ولم يستطع من وجبت عليه الإنفاق عليهم جميعا تقدم نفقة الزوجة ثم نفقة الأولاد ثم نفقة الأبوين ثم نفقة الأقارب .

(المادة ٩٢)

مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٨٦) من هذا القانون تفرض نفقة الأقارب من تاريخ قيد الدعوى .

(المادة ٩٣)

يجب سد رمق المضطر على من عنده فضل من أقاربه وإلا فعلى بيت المال أو من يقوم مقامه .

الفرع الثالث

نفقة اللقيط

(المادة ٩٤)

تكون نفقة اللقيط مجهول الأبوين من ماله إن وجد له مال فإذا لم يوجد له مال ولا متبرع بالإنفاق كانت نفقته على بيت المال .

الفصل الثاني

أحكام النسب

الفرع الأول

ثبوت النسب

(المادة ٩٥)

يثبت النسب بالفراش أو الإقرار أو الشهادة .

الفرع الثاني

ثبوت النسب بالفراش

(المادة ٩٦)

أ - يثبت نسب الولد بالفراش إذا مضى على الزواج أقل مدة الحمل وكان التلاقي بين الزوجين ممكنًا .

ب - يثبت نسب الولد من عقد فاسد أو وطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء .

(المادة ٩٧)

أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة .

الفرع الثالث ثبوت النسب بالإقرار

(المادة ٩٨)

- أ - يثبت النسب بالإقرار ولو في مرض الموت بالشروط التالية :
- ١ - أن يكون المقر له مجهول النسب .
 - ٢ - أن يكون المقر بالغًا عاقلًا .
 - ٣ - أن لا يكذب المقر عقل أو عادة .
 - ٤ - أن يصدق المقر له متى كان بالغًا عاقلًا المقر .
- ب - الاستلحاق : إقرار بالبنوة صادر عن رجل بالشروط المذكورة في الفقرة السابقة .

(المادة ٩٩)

إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا إذا صدقها أو أقامت البينة على ذلك .

(المادة ١٠٠)

يثبت النسب بالأبوة أو الأمومة بإقرار مجهول النسب إذا صدقه المقر عليه أو قامت البينة على ذلك متى كان فارق السن يحتمل ذلك .

(المادة ١٠١)

- أ - لا يثبت النسب بإقرار فيه تحميل النسب على الغير .
- ب - إذا أقر شخص في غير الأبوة والبنوة والأمومة حال الوفاة عومل المقر بإقراره .

(المادة ١٠٢)

لا تسمع الدعوى بنفي النسب من ورثة المقر بعد ثبوته بالإقرار الصحيح .

الفرع الرابع ثبوت النسب بالشهادة

(المادة ١٠٣)

يثبت النسب بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

(المادة ١٠٤)

تثبت الولادة وتعيين المولود بشهادة الواحد العدل المسلم ذكرا أو أنثى .

(المادة ١٠٥)

يجوز إثبات النسب بشهادة التسامع .

الفرع الخامس نفي النسب باللعان

(المادة ١٠٦)

يترتب على اللعان نفي نسب الولد عن الرجل ويثبت نسب الولد ولو بعد الحكم بنفيه إذا كذب الرجل نفسه .

الفرع السادس دعوى النسب

(المادة ١٠٧)

لا يجوز سماع دعوى نسب فيه تحميل نسب على الغير إلا ضمن دعوى حق .

(المادة ١٠٨)

يجوز سماع دعوى النسب بالأبوة والبنوة مجردة أو ضمن دعوى حق حال حياة المدعى عليه .

(المادة ١٠٩)

لا يجوز سماع دعوى النسب بالأبوة والبنوة حال وفاة المدعى عليه إلا ضمن دعوى حق .

الكتاب الثاني

الفرقة بين الزوجين

أحكام عامة

(المادة ١١٠)

تقع الفرقة بين الزوجين :

- أ - بإرادة الزوج وتسمى طلاقاً .
- ب - بإرادة الزوجين وتسمى مخالعة أو طلاقاً على مال .
- ج - بحكم القضاء وتسمى تطليقاً أو فسحاً .
- د - بوفاة أحد الزوجين .

الباب الأول

الطلاق

(المادة ١١١)

الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعة له شرعاً .

(المادة ١١٢)

يقع الطلاق :

- أ - باللفظ الصريح أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة .
- ب - بالكناية إذا نوى الزوج إيقاع الطلاق .

(المادة ١١٣)

لا يقع الطلاق :

- أ - المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق .
 ب - بالحنث في يمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق .
 ج - المتتابع أو المترن بالعدد لفظاً ، أو كتابة ، أو إشارة إلا طلقة واحدة .

(المادة ١١٤)

يقع الطلاق من الزوج أو من وكيله بوكالة خاصة أو من الزوجة إن ملكها الزوج أمر نفسها .

(المادة ١١٥)

- أ - يشترط في المطلق العقل والبلوغ والاختيار .
 ب - لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز بسكر أو بغضب أو غيره .

(المادة ١١٦)

لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وفي طهر لم يمسه فيها وغير معتدة .

(المادة ١١٧)

- الطلاق نوعان : رجعي وبائن :
- أ - الطلاق الرجعي لا ينهي عقد الزواج إلا بانقضاء العدة .
 ب - الطلاق البائن ينهي عقد الزواج حين وقوعه ، وهو نوعان :
 ١ - الطلاق البائن بينونة صغرى ، ولا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين .
 ٢ - الطلاق البائن بينونة كبرى ، ولا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعد انقضاء عدتها
 من زوج آخر دخل بها دخولاً حقيقياً يعتد به شرعاً في زواج صحيح .

(المادة ١١٨)

يقع كل طلاق رجعيًا إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نص هذا القانون على بينوته .

(المادة ١١٩)

- أ - يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي .
- ب - على القاضي قبل تلقيه التصريح أن يحاول إصلاح ذات البين .
- ج - يجوز إثبات الطلاق الواقع خارج المحكمة بالبينة أو الإقرار .

(المادة ١٢٠)

يصدر القاضي المختص بعد وقوع الطلاق بناء على طلب ذوي الشأن أمراً بتحديد نفقة المرأة أثناء عدتها ، ونفقة الأولاد ، ومن له حق الحضانة وزيارة المحضون ، ويعتبر هذا الأمر مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون .

(المادة ١٢١)

- أ - تستحق كل مطلقة المتعة إذا كان الطلاق بسبب من جهة الزوج .
- ب - تقدر المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة بما لا يجاوز نفقة سنة .
- ج - تستثنى من أحكام الفقرة (أ) الحالات التالية :
 - ١ - التطلق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج .
 - ٢ - التطلق لعيب في الزوجة .

(المادة ١٢٢)

للزوج أن يراجع مطلقته رجعيًا ما دامت في العدة ولا يسقط هذا الحق بالتنازل عنه .

(المادة ١٢٣)

- أ - تقع الرجعة بالفعل أو القول أو الكتابة وعند العجز عنهما بالإشارة المفهومة .
- ب - توثق الرجعة وتعلم بها الزوجة في الحال .

الباب الثاني

التفريق بإرادة الزوجين

الفصل الأول

الخلع

(المادة ١٢٤)

الخلع هو حل عقد الزواج بتراضي الزوجين بلفظ الخلع أو ما في معناه على بدل تبذله الزوجة .

(المادة ١٢٥)

يعتبر الخلع فسحاً لا ينقص من عدد الطلقات .

(المادة ١٢٦)

يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبذل وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق .

(المادة ١٢٧)

لا يجوز أن يكون بدل الخلع التخلي عن حضانة الأولاد ؛ ولا عن أي حق من حقوقهم .

الفصل الثاني

الطلاق على مال

(المادة ١٢٨)

الطلاق على مال هو كل طلاق ذكر فيه بدل بدون لفظ الخلع أو ما في معناه .

(المادة ١٢٩)

يقع الطلاق على مال بائناً فإذا بطل البذل وقع رجعيًا .

الباب الثالث

التفريق بحكم القضاء

الفصل الأول

التفريق للعيب أو المرض

(المادة ١٣٠)

لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب أو مرض مستحکم ، يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ، ولا يرجى برؤه أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة ، عقلياً كان المرض أو عضوياً أصيب به قبل العقد أو بعده .

(المادة ١٣١)

يسقط الحق في طلب التفريق للعيب أو المرض إذا علم به قبل العقد أو رضي به صراحة بعده .

(المادة ١٣٢)

استثناء من حكم المادة (١٣١) من هذا القانون لا يسقط حق الزوجة في طلب التفريق بسبب عيوب الرجل كالعنة أو الخصاء أصلية أو طارئة ولو رضيت بها صراحة .

(المادة ١٣٣)

أ - إذا ثبت بالكشف الطبي أن العنة لا يُرجى منها الشفاء أو يرجى منها الشفاء بعد أكثر من سنة فتنفرك المحكمة بينهما بطلبها من غير تأجيل الدعوى .
ب - إذا ثبت بالكشف الطبي أن العنة قابلة للشفاء في أقل من سنة فيؤجل القاضي الدعوى لمدة سنة على أن تبقى الزوجة في طاعة زوجها .

(المادة ١٣٤)

إذا ثبت بعد مدة التأجيل أن الزوج قد شفي من مرضه فترفض الدعوى وإلا فرق بينهما .

(المادة ١٣٥)

يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض .

(المادة ١٣٦)

التفريق للعب أو المرض يعتبر فسحاً .

الفصل الثاني

التفريق لعدم أداء المهر الحال

(المادة ١٣٧)

أ - يحكم للزوجة غير المدخول بها بالتفريق لعدم أداء الزوج مهرها الحال في الحالتين التاليتين :

١ - إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يؤخذ منه المهر .

٢ - إذا كان الزوج ظاهر العسر أو مجهول الحال وانتهى الأجل الذي حدده القاضي لأداء المهر الحال ولم يؤده .

ب - لا يحكم بتفريق الزوجة بعد الدخول لعدم أداء مهرها الحال ويبقى ديناً في ذمة الزوج .

(المادة ١٣٨)

يعتبر التفريق لعدم أداء المهر الحال فسحاً .

الفصل الثالث

التفريق للضرر والشقاق

(المادة ١٣٩)

أ - للزوجة طلب التفريق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة .

ب - على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين .

ج - إذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر حكم بالتفريق .

د - يثبت الضرر بكل طرق الإثبات الشرعية بما في ذلك شهادة التسامع .

(المادة ١٤٠)

إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين ، وتعذر الإصلاح يعين القاضي حكمين من أهلهما إن أمكن ؛ وإلا فممن يتوسم فيه القدرة على الإصلاح ويحدد لهما مدة التحكيم .

(المادة ١٤١)

أ - على الحكمين تقصي أسباب الشقاق وبذل الجهد للإصلاح بين الزوجين .
ب - يقدم الحكمان إلى القاضي تقريراً عن مساعيها متضمناً مدى إساءة كل من الزوجين أو أحدهما للآخر مشفوعاً برأيها .

(المادة ١٤٢)

وفقاً للإجراءات المذكورة في المادتين السابقتين ، للقاضي اعتماد تقرير الحكمين أو تعيين حكمين غيرهما بقرار مسبب للقيام بمهمة التحكيم مجدداً .

(المادة ١٤٣)

إذا اختلف الحكمان عين القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكماً ثالثاً .

(المادة ١٤٤)

للقاضي أن يحكم بالتفريق استناداً إلى تقرير الحكمين إذا تعذر الصلح واستمر الشقاق بين الزوجين .

(المادة ١٤٥)

إذا رأى القاضي التفريق بين الزوجين للضرر أو الشقاق وكانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوجة ، فتطلق بمال يقدره الحكمان ، وإذا كانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوج ، أو كانت منهما ، أو جهل الحال ، فيفرق بينهما بلا مال .

(المادة ١٤٦)

يعتبر التفريق للضرر أو الشقاق طلاقاً بائناً .

الفصل الرابع التفريق لعدم الإنفاق والإعسار

(المادة ١٤٧)

إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، ولم يدع الإعسار وأصر على عدم الإنفاق قضي بالتفريق بينهما في الحال .

(المادة ١٤٨)

إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، وادعى الإعسار وأثبته ، أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق فرق بينهما .

(المادة ١٤٩)

إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق ، من زوجها الحاضر الذي لا مال له ظاهر ، وامتنع عن الإنفاق ، وادعى الإعسار ، ولم يثبت ، ضرب له القاضي أجلاً لا يتجاوز شهراً لينفق فيه وإلا فرق بينهما بعد الأجل .

(المادة ١٥٠)

إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق من زوجها الغائب في مكان معروف يمكن إعلانه فيه ، ولا مال له ظاهر ، ولم يترك لها مالاً تنفق منه ، أمهله القاضي أربعة أشهر لينفق فيها وإلا فرق بينهما .

(المادة ١٥١)

إذا طلبت الزوجة التفريق لعدم الإنفاق من زوجها الغائب في مكان مجهول ، ولا مال له ظاهر ولم يترك لها مالاً يمكن الإنفاق منه ، فرق القاضي بينهما في الحال .

(المادة ١٥٢)

مع مراعاة ما نص عليه في المادتين السابقتين ، لا يفرق القاضي بين الزوجين إلا بعد

إثبات الدعوى وتحليف الزوجة يمين الاستظهار .

(المادة ١٥٣)

يعتبر التفريق لعدم الإنفاق أو الإعسار فسحاً .

الفصل الخامس

التفريق للغيبه والفقدان والحبس

(المادة ١٥٤)

للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته لمدة سنة فأكثر ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه ويضرب له القاضي أجلاً لا يتجاوز شهرين ينذر فيه إما بالعودة للإقامة معها أو نقلها إليه أو طلاقها ، وإلا فرق بينهما بعد ثبوت الدعوى وأداء اليمين لحق الغائب .

(المادة ١٥٥)

للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود أو الغائب لجهة مجهولة لمدة لا تقل عن سنة ويفرق القاضي بينهما دون تأجيل بعد ثبوت الدعوى وأداء اليمين لحق الغائب .

(المادة ١٥٦)

لزوجة المحبوس بحكم نهائي لمدة لا تقل عن سنتين طلب التفريق من زوجها ولا يحكم بالتفريق إلا بعد مضي سنة من تاريخ الحبس .

(المادة ١٥٧)

تصدق الزوجة يمينها في تضررها من غيبه زوجها .

(المادة ١٥٨)

يعتبر التفريق بسبب الغيبه أو الفقدان أو الحبس فسحاً .

الفصل السادس

التفريق للإيلاء والظهار واللعان والردة

الفرع الأول

التفريق للإيلاء

(المادة ١٥٩)

الإيلاء هو حلف الزوج على ترك وطء الزوجة .

(المادة ١٦٠)

للزوجة طلب التفريق للإيلاء ما لم يفئ الزوج عن يمينه قبل انقضاء أربعة أشهر .

(المادة ١٦١)

يعتبر التفريق بسبب الإيلاء طلاقاً رجعيًا .

الفرع الثاني

التفريق للظهار

(المادة ١٦٢)

الظهار هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريمًا مؤبدًا أو بعضو منها .

(المادة ١٦٣)

يقع الظهار باللفظ الصريح ، أما بالكناية فلا يقع إلا بقرينة تدل عليه أو بالنية .

(المادة ١٦٤)

أ - للزوجة طلب التفريق للظهار إذا امتنع الزوج عن التكفير .

ب - ينذر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار خلال أربعة أشهر من تاريخ الإنذار

فإن امتنع حكم القاضي بالتفريق .

(المادة ١٦٥)

يعتبر التفريق للظهار طلاقاً بائناً .

الفرع الثالث

التفريق بسبب اللعان

(المادة ١٦٦)

اللعان أن يشهد الرجل أربع شهادات بالله أنه صادق فيما رمى به زوجته من الزنا أو نفي الولد والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وتشهد المرأة أربع شهادات بالله إنه من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

(المادة ١٦٧)

يفرق القاضي بين الزوجين بعد تمام اللعان ويعتبر التفريق بسبب اللعان فسحاً .

الفرع الرابع

التفريق للردة

(المادة ١٦٨)

تقع الفرقة بين الزوجين بمجرد ردة أحدهما أو كليهما إن كانت الردة قبل الدخول .

(المادة ١٦٩)

يفرق القاضي بين الزوجين لردة أحدهما أو كليهما بعد الدخول بعد الإعذار بالعودة إلى الإسلام خلال مدة تنقضي بمثلها العدة فإن انتفت العودة فرق بينهما .

(المادة ١٧٠)

يعتبر التفريق للردة فسحاً .

الفصل السابع

أحكام عامة

(المادة ١٧١)

على القاضي أثناء النظر في دعوى التفريق أن يقرر ما يراه ضروريًا من إجراءات وقتية لضمان نفقة الزوجة والأولاد وما يتعلق بحضانتهم وزيارتهم .

(المادة ١٧٢)

على القاضي أن يأمر بمتاركة الزوجين لبعضهما حين صدور الحكم في دعاوى التفريق بسبب التحريم أو لاختلال ركن من أركان عقد الزواج .

الباب الرابع

آثار الفرقة بين الزوجين

الفصل الأول

العدة

الفرع الأول

أحكام عامة

(المادة ١٧٣)

العدة مدة تربص تقضيها الزوجة وجوبًا دون زواج أثر الفرقة .

(المادة ١٧٤)

أ - تبتدئ العدة منذ وقوع الفرقة .

ب - تبتدئ العدة في حالة الوطاء بشبهة من آخر وطاء .

(المادة ١٧٥)

لا تلزم العدة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة إلا للوفاء .

(المادة ١٧٦)

تعدت المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية المخصص لها .

الفرع الثاني

عدة الحامل

(المادة ١٧٧)

عدة الحامل تنتهي بوضع حملها أو سقوطه مستبين الحلقة .

الفرع الثالث

عدة الوفاة

(المادة ١٧٨)

أ - تنتهي عدة المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام .
ب - تعدد المدخول بها في عقد فاسد أو بشبهة إذا توفي عنها الرجل عدة الطلاق براءة للرحم .

الفرع الرابع

عدة غير المتوفى عنها

(المادة ١٧٩)

تنتهي عدة الحائض غير المتوفى عنها بما يلي :

- أ - ثلاث حيضات كوامل لذوات الحيض .
ب - ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلاً أو بلغت سن اليأس وانقطع حيضها فإن رأت الحيض قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاث حيضات .
ج - ثلاثة أشهر لمتدة الدم إن لم تكن لها عادة معروفة فإن كانت لها عادة تذكرها اتبعتها في حساب العدة .
د - أقل الأجلين من ثلاث حيضات أو سنة لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس .

(المادة ٨٠)

لا تزيد مدة العدة لغير الموضع في جميع الأحوال على سنة .

الفرع الخامس

طروء عدة على عدة

(المادة ٨١)

إذا توفي الزوج وكانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة ولا يحسب ما مضى .

(المادة ٨٢)

إذا توفي الزوج والمرأة في عدة الطلاق البائن فإنها تكملها ولا تلزمها عدة الوفاة إلا في طلاق الفار في مرض الموت فتعتد بأبعد الأجلين .

الفصل الثاني

الحضانة

(المادة ٨٣)

الحضانة هي حفظ الولد وتربيته وتقويمه ورعايته بما يحقق مصلحته ولا يتعارض مع حق الولي .

(المادة ٨٤)

- أ - الأم أولى الناس بحضانة الصغير ، ما لم يطرأ عليها مانع شرعي .
- ب - الحضانة حق مشترك بين الحاضن والصغير ، وحق الصغير أقوى .
- ج - الحضانة حق متجدد ، فإن سقطت لمانع أو بإسقاط وزال المانع أو السبب ، عاد حق الحضانة من جديد .

(المادة ٨٥)

يشترط في الحاضن ما يلي :

- أ - البلوغ .
- ب - العقل .
- ج - الأمانة .
- د - القدرة على تربية المحضون ، والحفاظة عليه ، ورعايته بما يحقق مصلحته .
- هـ - السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة .
- و - أن يكون ذا رحم محرم للمحضون في حالة اختلاف الجنس .

(المادة ١٨٦)

مع مراعاة الشروط الواردة في المادة (١٨٥) يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون .

(المادة ١٨٧)

- مع مراعاة الشروط الواردة في المادة (١٨٥) يشترط في الرجل الحاضن ما يلي :
- أ - أن يكون متحداً مع المحضون في الدين .
 - ب - أن يكون مع الحاضن قرينة تصلح للقيام بواجب الحضانة .

(المادة ١٨٨)

لا تسقط حضانة المرأة الحاضنة لتزوجها في الحالتين التاليتين :

- أ - إذا كان زوجها من محارم المحضون .
- ب - إذا كان المحضون في سن لا يستغني فيها عن رعاية أمه .

(المادة ١٨٩)

الحضانة واجبة على الأبوين معا ما دامت الزوجية قائمة بينهما ، فإن افترقا ثبت حق الحضانة لمن يأتي :

- أ - الأم ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب ، ثم الأب ، ثم أمهاته الأقرب فالأقرب ، ثم الجد وإن علا ، ثم أمهاته الأقرب فالأقرب ، ثم الأخت الشقيقة ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم للخالات الأقرب فالأقرب ، ثم للعمات الأقرب فالأقرب ، ثم خالات الأبوين الأقرب فالأقرب ، ثم عمات الأب ، ثم بنات الإخوة وبنات الأخوات ،

- ثم بنات الأعمام وبنات العمات ، ثم بنات عمات الأب .
- ب - إذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة (أ) انتقل حق الحضانة إلى العصابات ، وفقاً لترتيبهم في استحقاق الإرث .
- ج - إذا تعذر وجود من هو أهل للحضانة من المذكورين في الفقرة (ب) يصار إلى ذي رحم محرم من ذوي أرحام المحضون الأقرب فالأقرب .
- د - إذا تعذر وجود حاضن من محارم المحضون أو متزوج من محارمه فللمحكمة ضم المحضون إلى المستحق من غير جنسه ، أو إلى امرأة أمينة موثوق بها .
- هـ - إذا تساوى مستحقو الحضانة في درجة واحدة ، يقدم أصلحهم للحضانة ثم أكثرهم ورعاً فإن تساوى المستحقون في الصلاحية والورع ، قدم أكبرهم سناً .
- و - للقاضي نقل حق الحضانة من مستحق أقرب إلى مستحق أبعد عند تنازعهما ، إذا كان ذلك في مصلحة المحضون .

(المادة ١٩٠)

- يراعي القاضي عند تقدير مصلحة المحضون ما يلي :
- أ - الأفضلية في الشفقة على المحضون ، وفي الأمانة والقدرة على تربية المحضون .
- ب - مدى القدرة على توفير البيئة الصالحة لنشأة المحضون ، وحفظه من الانحراف .
- ج - القدرة على توفير أفضل سبل العلاج والتعليم والإعداد للمستقبل .
- د - القدرة على إعداد المحضون بما ينفعه من أخلاق وعادات عند بلوغه سن الاستغناء عن حضانة النساء .
- هـ - المميزات الأخرى التي تعود بنفع محقق للمحضون .

(المادة ١٩١)

- لا إيجاب في الحضانة إلا إذا تعينت على من له الحق فيها .

(المادة ١٩٢)

- أ - تنتهي حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة قمرية ، والأنثى ثلاث عشرة سنة قمرية ، إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك ، مراعاة لمصلحة المحضون ، فيجوز لها أن

تخير المحضون ، أو تأذن باستمرار حضانة الذكر إلى البلوغ ، والأثنى إلى الدخول مع ذكر الأسباب التي اعتمدها في قرارها .

ب - استثناء من أحكام الفقرة السابقة تستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتموها أو مريضًا مرضًا مقعدًا .

(المادة ١٩٣)

تستحق الأم غير المسلمة ، ما لم تكن مرتدة ، الحضانة حتى يعقل الصغير الأديان ، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام ، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره .

(المادة ١٩٤)

تمكّن الحاضنة ، أو الحاضن ، من الاحتفاظ بأصل الوثائق وشهادات الميلاد وجوازات السفر وغيرها من المستندات الثبوتية التي تخص المحضون .

(المادة ١٩٥)

مع مراعاة ما نص عليه في هذا القانون في حالة امتناع الأب عن أخذ المحضون أو إهماله إياه ، تستمر النفقة بعد انتهاء سن حضانة النساء إلى أن تزوج الأثنى ، وإلى أن يبلغ الذكر عاقلًا قادرًا على الكسب ، ما لم يكن طالب علم ، فتستمر نفقته حتى ينهي دراسته بنجاح معتاد .

(المادة ١٩٦)

- أ - مكان الحضانة هو بلد ولي المحضون .
- ب - إذا لم يكن للمحضون أو الحاضنة مسكن بأويهما ، أو لم يكن للمحضون مال لاستئجار سكن ، فيجب على ولي المحضون توفير سكن مناسب للحاضنة ، أو فرض أجره مسكن .
- ج - مع مراعاة ما نص عليه في الفقرة السابقة إذا كانت الحاضنة تقيم في منزل أهلها ، يكلف ولي المحضون بأداء ما يعادل نصيب المحضون من أجره السكن .
- د - في حالة وجود السكن الممنوح من الدولة لأبي المحضون حال قيام الزوجية أو بسببها يقسم المسكن ، قسمة انتفاع ، بين ولي المحضون والحاضنة بطريقة عادلة وشرعية .

(المادة ١٩٧)

تستحق الحاضنة أجره الحضانة في حالة انتهاء الزوجية حقيقة حتى بلوغ المحضون سن انتهاء حضانة النساء ، ويراعى في تقديرها حالة ولي المحضون والحاضنة .

(المادة ١٩٨)

- أ - لا يجوز للعاصب ضم المحضون عند انتهاء سن حضانة النساء إلا رضاءً أو قضاءً .
ب - يجوز للأولياء أو العصبية أو مستحقي الحضانة رفع دعوى إسقاط الحضانة إذا كانت الحاضنة مهملة أو مشغولة عن رعاية المحضون بحيث يخشى عليه الضياع أو إذا كانت سيئة السلوك أو غير مسلمة وكان المحضون قد بلغ سن التعقل .
ج - إثبات إهمال الحاضنة أو سوء سلوكها لا يتطلب أدلة قطعية الدلالة وإنما يثبت ذلك بأدلة شرعية ذات دلالة ظنية .

(المادة ١٩٩)

تسقط الحضانة في الحالات التالية :

- أ - تخلف أي من الشروط المذكورة في المواد (١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧) من هذا القانون .
ب - سكنى الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها بسبب سلوكها أو كفرها أو إصابتها بمرض مُعدي خطير .
ج - تعذر قيام الأب أو ولي المحضون بواجبات المحضون من إشراف وتأديب وتعليم بسبب إقامة الحاضنة بالمحضون بغير إذن ولي المحضون في بلد يصعب الوصول إليه إلا إذا رأت المحكمة أن مصلحة المحضون تقتضي خلاف ذلك .

(المادة ٢٠٠)

- أ - يجوز للأُم أن تسافر بالمحضون سفرًا عرضيًا لغير إقامة إلى وطنها أو لسبب معقول إلى أية جهة إن لم يكن في السفر ضياع المحضون .
ب - لا يجوز لغير الأب أو الجد من الأولياء والعصبية أن يسافر بالمحضون خلال فترة الحضانة إلا بإذن الحاضنة .

ج - إذا خشي ولي المحضون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحضون من سفرها مبيّناً أسباباً معقولة لذلك فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون متى ثبتت صحة تلك الأسباب .

(المادة ٢٠١)

أ - يجوز للأبوين أن يتراضيا على تبادل زيارة المحضون بأي وجه وقدر ما لم تفض الزيارة إلى خلوة محرمة حال فرقتها .

ب - يجوز للمحكمة أن تقضي لأحد الأبوين بزيارة المحضون وفقاً لما تراه مناسباً من حيث الزمان والمكان والمقدار ويجوز لقاضي التنفيذ تعديل أوقات الزيارة وأماكنها حسبما تقتضيه المصلحة .

ج - يجوز لقاضي التنفيذ أن ينذر الحاضن الذي يخالف ما يقرره القاضي في شأن مواعيد الزيارة أو مقدارها فإن تكررت المخالفة مع الإنذار المتكرر لثلاث مرات جاز لمحكمة الموضوع إسقاط الحضانة .

د - إذا كان أحد الأبوين أو كلاهما متوفى أو غائباً جازت الزيارة لأقارب المحضون المحارم وفقاً لما تراه المحكمة مناسباً .

هـ - يكون الحكم القضائي بزيارة المحضون مشمولاً بالنفاذ المعجل .

(المادة ٢٠٢)

في حالة الحاجة لاستخدام القوة الجبرية لتنفيذ حكم من أحكام الحضانة يتم التنفيذ ضد المحكوم عليه ولا تستخدم القوة في مواجهة المحضون .

