



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

مجلة قطاع الشريعة والقانون

مجلة علمية سنوية محكمة

تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والقضائية

تصدرها

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
جامعة الأزهر

العدد الثالث عشر
٢٠٢١ / ٢٠٢٢ م

توجه جميع المراسلات باسم الأستاذ الدكتور: رئيس تحرير مجلة قطاع الشريعة والقانون

جمهورية مصر العربية - كلية الشريعة والقانون - القاهرة - الدراسة - شارع جوهر القائد

ت: ٢٥١٠٧٦٨٧

فاكس: ٢٥١٠٧٧٣٨

البريد الإلكتروني

magazine.sh.law@azhar.edu.eg

http://fshariaandlaw.edu.eg



جميع الآراء الواردة في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها،
ولا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة وليست مسئولة عنها



رقم الإيداع

٢٠٢٢ / ١٨٠٥٣

التقييم الدولي للنشر

ISSN: 2626-2570

التقييم الدولي الإلكتروني

ISSN: 2805-329X



الموقع الإلكتروني

<https://jssl.journals.ekb.eg>



التعويض عن تنمية ثروة المورث

دراسة فقهية تطبيقية

إعداد

د. علي محمد علي مهدي عثمان

أستاذ الفقه المساعد بكلية الدراسات الإسلامية

والعربية للبنين بالقاهرة



التعويض عن تنمية ثروة المورث دراسة فقهية تطبيقية

علي محمد علي مهدي عثمان

قسم الفقه العام، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين بالبحر، جامعة

الأزهر، القاهرة، مصر.

البريد الإلكتروني: alimahdy.4@azhar.edu.eg

ملخص البحث:

يسلط البحث الضوء على قضية مهمة في الواقع المصري وهي التعويض عن تنمية ثروة المورث، فقد تدفع الزوجة راتبها ومدخراتها لزوجها كي يؤسس بيتا، وقد يدفع أحد الأبناء ثروته التي حصلها من كده أو سفره إلى خارج الوطن للأسرة وبعد وفاة المورث تطرأ الإشكالات بين الورثة، والبحث يعالج هذه القضية في ضوء مراعاة المقاصد والنيات في العقود التي تقتضي الإيجاب والقبول من الطرفين كالبيع والإجارة والهبة والزواج... الخ، والتصرفات التي تقتضي وقوع الرضا من طرف واحد كالإبراء والإسقاط والطلاق، كما يعالج البحث كثيرا من الإشكالات التي تقع - بحسن نية- أحيانا، وأحيانا أخرى تحت وطأة العرف الذي ينظر بعين الازدراء والاحتقار إلى من يخالف قواعده حتى ولو كان مطالباً بحقه الشرعي في ضوء مراعاة المقاصد الشرعية، ومواد القانون المدني المصري بما يساعد المفتين والقضاة على حل النزاع ورفع الإشكال بمنهجية علمية وفق الأحكام الشرعية.

الكلمات الافتتاحية: تعويض، تنمية، ثروة المورث، الوارث، الفقه الإسلامي.



Compensation for the development of the inherited wealth: an applied jurisprudence study

Ali Muhammad Ali Mahdi Othman

Department of General Jurisprudence, Faculty of Islamic and Arabic Studies for Men in Cairo, Al-Azhar University, Cairo, Egypt.

Email: alimahdy.4@azhar.edu.eg

Abstract:

The research sheds light on an important issue in the Egyptian reality, which is compensation for the development of the inherited wealth. The heirs, and the research deals with this issue in the light of observing the purposes and intentions in contracts that require an offer and acceptance by both parties, such as selling, leasing, gift, marriage...etc. And the behaviors that require the occurrence of consent from one party, such as acquittal, abolition and divorce, and the research also deals with many problems that fall - in good faith - sometimes, and sometimes under the pressure of custom that looks with contempt and contempt for those who violate its rules even if he is claiming his legitimate right in the light of observing the purposes Legitimacy, and the articles of the Egyptian Civil Code in a way that helps muftis and judges to resolve disputes and raise problems using a scientific methodology in accordance with legal rulings.

Keywords: compensation, development, inheritance, heirs, Islamic jurisprudence.