الكتاب الثالث

الأهلية والولاية

أحكام عامة

(المادة ٢٠٣)

يكون كامل الأهلية كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه .

(المادة ٢٠٤)

سن الرشد تمام الثامنة عشرة من العمر .

(المادة ٢٠٥)

- أ - يكون الشخص فاقد الأهلية إذا كان صغيراً غير مميز أو مجنوناً .
ب - يكون الشخص ناقص الأهلية إذا كان صغيراً مميزاً أو معتوهاً أو ذا غفلة أو سفيهاً .
ج - عوارض الأهلية هي الجنون والعتة والغفلة والسفه .

(المادة ٢٠٦)

يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها والغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته ، والمفقود الذي لا تعرف حياته من مماته ، بحسب الأحوال ، لأحكام الأهلية والولاية والوصاية والقوامة المنصوص عليها في القانون رقم (٢٠) لسنة (١٩٩٦ م) بشأن الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم .

الكتاب الرابع

الهبة والوصية

الباب الأول

الهبة

(المادة ٢٠٧)

- أ - الهبة هي تملك عين بلا عوض في حال حياة المالك .
ب - إذا شرط في الهبة عوض معلوم صارت بيعاً يجري فيها أحكامه .

(المادة ٢٠٨)

- أ - أركان الهبة : الصيغة ، الواهب ، الموهوب له ، الموهوب .
ب - تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ولا تلزم إلا بالقبض .

(المادة ٢٠٩)

- أ - يصح إيجاب الهبة بكل ما يدل على تملك المال بدون عوض من لفظ ، أو كتابة ، أو إشارة مفهومة .
ب - تنعقد الهبة بالتعاطي .

(المادة ٢١٠)

- أ - يقوم القبض في الهبة مقام القبول لفظًا سواء كان القبض قبل الهبة أو بعدها .
ب - القبض الحقيقي في العقار يكون بالتخلية المقرونة بالحيازة أو الاستيلاء على الموهوب أو التصرف فيه بما يدل على الملكية .
ج - القبض الحقيقي في المنقول يتم بالحيازة .
د - القبض الحكمي في العقار يتم بالتخلية المفضية إلى الاستيلاء بلا مانع أو التسجيل لدى الجهات المختصة .

(المادة ٢١١)

- أ - إذا كان الواهب للصغير غير الولي أو الوصي فتنعقد الهبة لازمة بقبض أحدهما .
ب - تنعقد الهبة لازمة للصغير بالإيجاب فحسب إذا كان الواهب ولي الصغير أو وصيه .
ج - يجوز للصغير المميز قبول الهبة وقبضها وإن كان له ولي .

(المادة ٢١٢)

تلتزم هبة الأم لولدها الصغير أو أحد الزوجين للآخر متاعًا من متاع البيت أو الحيوان إذا أشهد الواهب على الهبة ولو لم يرفع يده عن الموهوب .

(المادة ٢١٣)

يشترط في الواهب :
أ - أن يكون كامل الأهلية بالغًا عاقلًا مختارًا لا محجور عليه ولا مريضًا مرض الموت .

ب - أن يكون مالكاً للموهوب .

(المادة ٢١٤)

يشترط في الموهوب له أن يكون إنساناً موجوداً على قيد الحياة فلا تصح الهبة للحمل .

(المادة ٢١٥)

يشترط في الموهوب أن يكون مآلاً متقومًا موجودًا وقت الهبة مملوكًا للواهب .

(المادة ٢١٦)

لا يجوز تعليق الهبة على شرط ينافي مقتضاها وإلا صحت الهبة وبطل الشرط .

(المادة ٢١٧)

تجوز هبة المشاع سواء كان قابلاً للقسمة أو لم يكن .

(المادة ٢١٨)

تجوز هبة الأسهم والسندات .

(المادة ٢١٩)

تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية .

(المادة ٢٢٠)

لا يجوز الرجوع في الهبة بعد لزومها بالقبض إلا للوالد فيما وهبه لولده فيجوز له الرجوع بالشروط التالية :

أ - أن يكون الموهوب باقياً في ملك الولد .

ب - أن يكون الموهوب باقياً في تصرف الولد .

ج - أن لا تزيد العين الموهوبة في يد الولد زيادة متصلة .

(المادة ٢٢١)

تبطل الهبة بفقد ركن أو شرط من الشروط المنصوص عليها في هذا الباب .

الباب الثاني

الوصية

الفصل الأول

احكام عامة

(المادة ٢٢٢)

الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي .

(المادة ٢٢٣)

أ - تصح إضافة الوصية إلى المستقبل أو تعليقها على الشرط أو تقييدها به إذا كان الشرط صحيحًا .

ب - الشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة .

(المادة ٢٢٤)

أ - لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة الراشدون فتنفذ في حدود حصص المحيزين .

ب - تصح الوصية لغير الوارث وفيما زاد عن الثلث بإجازة الورثة الراشدين في حدود حصصهم .

(المادة ٢٢٥)

يشترط لصحة إجازة الورثة ما يلي :

أ - أن تكون الإجازة بعد وفاة الموصي .

ب - أن يكون المحيز من أهل التبرع .

ج - أن يكون الموصى له عالماً بما أوصى به الموصي .

(المادة ٢٢٦)

يعتبر كون الموصى له وارثاً أو غير وارث بوقت موت الموصي لا بوقت الوصية .

(المادة ٢٢٧)

تسري أحكام الوصية على كل تصرف يصدر في مرض الموت بقصد التبرع أو المحاباة أيًا كانت التسمية التي تعطى له .

الفصل الثاني

أركان الوصية وشروطها

(المادة ٢٢٨)

أركان الوصية : الصيغة ، الموصي ، الموصى له ، الموصى به .

الفرع الأول

الصيغة

(المادة ٢٢٩)

تتعقد الوصية بالعبرة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزًا عنهما فبالإشارة المفهومة .

الفرع الثاني

الموصي

(المادة ٢٣٠)

- أ - يشترط في الموصي أن يكون عاقلًا بالغًا أهلاً للتبرع .
ب - إذا كان الموصي محجورًا عليه لسفه أو غفلة جازت وصيته في وجوه الخير بإذن من المحكمة أو إجازتها .

الفرع الثالث

الموصى له

(المادة ٢٣١)

يشترط في الموصى له :

- أ - أن يكون ممن يصح تملكه شرعاً .
ب - أن يكون معلوماً .
ج - أن يكون موجوداً عند الوصية حقيقة أو حكماً إذا كان معيناً فإن لم يكن معيناً فلا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصي .
د - ألا يكون قاتلاً للموصي .

(المادة ٢٣٢)

- أ - تصح الوصية ولو مع اختلاف الدين أو الجنسية .
ب - تصح الوصية لفئة محصورة أو غير محصورة ولوجوه البر وللمؤسسات الخيرية والمؤسسات العلمية وغيرها من الهيئات العامة .

(المادة ٢٣٣)

- أ - يشترط في الوصية لشخص معين قبوله لها بعد وفاة الموصي أو حال حياته واستمراره على قبولها بعد وفاته .
ب - إذا كان الموصي له جينياً أو قاصراً أو محجوراً عليه فلمن له الولاية على ماله قبول الوصية وليس له ردها إلا بإذن القاضي .
ج - لا تتوقف الوصية لشخص غير معين على قبول ولا ترد برد أحد .
د - يكون القبول أو الرد عن الجهات والمؤسسات والهيئات ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمتم الوصية .

(المادة ٢٣٤)

- أ - لا يشترط قبول الوصية فور وفاة الموصي .
ب - يعتبر سكوت الموصي له ثلاثين يوماً بعد علمه بالوصية قبولاً لها .

(المادة ٢٣٥)

- للموصي له كامل الأهلية رد الوصية كلاً أو بعضاً .

(المادة ٢٣٦)

إذا مات الموصى له بعد وفاة الموصي من دون أن يصدر عنه قبول ولا رد انتقل ذلك الحق إلى ورثته .

(المادة ٢٣٧)

- أ - يملك الموصى له المعين الموصى به بعد وفاة الموصي .
- ب - يقوم وارث من مات من الموصى لهم قبل القسمة مقامه .
- ج - يقسم الموصى به بالتساوي إذا تعدد الموصى لهم ما لم يشترط الموصي التفاوت .
- د - ينفرد الحي من التوأمين بالموصى به للحمل إذا وضعت المرأة أحدهما ميتاً .
- هـ - ينتفع ورثة الموصي بالموصى به إلى أن يوجد مستحقه .

(المادة ٢٣٨)

تشمل الوصية لفئة غير قابلة للحصر استقبلاً الموجود منهم يوم وفاة الموصي حقيقة أو حكماً .

(المادة ٢٣٩)

ينتفع الموجودون من الفئة غير المعينة القابلة للحصر قبل حصرهم بالموصى به وتغير حصص الانتفاع كلما وقعت فيهم ولادة أو وفاة .

(المادة ٢٤٠)

تقسم غلة الموصى به لغير المعينين الذين لا يمكن حصرهم على الموجود منهم .

(المادة ٢٤١)

تطبق على الموصى له المعين قواعد الموصى له غير المعين القابل للحصر ابتداء إذا جمعتما وصية واحدة .

(المادة ٢٤٢)

يباع الموصى به لغير المعين إذا خيف عليه الضياع أو نقصان القيمة ويشتري بمنه

ما ينتفع به الموصى لهم .

(المادة ٢٤٣)

- أ - تصرف الوصية لوجوه البر والمؤسسات الخيرية والعلمية على مصالحها من إدارة وعمارة ونزلاء وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة .
ب - تصرف غلة الموصى به للمؤسسات المنتظرة لأقرب مجانس لها إلى حين وجودها .

الفرع الرابع

الموصى به

(المادة ٢٤٤)

يشترط في الموصى به أن يكون ملكاً للموصي ومحل مشروعاً .

(المادة ٢٤٥)

- أ - يكون الموصى به شائعاً أو معيناً .
ب - يشمل الموصى به الشائع جميع أموال الموصي الحاضرة والمستقبلية .

(المادة ٢٤٦)

مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٢٢٤) تنفذ الوصية بحصة شائعة إذا كان ذلك في حدود ثلث التركة .

(المادة ٢٤٧)

يصح أن يكون الموصى به عيئاً ويصح أن يكون منفعة لمدة مؤقتة أو مؤبدة .

(المادة ٢٤٨)

من أوصى بشيء معين لشخص ثم أوصى به لآخر قسم بينهما بالتساوي ما لم يثبت أنه قصد بذلك العدول عن الوصية للأول .

(المادة ٢٤٩)

مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٢٢٤) من هذا القانون إذا كانت قيمة المال المعين

الموصى بمنفعته أقل من ثلث التركة سلمت العين للموصى له لينتفع بها حسب الوصية ؛ فإن كانت أكثر من ثلث التركة خير الورثة بين إجازة الوصية وبين إعطاء الموصى له ما يعادل ثلث التركة .

(المادة ٢٥٠)

للموصى له بمنفعة مال معين أن يستعمله أو يستغله ولو على خلاف الحالة المبينة في الوصية بشرط عدم الإضرار بالعين أو الوارث .

الفصل الثالث

الوصية بالتنزيل

(المادة ٢٥١)

التنزيل وصية بإلحاق شخص غير وارث بميراث الموصي ، وينصيب معين في الميراث .

(المادة ٢٥٢)

يستحق المنزل مثل نصيب المنزل منزلته ذكراً كان أو أنثى وفي حدود الثلث إلا إذا أجازها الباقون من الورثة الراشدين فتنفذ في حصة من أجازها .

الفصل الرابع

تعديل الوصية أو الرجوع عنها

(المادة ٢٥٣)

أ - يجوز للموصي تعديل الوصية أو الرجوع عنها كلاً أو بعضاً صراحة أو دلالة بقول أو فعل يدل على الرجوع ببيع الموصى به أو هبته أو بأي تصرف يفوت الموصى به المعين أو يغير وصفه كلياً .

ب - لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الزيادة غير المستقلة ما لم تدل قرينة أو عرف على أن الموصي قصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الخامس مبطلات الوصية

(المادة ٢٥٤)

تبطل الوصية في الحالات التالية :

- أ - رجوع الموصي عن وصيته .
- ب - وفاة الموصى له حال حياة الموصي .
- ج - رد الموصى له كامل الأهلية للوصية بعد وفاة الموصي .
- د - قتل الموصى له الموصي سواء أكان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو متسبباً إذا كان عند ارتكابه الفعل عاقلاً بالغاً حد المسؤولية الجنائية .
- هـ - هلاك الموصى به المعين أو استحقاقه من قبل الغير .
- و - ارتداد الموصي أو الموصى له عن الإسلام ما لم يرجع إليه .

الفصل السادس

الوصية الواجبة

(المادة ٢٥٥)

من توفي وله أولاد فرع وقد مات ذلك الفرع قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط المبينة في المادة (٢٥٦) من هذا القانون .

(المادة ٢٥٦)

يشترط لإيجاب الوصية الواجبة ما يلي :

- أ - أن يكون الفرع المستحق غير وارث .
- ب - أن لا يكون الميت الذي استحققت الوصية في ماله قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له .
- ج - أن تكون الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أيهم أثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث تركته .

د - أن تكون الوصية الواجبة لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنت فقط ولأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزلوا .

(المادة ٢٥٧)

يجب في الوصية الواجبة كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ فيها كل فرع نصيب أصله فقط .

(المادة ٢٥٨)

إذا كان ما أعطاه الميت الذي استحققت الوصية في ماله لمستحق الوصية الواجبة أقل من حصته في الميراث وجبت له وصية بقدر ما يكملها .

(المادة ٢٥٩)

إذا كان الأحفاد المستحقون للوصية الواجبة اثنين فأكثر قسمت عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

(المادة ٢٦٠)

الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا .

الفصل السابع

تزاحم الوصايا

(المادة ٢٦١)

أ - يحدث التزاحم في الوصايا إذا كان لأكثر من الثلث لاثنتين فأكثر ولم يجز الورثة الزيادة .

ب - إذا حدث التزاحم في الوصايا فيقسم الثلث بين الموصي لهم قسمة الغرماء بنسبة حصصهم .

الفصل الثامن

سماع دعوى الوصية

(المادة ٢٦٢)

لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها إلا بيينة .

الكتاب الخامس

الإرث

الباب الأول

أحكام عامة

(المادة ٢٦٣)

التركة ما يتركه المتوفى من أموال ومنافع وحقوق مالية .

(المادة ٢٦٤)

تتعلق بالتركة حقوق مقدم بعضها على بعض حسب الترتيب التالي :

أ - نفقات تجهيز المتوفى بالمعروف .

ب - قضاء ديون المتوفى .

ج - تنفيذ الوصية .

د - إعطاء الباقي من التركة إلى الورثة .

(المادة ٢٦٥)

الإرث انتقال حتمي لأموال ومنافع وحقوق مالية بوفاة مالكها لمن استحقها .

(المادة ٢٦٦)

أركان الإرث :

أ - المورث .

ب - الوارث .

ج - التركة .

(المادة ٢٦٧)

أسباب الإرث : الزوجية والقرابة .

(المادة ٢٦٨)

شروط الإرث :

يشترط لاستحقاق الإرث ما يلي :

أ - موت المورث حقيقة أو حكماً .

ب - حياة الوارث حين موت مورثه حقيقة أو تقديرًا .

ج - العلم بالجهة المفضية للإرث .

(المادة ٢٦٩)

يحرم من الإرث من قتل مورثه سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو متسبباً شريطة أن يكون عند ارتكابه الفعل عاقلاً بالغاً حد المسؤولية الجنائية .

(المادة ٢٧٠)

لا توارث مع اختلاف الدين .

(المادة ٢٧١)

إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم توارث ولم تعرف وفاة السابق من اللاحق فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر .

(المادة ٢٧٢)

يكون الإرث بالفرض أو التعصيب أو بهما معاً أو بالرحم .

(المادة ٢٧٣)

يتم ترتيب المستحقين للتركة على الوجه الآتي :

- أ - أصحاب الفروض .
 ب - العصابات .
 ج - الرد على أصحاب الفروض من غير الزوجين .
 د - ذوي الأرحام .
 هـ - الرد على أحد الزوجين .
 و - المقر له بنسب محمول على الغير .
 ز - الموصى له بما زاد عن الحد الذي تنفذ فيه الوصية .
 ح - بيت المال .

(المادة ٢٧٤)

يلتزم القاضي عند توزيع التركة بالقواعد الآتية :

- أ - كل من لا يرث لمانع من موانع الإرث فلا يحجب وارثاً .
 ب - من حجب عن الإرث لا يحجب وارثاً إلا الإخوة مطلقاً .
 ج - كل من يدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا الإخوة للأم .
 د - لا يسقط من الميراث بحال أب ولا أم ولا ولد ولا الزوجان .
 هـ - أقل الجمع في الميراث اثنان .

الباب الثاني

أصناف الورثة وحقوقهم

الفصل الأول

حالات إرث أصحاب الفروض

(المادة ٢٧٥)

- أ - الفرض هو حصة محددة للوارث في التركة بالنص الشرعي .
 ب - الفروض هي النصف ، والرابع ، والثلثان ، والثلث ، والسدس ،
 وثلث الباقي .

ج - أصحاب الفروض : هم الزوج ، الزوجة ، الأب ، الأم ، البنت ، الإخوة لأم ، بنات الابن ، الأخت الشقيقة ، الأخت لأب ، الجدة الصحيحة والجد الصحيح .

(المادة ٢٧٦)

يرث الزوج فرضًا :

أ - نصف التركة عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

ب - ربع التركة عند وجود الفرع الوارث مطلقًا .

(المادة ٢٧٧)

أ - ترث الزوجة فرضًا :

١ - ربع التركة عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

٢ - ثمن التركة عند وجود الفرع الوارث مطلقًا .

ب - إذا تعددت الزوجات فيقسم الفرض بينهن بالتساوي .

(المادة ٢٧٨)

أ - يشترط لإرث أحد الزوجين الآخر :

١ - أن يكون الزواج صحيحًا .

٢ - قيام الزوجية بينهما حقيقة أو حكمًا .

ب - ترث المطلقة في مرض الموت ولو بائنا .

(المادة ٢٧٩)

أ - ترث البنت فرضًا :

١ - نصف التركة فرضًا إذا كانت واحدة ولم يكن معها ابن .

٢ - ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن ابن .

ب - ترث البنت تعصيبًا للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كان معها أو معهن ابن أو أبناء

في درجتها .

(المادة ٢٨٠)

يرث الأب :

- أ - سدس التركة فرضًا عند وجود الفرع الوارث المذكر .
- ب - سدس التركة فرضًا وما بقي بعد أنصباة أصحاب الفروض بالتعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث .
- ج - كل التركة بالتعصيب إذا انفرد .
- د - الباقي بعد حصص أصحاب الفروض تعصيًا عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .

(المادة ٢٨١)

ترث الأم فرضًا :

- أ - سدس التركة إذا كان للميت فرع وارث أو جمع من الإخوة أو الأخوات مطلقًا .
- ب - ثلث التركة ، إذا لم يكن للميت فرع وارث ، ولا جمع من الإخوة والأخوات ، ولم يجتمع معها الأب وأحد الزوجين .
- ج - ثلث الباقي من التركة ، بعد نصيب أحد الزوجين ، إذا كان معها أب وأحد الزوجين ، وليس في الورثة فرع وارث ، ولا جمع من الإخوة والأخوات .

(المادة ٢٨٢)

أ - يرث أولاد الأم فرضًا :

- ١ - السدس إذا كان منفردًا ، ولم يكن في الورثة فرع وارث مطلقًا ، ولا أصل وارث مذكر .
- ٢ - الثلث إذا كانوا أكثر من واحد ، ولم يكن في الورثة فرع وارث مطلقًا ، ولا أصل وارث مذكر ، ويقسم بينهما بالتساوي ، للأنتى مثل حظ الذكر .
- ب - يحجب أولاد الأم من الميراث عند وجود الفرع الوارث مطلقًا وإن نزل أو الأصل الوارث المذكر وإن علا .

(المادة ٢٨٣)

يشارك الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء للأم في الثلث عند اجتماعهم مع الزوج والأم

أو الجدة ، وهي المسألة المشتركة ويرث فيها الإخوة جميعًا الثلث بالتساوي بينهم للأنتى مثل حظ الذكر .

(المادة ٢٨٤)

أ - ترث بنت الابن :

١ - نصف التركة فرضًا إذا كانت واحدة وليس معها بنت صلبية ولا ابن ابن في درجتها ولم تكن محجوبة .

٢ - ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن في الورثة بنت صلبية ولا ابن ابن في درجتهم ولم يكن محجوبًا .

٣ - السدس تكملة الثلثين فرضًا إذا كان معها بنت صلبية واحدة أو بنت ابن أعلى منها درجة ؛ فإن تعدد فيقسم السدس بينهم بالسوية .

٤ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه وتقسم التركة بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

ب - تحجب بنت الابن من الميراث إذا كان معها :

١ - ابن أو ابن أعلى منها درجة .

٢ - بنتان فأكثر ولم يكن معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه .

٣ - بنتا ابن فأكثر أعلى منها درجة أو بنت وبنت ابن أعلى منها درجة ولم يكن معها ابن ابن في درجتها أو أنزل منها واحتاجت إليه .

(المادة ٢٨٥)

مع مراعاة أحكام المادتين (٢٨٨ ، ٢٨٩) من هذا القانون :

أ - ترث الأخت الشقيقة :

١ - نصف التركة فرضًا إذا لم يكن معها أخ شقيق ولا فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة .

٢ - ثلثي التركة فرضًا إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن أخ شقيق ولا فرع وارث مؤنث ولم يكن محجوبًا .

٣ - بالتعصيب مع الغير إذا كان معها فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة وتأخذ

في هذه الحالة ما يبقى من التركة بعد أصحاب الفروض .

٤ - تشارك الأخوة لأم وفقا لأحكام المادة (٢٨٣) من هذا القانون .

٥ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها أخ شقيق أو أكثر فتقسم التركة بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

ب - تحجب الأخت الشقيقة من الميراث إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر أو أب مباشر .

(المادة ٢٨٦)

مع مراعاة أحكام المادتين (٢٨٨ ، ٢٨٩) من هذا القانون :

أ - ترث الأخت لأب :

١ - نصف التركة فرضاً إذا لم يكن معها أخ لأب ولا أخت شقيقة ولا فرع وارث مؤنث ولم تكن محجوبة .

٢ - ثلثي التركة إن كن أكثر من واحدة ولم يكن معهن أخ لأب ولا أخت شقيقة ولا فرع وارث مؤنث ولم يكن محجوبات .

٣ - السدس تكملة الثلثين إذا كانت معها أخت شقيقة ولم يكن معها أخ لأب يعصبها ولم تكن محجوبة .

٤ - بالتعصيب بالغير إذا كان معها أخ للأب فأكثر فتقسم التركة بينهم أو ما بقي منها بعد سهام أصحاب الفروض للذكر مثل حظ الأنثيين .

٥ - بالتعصيب مع الغير إذا كان معها فرع وارث مؤنث ولم يكن معها أخ لأب يعصبها ولم تكن محجوبة .

ب - تحجب الأخت لأب من الميراث إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر ، أو أب مباشر ، أو أخ شقيق ، أو أخت شقيقة صارت عصبه مع الغير ، أو أختان شقيقتان إلا إذا كان معها أخ لأب يعصبها .

(المادة ٢٨٧)

أ - الجدة الصحيحة هي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين .

ب - ترث الجدة الصحيحة :

- ١ - سدس التركة فرضًا سواء كانت واحدة أو أكثر كانت من جهة الأم أو من جهة الأب أو من جهة الأم والأب معًا ولم تكن محجوبة .
- ٢ - إذا تعددت الجدات فيقسم السدس بينهن بالسوية .
- ج - تحجب الجدة الصحيحة :
 - ١ - بالأم مطلقًا .
 - ٢ - بالأب إذا كانت جدة لأب .
 - ٣ - بالجد إذا أدلت به .
 - ٤ - بالقرى من جهتها والقرى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب .
 - ٥ - لا تحجب القرى من جهة الأب البعدى من جهة الأم .

(المادة ٢٨٨)

- أ - الجد الصحيح هو من لا تدخل في نسبه إلى الميت أنثى .
- ب - يرث الجد الصحيح :
 - ١ - سدس التركة فرضًا إذا كان في الورثة فرع وارث مذكر ولم يكن محجوبًا .
 - ٢ - سدس التركة فرضًا وما يبقى بعد سهام أصحاب الفروض تعصيًا عند وجود الفرع الوارث المؤنث ولم يكن محجوبًا .
 - ٣ - كل التركة بالتعصيب إذا انفرد .
 - ٤ - الباقي بعد سهام أصحاب الفروض تعصيًا عند عدم وجود الفرع الوارث مطلقًا .
 - ج - يرث الجد الصحيح في حال وجود الإخوة الأشقاء أو لأب :
 - ١ - الأحظ من المقاسمة أو ثلث التركة إذا لم يوجد ذو فرض .
 - ٢ - الأحظ من سدس جميع المال أو المقاسمة أو ثلث الباقي عن أصحاب الفروض .
 - ٣ - في حال وجود الجد مع الصنفين من الإخوة مجتمعين فإن الأشقاء يعادونه بالإخوة لأب على أن لا ينقص نصيبه عن السدس عند وجود ذي فرض أو عن الثلث عند عدم وجود ذي الفرض .
 - د - يحجب الجد الصحيح بالأب وبكل جد صحيح أقرب منه .

(المادة ٢٨٩)

يعصب الجد الأخت الشقيقة أو لأب ولا ترث معه بالفرض إلا في الأكدرية وهي زوج وأم وجد وأخت شقيقة أو لأب ، فللزوجة النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس ويفرض للأخت النصف يضم إلى سدس الجد ويقسم المجموع بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

(المادة ٢٩٠)

لا يحجب الجد الأخ الشقيق أو لأب إلا في المسألة المالكية وشبهها فالمالكية : زوج ، وأم ، وجد ، وإخوة لأم ، وأخ لأب ، فللزوجة النصف ، وللأم السدس ، وللجد الباقي بالتعصيب .
شبه المالكية : زوج ، وأم ، وجد ، وإخوة لأم ، وأخ شقيق ، فللزوجة النصف ، وللأم السدس ، وللجد الباقي بالتعصيب .

الفصل الثاني

العصبة

(المادة ٢٩١)

أ - الإرث بالتعصيب هو إرث غير مقدر إلى أقارب الميت من الذكور ومن نزل منزلتهم أو اشترك معهم من الإناث ، الذين لا يقتصرون في انتسابهم إلى الميت على أنثى .

ب - العصبة أنواع ثلاثة :

١ - عصبة بالنفس .

٢ - عصبة بالغير .

٣ - عصبة مع الغير .

(المادة ٢٩٢)

العصبة بالنفس جهات مقدم بعضها على بعض وفقاً للترتيب الآتي :

أ - البنية وتشمل الأبناء الابن وإن نزلوا .

- ب - الأبوة وتشمل الأب وحده .
 ج - الجدودة والأخوة وتشمل أب الأب وإن علا ، والأخ الشقيق ، والأخ لأب .
 د - بني الأخوة وتشمل أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا .
 هـ - العمومة وتشمل العم الشقيق والعم لأب وأبناءهم وإن نزلوا .

(المادة ٢٩٣)

يستحق العاصب بالنفس التركة إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض ، ويستحق ما بقي منها إن وجد ، ولا شيء له إن استغرقت الفروض التركة .

(المادة ٢٩٤)

أ - يقدم في التعصيب الأولى جهة حسب الترتيب الوارد في المادة (٢٩٢) ثم الأقرب درجة إلى المتوفى عند اتحاد الجهة ثم الأقوى قرابة عند التساوي في الدرجة .
 ب - يشترك العصباء في استحقاق حصتهم من الإرث عند اتحادهم في الجهة وتساويهم في الدرجة والقوة .

(المادة ٢٩٥)

العصبة بالغير هي كل أنثى صاحبة فرض من جهة البنوة أو الأخوة يكون في درجتها أو ما يلحق بدرجتها عاصب بنفسه .

(المادة ٢٩٦)

أ - يشترك العاصب بغيره مع معصبه في جميع التركة أو ما بقي منها بعد سهام أصحاب الفروض وتقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .
 ب - يسقط العاصب مع معصبه إذا استغرقت سهام أصحاب الفروض كل التركة .

(المادة ٢٩٧)

العصبة مع الغير هي كل أنثى صاحبة فرض من جهة الأخوة معها فرع وارث مؤنث وليس في درجتها عاصب بنفسه .

(المادة ٢٩٨)

- أ - تستحق العصبية مع الغير ما يبقى من التركة بعد سهام أصحاب الفروض .
ب - تسقط العصبية مع الغير فلا ترث شيئاً إذا استغرقت سهام أصحاب الفروض كل التركة .

الفصل الثالث

الإدلاء بجهتين

(المادة ٢٩٩)

- أ - إذا أدلى الوارث للبعيت بجهتين فيرث بهما معاً إذا كانت الجهتان مختلفتين في صفة الإرث .
ب - إذا حجب الوارث المذكور في الفقرة (أ) من جهة فيرث بالجهة الأخرى .

الفصل الرابع

الحجب والرد والعول

(المادة ٣٠٠)

- أ - الحجب : حرمان وارث من كل الميراث أو بعضه لوجود وارث آخر أحق به منه .
ب - الحجب نوعان : حجب حرمان ، وحجب نقصان .
ج - المحجوب من الإرث قد يحجب غيره .

(المادة ٣٠١)

- الرد : زيادة في أنصبة ذوي الفروض بنسبة فروضهم .

(المادة ٣٠٢)

حالات الرد :

- أ - إذا لم تستوف أنصبة أصحاب الفروض التركة ، ولم يكن هناك عاصب فيرد الباقي على أصحاب الفروض من غير الزوجين ، بنسبة أنصبتهم .

ب - إذا لم يكن هناك وارث من أصحاب الفروض أو العصبه ، أو ذوي الأرحام سوى الزوجين فيرد الباقي لهما .

(المادة ٢٠٣)

أ - العول : هو نقص في أنصبة ذوي الفروض بنسبة فروضهم ، إذا زادت السهام على أصل المسألة .

ب - يعتبر ما عالت إليه المسألة أصلاً ، تقسم التركة بحسبة .

الفصل الخامس

ذوو الأرحام

الفرع الأول

تعريف ذوي الأرحام

(المادة ٢٠٤)

ذوو الأرحام هم كل قريب ليس بصاحب فرض ولا عصبه .

(المادة ٢٠٥)

تكون أصناف ذوي الأرحام على الوجه الآتي :

أ - الصنف الأول :

أولاً : أولاد البنات وإن نزلوا .

ثانياً : أولاد بنات الابن وإن نزلوا .

ب - الصنف الثاني :

أولاً : الأجداد الرحميون وإن علوا .

ثانياً : الجدات الرحميات وإن علون .

ج - الصنف الثالث :

أولاً : أولاد الأخوات ، شقيقات ، أو لأب أو لأم وإن نزلوا .

ثانياً : بنات الإخوة ، أشقاء ، أو لأب ، أو لأم ، وإن نزلن .

ثالثًا : أبناء الإخوة لأم ، وإن نزلوا .

د - الصنف الرابع :

أولًا : أعمام الميت لأم ، وعماته مطلقًا ، وأخواله وخالاته مطلقًا .

ثانيًا : فروع الطائفة الأولى ، وإن نزلوا .

ثالثًا : أعمام أبي الميت لأم ، وعماته وأخواله وخالاته مطلقًا ، وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها مطلقًا .

رابعًا : فروع الطائفة الثالثة ، وإن نزلوا .

خامسًا : أعمام أبي أبي الميت لأم ، وعماته وأخواله ، وخالاته مطلقًا ، وأعمام أم أبي الميت ، وعماتها ، وأخوالها وخالاتها مطلقًا ، وأعمام أبي أم الميت وعماته وأخواله ، وخالاته مطلقًا وأعمام أم أبي الميت ، وعماتها وأخوالها وخالاتها مطلقًا .

سادسًا : فروع الطائفة الخامسة ، وإن نزلوا .

الفرع الثاني

ميراث ذوي الأرحام

(المادة ٣٠٦)

يكون ترتيب ميراث الصنف الأول من ذوي الأرحام على النحو الآتي :

أ - أوّلَى الصنف الأول من ذوي الأرحام بالميراث أقربهم درجة إلى المتوفى .

ب - إذا تساوى الصنف الأول من ذوي الأرحام في الدرجة ، فيقدم من يدلي بوارث على من لا يدلي بوارث .

ج - إذا كان الصنف الأول من ذوي الأرحام جميعًا يدلون بوارث ، أو لا يدلون بوارث ، فيشتركون في الإرث ، وتقسم التركة بينهم بالتساوي إذا كانوا ذكورًا فقط ، أو إناثًا فقط ، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا ، فللذكر مثل حظ الأنثيين .

(المادة ٣٠٧)

يكون ترتيب ميراث الصنف الثاني من ذوي الأرحام على النحو الآتي :

أ - أوّلَى الصنف الثاني من ذوي الأرحام بالميراث أقربهم درجة إلى المتوفى .

ب - إذا تساوى الصنف الثاني من ذوي الأرحام :

- ١ - في الدرجة والقرابة ، فيقسم الميراث بينهم بالتساوي ، إن كانوا ذكوراً فقط ، أو إناثاً فقط ، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً ، فللذكر مثل حظ الأنثيين .
- ٢ - في الدرجة ، واختلفوا في القرابة ، بأن كان بعضهم من جهة الأب ، وبعضهم من جهة الأم ، فتقسم التركة بينهم أثلاثاً ، الثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم .

(المادة ٣٠٨)

لا اعتبار لتعدد جهات القرابة في وارث من ذوي الأرحام ، إلا عند اختلاف الجانب .

(المادة ٣٠٩)

يكون ترتيب ميراث الصنف الثالث من ذوي الأرحام على النحو الآتي :

- أ - أوّلَى الصنف الثالث من ذوي الأرحام بالميراث أقربهم درجة إلى المتوفى .
- ب - إذا تساوى الصنف الثالث من ذوي الأرحام في الدرجة :

 - ١ - وكان بعضهم يدلي بعاصب وبعضهم يدلي بذّي رحم ، فيقدم من يدلي بعاصب على من يدلي بذّي رحم .
 - ٢ - وفي الإدلاء ، أوّلاهم بالميراث أقواهم قرابة .
 - ٣ - وفي الإدلاء وقوة القرابة ، فيشتركون في الميراث ، وتقسم التركة بينهم بالسوية ، إن كانوا ذكوراً ، أو إناثاً فقط ، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً ، فللذكر مثل حظ الأنثيين .

(المادة ٣١٠)

إذا انفرد في الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة (٣٠٥) قرابة الأب ، وهم أعمام المتوفى لأم ، وعماته مطلقاً ، أو قرابة الأم ، وهم أخوال المتوفى ، وخالاته مطلقاً ، فيقدم أقواهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأحدهما ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساوا في القرابة فيشتركون في الإرث ، وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل على الوجه المتقدم .

(المادة ٣١١)

تطبق أحكام المادة (٣١٠) على الطائفتين الثالثة والخامسة من الصنف الرابع من ذوي الأرحام .

(المادة ٣١٢)

يقدم في الطائفة الثانية من الصنف الرابع من ذوي الأرحام ، الأقرب منهم درجة على الأبعد ، ولو كان من غير جهة قرابته ، وعند التساوي ، واتحاد جهة القرابة يقدم الأقوى ، إن كانوا جميعًا أولاد عاصب أو أولاد ذي رحم ، فإذا كانوا مختلفين فيقدم ولد العاصب على ولد ذي الرحم ، وعند اختلاف جهة القرابة يكون الثالثان لقرابة الأب والثالث لقرابة الأم ، فما ناله كل فريق يقسم بينهم بالطريقة المتقدمة .

(المادة ٣١٣)

تطبق أحكام المادة (٣١٢) على الطائفتين الرابعة والسادسة من الصنف الرابع من ذوي الأرحام .

الفصل السادس

احكام متنوعة

الفرع الأول

ميراث المفقود

(المادة ٣١٤)

- أ - المفقود هو الغائب الذي لا يعرف إن كان حيًا أو ميتًا .
- ب - يحكم القاضي بموت المفقود بعد التحري عنه بكل الوسائل في أي من الحالات الآتية :
 - ١ - قيام دليل على وفاته .
 - ٢ - فقدته في ظروف لا يغلب فيها الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد أو كان قد فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ومضت سنتان على الفقد .
 - ج - يعتبر المفقود ميتًا بعد صدور الحكم بموته من تاريخ فقدته في حق مال الغير ومن

تاريخ صدور الحكم بموته في حق ماله الخاص .

(المادة ٣١٥)

أ - يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته ، فإن ظهر حيًا ،
فيأخذه وإن حكم بموته ، فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة ، وقت موت المورث .
ب - إذا ظهر المفقود حيًا ، بعد الحكم بموته ، فيأخذ ما بقي في يد الورثة من نصيبه
في تركة مورثه .

(المادة ٣١٦)

إذا حكم بموت المفقود ووزعت تركته على ورثته ثم ظهر حيًا فيكون له الباقي في يد
الورثة من تركته ، ولا يعود عليهم بما فات .

الفرع الثاني

ميراث الحمل

(المادة ٣١٧)

يوقف للحمل ، من تركة مورثه ، أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

(المادة ٣١٨)

أ - إذا نقص الموقوف للحمل من التركة عما يستحقه ، فيرجع بالباقي على من
دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة .
ب - إذا زاد الموقوف للحمل من التركة على نصيبه فيها ، فيرد الزائد على من
يستحقه من الورثة .

الفرع الثالث

المقر له بالنسب

(المادة ٣١٩)

أ - إذا أقر المتوفى ، حال حياته ، بالنسب على نفسه ، فلا يتعدى لإقراره إلى الورثة ،
ما لم يستوف الإقرار شروط صحته .

- ب - إذا أقر المتوفى بنسب على غيره ، ولم يثبت بغير الإقرار وفقاً لأحكام هذا القانون ولم يرجع عن إقراره ، فيستحق المقر له تركة المقر ما لم يكن له وارث .
- ج - إذا أقر بعض الورثة لآخر ، بالنسب على مورثهم ، ولم يثبت النسب بغير هذا الإقرار ، فيأخذ المقر له نصيبه من المقر ، دون سواه ما لم يكن محجوباً .

الفرع الرابع

ميراث ولد الزنا وولد اللعان

(المادة ٢٢٠)

يرث ولد الزنا ، وولد اللعان من أمه وقرباتها ، وترته أمه وقرباتها .

الفرع الخامس

ميراث الخنثى المشكل

(المادة ٢٢١)

يكون للخنثى المشكل ، أقل النصيبين على تقدير ذكوره وأنوثة .

الفرع السادس

التخارج

(المادة ٢٢٢)

- أ - التخارج هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة بمقابل معلوم .
- ب - إذا تخارج أحد الورثة لآخر :

- ١ - فيستحق المتخارج له نصيب المتخارج ، ويحل محله في التركة .
- ٢ - فإن كان المدفوع له جزءاً من التركة ، فتطرح سهام المتخارج من أصل المسألة ، وتبقى سهام الباقيين على حالها وإن كان المدفوع له من مالهم ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب المتخارج ، فيقسم عليهم بنسبة ما دفعه كل منهم ؛ فإن لم يعرف المدفوع من كل منهم ، فيقسم نصيبه عليهم بالتساوي .

(المادة ٣٢٣)

يصح التخارج ولو لم تعلم أعيان التركة ومقدارها .

(المادة ٣٢٤)

لا يتم التخارج ، إلا بعد ثبوت الوفاة وانحصار الإرث .

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على نبيه الأمين محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

٥ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي
قانون رقم (٥١) لسنة (١٩٨٤ م)
في شأن الأحوال الشخصية

بعد الاطلاع على المواد (٢ ، ٩ ، ٤٩ ، ٦٥ ، ١٦٦) من الدستور ، وعلى القانون رقم (٦٧) لسنة (١٩٨٠ م) بإصدار القانون المدني ، وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه وقد صدقنا عليه وأصدرناه .

القسم الأول

الزواج

الكتاب الأول

إنشاء الزواج

الباب الأول

مقدمات الزواج

(المادة ١)

الزواج عقد بين رجل وامرأة ، تحل له شرعاً ، غايته السكن ، والإحصان وقوة الأمة .

(المادة ٢)

الخطبة لا تلزم بالزواج ، ومثلها الوعد به ، وقبول المهر ، وقبول أو تبادل الهدايا .

(المادة ٣)

أ - لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها .

ب - إذا لم يحصل عدول ، وتزوجت المخطوبة بآخر فلا يفسخ الزواج .

(المادة ٤)

أ - إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة ، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته

يوم قبضه إن تعذر رد عينه .

- ب - يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه .
ج - إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازًا ، ثم عدل الخطاب ، فلها الخيار بين إعادة المهر ، أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضًا من الجهاز وقت الشراء .

(المادة ٥)

- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة ، وليس ثمة شروط أو عرف :
أ - فإن كان عدوله بغير مقتض ، لم يسترد شيئًا مما أهداه إلى الآخر .
ب - وإن كان العدول بمقتض ، استرد ما أهداه إن كان قائمًا أو قيمته يوم القبض إن كان هالكًا أو مستهلكًا .

(المادة ٦)

- أ - إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين ؛ فإن كان بسبب من أحدهما ، اعتبر عدول الآخر بمقتض ، وطبقت الفقرة « ب » من الماد السابقة وإلا استرد كل منهما ما أهداه إن كان قائمًا .
ب - وإذا انتهت بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج ، لم يسترد شيء من الهدايا .

(المادة ٧)

في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها .

الباب الثاني

أركان الزواج

(المادة ٨)

ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما .

(المادة ٩)

أ - يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه عرفًا أو بأي

لغة .

- ب - ويجوز أن يكون الإيجاب بين الغائبين بالكتابة أو بواسطة رسول .
ج - وعند العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة ، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة .

الباب الثالث

شرائط عقد الزواج

الفصل الأول

الصيغة

(المادة ١٠)

يشترط في الإيجاب والقبول :

- أ - أن يكونا منجزين غير دالين على التوقيت .
ب - موافقة القبول للإيجاب صراحة أو ضمناً .
ج - اتحاد مجلس العقد للعاقدين الحاضرين ، ويبدأ المجلس بين الغائبين منذ اطلاع المخاطب بالإيجاب على مضمون الكتاب ، أو سماعه بلاغ الرسول ، ويعتبر المجلس في هذه الحال مستمراً ثلاثة أيام يصح خلالها القبول ما لم يحدد في الإيجاب مهلة أخرى كافية ، أو يصدر من المرسل إليه ما يفيد الرفض .
د - بقاء الإيجاب صحيحاً إلى حين صدور القبول .
هـ - أن يكون كلٌّ من العاقدين الحاضرين سامعاً كلام الآخر ، فاهماً أن المقصود به الزواج .

(المادة ١١)

- أ - يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين ، بالغين ، عاقلين ، رجلين ، سامعين معاً كلام المتعاقدين ، فاهمين المراد منه .
ب - وتصح شهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية .

الفصل الثاني

العاقدان

الفرع الأول

الحل والحرمة

(المادة ١٢)

يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريمًا مؤبدًا أو مؤقتًا .

المبحث الأول

الحرمان المؤبد

(المادة ١٣)

يحرم على الشخص بسبب النسب :

- أ - أصله وإن علا .
- ب - فرعه وإن نزل .
- ج - فروع أبوية وإن بعدوا .
- د - الطبقة الأولى من فروع أجداده وجداته .

(المادة ١٤)

يحرم على الرجل بسبب المصاهرة :

- أ - من تزوجت أحد أصوله وإن علوا .
- ب - من تزوجت أحد فروعهم وإن نزلوا .
- ج - أصول زوجته وإن علون .
- د - فروع زوجته التي دخل بها دخولاً حقيقياً وإن نزلن .

(المادة ١٥)

يحرم على الشخص فرعه من الزنى وإن نزل ، ولا يحرم سواه بسبب الزنى .

(المادة ١٦)

- أ - يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .
ب - وتثبت حرمان المصاهرة بالرضاع .

(المادة ١٧)

يشترط في التحريم بالرضاع أن يكون في الحولين الأولين ، وأن يبلغ خمس رضعات ، متيقنات ، مشبعات .

المبحث الثاني

الحرمان المؤقتة

(المادة ١٨)

لا ينعقد :

- ١ - زواج المسلمة بغير المسلم .
٢ - زواج المسلم بغير كتائية .
٣ - زواج المرتد عن الإسلام أو المرتدة ، ولو كان الطرف الآخر غير مسلم .

(المادة ١٩)

لا ينعقد زواج الرجل بزوجة غيره أو معتدته .

(المادة ٢٠)

لا يجوز الجمع ولو في العدة بين امرأتين لو فرضت كل منهما ذكراً حرمت عليه الأخرى .

(المادة ٢١)

لا يجوز أن يتزوج الرجل بخامسة قبل أن ينحل زواجه بإحدى زوجاته الأربع وتنقضي عدتها .

(المادة ٢٢)

لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة طلقت منه ثلاث مرات إلا بعد انقضاء عدتها من

زوج آخر ، ودخل بها فعلاً ، في زواج صحيح .
(المادة ٢٣)

لا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة أفسدها على زوجها إلا إذا عادت إلى زوجها الأول
ثم طلقها ، أو مات عنها .

الفرع الثاني

الأهلية والأولية

المبحث الأول

أهلية الزواج والنيابة في عقده

(المادة ٢٤)

- أ - يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ .
ب - وللقاضي أن يأذن بزواج المجنون أو المعتوه ، ذكرًا كان أو أنثى إذا ثبت بتقرير
طبي أن زواجه يفيد في شفائه ، ورضي الطرف الآخر بحالته .

(المادة ٢٥)

لا يصح زواج المكره ولا السكران .

(المادة ٢٦)

يمنع توثيق عقد الزواج ، أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة ، ويتم الفتى
السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق .

(المادة ٢٧)

- أ - يجوز التوكيل في عقد الزواج .
ب - ليس للوكيل أن يزوج من وكله من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة .

(المادة ٢٨)

أ - زواج الفضولي إذا وقع صحيحًا يتوقف على إجازة صاحب الشأن .

ب - إذا تجاوز الوكيل في الزواج حدود وكالته كان فضوليًا .

المبحث الثاني

الولاية في الزواج

(المادة ٢٩)

- أ - الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث ؛ وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي .
ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه ، ذكراً كان أو أنثى .
ب - يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها .

(المادة ٣٠)

الطيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها ، الرأي لها في زواجها ، ولكن لا تبشر العقد بنفسها ، بل ذلك لوليها .

(المادة ٣١)

إذا عضل الولي الفتاة ، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج ، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة ، وعضلوا جميعاً ، أو اختلفوا .

(المادة ٣٢)

للولي غير المحرم أن يزوج نفسه من موليته برضاها .

(المادة ٣٣)

- أ - من بلغ سفيهاً ، أو طرأ عليه السفه ، له أن يزوج نفسه .
ب - إذا كان زواجه بعد الحجر فلولي المال أن يعترض على ما زاد على مهر المثل .

الفرع الثالث

الكفاءة

(المادة ٣٤)

يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوًا للمرأة وقت العقد ، ويثبت حق الفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة .

(المادة ٣٥)

العبرة في الكفاءة بالصلاح في الدين .

(المادة ٣٦)

التناسب في السن بين الزوجين يعتبر حقًا للزوجة وحدها .

(المادة ٣٧)

الولي في الكفاءة من العصبية هو الأب ، فالابن ، فالجد العاصب ، فالأخ الشقيق ، ثم لأب ، فالعم الشقيق ثم لأب .

(المادة ٣٨)

إذا ادعى الرجل الكفاءة ، ثم تبين أنه غير كفاء ، كان لكل من الزوجة ووليها حق الفسخ .

(المادة ٣٩)

يسقط حق الفسخ بحمل الزوجة ، أو بسبق الرضا ، أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج .

الفصل الثاني

الأحكام

(المادة ٤٦)

الزواج الصحيح النافذ اللازم تترتب عليه منذ انعقاده جميع آثاره الشرعية .

(المادة ٤٧)

أ - الزواج الصحيح غير النافذ لا يترتب عليه شيء من الآثار قبل الإجازة ،
أو الدخول .

ب - وإذا أجزى اعتبر نافذاً من وقت العقد .

ج - وبالدخول فيه يأخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول .

(المادة ٤٨)

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج .

(المادة ٤٩)

يكون الزواج باطلاً :

أ - إذا حصل خلل في الصيغة ، أو في أهلية العاقد يمنع انعقاد العقد .

ب - إذا كانت الزوجة من المحارم قرابة ، أو رضاعاً ، أو مصاهرة ، أو زوجة للغير ،
أو معتدته ، أو مطلقة الزوج ثلاثاً ، أو لا يحل الجمع بينهما وبين من في عصمته ؛ أو لا
تدين بدين سماوي .

ج - إذا كان أحد الزوجين مرتدّاً ، أو كان الزوج غير مسلم والمرأة مسلمة .

ويشترط في الفقرتين (ب ، ج) السابقتين ، ثبوت العلم بالتحريم وسببه ، ولا يعتبر
الجهل عذراً إذا كان ادعاؤه لا يقبل من مثل مدعيه .

(المادة ٥٠)

كل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسداً ، ويترتب على
الدخول فيه :

أ - وجوب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل عند التسمية ، ومهر المثل عند عدمها .

ب - ثبوت نسب الأولاد بشرائطه ، ونتائجه المبينة في هذا القانون .

ج - وجوب العدة عقب المفارقة ، رضاء ، أو قضاء ، وبعد الوفاة .

د - حرمة المصاهرة .

(المادة ٦١)

يتأكد المهر كله بالدخول الحقيقي ، أو بالخلوة الصحيحة ، أو بموت أحد الزوجين .

(المادة ٦٢)

إذا قتلت الزوجة زوجها قتلاً مانعاً من الإرث قبل الدخول ، استردَّ منها ما قبضته من المهر ، وسقط ما بقي منه .

وإذا كان القتل بعد الدخول فلا تستحق شيئاً من الباقي .

(المادة ٦٣)

أ - يجب للزوجة نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة .
ب - وإذا قبضت زيادة على النصف ، رجع عليها بالزيادة .

ج - وإذا وهبت لزوجها نصف مهرها أو أكثر ، لا يرجع عليها بشيء في الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وإن كان ما وهبته أقل من نصف المهر رجع عليها بباقي النصف .

(المادة ٦٤)

تجب على المرأة متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل ، إذا وقعت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة في الحالات المبينة في الفقرة (ب) من المادة (٥٥) .

(المادة ٦٥)

يسقط المهر كله أو المتعة إذا وقعت الفرقة بسبب من الزوجة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة .

(المادة ٦٦)

إذا تزوج الرجل في مرض موته بأكثر من مهر المثل يجري على الزيادة حكم الوصية .

(المادة ٦٧)

أ - لا تسمع عند الإنكار دعوى ما يخالف ما جاء بوثيقة الزواج من أصل المهر أو مقداره .

ب - وإذا خلت الوثيقة من بيان المهر ، طبقت المادتان التاليتان .

(المادة ٦٨)

أ - إذا اختلف الزوجان في أصل تسمية المهر بعد تأكيده ، وعجز المدعي عن الإثبات ، قضى بالمسمى عند النكول ، وبمهر المثل عند الحلف ، بشرط ألا يزيد على مادعته الزوجة ، ولا ينقص عما ادعاه الزوج .

ب - ويسري ذلك عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر .

ج - وإذا كان الاختلاف بين ورثة الزوجين قضى بالمسمى إن ثبتت التسمية ، وإلا فبمهر المثل .

د - وإذا كان الاختلاف قبل تأكيد المهر قضى بنصفه إن ثبتت التسمية ، وبالمتمعة إن لم تثبت ، بشرط ألا تزيد على نصف ما تدعيه الزوجة ، ولا تنقص عن نصف ما يدعيه الزوج .

(المادة ٦٩)

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى ، فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً ، فيحكم بمهر المثل ، على ألا يزيد على ما ادعته الزوجة .

ويسري ذلك عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما .

(المادة ٧٠)

أ - تصح الكفالة بالمهر ممن هو أهل للتبرع ، بشرط قبولها في المجلس ، ولو ضمناً .

ب - للزوجة أن تطالب الزوج ، أو الكفيل ، أو هما معاً ، وللكفيل أن يرجع على الزوج إن كفل بإذنه .

ج - الكفالة في مرض موت الكفيل في حكم الوصية .

(المادة ٧١)

يصح تعليق الكفالة بالشرط الملائم ، ولا تنقضي بموت الكفيل ، أو المكفول له ، أو المكفول عنه .

الفصل الثاني الجهاز ومتاع البيت

(المادة ٧٢)

أ - لا تلزم الزوجة بشيء من جهاز منزل الزوجية ، فإذا أحضرت شيئاً منه كان ملكاً لها .

ب - للزوج أن ينتفع بما تحضره الزوجة من جهاز ، ما دامت الزوجية قائمة ، ولا يكون مسؤولاً عنه إلا في حالة التعدي .

(المادة ٧٣)

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لهما ، فالقول للزوجة مع يمينها فيما يعرف للنساء ، وللرجل مع يمينه فيما عدا ذلك .

ويسري هذا الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر ، أو بين ورثتهما .

الفصل الثالث

نفقة الزوجية

الفرع الأول

أحكامها العامة

(المادة ٧٤)

تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح ، ولو كانت موسرة ، أو مختلفة معه في الدين ، إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً .

(المادة ٧٥)

تشمل النفقة الطعام ، والكسوة ، والسكن ، وما يتبع ذلك من تطيب ، وخدمة وغيرهما حسب العرف .

(المادة ٧٦)

تقدر النفقة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً ، مهما كانت حال الزوجة ، على

ألا تقل عن الحد الأدنى لكفاية الزوجة .

(المادة ٧٧)

- أ - تجوز زيادة النفقة ونقصها بتغير حال الزوج أو أسعار البلد .
 ب - ولا تسمع دعوى الزيادة أو النقص قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في الحالات الاستثنائية الطارئة .
 ج - وتكون الزيادة أو النقص من تاريخ الحكم .

(المادة ٧٨)

- أ - تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه دينًا على الزوج لا يتوقف على القضاء أو التراضي ، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء مع مراعاة الفقرة التالية .
 ب - ولا تسمع الدعوى بها عن مدة سابقة تزيد على سنتين نهايتهما تاريخ رفع الدعوى ، إلا إذا كانت مفروضة بالتراضي .
 ج - وإذا كان الزوج غير مقر بهذا التراضي ، فلا يثبت إلا بالكتابة .

(المادة ٧٩)

- أ - للقاضي في أثناء نظر دعوى النفقة أن يأمر الزوج بأداء نفقة مؤقتة إلى الزوجة إذا طلبت ذلك ، وتتجدد شهريًا حتى يفصل نهائيًا في الدعوى .
 ويكون هذا الأمر واجب التنفيذ فورًا .
 ب - وللزوج أن يحط أو يسترد ما أداه ، طبقًا للحكم النهائي .

(المادة ٨٠)

إذا طلبت الزوجة مقاصة دين نفقتها بما عليها لزوجها أجيبت إلى طلبها ، ولو بدون رضا .

(المادة ٨١)

إذا طلب الزوج المقاصة بين نفقة زوجته ودين له عليها ، لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كانت موسرة ، قادرة على أداء الدين من مالها .

(المادة ٨٢)

تقدم نفقة الزوجة في التنفيذ على مال الزوج ، وإن لم يتسع لسواها .

(المادة ٨٣)

أ - تصح الكفالة بنفقة الزوجية ماضية كانت ، أو حاضرة ، أو مستقبلة ، سواء أفرضت قضاء ، أو رضاء ، أم لم تفرض .

ب - تسري أحكام المادتين (٧٠ ، ٧١) على الكفالة بالنفقة .

الفرع الثاني

أحكام المسكن والطاعة

(المادة ٨٤)

أ - على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله .

ب - وعليها بعد قبض معجل المهر أن تسكن معه .

(المادة ٨٥)

ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد بغير رضاها .

(المادة ٨٦)

ليس للزوج أن يسكن أحدًا مع زوجته سوى أولاده غير المميزين ، ومن تدعو الضرورة إلى إسكانه معه من أولاده الآخرين ، ووالديه بشرط ألا يلحق الزوجة من هؤلاء ضرر .

(المادة ٨٧)

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

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

ج - ويكون امتناعها بمسوخ إذا كان الزوج غير أمين عليها ، أو لم يدفع معجل المهر ، أو لم يعد المسكن الشرعي ، أو امتنع عن الإنفاق عليها ، ولم تستطع تنفيذ حكم نفقتها ، لعدم وجود مال ظاهر له .

(المادة ٨٨)

لا يجوز تنفيذ حكم الطاعة جبراً على الزوجة .