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه الغرّ الميامين، أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية أتت لتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، يقول ابن القيم: " الشريعة مبناها وأساسها على الحكّم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى البعث؛ فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل"^(١)، وحيثما كان الأمر كذلك فينبغي أن تُفضي الأحكام الفقهية في شتى صورها، وجميع مآلاتها إلى جلب المصالح، ودرء المفسد، وإقرار العدل بين الناس، ومهما تخلف هذا المقصد في مسألة ما، فينبغي على الفقيه أن يعيد النظر، وأن يجدد الاستنباط؛ ليرتفع الخلل، ويزول الاضطراب، وتحقق العدالة الإلهية التي هي غاية الغايات في الأحكام كلها، وهذا ما دفع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إلى اختياره الفقهي في أرض السواد بالعراق^(٢)؛ تحقيقاً لمبدأ العدالة، وألا تكتنز طبقة من الناس الثروة بمفردها، بينما يظل عامة الناس في الحاجة والعوز.

وهذا مسلك وعِرٌّ، وشديد الخطورة، لا ينبغي أن يسلكه، إلا من أوتي حظاً عظيماً، وقسطاً وافراً من العلم، وحسن الفهم، ودقة الاستنباط، حتى لا يُفضي الإفراط في هذا الباب إلى هدم الشريعة بدعوى رعاية مقاصدها، ولهذا قال الإمام الشاطبي في مقدمة كتابه المقاصد " لا يُسمح للناظر في هذا الكتاب أن ينظر فيه نظر مفيد أو مستفيد، حتى يكون رِيّان من علم الشريعة أصولها وفروعها، منقولها ومعقولها..."^(٣).

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٣/ ١١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث زيد بن أسلم عن أبيه / باب: الغنيمة لمن شهد الواقعة، رقم (٣١٢٥): ٨٦/٤.

(٣) الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات - القاهرة، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م: ١/ ١٢٤.



ومن أمعن النظر في أحكام الشريعة أدرك يقينا أن الفروع الفقهية ليست بمعزل عن المقاصد، وإنما تنسجم الفروع مع المقاصد لتحقق العدالة المطلقة وسعادة الإنسان في المعاش والمعاد، والقانون الذي تبني عليه صحة المعاملات في الشريعة "الرضا" (الإيجاب والقبول) وهو أمر قلبي لا يطلع عليه إلا الله، فأناطت الشريعة الآثار المترتبة على العقود والتصرفات بما يدل على الرضا من قول أو فعل، فالصيغة مجرد وسيلة للدلالة على الرضا، ولكن أحيانا تقع الصيغة على خلاف الرضا القلبي، فهل الحكم يكون لما في القلب أو للصيغة الظاهرة؟

في هذا البحث رصد لكثير من الإشكالات العملية التي تتعلق بتنمية الثروة ووضع الحلول الفقهية العادلة لها، في ضوء مراعاة المقاصد والعرف، وما قرره الشريعة من مبادئ وأحكام ومصالح، ومن هذه الصور:

١. أن يكدح أحد الأبناء، ويواصل الليل بالنهار في التجارة والسعي في كسب الرزق، بينما ينشغل إخوته بالتعليم، ويشتري هذا الابن بيوتا أو أراضٍ، ومن باب إدخال السرور على أبيه، وتعظيم حقه يُشْرِفُ الابن أباه بأن يوقع الأب على عقد الشراء باسمه، لأن في هذا فخراً معنوياً للأب، وربما يطلب الأب من ابنه هذا، بدعوى أنه الكبير! وبعد حين من الدهر يَكِلُ الابن الكادح من العمل، ويحتاج إلى الراحة؛ فينشب النزاع بينه وبين إخوته، ويرونه عالة على الأسرة، وقد كان من قبل هو المعيل لهم، وتُقَطَّعُ الأرحام بسبب أن الممتلكات جميعها باسم الوالد، وأن الجميع شركاء في التركة بقدر نصيبهم الشرعي!!!!

٢. وكثيرا ما يسافر أحد الأبناء للعمل في خارج الوطن، ويتحمل ضريبة الغربة، ويمنع نفسه من ملذات الدنيا؛ أملا في رفع المعاناة عن أسرته الكادحة، ويرسل الأموال لأبيه الذي يتصرف فيها بحكم أبوته فيشتري شققا وأملاكا وتسجل باسم الوالد، وبعد مدة من الزمن وذهاب زهرة العمر بالضرب في الأرض للبحث عن الرزق الحلال يعود الابن إلى وطنه ليستمتع بثروته التي جمعها فلا يمضي سوى يسير من الزمن حتى يتثاقله إخوته، ويقع النزاع والخصومة بسبب تقسيم التركة!!!