(المادة ٨٩)

لا يكون نشوزاً خروج الزوجة لما هو مشروع ، أو لعمل مباح ما لم يكن عملها منافياً لمصلحة الأسرة .

(المادة ٩٠)

على الزوجة أن تنتقل مع زوجها إلا إذا رأت المحكمة أن المصلحة في عدم انتقالها .

(المادة ٩١)

للزوجة أن تسافر مع محرم لأداء فريضة الحج ، ولو لم يأذن الزوج ، وتستمر لها نفقة الحضر مدة السفر .

الباب السادس

دعوى الزوجية

(المادة ٩٢)

في الحوادث الواقعة من تاريخ العمل بهذا القانون :

أ - لا تسمع الواقعة عند الإنكار دعوى الزوجية ، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية أو سبق الإنكار لإقرار بالزوجية في أوراق رسمية .

ويستثنى مما ذكر ما إذا كانت الدعوى سبباً لدعوى نسب مستقل ، أو نسب يتوصل به إلى حق آخر ، ويكون الحكم بالنسب في ذلك حكماً بالزوجية تبعاً .

ب - ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن خمس عشرة سنة أو سن الزوج عن سبع عشرة سنة وقت رفع الدعوى .

(المادة ٩٣)

يكون أهلاً لدعوى الزوجية ، ولجميع الآثار المترتبة عليها كل عاقل بلغ السن المبينة في المادة السابقة .

(المادة ٩٤)

ترفع الدعوى على الزوجة وحدها ، ولكن إذا كان الزوجان متصادقين على زواج يشترط فيه رضا الولي ، وجب اختصاصه أيضاً .

(المادة ٩٥)

إذا ادعت الزوجة على ذات زوج ظاهر وجب اختصاصه أيضاً .

(المادة ٩٦)

أ - لا تصح دعوى الزوجية إذا سبق من المدعي ما يناقضها تناقضاً مستحكماً .
ب - من أقر بحرمة امرأة عليه بالرضاع ، ثم ادعى الزوجية ، يفتنر تناقضه ، إذا رجع عن إقراره قبل الدعوى .

الكتاب الثاني

فرق الزواج

الباب الأول

أحكام عامة

(المادة ٩٧)

الطلاق هو حل عقدة الزواج الصحيح بإرادة الزوج ، أو من يقوم مقامه ، بلفظ مخصوص ، وفق المادة (١٠٤) .

(المادة ٩٨)

أ - الطلاق نوعان : رجعي ، وبائن .
ب - الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية قبل مضي العدة .

ج - والطلاق البائن يزيل الزوجية في الحال .

(المادة ٩٩)

فسخ الزواج هو نقض عقده ، عند عدم لزومه ، أو حيث يتمتع بقاؤه شرعًا ، وهو لا ينقص عدد الطلقات .

(المادة ١٠٠)

أ - يتوقف الفسخ في جميع الأحوال على قضاء القاضي ، ولا يثبت له حكم قبل القضاء .

ب - ولكن إذا كان سبب الفسخ يجعل المرأة محرمة على الرجل ، وجبت الحيلولة بين الزوجين من وقت وجود موجب الفسخ حتى حكم القاضي .

(المادة ١٠١)

أ - فسخ الزواج بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة يوجب للمرأة من المهر المسمى أو من مهر المثل عند عدم التسمية مقدارًا مناسبًا بحسب بكارة المرأة أو ثبوتها والمدة التي قضتها مع الزوج قبل الفسخ .

ب - إذا كان الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام استحققت الزوجة جميع المهر .

الباب الثاني

الفرقة بالإرادة

الفصل الأول

الطلاق

(المادة ١٠٢)

يقع طلاق كل زوج عاقل ، بالغ ، مختار ، واع لما يقول ، فلا يقع طلاق المجنون ، والمعته ، والمكره ، والمخطئ ، والسكران ، والمدهوش ، والغضبان إذا غلب الخلل في أقواله وأفعاله .

(المادة ١٠٣)

لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح ، وغير معتدة .

(المادة ١٠٤)

- أ - يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً ، ولا يقع بلفظ الكتابة إلا بالنية .
ب - ويقع بالكتابة عند العجز عن النطق به .
ج - ويقع بالإشارة المفهومة عند العجز عن النطق والكتابة .

(المادة ١٠٥)

يشترط في الطلاق أن يكون منجزاً .

(المادة ١٠٦)

للزوج أن يوكل غيره بالطلاق ، وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن الزوج ، وتنتهي الوكالة بالعرل ، بشرط علم الوكيل .

(المادة ١٠٧)

يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات .

(المادة ١٠٨)

إذا تزوجت المطلقة بآخر انهدم بالدخول طلاقات الزوج السابق ، ولو كانت دون الثلاث ، فإذا عادت إليه ملك عليها ثلاثاً جديدة .

(المادة ١٠٩)

الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدة .

(المادة ١١٠)

كل طلاق يقع رجماً إلا الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل ، والطلاق المكمل للثلاث ، وما نص على كونه بائناً في هذا القانون .

الفصل الثاني

الخلع

(المادة ١١١)

أ - الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه ، بلفظ الخلع ، أو الطلاق ، أو المارأة ، أو ما في معناها .

ب - ولا يملك الخلع غير الزوجين ، أو من يوكلانه .

(المادة ١١٢)

يشترط لصحة المخالعة أهلية الزوجين لإيقاع الطلاق ، وفق هذا القانون .

(المادة ١١٣)

لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

(المادة ١١٤)

كل ما صح التزامه شرعًا صلح أن يكون عوضًا في الخلع .

(المادة ١١٥)

يجب العوض المتفق عليه في الخلع ، ويسقط به شيء لم يجعل عوضًا عنه .

(المادة ١١٦)

يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع عليه ، أن يكون خلع الزوجة اختيارًا منها ، دون إكراه أو ضرر .

(المادة ١١٧)

أ - إذا اشترط في المخالعة أن تقوم الأم بإرضاع الولد ، أو حضانته دون أجر ، أو بالإنفاق عليه مدة معينة ، فلم تقم بما التزمت به ، كان للأب أن يرجع بما يعادل نفقة الولد ، أو أجرة رضاعه أو حضانته .

ب - وإذا كانت الأم معسرة يجبر الأب على نفقة الولد ، وتكون دينًا عليها .

(المادة ١١٨)

إذا اشترط الأب في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة ، صح الخلع وبطل الشرط ، وكان للحاضنة أخذ الولد ، ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانته .

(المادة ١١٩)

يصح خلع المريضة مرض الموت ، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة .
فإن ماتت وهي في العدة ، فللمخالع الأقل من ميراثها ، ومن العوض ، ومن ثلث المال .

وإن ماتت بعد العدة ، أو قبل الدخول ، فله الأقل من العوض ، ومن ثلث المال .

الباب الثالث

الفرقة بالقضاء

الفصل الأول

التطليق لعدم الإنفاق

(المادة ١٢٠)

أ - إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ، وليس له مال ظاهر ، ولم يثبت إعساره ، فلزوجته طلب التطليق ، ويطلق القاضي عليه في الحال وله أن يتوقى التطليق بدفع نفقتها الواجبة من تاريخ رفع الدعوى .

ب - إذا أثبت الزوج إعساره ، أو كان غائباً في مكان معلوم أو محبوساً ، وليس له مال ظاهر ، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ولا تجاوز ثلاثة أشهر ، مضافاً إليها المواعيد المقررة للمسافة ليؤدي النفقة المذكورة ، فإن لم ينفق طلقها عليه .

ج - إذا كان الزوج غائباً في مكان مجهول ، أو مفقوداً ، وليس له مال ظاهر ، طلق عليه القاضي بلا إمهال .

(المادة ١٢١)

تطليق القاضي بعدم الإنفاق يقع رجعيًا .

وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا أثبت للمحكمة إيساره بحيث يقدر على مداومة نفقتها ، واستعداده للإنفاق .

(المادة ١٢٢)

إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الإنفاق أكثر من مرتين وطلبت الزوجة التطليق لضرر طلقها القاضي عليه بائناً .

الفصل الثاني

التطليق للإيلاء

(المادة ١٢٣)

إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك مسيس زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر ، أو دون تحديد مدة ، واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر ، طلقها عليه القاضي طلاقة رجعية بطلبها .

(المادة ١٢٤)

إذا استعد الزوج للفيء قبل التطليق ، أجله القاضي مدة مناسبة ، فإن لم يفئ طلق عليه .

(المادة ١٢٥)

يشترط لصحة الرجعية في التطليق للإيلاء أن تكون بالفيء فعلاً في أثناء العدة ، إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول .

الفصل الثالث

التفريق للضرر

(المادة ١٢٦)

لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده ، أن يطلب التفريق ، بسبب إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً ، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما .

(المادة ١٢٧)

على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين ؛ فإذا تعذر ، عينت حكماً للتحكيم أو التفريق .

(المادة ١٢٨)

يشترط في الحكمين : أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم ، والقدرة على الإصلاح .

(المادة ١٢٩)

على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق ، ويذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة .

(المادة ١٣٠)

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

- أ - فإن تبين أن الإساءة كلها من الزوج ، وكانت الزوجة طالبة للتفريق اقترح الحكمان التفريق ، وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق ، وإن كان الزوج طالبا للتفريق ، اقترح الحكمان رفض دعواه .
- ب - وإن كانت الإساءة كلها من الزوجة ، اقترحا التفريق بين الزوجين ، نظير رد ما قبضته من المهر ، وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق .
- ج - وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة .
- د - وإن لم يعرف المسيء من الزوجين ، فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترح رفض دعواه ، وإن كانت الزوجة هي الطالبة ، أو كان كل منها يطلب التفريق ، اقترح الحكمان التفريق دون عوض .
- هـ - التفريق للضرر يقع طلاقه بائنة .

(المادة ١٣١)

أ - على الحكمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلاً ، وللقاضى أن يحكم

بمقتضاه ، إذا كان موافقاً لأحكام المادة السابقة .

ب - وإذا اختلف الحكمان ، ضمت المحكمة إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين ، قادراً على الإصلاح .

(المادة ١٣٢)

أ - يرفع المحكمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق ، أو بالأكثرية إلى المحكمة ، لتفصل في الدعوى ، وفق المادة (١٣٠) .

ب - وإذا تفرقت آراؤهم ، أو لم يقدموا تقريراً ، سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية .

(المادة ١٣٣)

يثبت الضرر بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين .

(المادة ١٣٤)

يكفي في إثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين ، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر .

(المادة ١٣٥)

تقبل شهادة القريب ، ومن له صلة بالمشهود له ، متى كانوا أهلاً للشهادة .

الفصل الرابع

التضيق للغيبه أو الحبس

(المادة ١٣٦)

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته أن تطلب تطليقها ، إذا تضررت من غيبته ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

(المادة ١٣٧)

أ - إن أمكن إعلان الغائب ، ضرب له القاضي أجلاً ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه ، إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل

ولم يبد عذرا مقبولاً ، فرق القاضي بتطبيقه بائنة .
 ب - وإن لم يمكن إعلان الغائب ، فرق القاضي بلا إعدار ولا أجل .

(المادة ١٣٨)

إذا حبس الزوج ، تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية ، مدة ثلاث سنين فأكثر ، جاز لزوجته أن تطلب التطلق عليه بائناً بعد مضي سنة من حبسه ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

الفصل الخامس

الفسخ للغيب

(المادة ١٣٩)

لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفرة أو المضرة ، أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده .
 ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالغيب قبل العقد ، أو رضي به صراحة بعده .

(المادة ١٤٠)

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

(المادة ١٤١)

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

(المادة ١٤٢)

يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة وفي معرفة العيوب

التي يطلب الفسخ بسببها .

الفصل السادس الفسخ لاختلاف الدين

(المادة ١٤٣)

أ - إذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلما معاً ، فزواجهما باق .
ب - وإذا أسلم الزوج وحده وزوجته كتائية ، فالزواج باق ، وإن كانت غير كتائية ،
عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت أو صارت كتائية ، بقي الزواج ، وإن أبت فسخ
الزواج .

ج - وإذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج ، إن كان أهلاً للعرض
فإن أسلم بقي الزواج ، وإن أبت فسخ الزواج .
وإن لم يكن أهلاً للعرض فسخ الزواج في الحال ، إن كان إسلامها قبل الدخول ،
وبعد انقضاء العدة إن أسلمت بعد الدخول .

(المادة ١٤٤)

أ - يشترط لبقاء الزوجية في الأحوال السابقة ، ألا يكون بين الزوجين سبب من
أسباب التحريم المبينة في هذا القانون .
ب - في جميع الأحوال لا يجوز البحث في صدق من يعلن إسلامه ، ولا في
الباعث على اعتناق الإسلام .

(المادة ١٤٥)

أ - إذا ارتد الزوج فسخ الزواج ، لكن إذا وقعت الردة بعد الدخول ، وعاد إلى
الإسلام خلال العدة ، لغا الفسخ ، وعادت الزوجية .
ب - وإذا ارتدت الزوجة فلا يفسخ الزواج .

الفصل السابع

المفقود

(المادة ١٤٦)

يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده ، وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض أمر المدة إلى القاضي ؛ وذلك بعد التحري عنه لمعرفة إن كان حيًا أو ميتًا .

(المادة ١٤٧)

بعد الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاء من وقت صدور الحكم .

(المادة ١٤٨)

إذا جاء المفقود ، أو تبين أنه حي ، فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني ، غير عالم بحياة الأول ، وإلا كانت للثاني ، ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول .

الباب الرابع

آثار فُرق الزواج

الفصل الأول

آثارها في الزوجية

(المادة ١٤٩)

للزوج أن يراجع مطلقته رجعيًا ما دامت في العدة ، بالقول أو بالفعل ، ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط .

(المادة ١٥٠)

- ١ - يشترط في الرجعة بالقول :
- أ - أن تكون منجزة .
- ب - أن تكون بحضور شاهدين : رجلين أو رجل وامرأتين أو بإشهاد رسمي .

ج - أن تعلم بها الزوجة .

٢ - وتعتبر الكتابة من الرجعة بالقول .

(المادة ١٥١)

إذا ادعى المطلق بقاء حقه في الرجعة لقيام العدة بالحيض ، وأنكرت المطلقة ذلك ، صدقت يمينها ، إن كانت المدة تحتمل انقضاء العدة .

(المادة ١٥٢)

تبين المطلقة رجعيًا بانقضاء العدة دون مراجعتها .

(المادة ١٥٣)

للمطلق أن يتزوج مطلقة بائنًا بينونة صغرى في العدة أو بعدها ، بعقد ومهر جديدين .

(المادة ١٥٤)

الطلاق البائن بينونة كبرى يمنع الزواج ، ما لم تتوافر الشروط المذكورة في المادة (٢٢) .

الفصل الثاني

العدة

الفرع الأول

أحكامها العامة

(المادة ١٥٥)

تجب العدة على المرأة :

أ - بالفرقة بعد الدخول أو الخلوة ، صحيحة أو فاسدة لمانع شرعي في الزواج

الصحيح ، وبعد الدخول في الزواج الفاسد .

ب - بوفاة الزوج في زواج صحيح .

ج - بالدخول بشبهة .

(المادة ١٥٦)

تبدأ العدة :

- أ - في الزواج الصحيح من تاريخ وقوع الطلاق ، أو وفاة الزوج .
- ب - في الزواج الفاسد من تاريخ الممارسة ، أو وفاة الرجل .
- ج - في الدخول بشبهة من تاريخ آخر ميسس .
- د - في التفريق القضائي من تاريخ الحكم النهائي به .

(المادة ١٥٧)

- أ - تربص المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح أربعة أشهر وعشرة أيام منذ وفاته ، إن لم تكن حاملاً .
- ب - عدة الحامل تنقضي بوضع حملها ، أو سقوطه مستتبناً بعض أعضائه .
- ج - عدة غير الحامل ، في غير حالة الوفاة :
- ١ - ثلاث حيضات كوامل في مدة لا تقل عن ستين يوماً لذوات الحيض .
- ٢ - تسعون يوماً لمن لم تر الحيض أصلاً ، أو بلغت سن اليأس ، وانقطع حيضها ؛ فإن جاءها الحيض قبل انقضائها ، استؤنفت العدة بثلاث حيضات .
- ٣ - تسعون يوماً لممتدة الدم ، إن لم تكن لها عادة معروفة ؛ فإن كان لها عادة تذكرها اتبعتها في حساب العدة .
- ٤ - أقل الأجلين من ثلاث حيضات ، أو سنة لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس .
- ٥ - أبعد الأجلين من عدة الطلاق ، أو عدة الوفاة للمبانة بطلاق الفرار من الإرث ، إذا توفي مطلقها قبل تمام عدتها .

(المادة ١٥٨)

- أ - إذا توفي زوج المطلقة رجعيًا أثناء عدتها ، تستأنف عدة الوفاة بتربص أربعة أشهر وعشرة أيام منذ وفاته .
- ب - في البيونة من طلاق ، أو فسخ ، إذا توفي الرجل أثناء العدة ، تتم المرأة عدتها ، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة ، وذلك مع مراعاة حكم الحالة (٥) في الفقرة (ج) بالمادة

السابقة .

ج - المدخول بها بشبهة في عقد فاسد ، أو دون عقد ، إذا توفي عنها الرجل ، فعدتها عدة الفرقة لا عدة الوفاة .

(المادة ١٥٩)

المرأة التي بانث من زوجها بعد الدخول إذا تزوجها أثناء العدة ثم طلقها قبل دخول جديد ؛ تتم عدتها السابقة .

(المادة ١٦٠)

في جميع الأحوال لا تزيد العدة على سنة واحدة .

الفرع الثاني

آثار العدة

(المادة ١٦١)

أ - على المعتدة من طلاق رجعي أن تقضي عدتها في بيت الزوجية إلا عند الضرورة ، فتنتقل إلى البيت الذي يعينه القاضي .

ب - وتعتبر ناشزة إذا خرجت من البيت بغير مسوغ .

(المادة ١٦٢)

تجب النفقة للمعتدة من طلاق ، أو فسخ ، أو من دخول في زواج فاسد ، أو بشبهة .

(المادة ١٦٣)

تعتبر نفقة العدة دينًا في ذمة الرجل من تاريخ وجوبها ، ولا تسقط إلا بالأداء والإبراء ، ويراعى في فرضها حاله يسرًا وعسرًا .

(المادة ١٦٤)

لا نفقة لمعتدة من وفاة ، ولو كانت حاملًا .

الفصل الثالث التعويض بسبب الفرقة

(المادة ١٦٥)

- أ - إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة ، سوى نفقة عدتها ، متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة ، حسب حال الزوج ، تؤدي إليها على أقساط شهرية ، أثر انتهاء عدتها ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في القدر أو الأداء .
- ب - يستثنى من حكم الفقرة السابقة :
- ١ - التطليق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج .
 - ٢ - التفريق للضرر إذا كان بسبب من الزوجة .
 - ٣ - الطلاق برضا الزوجة .
 - ٤ - فسخ الزواج بطلب من الزوجة .
 - ٥ - وفاة أحد الزوجين .

الكتاب الثالث

الولادة وآثارها

الباب الأول

ثبوت النسب

الفصل الأول

أحكام عامة

(المادة ١٦٦)

أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية ، وأكثرها خمسة وستون وثلاثمائة يوم .

(المادة ١٦٧)

لا يثبت النسب بالتبني ، ولو كان الولد المتبنى مجهول النسب .

(المادة ١٦٨)

لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب ، أو لا يمكن أن يأتي منه الولد لمانع خلقي أو مرضي ، وللمحكمة عند النزاع في ذلك أن تستعين بأهل الخبرة من المسلمين .

الفصل الثاني

النسب في الزواج الصحيح

(المادة ١٦٩)

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

١ - مضي أقل مدة الحمل على عقد الزواج .

٢ - ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي من تاريخ العقد إلى الولادة ، أو حدث بعد الزواج واستمر أكثر من خمسة وستين وثلاثمائة يوم .
فإذا زال المانع ، يشترط انقضاء أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال .

ب - إذا انتفى أحد هذين الشرطين لا يثبت النسب إلا بإقرار الزوج .

(المادة ١٧٠)

أ - إذا ولدت المعتدة رجعيًا في أثناء عدتها ثبت النسب من المطلق .

ب - وإن ولدت بعد انقضاء عدتها بمضي المدة أو بإقرارها بالانقضاء لا يثبت النسب إلا إذا ولدت قبل مضي ستة أشهر قمرية من تاريخ اعتبار العدة منقضية .
وتكون الولادة حينئذٍ دليل الرجعة ، واستمرار الزوجية .

(المادة ١٧١)

أ - معتدة البائن أو الوفاة إذا لم تقر بانقضاء عدتها ، يثبت نسب ولدها إذا جاءت به خلال سنة ، خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ البينة أو الوفاة .

ب - ومع مراعاة أحكام الإقرار بالنسب إذا جاءت به أكثر من هذه المدة لا يثبت نسبه .

ج - وإذا أقرت بانقضاء عدتها في مدة تحمله ، يثبت النسب إذا ولدت لأقل من ستة أشهر قمرية من وقت إقرارها ، ولأقل من خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت البيونة أو الوفاة .

الفصل الثالث

النسب في الزواج الفاسد والدخول بشبهة

(المادة ١٧٢)

- أ - يثبت نسب الولد من الرجل في الزواج الفاسد ، أو الدخول بشبهة إذا ولد لسته أشهر قمرية فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي .
- ب - وإذا ولد بعد المتاركة أو التفريق لا يثبت نسبه إلا إذا كانت الولادة قبل مضي خمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ المتاركة أو التفريق .

الفصل الرابع

الإقرار بالنسب

(المادة ١٧٣)

- أ - إقرار الرجل بينة مجهول النسب ، ولو في مرض الموت ، يثبت به النسب إن لم يكذبه العقل أو العادة ، ولم يقل إنه من الزنى ، ولا يشترط تصديق المقر له إلا إذا كان مكلّفًا .
- ب - وإقرار مجهول النسب بأبوة رجل له يثبت به النسب ، متى توافرت الشروط المذكورة في الفقرة السابقة .

(المادة ١٧٤)

- أ - يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها ، متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ، ولم تكن متزوجة ، أو معتدة وقت ولادته .
- ب - ويثبت نسبه من الأم بإقراره إذا توافرت الشروط الواردة في الفقرة السابقة .

(المادة ١٧٥)

الإقرار بما فيه تحميل النسب على الغير لا يثبت به النسب .

الباب الثاني

نفي النسب

(اللعان)

(المادة ١٧٦)

في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل ، أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة ، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها ، بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحةً أو ضمناً .

(المادة ١٧٧)

يجب أن تُتخذ إجراءات دعوى اللعان خلال خمسة عشر يوماً من وقت الولادة ، أو العلم بها .

(المادة ١٧٨)

إذا جرى اللعان بين الرجل والمرأة ، نفى القاضي نسب الولد عن الرجل ، ولا تجب نفقته عليه ، ولا يرث أحدهما الآخر ، وألحق الولد بأمه .

(المادة ١٧٩)

إذا اعترف الرجل بما يفيد كذبه في الاتهام ، ونفي النسب ، لزمه نسب الولد ، ولو بعد الحكم بنفيه ، وجاز له أن يتزوج المرأة .

(المادة ١٨٠)

الفرقة باللعان فسخ .

الباب الثالث

دعوى النسب

(المادة ٨١)

من تاريخ العمل بهذا القانون :

لا تسمع دعوى الإقرار بالنسب عند الإنكار إلا إذا كان الإقرار ثابتاً بورقة رسمية ، أو عُرفية ، مكتوبة كلها بخط المقر ، وعليها توقيعه ، أو كان مصدقاً على التوقيع عليها .

(المادة ٨٢)

يشترط لصحة دعوى النسب أن تكون مشتملة على سببه .

(المادة ٨٣)

الخَصْمُ في دعوى النسب هو صاحب الحق فيه ، أو من يتوقف حقه على إثباته .

(المادة ٨٤)

أ - يُغتفر التناقض في دعوى البنوة والأبوة ، ولا يُغتفر فيما عداهما .

ب - يرفع التناقض بالتوفيق الفعلي ، أو بتصديق الخصم ، أو بتكذيبه بقضاء القاضي .

(المادة ٨٥)

الحكم الصادر في النسب لا يكون حجة إلا على من كان طرفاً في الخصومة فيه .

الباب الرابع

الرضاع

(المادة ٨٦)

يجب على الأم إرضاع ولدها إن لم يمكن تغذيته من غير لبنها .

(المادة ١٨٧)

أجرة الرضاع تستحق من وقت الإرضاع ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

(المادة ١٨٨)

أ - لا تستحق الأم أجرة إرضاع حال قيام الزوجية ، أو في عدة للأب ، تستحق فيها نفقة .

ب - لا تستحق أجرة الإرضاع لأكثر من حولين من وقت الولادة .

الباب الخامس

الحضانة

(المادة ١٨٩)

أ - حق الحضانة للأم ، ثم لأمها وإن علت ، ثم للخالة ، ثم خالة الأم ، ثم عمه الأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الأب ، ثم الأخت ، ثم العمه ، ثم عمه الأب ، ثم خالة الأب ، ثم بنت الأخ ، ثم بنت الأخت ، بتقديم الشقيق ، ثم لأم ، ثم لأب في الجميع .

ب - إذا لم يوجد مُستحق للحضانة من هؤلاء ، انتقل الحق في الحضانة إلى الوصي المختار ، ثم الأخ ، ثم الجد العاصب ، ثم الجد الرحمي ، ثم ابن الأخ ، ثم العم ، ثم ابنه ، بتقديم الشقيق ، ثم لأم ، ثم لأب ، متى أمكن ذلك .

ج - إذا تساوى المستحقون للحضانة اختار القاضي الأصلح منهم للمحضون .

(المادة ١٩٠)

أ - يشترط في مستحق الحضانة : البلوغ ، والعقل ، والأمانة ، والقدرة على تربية المحضون ، وصيانته صحياً ، وخلقياً .

ب - ويُشترط في الحاضن أن يكون محرماً للأنتى ، وعنده من يصلح للحضانة من النساء .

(المادة ١٩١)

أ - إذا تزوجت الحاضنة بغير محرّم للمحضون ، ودخل بها الزوج ، تسقط حضانتها .

ب - سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة ، بلا عذر ، بعد علمه بالدخول ، يسقط حقه في الحضانة . وادعاء الجهل بهذا الحكم لا يعد عُذْرًا .

(المادة ١٩٢)

الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم ، حتى يعقل الأديان ، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام ، وإن لم يعقل الأديان .
وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره .

(المادة ١٩٣)

لا يسقط حق الحضانة بالإسقاط ، وإنما يمتنع بموانعه ، ويعود بزوالها .

(المادة ١٩٤)

تنتهي حضانة النساء للغلام بالبلوغ ، وللأنثى بزواجها ، ودخول الزوج بها .

(المادة ١٩٥)

أ - ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى دولة أخرى للإقامة إلا بإذن وليه ، أو وصيه .

ب - ليس للولي أبًا كان أو غيره أن يسافر بالمحضون سفر إقامة في مدة حضانتهم إلا بإذن حاضنته .

(المادة ١٩٦)

أ - حق الرؤية للأبوين وللأجداد فقط .

ب - وليس للحاضن أن يمنع أحد هؤلاء من رؤية المحضون .

ج - وفي حالة المنع ، وعدم الرغبة في الذهاب لرؤية الولد عند الآخر ، يعين القاضي موعدًا دوريًا ، ومكانًا مناسبًا لرؤية الولد يتمكن فيه بقية أهله من رؤيته .

(المادة ١٩٧)

للحاضنة قبض نفقة المحضون ، ومنها أجرة سكنه .

(المادة ١٩٨)

يجب على من يلزم بنفقة المحضون أجرة مسكن حضائته ، إلا إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه ، أو مخصصاً لسكناها .

(المادة ١٩٩)

أ - لا تستحق الحاضنة أجرة حضائته ، إذا كانت زوجة للأب ، أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه ، أو في أثناء مدة التمتع المحكوم بها للحاضنة على أبي الصغير .
ب - تجب للحاضنة أجرة حضائته حتى يبلغ الصغير سبع سنين ، والصغيرة تسعاً .

الباب السادس

نفقة الأقارب

(المادة ٢٠٠)

لا نفقة للأقارب سوى الأصول وإن علوا ، والفروع وإن نزلوا .

(المادة ٢٠١)

تجب على الولد المؤسر ، ذكراً كان أو أنثى نفقة والديه ، وأجداده ، وجداته الفقراء ، وإن خالفوه في الدين ، أو كانوا قادرين على الكسب .
وعند تعدد الأولاد تكون النفقة عليهم بحسب يسارهم .