٣. وأحيانا تضع الزوجة مالها الخاص سواء أكان من راتبها أم من ميراث أبيها تضعه بين يدي الزوج يتصرف فيه وفق ما تقتضيه مصلحة الأسرة، وفي غالب الأحيان تكتب الأملاك باسم الزوج، وقد يتوفى الزوج فينزع الورثة زوجته في الميراث، أو تضطرب العلاقة بين الزوجة وزوجها ويقع النزاع بينهما بسبب ما دفعته الزوجة لزوجها من مال.

٤. وأحيانا يتوفى الأب فيستثمر الأبناء الذكور تركة الأب المتوفى حتى تزيد الثروة بينما يكون صغار الأبناء في مراحل التعليم، وبعد مضي عقود من الزمن يختلف الورثة في نماء التركة هل هو من التركة ويقسم على الجميع بقدر حصصهم من الميراث، أو هو حق خالص لمنّ المال، أو يكون شركة بين الورثة بقدر حصصهم من الميراث وبين من استثمر المال.

والمأمول من هذا البحث بإذن الله تعالى وضع الحلول الفقهية لهذه الإشكالات العملية.

أولاً: أسباب اختيار الموضوع:

- وضع الحلول الفقهية لكثير من الإشكالات العملية التي ترد إلى لجان الفتوى في موضوع البحث.
- التأكيد على مرونة الفقه، وقدرته على وضع الحلول العادلة لجميع مستجدات الحياة.
- استجابة لما نادى به مؤتمر الأزهر العالمي للتجديد في الفكر الإسلامي المنعقد في القاهرة ٢٠٢٠م، من قدح زناد العقل الفقهى للخروج برؤى متطورة تبني على ما أصله الفقهاء السابقون لتضع الحلول العادلة لكثير من إشكالات العصر، وموضوع البحث أحد هذه الإشكالات.

ثانياً: الدراسات السابقة:

١. يُعدُّ موضوع البحث من المسائل المعاصرة التي تتم دراستها في ضوء ما أصله



الفقهاء السابقون، وقد تناثرت النقول والضوابط الفقهية التي يعتمد عليها في موضوع البحث في مختلف الأبواب الفقهية، ولكن لم يفرد موضوع البحث بتصنيف مستقل فيما اطلعت عليه.

٢. طرح مؤتمر الأزهر العالمي للتجديد في الفكر الإسلامي موضوع البحث، وصرّحت النتائج المنبثقة عن هذا المؤتمر بضرورة تعويض الوارث عن تنمية ثروة مورثه.

٣. طرح هذه القضية أيضا أستاذنا الدكتور عباس عبداللاه شومان وكيل الأزهر السابق في كتابه عن التجديد وفي العديد من مقالاته الفقهية التي تناولت تجديد الفقه في العصر الحاضر^(١).

ثالثا: منهج البحث:

المنهج الذي سأتبعه في البحث- إن شاء الله- يتمثل فيما يلي:

- المنهج المقارن؛ حيث أقوم بدراسة المسائل موضوع البحث دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الفقهية المعتمدة، ومستأنسا بما توصلت إليه البشرية في أنظمتها القانونية المعاصرة، وأرجح بينها على وفق قوة الدليل ورعاية المقاصد والمصالح التي هي من أسس التشريع.
- منهج التحليل العلمي؛ حيث لا أكتفي بسرد النصوص بعد جمعها، وإنما أقوم بالفاعل معها، وتحليلها تحليلًا علميًا لاستنتاج نتائج صحيحة منها.
- منهج التخريج الفقهي؛ وذلك برّد الفروع التي لم ينصوا عليها على نظيرها من الفروع المنصوص عليها، أو على ما يتفق معها في المعنى.
- توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.
- الترجيح، مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

(١) شومان، أ.د عباس عبداللاه شومان. وكيل الأزهر الشريف، القاهرة- مطابع الأزهر الشريف ١٤٤١هـ.



- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.
- ترقيم الآيات وبيان سورها.
- تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما -، فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها.
- تخريج الآثار من مصادرها الأصيلة.
- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.
- وضع الخاتمة وتشتمل على إبراز أهم النتائج.
- وضع الفهارس الفنية.

رابعاً: خطة البحث:

قد قسمت هذا البحث إلى مقدمة، وأربعة مباحث، وخاتمة.

المقدمة:

وأتناول فيها ما يلي:

- خطة البحث.
- أسباب اختيار الموضوع.
- الدراسات السابقة.
- منهج البحث.

المبحث الأول: مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات

وفيه أربعة مطالب وهي:

- المطلب الأول: مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات عند الفقهاء.
- المطلب الثاني: مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات في القانون المدني المصري.



- المطلب الثالث: ضوابط مراعاة المقاصد.
- المطلب الرابع: الصور التطبيقية.

المبحث الثاني: مراعاة العرف وأثره على العقود والتصرفات.

وفيه ثلاثة مطالب وهي:

- المطلب الأول: مراعاة العرف وأثره على العقود والتصرفات عند الفقهاء.
- المطلب الثاني: مراعاة العرف وأثره على العقود والتصرفات في القانون المدني المصري.
- المطلب الثالث: الصور التطبيقية.

المبحث الثالث: حق القريب في مال قريبه.

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: حق الأبوين في مال أولادهم.
- المطلب الثاني: حق الأولاد في مال أبويهم.
- المطلب الثالث: حق الزوجة في مال زوجها.

المبحث الرابع: التكييف الفقهي لحالات تنمية الثروة.

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: التخرج على المضاربة.
- المطلب الثاني: التخرج على الأنصبة الشرعية من غير اعتبار لتنمية التركة.
- المطلب الثالث: التخرج على الصلح.
- المطلب الرابع: التخرج على الغصب.

الخاتمة:

- وفيها: النتائج والتوصيات، والمراجع وفهارس البحث.

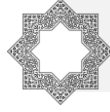


المبحث الأول

مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات

وفيه أربعة مطالب وهي:

- المطلب الأول: مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات عند الفقهاء.
- المطلب الثاني: مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات في القانون المدني المصري.
- المطلب الثالث: ضوابط مراعاة المقاصد.
- المطلب الرابع: الصور التطبيقية.



المطلب الأول

مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات عند الفقهاء

جرت العادة في كثير من البيوت المصرية ببعض التصرفات التي يختلف فيها الظاهر المدوّن في الأوراق الرسمية عن الباطن الذي دفع لإجراء العقد أو التصرف، وبعض هذه الصور يتمثل فيما يلي:

- أحيانا يُوكّل الابن المغترب أباه لشراء عقارات أو أراضٍ، ولتيسير إجراءات التصرف في هذه الممتلكات تكتب هذه الأشياء باسم الأب.
- وأحيانا يقوم الأب بكتابة شقة من ممتلكاته لأحد أبنائه بغرض توصيل المرافق للشقة لا بغرض تملكها للابن.
- وأحيانا يكتب الإنسان الأرض الزراعية باسم أحد أبنائه لتيسير الحصول على المبيدات المدعومة من وزارة الزراعة والتي يُشترط للحصول عليها حضور صاحب الأرض بنفسه.
- وأحيانا تدفع الزوجة مالها لزوجها لشراء عقار أو أرض، وتكتب هذه الممتلكات باسم الزوج إما توفيرا لجهد الإجراءات الإدارية المتعلقة بتوثيق هذه الممتلكات، وإما لمعان أخرى اجتماعية.

وعند نشوب النزاع بين أفراد الأسرة يقع الاختلاف في هذه الممتلكات. هل هي لمن كتبت باسمه باعتبار الظاهر كما تشهد بهذا الأوراق الرسمية؟ أم هي لصاحب المال الحقيقي؟ وفي هذا المطلب تحرير هذه المسألة، وبيان الصواب فيها بإذن الله تعالى.

تحرير محل النزاع:

١. اتفق الفقهاء على أن الإكراه يبطل للعقود والتصرفات^(١)، فوقوع الظاهر (اللفظ)

(١) بدائع الصنائع: ٥/ ١٣٤، والدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٠٧، والذخيرة: ٩/ ١١٤، و مواهب الجليل: ٦/ ١١، ونهاية المطلب: ٥/ ٥، وتحفة المحتاج: ٤/ ٢١٦، وكشاف القناع: ٣/ ١٤٩.



على نقيض الباطن (الرضا) لا عبرة به؛ ما لم يكن إكراهها بحق كإكراه القاضي
 المدين على بيع متاعه لسداد دينه.