(المادة ٢٠٢)

يجب على الأب المؤسر وإن علا نفقة ولده الفقير ، العاجز عن الكسب وإن نزل ، حتى يستغني .

(المادة ٢٠٣)

أ - إذا كان الأب مُعسراً ، والأم مُوسرة ، تجب عليها نفقة ولدها ، وتكون ديناً على الأب ، ترجع به عليه إذا أيسر ، وكذلك إذا كان الأب غائباً ، ولا يمكن استيفاء النفقة منه .

ب - إذا كان الأب والأم مُعسرين ، وجبت النفقة على من تلزمه ، لولا الأبوان ، وتكون دينًا على الأب ، يرجع به المنفق على الأب إذا أيسر .

(المادة ٢٠٤)

إذا تعدد المستحقون للنفقة ، ولم يكن في يسار من تجب عليه النفقة ما يكفي جميعهم ، قدمت نفقة الزوجة ، ثم أولاده ، ثم الأم ، ثم الأب .

(المادة ٢٠٥)

تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى ، أو التراضي عليها ، وتعتبر دينًا في ذمة من وجبت عليه ، لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

(المادة ٢٠٦)

لا تجري المقاصة بين نفقة الولد المستحقة على أبيه ، ودين الأب على الحاضنة .

(المادة ٢٠٧)

يسري على نفقة الأقارب حكم المادة (٧٩) من هذا القانون .

الباب السابع

الولاية على النفس

(المادة ٢٠٨)

مع مراعاة أحكام المواد : (٢٩ - ٣٣) .
يخضع للولاية على النفس الصغير والصغيرة إلى أن يبلغا شرعًا ، أو يتما الخامسة عشرة من العمر ، عاقلين ، كما يخضع لها البالغ المجنون ، أو المعتوه ، ذكراً ، أو أنثى .

(المادة ٢٠٩)

أ - الولاية على النفس للأب ، ثم للجد العاصب ، ثم للعاصب بنفسه حسب ترتيب الإرث ، بشرط أن يكون مَحْرُمًا .

ب - عند تعدد المستحقين للولاية ، واستوائهم ، تختار المحكمة أصلحهم .

ج - فإن لم يوجد مستحق ، عينت المحكمة الصالح من غيرهم .

(المادة ٢١٠)

مع مراعاة أحكام الحضانة :

يقوم الولي على النفس بالإشراف على شؤون المحضون وحفظه ، وتربيته ، وتعليمه وإعداده إعدادًا صالحاً .

(المادة ٢١١)

أ - يشترط في الولي أن يكون أمينًا على القاصر ، قادرًا على تدير شؤونه ، متحدثًا معه في الدين .

ب - إذا فقد الولي أحد هذه الشروط سُلبت ولايته .

(المادة ٢١٢)

في حالة عدم تعيين ولي على القاصر ، أو سلب الولاية ، تُعهد المحكمة بالقاصر إلى الأمين ، أو جهة خيرية ، حتى يفصل في موضوع الولاية .

القسم الثاني

الوصية

الباب الأول

احكام عامة

الفصل الأول

تعريف الوصية ، وركانها ، وشرايطها

(المادة ٢١٣)

الوصية تصرف في التركة ، مضاف إلى ما بعد الموت .

(المادة ٢١٤)

تتعقد الوصية بالعبرة أو الكتابة ، فإذا كان الموصي عاجزًا عنهما انعقدت بإشارته

المفهومة . ولا تسمع عند الإنكار في الحوادث الواقعة من تاريخ العمل بهذا القانون دعوى الوصية ، أو الرجوع القولي عنها للموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية ، أو عرفية مكتوبة بخطه ، عليها ختمه أو إمضاؤه ، أو بصمته ، تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية ، أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها . ويجوز في حالة الضرورة إثبات الوصية اللفظية بشهادة شاهدين عدلين حضراها .

(المادة ٢١٥)

يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع . وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في الشريعة الإسلامية .

(المادة ٢١٦)

- أ - تصح إضافة الوصية إلى المستقبل ، أو تعليقها على الشرط ، أو تقييدها به إذا كان الشرط صحيحاً .
- ب - الشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي أو للموصى له ، أو لغيرهما ، ولم يكن منهيّاً عنه ، ولا منافياً لمقاصد الشريعة ، وتجب مراعاته ، ما دامت المصلحة المقصودة به متحققة أو غالبية .
- ج - إذا علقت الوصية على شرط غير صحيح كانت باطلة .
- د - إذا قيدت الوصية بشرط غير صحيح ، صحت الوصية ، ولغا الشرط .

(المادة ٢١٧)

- أ - يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً .
- ب - إذا كان الموصي محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، أو بلغ من العمر ثمانين عشر سنة ، جازت وصيته بإذن من المحكمة أو إجازتها .
- ج - الوصية الصادرة من المحجور عليه قبل الحجر للسفه أو للغفلة لا يحتاج استمرارها إلى إذن .
- د - وصية المرتد والمرتدة نافذة إذا عادا إلى الإسلام .

(المادة ٢١٨)

يشترط في الموصى له :

١ - أن يكون معلوماً .

٢ - أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيّنًا .

فإن لم يكن معيّنًا لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ، ولا وقت موت الموصي ، وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٢٧٩) .

(المادة ٢١٩)

أ - تصح الوصية لله تعالى ، ولأعمال البر ، وبدون تعيين جهة ، وتصرف في وجوه الخير .

ب - تصح الوصية للمساجد ، والمؤسسات الخيرية ، وغيرها من جهات البر ، وللمؤسسات العلمية ، والمصالح العامة وتصرف على إدارتها وعمارتها ، ومصالحها ، وفقرائها ، وغير ذلك من شؤونها ، ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة .

(المادة ٢٢٠)

تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة .

(المادة ٢٢١)

تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، ومع اختلاف الدارين ، ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد إسلامي ، والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي ، تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي .

(المادة ٢٢٢)

يشترط في الموصى به :

١ - أن يكون مما يجري فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة

الموصي .

٢ - أن يكون متقومًا عند الموصي والموصى له إن كان مآلاً .

٣ - أن يكون موجودًا عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيّنًا بالذات ، مع مراعاة الفقرة (أ) من المادة (٢١٦) .

(المادة ٢٢٣)

تصح الوصية بالخلو ، وبال حقوق التي تنتقل بالإرث ، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .

(المادة ٢٢٤)

تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرًا معلومًا من المال ، ولا تنفذ فيما زاد على هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .

(المادة ٢٢٥)

أ - تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يختص كل وارث ، أو بعض الورثة بجزء عينه له الموصي من التركة ، معادل لنصيبه الإرثي .
ب - إن زاد ما خصص لبعضهم عن حصته الإرثية ، كانت الزيادة وصية .

الفصل الثاني

مبطلات الوصية والرجوع عنها

(المادة ٢٢٦)

تبطل الوصية :

- أ - بموت الموصى له قبل موت الموصي .
- ب - بهلاك الموصى به المعين قبل قبول الموصى له .

(المادة ٢٢٧)

يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدًا ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصليًا ، أم شريكًا ، أو كان شاهد زور ، أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي ، وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ، وبلا عذر ، وكان القاتل مسئولًا جنائيًا ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

(المادة ٢٢٨)

يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة .
ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عُرف على الرجوع عنها .
ومن الرجوع دلالة كل تَصَرُّف يزيل ملك الموصي عن الموصى به .

(المادة ٢٢٩)

لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جرحها ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، ما لم تدل قرينة أو عُرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الثالث

قبول الوصية وردها

(المادة ٢٣٠)

تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي ، فإذا كان الموصى له جنيناً ، أو قاصراً ، أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية وردها ممن له الولاية على ماله ، ويكون له ردها بعد إذن المحكمة .
ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها ، لزمتم الوصية بدون توقف على القبول .

(المادة ٢٣١)

إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها ، قام ورثته مقامه في ذلك .

(المادة ٢٣٢)

لا يشترط في القبول ، ولا في الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث ، أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية ، وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة ،

خلاف مواعيد المسافة القانونية ، ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة ، دون أن يكون له عُذر مقبول .

(المادة ٢٣٣)

أ - إذا قبل الموصى له بعض الوصية ، ورد البعض الآخر لزم الوصية فيما قبل ، وبطلت فيما رد .

ب - إذا تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم ، ورد البعض الآخر لزم في نصيب من قبل ، وبطلت في نصيب من رد .

(المادة ٢٣٤)

أ - لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي .

ب - إذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد .

ج - وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول ، وقبل منه ذلك أحد من الورثة ، انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده .

(المادة ٢٣٥)

أ - إذا كان الموصى له موجودًا عند موت الموصي ، استحق الموصى به من حين الموت ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت .

ب - تكون للموصى له زوائد الموصى به من حين الاستحقاق إلى القبول ، إذا كان القبول متأخرًا عن بدء الاستحقاق ، ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

الباب الثاني

احكام الوصية

الفصل الأول

الموصى له

(المادة ٢٣٦)

تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصي ، كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم ، تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصي .

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده ، كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركه عنه

(المادة ٢٣٧)

إذا كانت الوصية ، لمن ذكروا في المادة السابقة ، بالمنافع وحدها ، ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصي ، كانت لورثة الموصي .

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصي أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصي ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصي .

(المادة ٢٣٨)

إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد ، انفرد بالغلة ، أو بالعين الموصى بها ، إلا إذا دلت عبارة الموصي ، أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ، ففي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ، ويعطى الباقي لورثة الموصي ، وتقسم العين بين الموصى له ، وبين ورثة الموصي عند اليأس من وجود مستحق آخر .

(المادة ٢٣٩)

إذا كانت الوصية بالمنافع متعددة ومرتبة الطبقات ، يكون استحقاق الطبقة السفلى عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة العليا ، أو انقراضهم ، مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين .

وإذا انقضت جميع الطبقات كانت العين تركة إلا إذا كان الموصي قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم .

(المادة ٢٤٠)

تصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة .

وتنفيذ الوصية لمن اختاره الموصي ، فإن لم يوجد ، فلن تُعينه المحكمة .

(المادة ٢٤١)

إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ، ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصي ، استحق الباقون جميع الوصية ، مع مراعاة أحكام المواد : (٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨) .

(المادة ٢٤٢)

إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين ، وجماعة أو جهة ، أو كانت مشتركة بين جماعة وجهة ، أو كانت مشتركة بينهم جميعاً ، كان لكل معين ، ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ، ولكل جماعة غير محصورة ، ولكل جهة ، سهم من الموصى به ما لم ينص الموصي على غير ذلك .

(المادة ٢٤٣)

إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصي نصيب من كان غير أهل الوصية حين الوفاة .

(المادة ٢٤٤)

- أ - إذا بطلت الوصية لمعين ، أو لجماعة ، عاد الموصى به إلى التركة .
ب - إذا زاد باقي الوصايا ، وما بطلت فيه الوصية على الثلث ، وزع الثلث على الموصى لهم والورثة ، بنسبة باقي الوصايا وما بطلت فيه الوصية .

(المادة ٢٤٥)

تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

- ١ - إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيًا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .
٢ - إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حيًا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة ، فتصح الوصية إذا ولد حيًا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة .
وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين .
وتوقف غلّة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حيًا ، فتكون له .

(المادة ٢٤٦)

- أ - إذا جاءت الحامل بولدين حيين أو أكثر في وقت واحد ، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر ، كانت الوصية بينهما بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .
ب - وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية .
ج - وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة ، ففي الوصية بالأعيان تكون حصته بين ورثته ، وفي الوصية بالمنافع تكون حصته من بدل المنفعة إلى حين موته بين ورثته ، وبعد موته ترد إلى ورثة الموصي .

الفصل الثاني

الموصى به

(المادة ٢٤٧)

تنفذ الوصية لغير الوارث في حدود ثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة .

ولا تنفذ للوارث ، ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، وكان المميز كامل الأهلية .

وإذا أجاز بعض الورثة الوصية لوارث ، أو بما زاد على الثلث لغير الوارث ، ولم يجز البعض نفذت في حق من أجازها .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ، ولا وارث له بكل ماله ، أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة .

(المادة ٢٤٨)

أ - تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه .
ب - فإن برئت ذمته من بعض الدين ، أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد سقوط الدين أو وفاته .

(المادة ٢٤٩)

إذا كان الدين غير مستغرق ، واستوفى كله أو بعضه من الموصى به ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين المستوفى في حدود ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين .

(المادة ٢٥٠)

إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدًا على الفريضة .

(المادة ٢٥١)

إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث غير معين من ورثة الموصي استحق الموصى له

نصيب أحدهم زائدًا على الفريضة إن كانت السهام متساوية ، ونصيب أقلهم سهامًا زائدًا على الفريضة إن كانت السهام متفاوتة .

(المادة ٢٥٢)

أ - إذا كانت الوصية لأحد بسهم شائع في التركة ، ولآخر بمثل نصيب وارث معين أو غير معين ، قدرت أولًا حصة له بمثل نصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بين الوصيتين بالمخاصة ، إذا ضاق الثلث عنهما .

ب - إذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود ، أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع ، قدرت النقود ، أو قيمة العين بما تساويه من سهام التركة .

(المادة ٢٥٣)

إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود ، أو بعين ، وكان في التركة دين أو مال غائب ، فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة ، استحقه الموصى له ، وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقي للورثة ، وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه .

(المادة ٢٥٤)

إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب ، استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه .

(المادة ٢٥٥)

إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة ، وكان فيها دين ، أو مال غائب ، استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ، ويكون الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة ، فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه .

(المادة ٢٥٦)

- أ - في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة ، وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها ، وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه ، واعتبر بذلك مآلاً حاضراً .
- ب - وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر ، فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مآلاً حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر منه ، اعتبر ما يساوي هذا النصيب مآلاً حاضراً .
- وفي هذه الحالة لا يستولي الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فإن لم يؤده باعه القاضي ، ووفى الدين من ثمنه .
- ج - وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسًا واحدًا .

(المادة ٢٥٧)

- إذا كانت الوصية بعين من التركة ، أو بنوع من أنواعها ، فهلك الموصى به ، أو استحق ، فلا شيء للموصى له ، وإذا هلك بعضه ، أو استحق ، أخذ الموصى له ما بقي منه إن كان يخرج من ثلث التركة ، وإلا كان له فيه بقدر الثلث .

(المادة ٢٥٨)

- أ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة في معين ، فهلك أو استحق ، فلا شيء للموصى له .
- ب - إذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها ، وكانت تخرج من ثلث التركة .
- ج - وإن كان الباقي لا يفي بالوصية وهو يخرج من الثلث ، أخذ الباقي كله ، وإن كان يفي بالوصية ، لكنه أكثر من الثلث أخذ منه بقدر ثلث التركة .

(المادة ٢٥٩)

- أ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي ، فهلك أو استحق ، فلا شيء للموصى له .

ب - وإن هلك بعضه ، أو استحق ، فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال ، وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

الفصل الثالث

الوصية بالمنافع

(المادة ٢٦٠)

أ - إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة محددة المبدأ والنهاية ، استحق الموصى له منفعة في هذه المدة .

ب - فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي بطلت الوصية ، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها .

ج - وإذا كانت المدة معينة القدر غير محددة المبدأ ، بدأت من وقت وفاة الموصي .

(المادة ٢٦١)

أ - إذا منع الورثة أو أحدهم الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ، ضمن له المعترض بدل المنفعة إلا إذا اتفق الموصى له وكل الورثة على تعويضه بالانتفاع مدة أخرى .

ب - وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصي ، أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع ، وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

(المادة ٢٦٢)

مع مراعاة أحكام المادتين السابقتين :

أ - إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ، وكانت الوصية مؤبدة أو مطلقة ، استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأيد .

ب - فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم .

(المادة ٢٦٣)

إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة ، ولقوم محصورين ، ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر ، ولم يوجد أحد من المحصورين خلال ثلاث وثلاثين سنة قمرية من وفاة الموصي ، أو خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد خلال هذه المدة وانقضى قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر .

(المادة ٢٦٤)

إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصي به ، جاز للموصى له أن يتنفع بها ، أو يستغلها على الوجه الذي يراه ، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

(المادة ٢٦٥)

إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة ، فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي ، وما يستجد منها مستقبلاً ، ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك .

(المادة ٢٦٦)

أ - إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بضمن معين ، أو بتأجيرها له لمدة معينة ، وبأجرة مسماة ، وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من ثلث التركة أو بغبن يسير ، نفذت الوصية .

ب - وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ، ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة .

(المادة ٢٦٧)

في الوصية بحصة من المنفعة تُستوفى الحصة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق ، أو بالمهاياة زماناً أو مكاناً ، أو بقسمة العين إذا كانت تحتل القسمة من غير ضرر ، وللمحكمة عند الاختلاف تعيين إحدى هذه الطرائق .

(المادة ٢٦٨)

على الموصى له بالمنفعة ما يفرض على العين من التزامات ، وما يلزم لاستيفاء منفعتها ، ولو كانت الرقبة موصى بها لغيره .

(المادة ٢٦٩)

تسقط الوصية بالمنفعة في الحالات الآتية :

- أ - وفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها .
- ب - بشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها .
- ج - بتنازله عن حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض .
- د - باستحقاق العين الموصى بمنفعتها .

(المادة ٢٧٠)

ينفذ بيع ورثة الموصي نصيبهم في العين الموصى بمنفعتها دون حاجة إلى إجازة الموصى له .

(المادة ٢٧١)

إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة ، أو لمدة حياته ، أو مطلقة ، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته ، بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة قمرية من وفاة الموصي .

(المادة ٢٧٢)

يحسب خروج الوصية بالمنافع والحقوق من ثلث التركة كما يلي :

- أ - إذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة ، أو مطلقة ، أو لمدة حياة الموصى له ، أو لمدة تزيد على عشر سنين ، ففي الوصية بجميع منافع العين ، تعتبر المنافع مساوية لقيمة العين نفسها ، وفي الوصية بحصة نسبية من المنافع تعتبر مساوية لنظير هذه النسبة من المعين .
- ب - إذا كانت الوصية بالمنافع لمدة لا تزيد على عشر سنين ، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة .

ج - إذا كانت الوصية بحق من الحقوق العينية ، قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به ، وقيمتها بدونه .

الفصل الرابع الوصية بالمرتبات

(المادة ٢٧٣)

أ - تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويخصص من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .

ب - فإذا زاد ما خصص لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يخصص منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له من المرتبات ما يعادل ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى أن تنقضي المدة ، أو يموت الموصى له .

(المادة ٢٧٤)

إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة ، أو من غلة عين منها لمدة معينة ، تقوم التركة أو العين ، محملة بالمرتب الموصى به ، فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية ، وإن زاد عليه ، ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث ، وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

(المادة ٢٧٥)

أ - إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال ، أو الغلة المطلقة أو مؤبدة ، أو مدة حياة الموصى له ، اعتبرت حياته سبعين سنة ؛ لأجل حساب خروج الموصى به عن ثلث التركة ، ويخصص من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة (٢٧٣) إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ، ويخصص ما يغل مقدار المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة (٢٧٦) إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

ب - فإذا مات الموصى له قبل المدة المذكورة في الفقرة السابقة كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال المخصص لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة المذكورة ، فله الرجوع على الورثة في حدود الثلث .

ج - وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يقل تقدير بقية عمر الموصى له عن عشر سنين عند استحقاق المرتب .

(المادة ٢٧٦)

أ - في الوصية بمرتب من رأس المال ، يأخذ الموصى له مرتبه من العين المخصصة للوصية ، فإذا لم تف الغلة بالمرتب جاز للورثة إكمالها ، وإلا يبع من هذه العين ما يفي بالمرتب .

وإذا زادت الغلة على المرتب ، رُدَّت الزيادة إلى ورثة الموصي .

ب - في الوصية بمرتب من الغلة ، يُستوفى المرتب من ما خصص للوصية فإذا زادت الغلة في بعض السنوات على المرتب لا ترد إلى ورثة الموصي ، بل توقف لتغطية نقص الغلة في بعض السنوات .

ج - فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يُستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك رُدَّت الزيادة السنوية إلى ورثة الموصي .

(المادة ٢٧٧)

أ - إذا أوصي بمرتب لجهة لها صفة الدوام وصية مطلقة ، أو مؤبدة ، يخصص من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ، ولا يخصص ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .

ب - وإذا أغل ما خصص للوصية أكثر من المرتب الموصى به ، استحقته الجهة الموصى لها ، وإذا نقصت الغلة عن المرتب ، فليس لتلك الجهة الرجوع على ورثة الموصي .

(المادة ٢٧٨)

أ - في الأحوال المبينة في المواد من (٢٧٣) إلى (٢٧٦) يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على المخصص لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له ، أو يُعينها القاضي بجميع المرتبات نقدًا ، ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية .

ب - فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي .

ج - ويؤول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع ، والتخصيص .

(المادة ٢٧٩)

لا تصح الوصية بالمرتببات من رأس المال ، أو من الغلة إلا للموجودين من الموصى لهم وقت موت الموصي ، وتقدر حياتهم طبقاً لما نص عليه في المادة (٢٧٥) ، وتنفذ الوصايا وفقاً للأحكام المبينة في الوصايا للمعنين .

الفصل الخامس

الزيادة في الموصى به

(المادة ٢٨٠)

- أ - إذا غير الموصي معالم العين الموصى بها ، أو زاد في عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه ، كالترميم ، كانت العين كلها وصية .
- ب - وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء ، شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة القائمة .

(المادة ٢٨١)

- أ - إذا هدم الموصي بناء العين الموصى بها ، وأعادها على حالته الأولى كانت العين بحالتها الجديدة وصية ولو غير معالمها .
- ب - وإن أعاد البناء على وجه آخر كانت العين شركة بنسبة قيمة البناء للورثة ، وقيمة الأرض للموصى له .

(المادة ٢٨٢)

- إذا هدم الموصي العين الموصى بها ، وضم الأرض إلى أرض مملوكة له ، وبنى عليهما ، اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

(المادة ٢٨٣)

- استثناء من أحكام المواد (٢٨٠) فقرة ثانية و (٢٨١) فقرة ثانية و (٢٨٢) إذا كان ما أنفقه الموصي ، أو زاده في العين مما يتسامح في مثله عادة ، ألحقت الزيادة بالوصية . والزيادة التي لا يتسامح فيها تلتحق أيضاً إذا وجد ما يدل على قصد إلحاقها .

(المادة ٢٨٤)

إذا جمع الموصي بناء العين الموصى بها مع بناء عين أخرى مملوكة له ، وجعل منهما وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفردًا ، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

الفصل السادس

تزامم الوصايا

(المادة ٢٨٥)

- أ - إذا زادت الوصايا على ثلث التركة ، ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين الوصايا بالمخاصة .
- ب - إذا أجاز الورثة الزيادة ، وكانت لا تفي بمجموع الوصايا ، قسمت التركة بين الوصايا بالمخاصة .

(المادة ٢٨٦)

- إذا كانت الوصية بقربات متعددة ، ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية :
- أ - فإن كانت القربات متحدة الدرجات ، كان التوزيع بينها بالتساوي .
- ب - وإن كانت مختلفة الدرجات ، قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل ، بالطريقة السابقة .

(المادة ٢٨٧)

- إذا تزاممت الوصايا بالمرتبات ، ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيب من مات وما انقطع لورثة الموصي .

القسم الثالث

الموارث

الكتاب الأول

أحكام عامة

(المادة ٢٨٨)

يستحق الإرث بموت المورث حقيقةً أو محكماً .

(المادة ٢٨٩)

أ - يشترط لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث ، حقيقةً أو محكماً .

ب - ويتحقق وجود الحمل واستحقاقه للإرث إذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة (٣٣٠) من هذا القانون .

(المادة ٢٩٠)

إذا مات اثنان أو أكثر ، وكان بعضهم يرث بعضًا ، ولم يعلم من مات أولاً ، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء أكان موتهم في حادث واحد أم لا .

(المادة ٢٩١)

أ - يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي :

أولاً : ما يكفي لتجهيز الميت ، وتجهيز من مات قبله ممن تلزمه نفقته بالقدر المشروع .

ثانياً : ديون الميت .

ثالثاً : الوصية الواجبة .

رابعاً : الوصية الاختيارية في الحد الذي تنفذ فيه .

خامساً : الموارث بحسب ترتيبها في هذا القانون .

ب - إذا لم توجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتي :

أولاً : استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره .

ثانياً : ما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية .
ج - إذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة ، أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة .

(المادة ٢٩٢)

من موانع الإرث قتل المورث عمدًا ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً ، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ، وبلا عذر وكان القاتل عاقلاً ، بالغا حد المسؤولية الجنائية ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

(المادة ٢٩٣)

أ - لا توارث بين مسلم وغير مسلم .
ب - يتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض .
ج - اختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين .
د - لا يمنع اختلاف الدارين ، بين غير المسلمين ، من الإرث إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع ذلك .

(المادة ٢٩٤)

أ - لا يرث المرتد من أحد .
ب - مال المرتد قبل الردة أو بعدها يكون لورثته المسلمين عند موته ، فإن لم يكن له ورثة من المسلمين ، يكون ماله للخزانة العامة .
ج - إذا تجنس المرتد بجنسية دولة غير إسلامية يعتبر في حكم المتوفى ويثول ماله لورثته المسلمين .
د - إذا عاد المرتد إلى الإسلام بعد تجنسه بجنسية دولة غير إسلامية يكون له من ماله ما بقي بأيدي ورثته ، أو بالخزانة العامة .

الكتاب الثاني أسباب الإرث وأنواعه

(المادة ٢٩٥)

- أ - من أسباب الإرث : الزوجية ، والقرابة .
ب - يكون الإرث بالزوجية بطريق الفرض .
ج - ويكون الإرث بالقرابة ، بطريق الفرض ، أو التعصيب ، أو بهما معاً ، أو بالرحم .
د - إذا كان لوارث جهتا إرث ورث بهما معاً ، مع مراعاة أحكام المادتين : (٣٠٢ ، ٣٢٦) .

الباب الأول

الإرث بالفرض

(المادة ٢٩٦)

الفرض سهم مُقدر للوارث في التركة ، ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض ؛ وهم : الأب ، الجد العاصب وإن علا ، الأخ لأم ، الأخت لأم ، الزوج ، الزوجة ، البنات ، بنات الابن وإن نزل ، الأخوات لأب وأم ، الأخوات لأب ، الأم ، الجدة الثابتة وإن علت .

(المادة ٢٩٧)

- أ - مع مراعاة حكم المادة (٣٠٩) للأب فرض السدس إذا وجد للميت ولد ، أو ولد ابن وإن نزل .
ب - عند عدم الأب يكون للجد العاصب السدس ، على الوجه المبين في الفقرة السابقة .

والجد العاصب هو الذي لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى .

(المادة ٢٩٨)

- أ - لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلث للثنتين فأكثر ، ذكورهم وإناثهم في القسمة سواء .

ب - إذا كان أولاد الأم اثنين فأكثر ، واستغرقت الفروض التركية ، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق ، أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً على الوجه المتقدم .

(المادة ٢٩٩)

أ - للزوج فرض النصف عند عدم الولد ، وولد الابن وإن نزل ، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل .

ب - وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة ، أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد ، وولد الابن وإن نزل والثلث مع الولد ، أو ولد الابن وإن نزل .
وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ، ومات المطلق في ذلك المرض ، وهي في عدته بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة .

(المادة ٣٠٠)

مع مراعاة حكم المادة (٣٠٧) :

أ - للواحدة من البنات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان .
ب - لبنات الابن الفرض المتقدم عند عدم وجود بنت ، أو بنت ابن أعلى منهن درجة .
ج - ولهن واحدة ، أو أكثر السدس مع البنت ، أو بنت الابن الأعلى درجة .

(المادة ٣٠١)

مع مراعاة حكم المادتين : (٣٠٧ ، ٣٠٨) :

أ - للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف ، وللثنتين فأكثر الثلثان .
ب - للأخوات لأب الفرض المتقدم عند عدم وجود أخت شقيقه .
ج - ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة .

(المادة ٣٠٢)

أ - للأم فرض السدس مع الولد ، أو ولد ابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو أكثر من

الإخوة والأخوات .

ب - ولها الثلث في غير هذه الأحوال ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط ، كان لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين .

ج - والجدة الثابتة هي أم أحد الأبوين ، أو الجد العاصب وإن علت ، ولها أو للجدات السدس ، ويقسم بينهما على السواء ، لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين .

(المادة ٣٠٣)

إذا زادت أنصباة أصحاب الفروض على التركة ، قسمت بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث .

الباب الثاني

الإرث بالتعصيب

(المادة ٣٠٤)

أ - إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض ، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة ، كانت التركة أو ما بقي منها بعد الفروض للعصبة من النسب .

ب - العصبة من النسب ثلاثة أنواع :

١ - عصبة بالنفس .

٢ - عصبة بالغير .

٣ - عصبة مع الغير .

(المادة ٣٠٥)

للعصبة بالنفس جهات أربع ، مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي :

١ - البنوة ، وتشمل الأبناء ، وأبناء الابن وإن نزل .

٢ - الأبوة ، وتشمل الأب ، والجد العاصب وإن علا .

٣ - الأخوة ، وتشمل الإخوة لأبوين ، والإخوة لأب وأبناءهما وإن نزلوا .

٤ - العمومة ، وتشمل أعمام الميت لأبوين ، أو لأب ، وأعمام أبيه كذلك ، وأعمام

جده العاصب وإن علا ، وأبناء من ذكروا وإن نزلوا .

(المادة ٣٠٦)

أ - إذا اتحدت العصبية بالنفس في الجهة ، كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت .

ب - إذا اتحدوا في الجهة والدرجة ، كان التقديم بقوة القرابة ، فمن كانت قرابته من الأبوين ، قُدِّم على من كانت قرابته من الأب فقط .

ج - فإذا اتحدوا في الجهة ، والدرجة ، والقوة كان الإرث بينهم على السواء .

(المادة ٣٠٧)

أ - العصبية بالغير هن :

١ - البنات مع الأبناء .

٢ - بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل ، إذا كانوا في درجتهم مطلقاً ، أو كانوا أنزل منهم إذا لم ترثن بغير ذلك .

٣ - الأخوات لأبوين مع الإخوة لأبوين ، والأخوات لأب مع الإخوة لأب .

ب - يكون الإرث بينهم في هذه الأحوال ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

(المادة ٣٠٨)

أ - العصبية مع الغير هن :

الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ويكون لهن الباقي من التركة بعد الفروض .

ب - وفي هذه الحالة يعتبرن بالنسبة لباقي العصابات كالإخوة لأبوين أو لأب ، ويأخذن أحكامهم في التقديم بالجهة ، والدرجة ، والقوة .

(المادة ٣٠٩)

إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل ، استحق السدس فرضاً ، والباقي بطريق التعصيب .

(المادة ٣١٠)

- أ - إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب ، كانت له حالتان :
- ١ - أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورًا فقط ، أو ذكورًا وإناثًا ، أو إناثًا عصبين مع الفرع الوارث من الإناث .
- ٢ - أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور ، أو مع الفرع الوارث من الإناث .
- ب - على أنه إذا كانت المقاسمة ، أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس .
- ج - ولا يعتبر في المقاسمة من كان محجوبًا من الإخوة أو الأخوات لأب .

الكتاب الثالث

الحجب

(المادة ٣١١)

- أ - الحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ، ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر .
- ب - والمحجوب يحجب غيره .

(المادة ٣١٢)

- المحروم من الإرث لمانع من مواعنه ، لا يحجب أحدًا من الورثة .

(المادة ٣١٣)

- أ - تحجب الجدة الثابتة بالأم .
- ب - تحجب الجدة البعيدة بالجدة القرية .
- ج - تحجب الجدة لأب بالأب .
- د - تحجب الجدة بالجد العاصب إن كانت أصلًا له .

(المادة ٣١٤)

- يحجب أولاد الأم بالأب ، وبالجد العاصب وإن علا ، وبالولد وولد الابن وإن نزل .

(المادة ٣١٥)

أ - تحجب بنت الابن بالابن ، وابن الابن وإن نزل ، إذا كانت أنزل منه درجة .
 ب - وتحجب أيضًا بالبنتين ، أو بنتي الابن ، إذا كانتا أعلى منها درجة ، ما لم يكن معها من يعصبها ، طبقًا للمادة (٣٠٧) .

(المادة ٣١٦)

تحجب الأخت لأبوين بالأب وبالابن ، وابن الابن وإن نزل .

(المادة ٣١٧)

أ - تحجب الأخت لأب بالأب وبالابن ، وابن الابن وإن نزل .
 ب - وتحجب أيضًا بالأخ لأبوين وبالأخت لأبوين إذا كانت عصبه مع غيرها ، طبقًا لحكم المادة (٣٠٨) وبالأختين لأبوين ، إذا لم يوجد أخ لأب .

الكتاب الرابع

الرد

(المادة ٣١٨)

أ - إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبه من النسب رُدُّ الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم .
 ب - يرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب ، أو أحد أصحاب الفروض النسبية ، أو أحد ذوي الأرحام .

الكتاب الخامس

الإرث بسبب الرحم

(المادة ٣١٩)

أ - إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض النسبية ، ولا من العصبات النسبية ، كانت التركة أو الباقي منها ، لذوي الأرحام .

ب - ذوو الأرحام هم الأقارب من غير أصحاب الفروض ، أو العصباء النسبية .

الباب الأول

تصنيف ذوي الأرحام

(المادة ٣٢٠)

ذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض في الإرث بحسب الترتيب الآتي :

الصف الأول : أولاد البنات وإن نزلوا ، وأولاد بنات الابن وإن نزل .

الصف الثاني : الجد الرحيمي وإن علا ، والجدة غير الثابتة وإن علت .

الصف الثالث : أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا .

وأولاد الأخوات لأبوين ، أو لأحدهما وإن نزلوا .

وبنات الإخوة لأبوين أو لأحدهما ، وأولادهن وإن نزلوا .

وبنات أبناء الإخوة لأبوين أو لأب ، وإن نزلوا ، وأولادهن وإن نزلوا .

الصف الرابع : يشمل ست طوائف مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب

الآتي :

الأولى : أعمام الميت لأم ، وعماته ، وأخواله ، وخالاته لأبوين أو لأحدهما .

الثانية : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين

أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا .

الثالثة : أعمام أبي الميت لأم ، وعماته ، وأخواله ، وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما

وأعمام أم الميت ، وعماتها ، وأخوالها ، وخالاتها لأبوين أو لأحدهما .

الرابعة : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي الميت

لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائه وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا .

الخامسة : أعمام أبي أبي الميت لأم ، وأعمام أبي أم الميت ، وعماتها ، وأخوالهما ،

وخالاتهما لأبويه أو لأحدهما .

السادسة : أولاد من ذكروا في الفقرة السابقة وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبي أبي الميت

لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم وإن نزلوا وأولاد من ذكورن وإن نزلوا ، وهكذا .

الباب الثاني

ميراث ذوي الأرحام

(المادة ٣٢١)

أ - الصنف الأول من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة .

ب - فإن تساوا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم ، وإن كانوا كلهم أولاد صاحب فرض ، أو لم يكن فيهم صاحب فرض ، اشتركوا في الإرث .

(المادة ٣٢٢)

أ - الصنف الثاني من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن تساوا في الدرجة ، قدم من كان يدلي بصاحب فرض .

ب - إذا تساوا في الدرجة ، وليس فيهم من يدلي بصاحب فرض أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض ، فإن كانوا جميعًا من جهة الأب أو من جهة الأم ، اشتركوا في الإرث ، وإن اختلفت جهاتهم ، فالثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم .

(المادة ٣٢٣)

أ - الصنف الثالث من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة .

ب - فإذا تساوا في الدرجة ، وكان بعضهم ولد عاصب ، وبعضهم ولد ذي رحم ، قدم الأول على الثاني ، وإلا قدم أقواهم قرابة للميت ، فمن كان أصله لأبوين ، فهو أولى ممن كان أصله لأب ، ومن كان أصله لأب فهو أولى ممن كان أصله لأم ، فإن اتحدوا في الدرجة ، وقوة القرابة ، اشتركوا في الإرث .

(المادة ٣٢٤)

في الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة بالمادة (٣٢٠) إذا انفرد فريق الأب ، وهم أعمام الميت لأم ، وعماته ، أو فريق الأم ، وهم أخواله ، وخالاته ، قدم أقواهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن

كان لأم ، وإن تساوا في القرابة اشتركوا في الإرث .
وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم . وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

(المادة ٢٢٥)

في الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد ولو كان من غير جهته ، وعند التساوي واتحاد الجهة يقدم الأقوى في القرابة إن كانوا أولاد عاصب ، أو أولاد ذي رحم .

فإذا كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولد ذي الرحم .
وعند اختلاف الجهة يكون الثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم وما أصاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمة .

وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين : الرابعة والسادسة .

(المادة ٢٢٦)

لا اعتبار لتعدد جهات القرابة في وارث من ذوي الأرحام إلا عند اختلاف الجانب .

(المادة ٢٢٧)

في إرث ذوي الأرحام ، يكون للذكر مثل حظ الأنثيين .

الكتاب السادس

المقر له بالنسب

(المادة ٢٢٨)

أ - إذا أقر الميت بالنسب على نفسه لا يتعدى هذا الإقرار إلى الورثة ، ما لم يستوف شروط صحته .

ب - وإذا أقر بالنسب على غيره استحق المقر له التركة إذا كان مجهول النسب ، ولم يثبت نسبه عن الغير ، ولم يرجع المقر عن إقراره .

ويشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حيًا وقت موت المقر ، أو وقت الحكم باعتباره ميتًا ؛ وإلا يقوم به مانع من موانع الإرث .

ج - وإذا أقر الورثة بوارث ، ولم يثبت النسب بهذا الإقرار ، شارك المقر في استحقاقه دون سواه ، إن كان لا يحجبه المقر ، ولا يستحق شيئًا إن كان يحجبه .

الكتاب السابع

أحكام متنوعة

الباب الأول

الحمل

(المادة ٢٢٩)

يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .

(المادة ٢٣٠)

إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته ، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيًا لحمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة .
لا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين :
الأولى : أن يولد حيًا لحمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة .

إن كانت أمه معتدة موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .
الثانية : أن يولد حيًا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة .

(المادة ٢٣١)

أ - إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة .

ب - إذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة .

الباب الثاني

المفقود

(المادة ٣٣٢)

أ - يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيًا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه .

ب - إن ظهر حيًا بعد الحكم بموته ، أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة .

(المادة ٣٣٣)

إذا حكم بموت المفقود ، واستحق ورثته تركته ، ثم جاء هذا المفقود ، أو تبين أنه حي ، فله الباقي من تركته ، في يد ورثته ، ولا يطالب بما ذهب من أيديهم .

الباب الثالث

الخُنْثَى

(المادة ٣٣٤)

للخُنْثَى المشكل ، وهو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى ، أدنى الحالين ، وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة .

الباب الرابع

ولد الزنى وولد اللعان

(المادة ٣٣٥)

مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة (٣٣٠) يرث ولد الزنى ، وولد اللعان من الأم وقرابتها ، وترثهما الأم وقرابتها .

الباب الخامس

التخارج

(المادة ٣٣٦)

- أ - التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم .
 ب - إذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه ، وحل محله في التركة .
 ج - وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة ، قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بنسبة ما دفعه كل منهم .

أحكام ختامية

الفصل الأول

تدخل النيابة في بعض قضايا الأحوال الشخصية

(المادة ٣٣٧)

- على النيابة العامة أن ترفع الدعاوى ، أو تتدخل فيها إذا لم يتقدم أحد من ذوي الشأن ، وذلك في كل أمر يمس النظام العام .

(المادة ٣٣٨)

المراد بالنظام العام في المادة السابقة أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الآتية :

- أ - الزواج بالمحرّمات حرمة مؤبدة أو مؤقتة .
 ب - إثبات الطلاق البائن .
 ج - فسخ الزواج .
 د - الأوقاف والوصايا الخيرية .
 هـ - دعاوى النسب ، وتصحيح الأسماء .
 و - الدعاوى الخاصة بفاقدي الأهلية وناقصيها ، والغائبين ، والمفقودين .

ويكون للنياحة في هذه الأحوال ما للخصوم من حقوق .

(المادة ٣٣٩)

أ - تعتبر النياحة العامة ممثلة في الدعوى متى قدمت مذكرة برأيها فيها ، ولا يتعين حضورها إلا إذا رأته المحكمة ذلك .

ب - وفي جميع الأحوال لا يتعين حضور النياحة عند النطق بالحكم .

(المادة ٣٤٠)

في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون على تدخل النياحة العامة ، يجب على قلم كتاب المحكمة إبلاغ النياحة كتابة بمجرد قيد الدعوى .

وإذا عرضت أثناء نظر الدعوى مسألة مما تتدخل فيها النياحة فيكون تبليغها بناء على أمر من المحكمة .

(المادة ٣٤١)

تُمنح النياحة بناء على طلبها ميعاد خمسة عشر يوماً على الأقل ، لتقديم مذكرة بأقوالها من تاريخ إرسال ملف القضية إليها .

وللنياحة حق الطعن في الحكم ولو لم تكن تدخلت .

الفصل الثاني

أحكام متفرقة

(المادة ٣٤٢)

تحسب السنوات والأشهر الواردة في هذا القانون بالتقويم القمري .

(المادة ٣٤٣)

كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك ، فإن لم يوجد المشهور طبق غيره ، فإن لم يوجد حكم أصلاً ، طبقت المبادئ العامة في المذهب .

(المادة ٢٤٤)

الأحكام النهائية الصادرة من دوائر الأحوال الشخصية تكون حجة أمام جميع الدوائر .

(المادة ٢٤٥)

تطبيق أحكام هذا القانون من اختصاص دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الكلية والاستئنافية والتميز .

(المادة ٢٤٦)

أ - يطبق هذا القانون على من كان يُطبق عليهم مذهب الإمام مالك ، وفيما عدا ذلك فيطبق عليهم أحكامهم الخاصة بهم .
ب - أما إذا كان أطراف النزاع من غير المسلمين وكانوا مختلفين دينًا أو مذهبًا سرت عليهم أحكام هذا القانون .

(المادة ٢٤٧)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من أول أكتوبر (١٩٨٤ م) .

أمير الكويت

جابر الأحمد

صدر بقصر السيف في : (٨ شوال ١٤٠٤ هـ)

الموافق : (٧ يوليو ١٩٨٤ م)

٦ - قانون الأحوال الشخصية المغربي ورقة عمل بشأن إحداث قسم القضاء الأسري

لقد قامت اللجنة الملكية المكلفة بدراسة موضوع تعديل مدونة الأحوال الشخصية برفع توصية بإحداث قسم لقضاء الأسرة بالمحاكم الابتدائية . وقد حظيت بالموافقة السامية لجلالة الملك نصره الله .

ولقد كانت الغاية من إحداث القسم هي تذليل الصعاب ، وإيجاد الحلول للمشاكل التي تعترض المتقاضين فيما له علاقة بالمنازعات والخلافات الأسرية ، على أن يجد المتقاضون فيها كل المساعدة والتوجيه ، مع تبسيط المساطر ومحاولة التكفل القضائي بمفهوم المساعدة اعتبارًا لأهمية الأسرة كخلية داخل المجتمع .

ولتجسيد هذه الإرادة على أرض الواقع ، قامت وزارة العدل بدراسة الموضوع ، والتهيئة له وعملت على تخصيص جناح في المحاكم ، ليكون قسمًا متكاملًا يختص بالبحث وتصريف القضايا ذات الصلة بموضوع الأسرة ، ومن هذه القضايا :

- قضايا الأحوال الشخصية .

- شؤون القاصرين ، قضاء التوثيق ، قضايا الحالة المدنية ، كفالة الأطفال .

وإلى جانب هذا كان من الأفيد كذلك تخصيص مكاتب للاهتمام بما قد يعترض الأسرة أو ما يطالها من تصرفات قد تقع تحت طائلة القانون الجنائي ك :

- إهمال الأسرة .

- العنف ضد الأطفال أو ضد الأسرة .

كما تم التفكير في تخصيص مكتب للنظر في طلبات المساعدة القضائية وبالإضافة إلى ذلك ، كان لا بد من تواجد مصالح كتابة الضبط وكتابة النيابة العامة وصندوق لاستخلاص المبالغ أو صرفها مع فتح مجال للإرشاد والتوجيه والتوعية.

ولتحقيق هذه الأهداف تشكلت لجنة على صعيد الوزارة وانتهت إلى وجوب التعامل مع الموضوع بنوع من التريث والتدرج ، لرعاية الانطلاقة ، ومدتها بما تحتاج إليه من وسائل ، وتقييم التجربة في أفق تعميمها بعد تدارك مواطن الضعف ، كما تم انتقاء بعض المحاكم التي تتوفر على فضاءات تسمح بإحداث القسم .

وبعد زيارات متوالية للعديد من المحاكم تقرر انطلاق التجربة في كل من المحكمتين

الابتدائيتين بين سليمان والرماني .

وخصص جناح من المحكمتين له مدخل خاص ومستقل عن مرافق المحكمة وذلك لإيواء هذا القسم الذي سوف يضم :

- مكتب رئيس القسم .
- مكتب السادة القضاة .
- مكتب قاضي التوثيق .
- مكتب شؤون القاصرين .
- مكتب قضايا الحالة المدنية .
- مكتب قضايا الأحوال الشخصية للنظر في الدعاوى المتعلقة بـ :
 - النفقة والطمع في أوامر قاضي التوثيق .
 - الحق في الزيارة .
 - طلب الرجوع لبيت الزوجية .
 - طلبات التطليق .
 - سقوط الحضانة .
 - دعاوى النسب .
 - طلبات تسجيل الابن بالحالة المدنية .
 - كما تم الاتفاق على تخصيص مكتب للنساح .
- والى جانب هذا وقع تخصيص مكاتب للسيد نائب وكيل الملك ، ولكتاب النيابة العامة وذلك من أجل البت في طلبات :
 - المساعدة القضائية .
 - الشكايات المتعلقة بالعنف ضد الأسرة .
 - إهمال الأسرة .
 - حماية الأطفال .
- كما وقع الحرص على أن يكون لهذا القسم ولوج سهل للصندوق ومنفذ لجلسات الحكم ، وأن يكون حضور دائم للسادة القضاة للذين يعملون تحت إشراف رئيس القسم .

هذا وأعدت مطويات تخص قضايا الأحوال الشخصية والحالة المدنية كما تم إحداث مكتب للإرشادات .

ولإنجاح هذه التجربة عقدت عدة اجتماعات مع المسؤولين ، وتم الوقوف على عين المكان عدة مرات وكان هناك التزام من طرف كل المديرات لمد الأقسام بما تحتاج إليه من إمكانيات مادية وبشرية .

هذا وإن الوزارة سوف تتبع انطلاق الأشغال وسوف تنتظم في زيارته وعقد جلسات مع المسؤولين لتقديم كل الدعم لهذا المشروع الذي لاشك أنه سوف يساعد على حل المشاكل الأسرية .

كيفية إبرام عقد الزواج

لإبرام عقد الزواج لدى عدلين يجب الإدلاء بالوثائق التالية :

- ١ - نسخة من عقد الولادة لكل من الخاطب والمخطوبة إذا كانا مسجلين بالحالة المدنية .
- ٢ - شهادة إدارية لكل واحد منهما تسلم من طرف الجهة المختصة.
- ٣ - شهادة طبية لكل من الخاطب والمخطوبة تثبت الخلو من الأمراض المعدية.
- ٤ - نسخة من إذن القاضي بزواج من لم يبلغ سن الزواج (١٨ سنة للفتى ، ١٥ سنة للفتاة) .
- ٥ - نسخة من إذن القاضي بالتعدد لمن يريده .
- ٦ - وثيقة الطلاق أو الخلع أو التطلق أو الوفاة التي يثبت بها انفصام العلاقة الزوجية إن تعلق الأمر بزواج سابق .

الزواج المختلط

في حالة الزواج المختلط أي عندما يكون أحد الزوجين مغربيًا والآخر أجنبيًا يتعين الحصول على إذن من الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بهذا الزواج ، وذلك قبل إبرامه لدى العدلين .

للحصول على الإذن المذكور ينبغي تقديم ملف إلى القاضي المكلف بالتوثيق يتكون من الوثائق التالية :

- ١ - نسخة من عقد الولادة بالنسبة لكل من الحاطبين مطابقة لحالتهما المدنية .
 - ٢ - نسخة طبق الأصل من عقد اعتناق الإسلام أو ما يفيد أن الطرف الأجنبي مسلم أصلاً .
 - ٣ - نسخة من موافقة ولي المخطوبة على إقامة عقد الزواج ، مع العلم أن الرشيدة التي لا أب لها يمكن لها أن تعقد على نفسها بدون ولي أو تُوكل من تشاء من الأولياء .
 - ٤ - نسخة من عقد الزواج وعقد الطلاق أو حكم نهائي بالتطليق إن تعلق الأمر بزواج سابق .
 - ٥ - شهادة الكفاءة في الزواج أو شهادة الموافقة على إقامة ثبوت الزوجية عند الاقتضاء ، وذلك بالنسبة للطرف الأجنبي تسلم له من سفارة أو قنصلية بلده بالمغرب ، ولا يعمل بها إلا بعد التصديق عليها من طرف وزارة الشؤون الخارجية والتعاون .
- يرفع القاضي المذكور الملف المشار إليه إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف ، وينتظر منه الإذن بالزواج أو عدمه .
- يمكن إبرام عقد الزواج المختلط لدى ضابط الحالة المدنية بعد إبرامه أمام العدلين .
- ملاحظة : للإدلاء بعقد الزواج خارج أرض الوطن يتعين التصديق عليه من طرف رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرة نفوذها قاضي التوثيق المخاطب على العقد ، وكذا من طرف وزارة الشؤون الخارجية والتعاون .

الإذن بالتعدد

للحصول على الإذن بتعدد الزوجات ينبغي تقديم طلب إلى القاضي المكلف بالتوثيق مرفقًا بالوثائق التالية :

- ١ - نسخة من عقد الزواج .
 - ٢ - نسخة من البطاقة الوطنية .
 - ٣ - الوثائق المثبتة للحالة المادية .
- القاضي ملزم بإشعار الزوجة الأولى بأن زوجها يرغب في التزوج عليها وإشعار الزوجة الثانية بأنه متزوج بغيرها .
- القاضي يخوله القانون صلاحية عدم الإذن بالتعدد بناء على المعطيات المتوفرة لديه .

الإذن بزواج من لم يبلغ سن الزواج

إذا كان الخاطب والمخطوبة أو أحدهما دون سن أهلية الزواج فإنه يتعين قبل إبرام عقد الزواج .

الحصول على إذن من القاضي المكلف بالتوثيق

للحصول على الإذن المذكور ينبغي تقديم طلب في اسم ولي الولد المراد تزويجه إلى القاضي المكلف بالتوثيق مرفق بالوثائق التالية :

- ١ - صورة من البطاقة الوطنية .
 - ٢ - عقد الولادة للولد المعني بالأمر .
 - ٣ - شهادة طبية تتعلق بالولد المذكور ذكرًا كان أو أنثى تثبت بلوغه الشرعي وقدرته الجنسية على الزواج .
- يستمتع القاضي إلى الولد المعني بالأمر ، ويمكن رفض الإذن بزواجه إذا تبين له أن هذا الزواج ليس فيه مصلحة له .

دعوى التمكين من الدخول

إذا عقد الزوج على زوجته عقدًا صحيحًا ومكتملًا من حال صداقها ومنعته من الدخول بها جاز له أن يقدم دعوى لتمكينه من ذلك .

ترفع هذه الدعوى - بواسطة محام - إلى المحكمة المختصة بمقال مكتوب أو تصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط .

يتضمن المقال ما يلي :

الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما وعرضًا موجزًا للوقائع ، وتوقيع المدعي ، وتؤدى عن هذه الدعوى الرسوم القضائية ، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر . وتُرفق الدعوى بعقد الزواج أو صورة مصادق عليها .
يكون الحكم الصادر في الموضوع قابلاً للطعن فيه بالاستئناف .

دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية

إذا غادرت الزوجة بيت الزوجية فإنه يمكن للزوج تقديم دعوى إلى المحكمة الابتدائية

من أجل طلب الحكم عليها بالرجوع إلى البيت المذكور .
ترفع الدعوى بمقال مكتوب - بواسطة محام - إلى المحكمة الابتدائية للموطن
الحقيقي أو المختار للمدعى عليها أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط .
مقال الرجوع إلى بيت الزوجية تؤدي عنه الرسوم القضائية ، ويمكن الاستفادة من
المساعدة القضائية في حالة العسر .

يتضمن المقال ما يلي :

- ١ - الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما .
 - ٢ - بيان تاريخ مغادرة الزوجة لبيت الزوجية وسبب ذلك .
 - ٣ - توقيع المقال من الطرف المدعي .
- يجب أن يرفق المقال بعقد الزواج أو بصورة مشهود بمطابقتها للأصل .
استئناف الحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية يوقف تنفيذه ما لم يكن مشمولاً
بالنفاذ المعجل .
يمكن للزوج بناء على محضر امتناع الزوجة من الرجوع أن يطلب الحكم بإيقاف
نفقتها .
يمكن للزوج علاوة على ذلك تقديم شكاية بإهمال الأسرة ضد زوجته الممتنعة من
الرجوع .

كيف يتم الطلاق ؟

- « لا يتم الطلاق إلا بالإشهاد به لدى العدلين بحضور الطرفين (الزوج والزوجة)
وبعد إذن القاضي المكلف بالتوثيق » .
« يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص
القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية » .
للحصول على إذن القاضي المكلف بالتوثيق من أجل الطلاق يتعين تقديم طلب إليه
في الموضوع مرفق بالوثائق التالية :
- ١ - نسخة من عقد الزواج .
 - ٢ - صورة للبطاقة الوطنية .

٣ - شهادة السكنى .

٤ - صورة لدنفر الحالة المدنية إذا كان للراغب في الطلاق أولاد .

٥ - جميع الوثائق التي تثبت الوضعية المادية مثل شهادة الدخل ، وشهادة الضريبة التجارية .

« يستدعي القاضي الطرفين لإجراء محاولة الصلح » .

« إذا حضر الزوجان أجرى القاضي محاولة الصلح بينهما بكل الوسائل التي يراها ملائمة ، بما في ذلك الاستعانة بمجلس العائلة » .

« إذا توصلت الزوجة ولم تحضر مرحلة الصلح يقوم القاضي بالإجراءات اللازمة من أجل إصدار الإذن بالطلاق » .

« يحدد القاضي - عند فشل محاولة الصلح - مبلغًا ماليًا يضعه الزوج بصندوق المحكمة ضمانًا لتنفيذ الالتزامات التي سترتب عن الطلاق » .

« يأذن القاضي بعد ذلك بالإشهاد بالطلاق لدى العدلين » .

« تُستدعى الزوجة إذا لم تحضر في مرحلة الصلح ، وتشعر إذا حضرت من أجل الحضور لدى العدلين للإشهاد بالطلاق » .

فسخ الزواج لعدم احترام شرط عدم التعدد

إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، وأنه إذا لم يف بما التزم به يبقى لها حق طلب فسخ النكاح ، فإنه يحق للزوجة إذا ما أحل الزوج بالشرط المذكور أن ترفع دعوى للمطالبة بفسخ النكاح .

« تقدم الدعوى - بواسطة محام - إلى المحكمة الابتدائية للموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه » .

« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما ، وبيان إخلال الزوج بالشرط المتفق عليه ، ويوقع من الطرف المدعي » .

« تؤدي الرسوم القضائية عن المقال بصندوق المحكمة ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .

« يرفق المقال بنسخة من عقد الزواج مصادق عليها وبنسخة من عقد الشرط إذا كان الشرط منصوصًا عليه في وثيقة مستقلة » .

« يكون للاستئناف والظعن بالنقض ولآجالهما أثر واقف » .

التطبيق للضرر

« يمكن للزوجة أن تطلب تطليقها من زوجها لأجل الضرر الحاصل لها منه ، والذي لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية » .

والضرر ينقسم إلى قسمين :

ضرر مادي : ويقع على ذات الزوجة كالضرب والجرح وما إليهما .

ضرر معنوي : ويقع على نفسها كالسب والقذف وما أشبه ذلك .

« تقدم دعوى التطليق - بواسطة محام - بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن الزوجين » .

وتؤدى الرسوم القضائية على المقال ، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر .

« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما ونوع الضرر المدعى به » .

« يرفق مقال هذه الدعوى برسم الزواج أو بنسخة منه مصادق عليها » .