٢. اتفق الفقهاء على أن آثار العقود والتصرفات لا تترتب على النية المجردة عن دلالة
 اللفظ أو الحال^(١)، فأرادة الباطن وحدها من غير تعلقها بلفظ ظاهر لا يترتب عليها
 أي من آثار العقود أو التصرفات، قال ابن عابدين: "لا عمل للنية المجردة مع
 اللفظ الغير الصالح لها"^(٢).

٣. اتفق الفقهاء على أن الأصل موافقة الظاهر للباطن في العقود والتصرفات، وأن
 آثار العقود والتصرفات تترتب على الألفاظ التي تقع بها ما لم تقم قرينة قوية على
 مخالفة الباطن للظاهر، قال القرافي: "الألفاظ إذا كانت نُصُوصًا في شيءٍ غير
 مُتَرَدِّدٍ لَمْ تَحْتَجْ إِلَى نِيَّةٍ لِإِنْصِرَافِهَا بِصَرَاحَتِهَا لِمُدُلُّوَلَاتِهَا، فَإِنْ كَانَتْ كِنَايَةً أَوْ مُشْتَرِكَةً
 مُتَرَدِّدَةً أَفْتَقَرَتْ إِلَى النِّيَّةِ"^(٣)، وقرر ابن قدامة أنه إذا حصل الإيجاب والقبول على
 وجه تحصل منه الدلالة على تراخي المتعاقدين صح العقد^(٤).

بيان محل النزاع:

إذا خالف الظاهر الباطن مع قيام القرينة القوية التي ترجح إرادة الباطن، فهل
 تترتب آثار الباطن الذي دلَّت القرائن القوية على إرادته؟ أو تترتب الآثار على الظاهر
 بغض النظر عن إرادة الباطن من عدمه؟

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: العبرة في العقود والتصرفات للإرادة الباطنة (النية)؛ مادامت قد
 قامت القرينة القوية على عدم إرادة الظاهر من العقد، وهو قول جمهور الفقهاء من

(١) المبسوط ١٣ / ٤٦، والذخيرة للقرافي: ١/ ٢٤٣، ومغني المحتاج ٢ / ٣، وتحفة المحتاج: ٤/ ٤٠٦،
 والمغني: ٤/ ٤.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٢/ ٣٥٦.

(٣) الذخيرة للقرافي: ١/ ٢٤٣.

(٤) المغني: ٤/ ٤.



الحنفية^(١)، والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣)، وهو القول المرجوح عند الشافعية^(٤).

نصوص الفقهاء في المسألة:

١. قال السرخسي: "العقود يعتبر فيها المقصود، وعليها ينبي الحكم، ألا ترى أنه لو قال اشترت منك كراً من حنطة، صفتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون سلماً، وإن لم يذكر لفظ السلم"^(٥).

٢. قال القرافي: "لا شك أن الأصل إنما هو النيات والمقاصد، وإنما الألفاظ وصلة إلى تعريفها وتعرّفها، فإذا صرفت النيات الألفاظ إلى شيء - أي شيء كان - انصرفت إليه"^(٦).

٣. قال ابن القيم: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات؛ كما هي معتبرة في التقريبات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة"^(٧).

القول الثاني: العبرة في العقود والتصرفات بالإرادة الظاهرة والمعبر عنها باللفظ، بصرف النظر عن الإرادة الباطنة سواء دلت عليها القرائن أو لا، وهو الراجح عند الشافعية^(٨)، وقول مرجوح في مذهب الحنابلة^(٩).

(١) بدائع الصنائع: ٤/١٣٤، والبحر الرائق: ٣/٩٤.

(٢) شرح التلقين: ٣/٣٥٠، ومواهب الجليل: ٥/١٣٤.

(٣) كشف القناع: ٣/٥٤٧، وشرح منتهى الإرادات: ٢/٤٣٠.

(٤) كفاية النبيه: ١١/١٠٥، وأسنى المطالب: ٢/٨٢.

(٥) المبسوط للسرخسي: ١٢/١٤١.

(٦) الفروق للقرافي: ٣/٩٢.

(٧) إعلام الموقعين: ٤/٤٩٩ - ٥٠٠.

(٨) المجموع: ٩/٢٦١، أسنى المطالب: ٢/٨٢.

(٩) كشف القناع: ٣/٥٤٧، وشرح منتهى الإرادات: ٢/٤٣٠.



نصوص الفقهاء في المسألة:

قال النووي: "الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان، ولهذا يصح بيع العينة ونكاح من قصد التحليل ونظائره"^(١).