« تثبت الزوجة الضرر بكل الوسائل المقبولة مثل شهادة الشهود أو بحكم نهائي بإدانة الزوج بارتكابه العنف في حقها أو غير ذلك » .

« تقوم المحكمة قبل البت في هذه الدعوى بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين ، وإذا فشلت محاولة التصالح أو بعد استدعاءين وتخلف الزوجين أو أحدهما عن الحضور ، تصدر المحكمة أمراً بعدم التصالح وتأذن للمدعي بمواصلة الدعوى » .

« إذا ثبت إضرار الزوج بزوجه وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه » .

« إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماًين للسداد بين الزوجين » .

وعلى الحكّمين أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين ويذلا جهدهما في الإصلاح بينهما .

« إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح رفعوا الأمر إلى المحكمة للنظر في القضية على ضوء

تقريرهما .

« يكون للاستئناف والطنن بالنقض ولآجالهما أثر واقف . »

التطبيق لغيبة الزوج

« يمكن للزوجة أن تطلب تطليقها من زوجها بسبب غيبته عنها . »

« ترفع الدعوى - بواسطة محام - بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط . »

« يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجة وعنوانها ، وكذا الاسم الشخصي والعائلي للزوج وعنوانه إن أمكن ، وبيان مدة غيبته ، ويوقع من الطرف المدعي . وترفع هذه الدعوى أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن الزوجين ، وتؤدى عنها الرسوم القضائية ، وإذا كانت الزوجة مُغمرة يمكنها الحصول على المساعدة القضائية . »

« يرفق المقال برسم الزواج وبما يثبت الغيبة . »

« إذا كان مكان تواجد الزوج معلوماً وأمکن وصول الرسائل إليه تضرب له المحكمة أجلاً وتعذر إليه بأنها ستطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها . »
« إذا انقضى الأجل المحدد من طرف المحكمة ولم يقيم الزوج بأي شيء ولم يبد عُذراً مقبولاً حكمت المحكمة بتطبيق زوجته منه بعد التأكد من استمرارها على طلب الفراق . »
« إذا كان مكان تواجد الزوج غير معروف أو كان معروفاً ولكن تعذر وصول الرسائل إليه عينت المحكمة عنه وكيلًا ليقوم بالتحريات الضرورية للبحث عنه . »

« توجه المحكمة إعلانًا بذلك إلى الإذاعة الوطنية لبثه عدة مرات . »

« يتم إحالة الملف على النيابة العامة للإدلاء بمستنتاجاتها . »

« تصدر المحكمة حكمًا بالتطبيق غيايبًا بعد ذلك بواسطة قيم . »

« لا تسري آجال الاستئناف أو النقض في تبليغ الحكم المبلغ إلى القيم إلا بعد تعليقه في اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة التي أصدرت الحكم مدة ثلاثين يومًا ، وإشهاره في جريدة وطنية . »

« يضمن قيام كاتب الضبط بهذه الإجراءات وشهادته بها على الحكم الصيغة النهائية

التي تسمح بتنفيذه . »

« بعد انتهاء الإجراءات المسطرية تسلم نسخة تنفيذية للمعنية بالأمر رققة شهادة بعدم الطعن في الحكم المذكور لاعتمادها عند الاقتضاء . وتستند المطلقة على هذا الحكم عند زواجها برجل آخر » .

التطبيق لعدم الإنفاق

« يمكن للزوجة في حالة امتناع زوجها الحاضر عن الإنفاق عليها تقديم دعوى ضده من أجل الحكم بتطبيقها بسبب عدم الإنفاق » .

« ترفع الدعوى - بواسطة محام - بمقال مكتوب أو تصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط ويتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما وبيان مدة عدم الإنفاق » .

« تخضع هذه الدعوى لأداء الرسوم القضائية ، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .

« ترفع هذه الدعوى أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن الزوجين » .
 « يرفق المقال بصورة مصادق عليها من عقد الزواج ، وبما يثبت عدم الإنفاق » .
 « تقوم المحكمة قبل البت في هذه الدعوى بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين » .
 « إذا فشلت محاولة التصالح أو بعد استدعاءين وتخلّف الزوجين أو أحدهما عن الحضور تصدر المحكمة أمراً بعدم التصالح وتأذن للمدعي بمواصلة الدعوى » .
 « إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ، وكان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله » .
 « إذا لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه موسر أو معسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلقت عليه المحكمة في الحال » .

« إن ادعى الزوج العجز وأثبتته ، أمهلته المحكمة مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ؛ فإن لم ينفق طلقتهما عليه ، وإن لم يثبتته ، أمرته بالإنفاق أو الطلاق فإن لم يفعل طلقت عليه » .
 « التطبيق من أجل عدم الإنفاق يقع رجعيًا وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويظهر استعدادة للإنفاق » .
 « يكون للاستئناف وللطعن بالنقض ولآجالهما أثر واقف » .

التطليق للعيب

- « يمكن للزوجة طلب التطليق للعيب » .
- « ترفع الدعوى - بواسطة محام - بمقال مكتوب أو بتصريح شفوي لدى كتابة الضبط » .
- « يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي للزوجين وعنوانيهما ، وبيان نوع العيب المدعى به ، ويوقع من الطرف المدعي » .
- « ترفع هذه الدعوى أمام المحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن الزوجين » .
- « تخضع هذه الدعوى لأداء الرسوم القضائية ، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة العسر » .
- « يرفق المقال برسم الزواج أو بنسخة منه مصادق عليها وبما يثبت العيب المدعى به إن أمكن ، أو يطلب إحالة المعني بالأمر على طبيب خبير لإجراء خبرة عليه » .
- « تقوم المحكمة قبل البت في هذه الدعوى بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين » .
- « إذا فشلت محاولة التصالح أو بعد استدعاءين وتخلف الزوجين أو أحدهما عن الحضور تصدر المحكمة أمراً بعدم التصالح وتأذن للمدعي بمواصلة الدعوى » .
- « العيوب وشروطها مشار إليها في الفصل (٥٤) من مدونة الأحوال الشخصية » .
- « تستعين المحكمة بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العيب » .
- « يكون للاستئناف والطنع بالنقض وآجالهما أثر واقف » .
- « توزع نفقة الآباء على الأبناء عند تعدد الأولاد بحسب يسر الأولاد لا بحسب إرثهم » .
- « يثبت دخل المكلف بالنفقة إما بإقراره أو بشهادة الأجر ، أو بموجب عدلي ، أو بالقرائن أو بأية بينة أخرى ، أو بإجراء بحث من طرف المحكمة ، أو بإجراء خبرة إن اقتضى الحال » .
- « الحكم الذي يصدر بالنفقة مشمول بالتنفيذ المعجل بقوة القانون رغم كل طعن » .
- « يفصل في دعوى النفقة بشكل استعجالي نظرًا لطابعها المعيشي » .
- « الحكم الصادر بالنفقة يبقى مفعوله نافذًا إلى أن تسقط النفقة أو يغير الحكم بحكم آخر » .

- « لا يمكن تنفيذ الحكم إلا بعد تبليغه » .
- « يمكن حجز أموال المدين بالنفقة سواء كانت منقولات أو عقارات وذلك من أجل تنفيذ الحكم القاضي بها » .
- « يمكن تقديم طلب الحجز على أموال المحكوم عليه بالنفقة لدى الغير » .
- « يعاقب القانون من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدًا عن دفعها في موعدها المحدد » .
- « الحكم الصادر بالنفقة قابل للطعن بالاستئناف ، ويقدم الطعن لدى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وأجل الطعن بالاستئناف ثلاثون يومًا من تاريخ تبليغ الحكم » .
- « لا يوقف الطعن في الحكم بالتنفيذ » .

كيفية الحصول على حكم بالنفقة

- « يمكن للزوجة في حالة توقف الزوج عن الإنفاق عليها وعلى أبنائها أن تقدم إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بها ، إما مقر سكنها ، أو مقر سكنى زوجها طلبًا من أجل الحكم لها بالنفقة » .
- « كما يمكن للوالدين تقديم طلب النفقة ضد أولادهما » .
- « يمكن تقديم الدعوى ، إما بمقال مكتوب ، أو بواسطة تصريح شفوي لدى كتابة الضبط » .
- « مقال الدعوى معفى من الرسم القضائي ومن إلزامية تنصيب المحامي » .
- « يتضمن المقال الاسم الشخصي والعائلي لكلي الطرفين ، وعنوانيهما ، وبيان المدة المطلوبة عنها النفقة ، وعدد الأولاد وتواريخ ازديادهم - إن كانوا - والوضعية المادية للزوج . ويوقع المقال من طرف المدعية أو نائبها » .
- « يرفق المقال بعقد الزواج أو بصورة منه مشهود بمطابقتها للأصل بالنسبة لنفقة الزوجة ، وبعقد الازدياد بالنسبة لنفقة الأولاد ، وبما يثبت الاحتياج بالنسبة لنفقة الوالدين » .
- « يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة ، ويقضى بنفقة الأولاد من تاريخ الامتناع ، وبنفقة الوالدين من تاريخ الادعاء » .
- « أجل الطعن بالاستئناف ثلاثون يومًا من تاريخ تبليغ الحكم » .

« لا يوقف الطعن في الحكم التنفيذ » .

كيف يمكن الحصول على نفقة مؤقتة ؟

« في انتظار صدور الحكم في موضوع دعوى النفقة ، يمكن للمحكمة أن تقضي بنفقة مؤقتة لمن يستحقها خلال شهر من تاريخ طلبها ، مع الأخذ بعين الاعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها » .

« ينفذ الحكم الذي يصدر بالنفقة المؤقتة قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه » .

كيف يمكن مراجعة النفقة ؟

يمكن لمن يرى أن النفقة المفروضة بالنسبة له غير ملائمة أن يطلب مراجعتها ، إما بطلب الزيادة فيها ، أو بطلب النقصان منها ، وذلك وفق ما يلي :

« لا يقبل طلب الزيادة أو النقصان في النفقة المفروضة قبل مضي سنة على فرضها إلا في الظروف الاستثنائية » .

يقدم المقال المتعلق بطلب مراجعة النفقة إلى المحكمة ويتضمن :

« بيان سبب طلب مراجعة النفقة ، إما زيادة أو نقصاناً » .

« وأن يرفق المقال بما يعزز الطلب من وسائل الإثبات المقبولة » .

« ويكون الحكم الصادر في طلب المراجعة مشمولاً بالفاذ المعجل » .

« الحكم الصادر في طلب المراجعة قابل للطعن » .

« يقدم الطعن لدى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم » .

« أجل الطعن بالاستئناف ثلاثون يوماً من تاريخ تبليغ الحكم . لا يوقف الطعن في

الحكم التنفيذ » .

سقوط النفقة عن المكلف بها

تسقط النفقة عن المكلف بها بأحد الأسباب التالية :

« إذا انتهت العلاقة الزوجية بين الزوجين بمجرد وقوع الطلاق البائن ، وبانتهاء العدة من الطلاق الرجعي مالم تكن المرأة حاملاً فتبقى لها النفقة إلى حين وضعها وبعده تمتد نفقة الولد إلى حين سقوطها عن المكلف بها شرعاً » .

« إذا خرجت المطلقة رجعيًا من بيت عدتها بدون عذر ولا رضا زوجها » .

- « إذا بلغ الولد عاقلًا قادرًا على الكسب » .
- « إذا تزوجت البنت ووجبت نفقتها على الزوج » .
- « إذا كان للولد الصغير ، ذكرًا كان أم أنثى ، مال أو عمل يكفيه لتسديد نفقته » .
- « إذا تحمل بها غير المزمع بها كالأم أو والدها أو الغير كما في الطلاق الخلعي » .

كيف يمكن الحصول على حكم

بسقوط الحضانة عن الغير ؟

- يمكن لمن يعتبر نفسه مستحقًا للحضانة وله الأولوية على غيره أن يطلب - قضاء - تمكينه منها وذلك بتقديم مقال مكتوب إلى المحكمة الموجود بدائرة نفوذها المدعى عليه أو بتصريح شفوي بذلك لدى كتابة الضبط . ويتضمن المقال :
- الاسم العائلي والشخصي للمدعي والمدعى عليه وعنوانيهما وبيان سبب عدم أحقية الغير في الحضانة ، وكذا بيان سبب استحقاق المدعي لها وتوقيع المقال من المدعي أو نائبه . أن يرفق المقال بما يعزز الطلب سواء فيما يتعلق باستحقاقها أو سقوطها .
- « إذا تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه ما لم تكن وصيًا أو مرضعًا لم يقبل غيرها » .
 - « إذا سكت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالدخول في زواج الحاضنة » .
 - « إذا استوطنت الحاضنة ببلدة أخرى يعسر فيها على والد المحضون أو وليه مراقبة أحوال المحضون والقيام بواجباته » .

التصريح بالولادة

إذا لم يتم التصريح بالولادة خلال ٣٠ يومًا من تاريخ الازدياد لدى مكتب الحالة المدنية ، فإنه يتعين على المعني بالأمر أن يتقدم بمقال افتتاحي لدى المحكمة الابتدائية التي وقع بدائرتها الازدياد ، من أجل الحصول على أمر بالتسجيل .

ويجب إرفاق المقال بالوثائق التالية :

- ١ - عقد الزواج (ورسم الطلاق عند الاقتضاء) .
- ٢ - شهادة طبية .
- ٣ - شهادة عدم التسجيل مسلمة من مكتب الحالة المدنية الذي وقعت بدائرتة الولادة .

التصريح بالوفاة

إذا لم يتم التصريح بالوفاة خلال ١٥ يوماً من تاريخ وقوعها لدى مكتب الحالة المدنية ؛ فإنه يتعين على المعني بالأمر أن يتقدم بمقال افتتاحي لدى المحكمة الابتدائية التي وقعت الوفاة بدائرتها ، من أجل الحصول على أمر بالتسجيل .

ويجب إرفاق المقال بالوثائق التالية :

١ - شهادة رسمية تثبت الوفاة .

٢ - رسم ولادة المتوفى .

تصحيح رسوم الحالة المدنية

في حالة نقصان بعض البيانات أو وجود أخرى غير صحيحة ؛ فإنه يحق لصاحب الرسم أن يتقدم بمقال افتتاحي إلى المحكمة الابتدائية المختصة مكانياً من أجل إضافة البيانات الناقصة أو تصحيحها .

ويجب إرفاق المقال بالوثائق التالية :

١ - رسم الولادة أو الوفاة المراد تصحيحه .

٢ - بالإضافة للوثائق التي من شأنها إثبات الدعوى مثل كناش الحالة المدنية أو عقد الزواج أو شهادة طبية وغير ذلك من الحجج المفيدة .

تغيير البيانات

يجوز تغيير الأسماء الشخصية المغربية التقليدية بحكم قضائي ، أما غير هذه الأسماء فلا يجوز تغييرها إلا بناء على مرسوم من اللجنة العليا الموجود مقرها بوزارة الداخلية ، كما هو الشأن بالنسبة لتغيير الأسماء العائلية .

وتبقى للقضاء السلطة التقديرية لتغيير تاريخ الولادة لأي شخص ، إن لم يقع التصريح بازدياده داخل الأجل القانوني ، أما باقي البيانات فلا يجوز تغييرها .

إلغاء رسوم الحالة المدنية

إذا ما تم تسجيل شخص تسجيلًا مضاعفًا بسجلات الحالة المدنية (أي التسجيل أكثر من مرة) بناء على تصريح مباشر لدى ضابط الحالة المدنية أو بناء على أمر قضائي ، أو تضمن الرسم المتعلق به بيانات مخالفة للقانون ؛ فإنه يمكن له أو لكل من يعنيه الأمر

أن يتقدم بمقال افتتاحي يطلب فيه التشطيب على الرسم المضاعف أو الذي يتضمن بيانات لا تنطبق بتأناً على صاحبه .

في هذه الحالة يتعين على الطالب أن يدلي :

١ - برسم الولادة الذي يدعي أنه هو الحقيقي وبالرسم الآخر المضاعف أو الذي يتضمن بيانات مخالفة للواقع والقانون .

٢ - وكذا بالوثائق التي تثبت دعواه مثل شهادة من ضابط الحالة المدنية تثبت كون المعني سجل تسجيلاً مضاعفاً .

مقتضيات عامة

الرسوم القضائية

يؤدي عن كل طلب من الطلبات المتعلقة بالحالة المدنية ٥٠ درهماً كرسوم قضائي ، ويمكن لكل معسر أن يستفيد من المساعدة القضائية بعد تقديم طلب بذلك إلى السيد وكيل الملك المختص .

المغاربة المزدادون أو المتوفون بالخارج

المغاربة المزدادون أو المتوفون خارج تراب المملكة المغربية يجب التصريح بهم لدى السفارات ، أو القنصليات المغربية الموجودة بالدولة التي وقعت بها ولادتهم أو وفاتهم . وفي حالة تعذر ذلك أو فوات الأجل القانوني ؛ فإنه يتعين تقديم طلبات نقل التصريح بولادتهم أو وفاتهم أو تصحيح الرسوم المتعلقة بهم إلى المحكمة الابتدائية بالرباط .

كيف يمكن الحصول على حكم

بإثبات النسب أو نفيه ؟

للحصول على حكم بذلك تتبع الاجراءات التالية :

يقدم مقال - بواسطة محام - إلى المحكمة الابتدائية بذلك ، يتضمن :

الاسم الشخصي والعائلي للمدعي والمدعى عليه وعنوانيهما ، وبيان سبب ثبوت النسب أو نفيه .

ويؤدي عن المقال الرسم القضائي ، ويمكن الاستفادة من المساعدة القضائية في حالة

يرفق المقال بما يعزز طلب إثبات النسب من وجود الفراش ، أو الإقرار ، أو شهادة العدلين ، أو بيعة السماع ، أو نفيه بكل ما هو مقرر شرعاً .

دعوى نفي أو إثبات النسب تستلزم إحالة الملف - وجوباً - على النيابة العامة وإدلائها بمستنتاجاتها في الموضوع .

الحكم الذي يصدر بإثبات النسب أو نفيه قابل للطعن بالاستئناف ، ويقدم الطعن لدى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه . وأجل الطعن بالاستئناف ثلاثون يوماً من تاريخ تبليغ الحكم .

كفالة الطفل غير المهمل

إذا أريد تسليم طفل غير مهمل من أبويه ، أو أوليائه إلى الغير لكفالاته ، يتعين تقديم طلب في اسم طالب الكفالة إلى القاضي المكلف بالتوثيق مرفق بالوثائق التالية :

- ١ - صورة للبطاقة الوطنية لطالب الكفالة .
 - ٢ - شهادة طبية تثبت سلامته من كل مرض معد أو مانع من قيامه بالواجب .
 - ٣ - جميع الوثائق التي تثبت وضعيته المادية .
 - ٤ - عقد الزواج ، ما لم يكن الراغب في الكفالة له علاقة قرابة محرمة مع المكفول ، وكان هذا الأخير في غنى عن رعاية زوجة الكافل فيمكن الإعفاء من عقد الزواج .
- يجري القاضي تحريماً بواسطة النيابة العامة عن الراغب في الكفالة حول ما إذا كان صالحاً لها أخلاقياً واجتماعياً وله مؤهلات مادية كافية لتوفير احتياجات الطفل ؛ وأنه لم يسبق الحكم عليه من أجل جريمة ماسة بالأخلاق أو جريمة مرتكبة ضد الأطفال ، وكونه سليماً من كل مرض مُعدي أو مانع من قيامه بالواجب ، وذلك قبل إبرام عقد الكفالة على يد عدلين .
- ينبغي للكافل بعد حصوله على عقد الكفالة أن يستصدر من المحكمة الابتدائية حكماً بإثبات كفالاته للطفل غير المهمل للإدلاء بالحكم المذكور أمام سلطات الدولة الأجنبية المضيفة إذا كان يريد السفر بالمكفول خارج الوطن .
- ينبغي للكافل الحصول على إذن من المحكمة الابتدائية من أجل السفر بالولد المكفول غير المهمل خارج أرض الوطن ، أما إذا كان الطفل المكفول مهملًا فإن السفر به خارج الوطن يتوقف على إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين المختص .
- ملاحظة : للإدلاء بعقد الكفالة أو الحكم بثبوتها خارج أرض الوطن يتعين التصديق

عليهما من طرف رئيس المحكمة الابتدائية التابع لدائرة نفوذها قاضي التوثيق المخاطب على العقد أو المصدرة للحكم ، وكذا من طرف وزارة الشؤون الخارجية والتعاون .

التصرف في أموال المحاجير في حال النيابة الشرعية

« المحجور للصغر هو من لم يبلغ سن الرشد (٢٠ سنة شمسية كاملة) » .

« المجنون والسفيه يحجر عليهما بحكم ويرفع عنهما الحجر بنفس الطريقة » .

« إذا كان والد المحجور للصغر لازال على قيد الحياة ؛ فإنه هو الذي يدير ويتصرف

في أموال ابنه المذكور دون إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين » .

« يجب أن يكون تصرف الأب في مصلحة ابنه المحجور » .

« إذا توفي الأب أو فقد أهليته وكانت الأم رشيدة فهي التي تدير وتتصرف في أموال

أبنائها المحاجير دون إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين إلا في حالة تفويت عقاراتهم ،

أي : بيعها أو قسمتها أو ترتيب حق عيني عقاري عليها ، ففي هذه الحالة يجب أن

تحصل على إذن بذلك من القاضي المكلف بشؤون القاصرين . ويجب أن تكون إدارة

الأم وتصرفاتها في أموال أبنائها المحاجير في مصلحتهم دائماً . إذا كان للمحجور وصي

أو مقدم من طرف القاضي فينبغي اتخاذ الإجراءات التالية :

تكوين ملف النيابة القانونية ويتكون هذا الملف من الوثائق التالية :

١ - طلب في الموضوع مع شهادة السكنى وصورة للبطاقة الوطنية .

٢ - رسم الإرثه يشار فيه إلى اسم وتاريخ ازدياد كل وارث .

٣ - رسم الإيصاء بالنظر والأمر بتثبيته الذي يصدره القاضي المكلف بشؤون

القاصرين إن كان للقاصر وصي .

« موجب أهلية التقديم والأمر بالتقديم الذي يصدره القاضي المكلف بشؤون

القاصرين إذا لم يكن للمحجور وصي » .

« إحصاء التركة على يد عدلين إذا كانت قيمتها المحددة بواسطة خبير تتجاوز عشرة

آلاف درهم ، وإذا كانت القيمة لا تتعدى المبلغ المذكور يحضر محضر يتضمن بيان مبلغ

التركة وبيان نصيب المحاجير وبيان أسمائهم وعناوينهم واسم وعنوان المكلف الذي بقي

نصيبهم على عهدته ، وإذا لم يترك الهالك شيئاً من الأموال ؛ فإنه يجب أن يشتمل

الملف على ما يثبت ذلك مثل البحث الذي تجرته السلطة المحلية في الموضوع » .

رسم القسمة عند الاقتضاء

تسيير أموال المحاجير والتصرف فيها :

« يجب على الوصي أو المقدم أن يعمل على الحفاظ على أموال القاصر من الضياع وعلى استثمارها طبقاً للقانون ولما فيه مصلحة القاصر » .

« يجب على الوصي أو المقدم أن يودع باسم القاصر في صندوق الإيداع والتدبير كل ما يحصله من نقوده وما يرى القاضي لزوماً لإيداعه من المستندات والحلي ولا يُسحب منها شيء إلا بإذن القاضي » .

« يقدم الوصي أو المقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين على يد محاسبين حساباً سنوياً مؤيداً بجميع المستندات المفيدة في الموضوع واستناداً إلى كناش التصرف » .

« للقاضي الحق في أن يطالب الوصي أو المقدم بتقديم الحساب في أي وقت » .

« كناش التصرف هو كناش يدرج فيه الوصي أو المقدم كل التصرفات التي قام بها في اسم المحجور مع تاريخها » .

بيع منقول القاصر

يأذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم في بيع أموال القاصر المنقولة بطريق الرضاة إذا ثبتت مصلحة المحجور في ذلك وكانت قيمة المنقول لا تتجاوز ألفي درهم .

إذا كانت قيمة المنقول تتجاوز ألفي درهم أُجري البيع بالمراد العلني بواسطة كتابة الضبط ، ويجب دائماً أن تراعى مصلحة المحجور .

بيع عقار القاصر

إذا دعت الضرورة لبيع عقار في ملك القاصر يجب على الحاجر أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالاً مرفقاً بالوثائق الآتية :

١ - شهادة من المحافظة العقارية إذا كان العقار محفظاً تتضمن أنصبة الورثة القاصرين .

٢ - عقد التملك مثل « رسم استمرار » أو رسم شراء إذا كان العقار غير محفظ .

٣ - ما يثبت موجب البيع ، كشهادة الاحتياج أو تقرير خيرة ؛ وذلك حسب

الحالات .

« يأذن القاضي في بيع عقار القاصر بعد أن يتأكد من ثبوت ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره » .

« إذا رفض القاضي الإذن بالبيع ؛ فإن هذا الأمر يبلغ تلقائياً للحاجر ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام » .

« إذا كانت قيمة العقار لا تتعدى بتقرير خبير عند الاقتضاء ألفي درهم تم البيع بالمرضاة وإذا تجاوزت هذه القيمة ألفي درهم وقع البيع بالمزاد العلني بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين » .

تصفية التركة

« إذا كانت التركة مثقلة بديون فإن القاضي يعين لتصفيتها مصفياً يتفق الورثة على اختياره ؛ وإلا أجبرهم على ذلك إذا رأى موجبا لتعيينه » .

« تكون للمصفي المهام التي ينص عليها في وثيقة التعيين » .

« تصفى التركة بعد اطلاع القاضي على الإحصاء تحت مراقبته » .

« يجب على المصفي أثناء تصفية التركة أن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة وعليه أن ينبذ عن التركة في الدعاوى وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت » .

« يقوم المصفي بعد استئذان القاضي وموافقة الورثة بوفاء ديون التركة التي تعين قضاؤها » .

« للمصفي أن يطلب من القاضي أجراً عادلاً على قيامه بمهمته . تتحمل التركة مصاريف التصفية » .

قسمة التركة

تكون القسمة بعد تصفية التركة من الديون - إن كانت - إما رضائية بين الورثة بعد إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين إذا كان في الورثة قاصر تنوب عنه أمه أو ينوب عنه وصي أو مقدم ، وإما قضائية ، وفي هذه الحالة يقدم طلب القسمة إلى المحكمة الابتدائية لمحل افتتاح التركة .

« يمكن للمحكمة أن تأمر بالقسمة إذا كان المطلوب قسمة قابلاً لها وإذا كان موضوع القسمة غير قابل لها تأمر ببيعه بالمزاد العلني مع تحديد الثمن الأساسي للبيع » .

الأطعام السريعة في

الأحوال الشخصية

مراجع الدراسة

فهرس المجلد الرابع

مراجع الدراسة

١ - ثبت هنا أهم المصادر التي وردت في الكتاب معلقين عليها بما يكشف عن قيمتها في الدرس الفقهي ؛ فقد يساعد ذلك طالب الفقه الإسلامي المبتدئ على تكوين فكرة عامة عن أهم المصادر التي يرجع إليها .

٢ - نقسم هذه المصادر إلى فروع متعددة .

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : كتب التفسير :

١ - تفسير الثعالبي لأبي منصور عبد الملك بن أحمد بن إبراهيم الثعالبي المسمى بالكشف والبيان ، طبعة مؤسسة الأعلمي ، بيروت - لبنان .

ثالثاً : كتب السنة :

١ - الجامع الصحيح للإمام البخاري ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة المتوفى (٢٥٦ هـ) . ط الشعب .

٢ - الدراية في تخريج أحاديث الهداية لأحمد بن علي بن حجر المسقلاني أبي الفضل المتوفى سنة (٨٥٢ هـ) دار المعرفة ، بيروت ، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني .

ويذكر ابن خلدون أن البخاري اهتم بتخريج الأحاديث التي للحجازيين والعراقيين والشاميين ، فاعتمد منها ما أجمعوا عليه دون ما اختلفوا فيه ، ورتب جامعه بحسب الموضوعات ، فكان يكررها لذلك ، حتى يقال : إنه اشتمل على تسعة آلاف حديث ومائتين ، منها ثلاثة آلاف متكررة (١) .

ويذكر ابن خلدون كذلك أنه سمع كثيراً من شيوخه يقولون : شرح كتاب البخاري دين على الأمة ، ويتفقون بذلك أن أحدًا من الأمة لم يكن قام بهذا الواجب ، وفيما بعد جاء ابن حجر فوضع كتابه فتح الباري بشرح صحيح البخاري الذي يستحق أن يكون أداء لهذا الدين . طبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٧٨ هـ ، ١٩٥٩ م) .

٣ - سنن الترمذي ، أو الجامع الصحيح للترمذي أبي عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة (٢٧٩ هـ) طبعة دار الفكر . ضبط وتصحيح عبد الوهاب عبد اللطيف . الطبعة الثالثة (١٣٩٨ هـ ، ١٩٧٨ م) .

(١) مقدمة ابن خلدون (ص ٤٤٢) .

٤ - سنن الدارقطني للإمام علي بن الدارقطني ، طبعة دار المحاسن القاهرة (١٣٨٦ هـ ، ١٩٦٦ م) .

٥ - سنن الدارمي لعبد الله بن عبد الرحمن أبي محمد الدارمي المتوفى سنة (٢٥٥ هـ) دار الكتاب العربي ، بيروت (١٤٠٧ هـ) الطبعة الأولى ، تحقيق فواز أحمد دمرلي ، خالد السبع العلمي .

٦ - سنن أبي داود للإمام الحافظ المصنف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني . ضبط وتعليق محمد محيي الدين عبد الحميد . طبعة المطبعة التجارية الكبرى القاهرة (١٣٥٤ هـ ، ١٩٣٥ م) .

٧ - سنن سعيد بن منصور لسعيد بن منصور المتوفى سنة (٢٢٧ هـ) دار العيصي الرياض (١٤١٤ هـ) الطبعة الأولى ، تحقيق الدكتور / سعيد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد .

٨ - السنن الكبرى للبيهقي لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي المتوفى سنة (٤٥٨ هـ) . مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة (١٩٩٤ م) ، تحقيق محمد عبد القادر عطا .

٩ - سنن ابن ماجه للقرظيني أبي عبد الله محمد بن يزيد المتوفى سنة (٢٧٥ هـ) . ط . عيسى البايي الحلبي . بدون تاريخ .

١٠ - سنن النسائي للنسائي المتوفى سنة (٣٠٣ هـ) . طبعة دار البشائر الإسلامية (١٩٦٨ م) .

١١ - صحيح مسلم للقشيري مسلم بن الحجاج المتوفى سنة (٢٦١ هـ) مع شرح النووي ، المطبعة المصرية ومكتبتها بدون تاريخ .

وعن ابن خلدون أنه قد حذا حذو البخاري في نقل الجمع عليه من الأحاديث ، والترتيب على أبواب الفقه ، وإن خالفه في عدم تكرار الحديث بتكرار موضوعاته . ولذا فضله المغاربة ، وانكبوا على شرحه والعناية به . فقد أملى المازري المتوفى سنة (٥٣٦ هـ) - من فقهاء المالكية - شرحاً على صحيح مسلم ، سماه : المعلم بفوائد مسلم ، أكمله القاضي عياض المتوفى سنة (٥٤٤ هـ) فيما سماه : إكمال المعلم ، وتلاههما النووي محيي الدين المتوفى سنة (٦٧٧ هـ) . بشرح استفوى ما في الكتاين وزاد عليهما فكان شرحاً وافياً^(١) .

- ١٢ - كشف الخلفاء للعجلوني ، لإسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفى سنة (١١٦٢ هـ) مؤسسة الرسالة بيروت (١٤٠٥ هـ) الطبعة الرابعة ، تحقيق أحمد القلاش .
- ١٣ - المستدرک علی الصحیحین محمد بن عبد اللہ أبي عبد اللہ الحاكم النيسابوري المتوفى سنة (٤٠٥ هـ) دار الكتب العلمية بيروت (١٩٩٠ م) الطبعة الأولى ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا .
- ١٤ - المسند لابن حنبل ، الإمام أحمد بن محمد المتوفى سنة (٢٤١ هـ) وقد حقق المسند الشيخ أحمد شاكر ولم يتمه ، وطبعه المكتب الإسلامي ببيروت ط ٢ (١٣٩٨ هـ ، ١٩٧٨ م) .
- ويحتوي هذا المسند على نحو ٣٠٠٠٠ حديث وتصعب الاستفادة منه على النحو الذي بين أيدينا ، ويجدر لهذا استكمال تحقيقه ، ووضع فهرسه بحسب الموضوعات .
- ١٥ - مصنف ابن أبي شيبة لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي المتوفى سنة (٢٣٥ هـ) . مكتبة الرشد ، الرياض (١٤٠٩ هـ) الطبعة الأولى ، تحقيق كمال يوسف الحوت .
- ١٦ - مصنف عبد الرزاق لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة (٢١١ هـ) المكتب الإسلامي بيروت (١٤٠٣ هـ) الطبعة الثانية ، تحقيق حبيب عبد الرحمن الأعظمي .
- ١٧ - المعجم الكبير للطبراني ، لسليمان بن أحمد بن أيوب أبي القاسم الطبراني المتوفى سنة (٣٦٠ هـ) ، مكتبة العلوم والحكم الموصل (١٩٨٣ م) ، الطبعة الثانية ، تحقيق حمدي بن عبد الحميد السلفي .
- ١٨ - الموطأ لمالك بن أنس المتوفى سنة (١٧٩ هـ) . يعتبر كتاب الموطأ أقدم كتاب فقهي وصل إلينا إذا استثنينا الجامع الفقهي لزيد بن علي ، ويعتمد فيه مالك الحديث النبوي وأثر الصحابة ، كما يعتمد على ما صح لديه من عمل أهل المدينة أو لإجماعهم . وهو بهذا الاعتبار يمثل مرحلة انتقالية بين الفقه الخالص في صيغته القديمة ، وبين علم الحديث الصرف ^(١) .
- وفي الموطأ قريب من ٨٢٢ حديثاً عن النبي ﷺ وفيه إلى جانب ذلك ٦١٣ أثرًا عن الصحابة ، و ٢٨٥ عن التابعين . وقد روى الشيباني الموطأ ، وفيه ٤٢٩ حديثاً ، ٦٢٨ أثرًا عن الصحابة ، و ١١٢ مرويًا عن التابعين .

(١) مقدمة محقق كتاب الموطأ برواية سويد بن سعيد الحدثان .

وقد شرح السيوطي الموطأ بكتاب أسماه تنوير الحوالك بشرح موطأ الإمام مالك .
وبآخره كتاب إسعاف المبطل برجال الموطأ للسيوطي طبعة عيسى الباني الحلبي .

١٩ - نصب الراية للزليعي ، لعبد الله بن يوسف أبي محمد الحنفي الزليعي المتوفى سنة (٧٦٢ هـ) دار الحديث مصر (١٣٥٧ هـ) تحقيق محمد يوسف البنوري .
رابعاً : في السير والتاريخ :

١ - أسد الغابة في معرفة الصحابة للعلامة عز الدين أبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني المعروف بابن الأثير المتوفى سنة (٦٣٠ هـ) طبعة انتشارات إسماعيليان ، طهران - إيران .

٢ - الإصابة في تمييز الصحابة للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة (٨٥٢ هـ) دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض .

٣ - تاريخ بغداد للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي المتوفى سنة (٤٦٣ هـ) دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا .

٤ - تاريخ دمشق للإمام الحافظ أبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله بن عبد الله الشافعي المعروف بابن عساكر المتوفى سنة (٥٧١ هـ) دار الفكر ، بيروت ، تحقيق علي شيري .

٥ - التاريخ الكبير للبخاري ، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة (٢٥٦ هـ) المكتبة الإسلامية ، ديار بكر - إيران .

٦ - تهذيب الكمال للحافظ المتقن جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي المتوفى سنة (٧٤٢ هـ) مؤسسة الرسالة ، بيروت ، تحقيق الدكتور / بشار عواد معروف .

٧ - الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد ابن محمد بن نصر الله بن سالم أبي الوفاء القرشي الحنفي المتوفى سنة (٧٧٥ هـ) دار هجر للطباعة والنشر ، القاهرة ، تحقيق الدكتور / عبد الفتاح محمد الحلو .

٨ - سير أعلام النبلاء للذهبي شمس الدين محمد بن أحمد المتوفى سنة (٧٤٨ هـ) .
وبهامشه أحكام الرجال من ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، وهو للذهبي كذلك . هو من جملة ما اختصره من تاريخ الكبير ، تاريخ الإسلام ، مرتباً على التراجم بحسب الوفيات ، وله عليه ذيل . لم يخرج الذهبي على نهج الذين سبقوه في التأليف على الطبقات ، ولكنه امتاز عنهم بالشمول والسعة ، فرتبه على الطبقات ، وجعل لكل طبقة

عشرين سنة ضمن سيرة الحكام ، وأصحاب السلطان ، كما تناول سير عامة الناس ، فترجم للخلفاء والصحابة والتابعين ، كما ترجم للملك والوزير والمؤرخ والمفسر والمحدث والفقيه والنحوي والفيلسوف ... إلى آخره . حققه محب الدين غرامة العمروي . ط ١ بتاريخ (١٤١٧ هـ ، ١٩٩٧ م) .

٩ - شجرة النور الذكية في طبقات المالكية للشيخ محمد بن محمد مخلوف . بدأه مؤلفه بمقدمة فيها سبع فرائد عن بعض مبادئ علم التاريخ وفضيلته ، وعن خصائص هذه الأمة ، ومنها أنهم أوتوا الإسناد ، وعن القرآن وتواتره ، وعن الفقهاء السبعة ، وعن طبقات الحديث ، وعن الأئمة المجتهدين ، وعن خصائص هذه الأمة . ثم قسم الكتاب إلى طبقات وتناول أعلام كل طبقة تناولاً مُوجزًا ، وإن كان لا يمكن الاستغناء عنه . طبعة دار الفكر .

١٠ - طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى سنة (٧٧١ هـ) دار هجر للطباعة والنشر ، القاهرة (١٩٩٢ م) تحقيق الدكتور / عبد الفتاح محمد الحلو ، الدكتور / محمد محمود الطناحي .

١١ - طبقات الفقهاء الشافعية لابن كثير الدمشقي ، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ، تحقيق الدكتور / أحمد عمر هاشم ، الدكتور / محمد زينهم محمد عزب .

١٢ - الطبقات الكبرى لابن سعد المتوفى سنة (٢٣٠ هـ) دار صادر بيروت .
١٣ - الكامل في ضعفاء الرجال للإمام الحافظ أبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني المتوفى سنة (٣٦٥ هـ) الطبعة الأولى ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ، تحقيق الدكتور / سهيل ركاز .

١٤ - الكنى والألقاب للشيخ المحقق الشعير والمؤرخ الكبير عباس القمي المتوفى سنة (١٣٥٩ هـ) .

١٥ - معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ، وهو معجم لمصنفي الكتب العربية منذ بدأ تدوين الكتب حتى الحاضر . نهج المؤلف في مصنفة أن يذكر اسم المترجم ، وشهرته ، ووفاته ، ثم نسبته وكنيته ، ولقبه ، ثم اختصاصه في العلم ، ثم مكان ولادته ، ونشأته ورحلته ، ثم المناصب التي تولاها ، وينتهي بذكر مؤلفاته . ط ١ بتاريخ (١٤١٤ هـ ، ١٩٩٣ م) . مؤسسة الرسالة ، بيروت .

١٦ - ميزان الاعتدال في نقد الرجال لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان

المتوفى سنة (٧٤٨ هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان ، تحقيق علي محمد البيجاوي .

خامساً : المعجمات والكشافات والأدلة :

١ - طلبة الطلبة لعمر بن محمد بن أحمد أبي حفص المسفي ، المطبعة العامرية ، مكتبة المثني ببغداد .

٢ - القاموس المحيط للفيروز آبادي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

٣ - لسان العرب لابن منظور أبي الفضل محمد بن جلال الدين المتوفى سنة (٧١١ هـ) . وهو أتم المؤلفات التي صنفت في اللغة ، رتبته على ترتيب الصحاح للجوهري ، وشرح ما أتى به من الشواهد من آيات ، وأحاديث ، وأشعار . وقد اعتمدنا عليه في تعاريفنا اللغوية ، وتوفرت لدينا طبعة دار المعارف ، وهي طبعة مشكولة شكلاً تاماً ، ومذيلة بفهارس مفصلة ، وقد عني بترتيب هذه الطبعة وتحقيقها الأساتذة : عبد الله الكبير ، محمد أحمد حسب الله ، هاشم محمد الشاذلي ، سيد رمضان أحمد ، وهي بدون تاريخ وتخلت من رقم الطبعة .

٤ - مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي المتوفى سنة (٧٢١ هـ) دار الكتب العلمية ، بيروت (١٩٩٤ م) تحقيق أحمد شمس الدين .

٥ - المصباح المنير للفيومي طبعة بولاق (١٣٢٤ هـ) .

٦ - المغرب للإمام ناصر بن عبد السيد أبي المكارم المطرزي ، دار الكتاب العربي .

٧ - النهاية في غريب الحديث والأثر للإمام مجدد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الأجزري المتوفى سنة (٦٠٦ هـ) دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، تحقيق صلاح محمد عويضة .

سادساً : مصادر الفقه المالكي :

١ - التاج والإكليل في شرح مختصر خليل ، تأليف خليل بن إسحاق بن موسى المالكي من علماء القرن التاسع الهجري ، وقد اجتمعت لهذا المختصر أسباب الإجابة حتى صار أهم عمل اعتمد عليه متأخرو المالكية ووسعوه شرحاً وبياناتاً وتقريراً ولقد لقي هذا المختصر ما لم يلقه أي مختصر في الفقه الإسلامي حتى إن أهم مراجع الفقه المالكي ليست إلا شرحاً لهذا المختصر .

٢ - بصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون اليعمري ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .

٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية .

٤ - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني للشيخ علي الصعيدي العدوي ، دار الفكر العربي ، بيروت - لبنان .

٥ - شرح الخرشني على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشني المتوفى سنة (١١٠١ هـ) وكانت رئاسة المذهب المالكي قد آلت إليه ، والكتاب كما يتضح من عنوانه شرح لمختصر خليل وهذا الشرح من أهم المصادر التي يعتمد عليها في تحقيق مذهب المالكية .

٦ - شرح الرسالة لأبي زيد القيرواني . وهي مختصر في الفقه المالكي ألفه أبو زيد بناء على سؤال بعض الناس إياه أن يكتب جملة مختصرة من واجب أمور الديانة مما تنطلق به الألسنة ، وتعتقده القلوب ، وتعمله الجوارح ، وما يتصل بالواجب من ذلك من السنن من مؤكداها ونوافلها ورغائبها وشيء من الآداب منها .

وتتضح أهمية هذا المختصر في الفقه المالكي من كثرة الشروح والتعليقات عليها ويذكر بروكلمان أن الشروح عليها قد وصلت إلى ثمانية وعشرين شرحاً .

٧ - الشرح الصغير على أقرب المسالك لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير وعليه حاشية للعلامة أحمد بن محمد الصاوي .

٨ - شرح ميارة لمحمد بن أحمد الفاسي ميارة ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .

٩ - الشفا بتعريف حقوق المصطفى للقاضي أبي الفضل عياض البحصبي المتوفى سنة (٥٤٤ هـ) ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .

١٠ - فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد بن أحمد بن محمد الملقب بعليش المتوفى سنة (١٨٨٢ م) . والكتاب يضم كثيراً من الفتاوى في العقائد والفقه وأصوله كما يسير إلى بعض الوقائع التي شغلت اهتمام الناس في القرن التاسع عشر الميلادي . كما يتناول بعض الأحكام الفقهية الأساسية دون تطويل فيها ولا تفصيل في الاستدلال .

١١ - الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي ، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، دار السلام ، القاهرة .

١٢ - الفواكه الدواني لأحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفاوي ، دار الفكر ،

بيروت - لبنان .

١٣ - المدونة الكبرى من وضع سحنون وتأليفه وتنال المدونة مكانة كبيرة بين مؤلفات الفقه المالكي حتى إذا أطلقوا الكتاب فإنهم يريدونها ، ويقول بعض مشايخ المالكية : إنها بالنسبة إلى غيرها من كتب المذهب كالفاتحة في الصلاة تجزئ عن غيرها ولا يجزئ غيرها عنها .

ولذا يذكر ابن فرحون في التبصرة التقاء جمهور الفقهاء المالكية على ترجيح رواية بن القاسم إذا تعارضت مع غيرها .

١٤ - المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن خلف الباجي ، دار الكتاب الإسلامي .

١٥ - منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد بن محمد عيش ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .

١٦ - مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للشيخ محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .

سابقاً : مصادر الفقه الحنفي :

١ - أحكام القرآن للجصاص ، لأبي بكر بن علي الرزاي الجصاص ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .

٢ - الاختيار لتعليل المختار ، تأليف الإمام عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود أبي الفضل مجد الدين الموصل الحنفي المتوفى سنة (٦٨٣ هـ) ط الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية .

٣ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم ، دار الكتاب الإسلامي .

٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر مسعود بن أحمد الكاساني ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .

٥ - تبين الحقائق على كنز الدقائق لفخر الدين الزيلعي المتوفى سنة (٧١٣ هـ) . بولاق - مصر ، سنة (١٣٠٣ هـ) .

٦ - الجوهرة النيرة لأبي بكر محمد بن علي الحدادي العبادي ، المطبعة الخيرية .

٧ - حاشية رد المختار على الدر المختار لمحمد أمين بن عمر بن عابدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .

- ٨ - حاشية ابن عابدين على البحر الرائق لمحمد أمين الشهرير بابن عابدين المتوفى سنة (١٢٥٢ هـ) .
- ٩ - درر الأحكام شرح غرر الأحكام لمحمد بن فرموز منلا خسرو ، دار إحياء الكتب العربية .
- ١٠ - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر - دار الجليل .
- ١١ - شرائع الإسلام في ما هو محرم لنجم الدين أبي القاسم جعفر بن الحسن الهذلي ، المتوفى سنة (٦٦٧ هـ) .
- ١٢ - العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين المتوفى سنة (١٢٥٢ هـ) بهامشه الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي بولاق ، المطبعة الميمنية (١٣١٠ هـ) .
- ١٣ - العناية شرح الهداية لمحمد بن محمد بن محمود الباهرتي ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .
- ١٤ - غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمود الحموي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .
- ١٥ - الفتاوى الخانية ، جمعها قورقود خان الله السلطان بايزيد الثاني العثماني (المقتول سنة ٩١٨ هـ) .
- ١٦ - الفتاوى الهندية ، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .
- ١٧ - فتح القدير لكمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .
- ١٨ - المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ١٩ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الرحمن بن محمد شيخي زادة ، دار إحياء التراث العربي .
- ٢٠ - مجمع الضمانات لغانم بن محمد البغدادي ، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، دار السلام ، القاهرة .
- ٢١ - معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .

ثامناً : مصادر الفقه الشافعي :

- ١ - أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا بن محمد الأنصاري ، دار الكتاب الإسلامي .
- ٢ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني لسمي الدين محمد بن أحمد الشربيني المتوفى سنة (٩٧٧ هـ) ، بولاق ، مصر . الميمنية سنة (١٣٠٧ هـ) .
- ٣ - الأم محمد بن إدريس الشافعي ، دار المعرفة .
- ٤ - تحفة الحبيب على شرح الخطيب للبيروني ، والمتوفى سنة (١١٣١ هـ) .
المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، حاشية جردها تلميذه الشيخ عثمان بن سليمان السويقي بأمر شيخه البيروني وفرغ من بحريدها سنة (١٢٠٨ هـ) - بولاق .
المطبعة الميمنية (١٣١٠ هـ) .
- ٥ - تحفة المحتاج لأحمد بن محمد بن علي بن حسن الهيثمي ، دار إحياء التراث العربي .
- ٦ - حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المغلي على المنهاج لأحمد بن سلامة القليوبي ،
وأحمد البرلسي عميرة - دار إحياء الكتب العربية .
- ٧ - حاشية البيروني على الخطيب لسليمان بن محمد البيروني ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .
- ٨ - حاشية البيروني على المنهاج لسليمان بن محمد البيروني ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .
- ٩ - حاشية الجمل على شرح منهاج الطلاب لسليمان بن منصور العجيلي الجمل ، دار الفكر بيروت - لبنان .
- ١٠ - شرح المغلي على المنهاج لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي المتوفى سنة (٨٦٤ هـ) .
- ١١ - الفرر البهية في شرح البهجة الوردية لشيخ الإسلام أبي يحيى زكريا بن محمد ابن أحمد الأنصاري السنيكي المتوفى سنة (٨٢٥ أو ٨٢٦ هـ) القاهري الشافعي ، وهي شرح الكبير . أولها : الحمد لله الذي أظهر بهجة دينه القويم . معها حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني ، وبالهامش حاشية ابن القاسم العبادي على الشرح المذكور مع تقرير الشيخ الشربيني عليها ، المطبعة الميمنية (١٣١٥ هـ) .
- ١٢ - فتاوى الرملي لشهاب الدين أحمد بن أحمد الرملي ، المكتبة الإسلامية .

١٣ - المجموع شرح المذهب ليحيى بن شرف النووي - مطبعة المنيرة .
١٤ - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج محمد بن أحمد الشرييني الخطيب ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .

١٥ - منهاج الطالبين في مختصر المحرر في فروع الشافعية للإمام محيي الدين أبي زكريا بن شرف النووي الشافعي المتوفى سنة (١٧٦ هـ) .

١٦ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمحمد بن شهاب الدين الرملي ، دار الفكر ، بيروت - لبنان .

تاسفًا : مصادر الفقه الحنبلي :

١ - الإنصاف في مسائل الخلاف لعلي بن سليمان بن أحمد المرادوي ، دار إحياء التراث العربي .

٢ - الفروع لمحمد بن مفلح بن محمد المقدسي ، عالم الكتب .

٣ - كشف القناع على متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان .

٤ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى بن سعد بن عبدة الرحيباني ، المكتب الإسلامي .

٥ - المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، دار إحياء التراث العربي .

الموسوعات :

الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

كتب أخرى :

١ - الأحكام المتعلقة بأهل الكتاب للرومي الناسي .

٢ - التقرير والتحرير لابن أمير حاج - المتوفى سنة (٨٢٥ هـ) هو شرح على كتاب

التحريم لابن همام في علم الأصول . الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية ، بهامشه نهاية السؤل شرح منهاج الوصول لجمال الدين الإسنوي . بولاق - مصر ، سنة

(١٣١٦ هـ) .

فهرس المجلد الرابع

- ١٥٩٧ **الباب السابع : في بيان مسائل متنوعة**
- مادة ٦٣٠ : يوقف للحمل من التركة نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما كان أكثر ١٥٩٧
- مادة ٦٣١ : المفقود : من انقطع خبره ولا يدري حياته ولا موته ١٦٠٩
- مادة ٦٣٢ : الخنثى : هو إنسان له آلتا رجل وامرأة وليس له شيء منهما ١٦١٦
- مادة ٦٣٣ : ولد الزنى وولد اللعان يرثان الأم وقرباتها وترث هي وقرباتها ١٦٢٤
- منهما ولا يرث الأب ولا قرابته منهما
- مادة ٦٣٤ : لا توارث بين الغرقى والهدمى والحرقى إذا كانوا ممن يرث بعضهم بعضاً ١٦٢٨
- مادة ٦٣٥ : التخارج : هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ١٦٣٢
- ١٦٣٧ **الباب الثامن : في العول والرد**
- مادة ٦٣٦ : العول : هو زيادة في عدد سهام ذوي الفروض ونقصان من مقادير أنصبتهم من التركة ١٦٣٧
- مادة ٦٣٧ : الرد ضد العول وهو : رد ما فضل عن فرض ذوي الفروض ولا مستحق له من العصبه ١٦٤٧
- ١٦٥٧ **الباب التاسع : في ذوي الأرحام وكيفية توريثهم**
- مادة ٦٣٨ : ذوو الأرحام على أربعة أصناف بعضها أولى بالميراث من بعض على الترتيب ١٦٥٧
- مادة ٦٣٩ : الصنف الثاني : من ينتسب إليهم الميت وهم الأجداد الساقطون كأبي أم الميت ١٦٦٢
- مادة ٦٤٠ : الصنف الثالث : من ينتسب إلى أبوي الميت وهم : أولاد الأخوات سواء كانت تلك الأولاد ذكوراً ١٦٦٣
- مادة ٦٤١ : الصنف الرابع : من ينتسب إلى جدى الميت ، وهما : أبو الأب وأبو الأم ١٦٦٥

- مادة ٦٤٢ : الصنف الأول من ذوي الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجةً ١٦٦٧
- مادة ٦٤٣ : الصنف الثاني وهم الساقطون من الأجداد والمجدات أولاهم بالميراث أقربهم للميت ١٦٧٩
- مادة ٦٤٤ : الصنف الثالث وهم أولاد الأخوات مطلقًا وبنات الإخوة مطلقًا وبنو الإخوة لأم ١٦٨٦
- مادة ٦٤٥ : الصنف الرابع وهم الذين ينتمون إلى جدّي الميت أو جدتيه وهم : العمات على الإطلاق والأعمام لأم ١٦٩٤
- مادة ٦٤٦ : أولاد الصنف الرابع الحكم فيهم كالحكم في الصنف الأول أعني : أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت ١٦٩٩
- ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية** ١٧٠٩
- قانون الأحوال الشخصية المصري ١٧١١
- قانون الأحوال الشخصية السوري ١٧٨٧
- قانون الأحوال الشخصية الأردني ١٨٤٧
- قانون الأحوال الشخصية القطري ١٨٩١
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي ١٩٦١
- قانون الأحوال الشخصية المغربي ٢٠٣٥
- مراجع الدراسة ٢٠٥٥

رقم الإيداع

2005/18729

I . S . B . N

977 - 342 - 325 - 5

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

- مؤسسة فكرية إسلامية متخصصة أنشئت وسجلت في القاهرة بجمهورية مصر العربية لتعمل على :
- إبراز القواعد والمبادئ التي تضمنتها الشريعة الإسلامية وتيسيرها على الباحثين .
 - إجراء الدراسات المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والنظم الوضعية .
 - صياغة العقود الشرعية صياغة جديدة يتوفر فيها البعد عن الربا والغرر الفاحش ، وتكوين العقود المتفقة والمتوائمة مع حاجات العصر ومتطلباته وسرعة وضخامة تعاملاته .
 - الإسهام في تطوير بحوث الاستثمار المصرفي .
 - الاهتمام بنشر وطباعة الكتب التراثية الهامة بتحقيقها ودراستها .
 - إعداد الأبحاث والأعمال البحثية لتدعم جهود علماء الشريعة ، والاقتصاد ، والقانون ، وكافة العلوم الإسلامية الأخرى . وإعداد الأدلة والكشافات والبيولوجرافيات والفهارس والمخصصات ، وتوفير قاعدة بيانات حديثة ومتجددة في كافة المجالات التي تخدم أهداف الشريعة والاقتصاد والبنوك الإسلامية .
- ويستعين المركز لتحقيق أهدافه بوسائل عديدة منها :
- ١ - عقد المؤتمرات والندوات العلمية والفكرية المتخصصة .
 - ٢ - التعاون مع المراكز البحثية المتخصصة في جميع أنحاء العالم .
 - ٣ - الاهتمام بإحداث تواصل بين المهتمين بالعلوم الاجتماعية والإنسانية ودارسي العلوم الشرعية باعتبارهم المهتمين بإيقاع النص على الموجود وإحداث الصلة المطلوبة بينهما .
 - ٤ - تقديم المشورة العلمية للراغبين من دراسي الماجستير والدكتوراه .
 - ٥ - يوفر المركز مكتبة علمية موزعة على كافة العلوم والمعارف الإنسانية ، وكذلك دوريات عربية ، ورسائل ماجستير ودكتوراه ، وهي متاحة للباحثين والدارسين من شتى بقاع المعمورة بدون رسوم أو اشتراكات طوال اليوم ، والمكتبة يتوفر بها عدد من المصنفات النادرة .
 - ٦ - يجمع المركز بعلاقات جيدة مع عدد كبير من العلماء المهتمين بالتأصيل الإسلامي للعلوم في العالم .

والمركز يأمل بعون الله تعالى أن تكون له فروع في جميع أنحاء العالم ، وليمارس من خلالها أنشطته المختلفة ، كما يأمل أن يكون هناك أوجه تعاون مع المراكز البحثية المتخصصة في جميع دول العالم .

المشرف العام على المركز

أ.د / علي جمعة محمد

مفتي الديار المصرية

مدير المركز

د / أحمد جابر بدران

عنوان المركز : الإدارة ١٣ ش مرقص حنا متفرع من ش شاهين العجوزة

القاهرة - جمهورية مصر العربية . تليفاكس ٧٤٩٨٨٥٣

E-Mail : Cles@internetegypt.com