الأدلة والمناقشة

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة عند وجود القرينة القوية التي ترجح الإرادة الباطنة بأدلة من القرآن والسنة والمعقول، ومنها ما يلي:

أولاً: من القرآن:

١. قال تعالى ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُتَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُتَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ (١) اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ (٢) ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا فَطُبِعَ عَلَى قُلُوبِهِمْ فَهُمْ لَا يَفْقَهُونَ﴾^(٢)

وجه الدلالة من الآية: أن المنافقين قد أظهروا الإيمان باللفظ الصريح (الإرادة الظاهرة) وأخفوا حقيقة الكفر الذي هو الإرادة الباطنة، فأبطل الله تعالى حكم الظاهر، وعاملهم بمقتضى الباطن.

ويناقش الاستدلال بهذه الآية: بأن الآية خارج محل النزاع؛ إذ الآية تتحدث عن حكم العقائد، ومحل النزاع في العقود والتصرفات.

ويجاب عنه: بأن المعوّل عليه في الاستدلال بالآية هنا إهدار حكم لمخالفته الباطن، وهذا لا فرق بين كونه في العقائد أو العقود والتصرفات فصلح الاستدلال بالآية هنا.

(١) المجموع: ٩/ ٢٦١.

(٢) المنافقون: ١ - ٣.



٢. قال تعالى ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾^(١)

وجه الدلالة: دلت الآية على وجوب تنفيذ وصية الموصي؛ بشرط ألا يقصد بها الإضرار، والإضرار في الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على نصيبه فيتضرر بقية الورثة، وتارة بأن يوصي لأجنبي بزيادة على الثلث فينقص حقوق الورثة، ومتى أوصى لوارث أو لأجنبي بزيادة على الثلث لم ينفذ ما أوصى به إلا بإجازة الورثة^(٢)، ففي الآية دليل على أن الإرادة الظاهرة ليست مطلقة، وإنما لها حد تنتهي إليه^(٣).

ويناقش: بأن الآية ليست في محل النزاع، فغاية ما تدل عليه الآية حرمة الاحتيال بالتصرف الظاهر بإبطال حق لمستحقه أو نقصانه عنه، ومحل النزاع في تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة.

ويرد عليه: بأن النهي عن إيقاع التصرف ظاهراً على خلاف الباطن دليل على اعتبار الإرادة الباطنة وهو المطلوب.

٣. قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾^(٤)، وقال تعالى أيضاً: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾^(٥).

وجه الدلالة: دلت الآية على أن الأصل في الرجعة أن تكون لمن قصد الإصلاح دون من قصد الإضرار^(٦)، وهذا دليل على أن القصد معتبر في التصرفات، فإن عزم الإنسان على مراجعة زوجته إضراراً بها فقد أثم، ولا تحل له الرجعة.

(١) سورة النساء: آية ١٢.

(٢) شرح البنائة في الهداية ١٠ / ٤١٣، وحاشية الدسوقي ٤ / ٤٢٧، وبداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٣٦٤، ونهاية المحتاج ٦ / ٤٨، والمغني مع الشرح الكبير ٦ / ٤١٩.

(٣) إعلام الموقعين: ٣ / ٩٦ بتصرف.

(٤) سورة البقرة: ٢٢٨.

(٥) سورة البقرة: ٢٣١.

(٦) إعلام الموقعين: ٣ / ٩٦.



ثانياً: من السنة:

١. عن عمر بن الخطاب - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "إنَّما الأعمال بالنيَّات، وإنَّما لكل امرئ ما نوى" (١).

وجه الدلالة: دلَّ الحديث على أن المعوَّل عليه النية، وأنها الحاكمة على التصرفات، ولا معنى لذلك إلا تغليب حكمها.

٢. عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قال: سمعتُ رسولَ الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يقول: "صَيْدُ البرِّ لكم حلالٌ، ما لم تَصِيدُوهُ أو يُصَدِّ لكم" (٢).

وجه الدلالة من الحديث: دلَّ الحديث على أنه يحُرِّم على المحرم الأكل مما صاده الحلال إذا كان قد صاده لأجله، فدل على أن للإرادة الباطنة لمن يمارس الصيد أثراً في الحل والحرمة، وأنه لا يكتفى بالعمل ظاهراً (٣).

٣. عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أنه قال: رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها» (٤) جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه» (٥).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد أخبر أن اليهود قد استحقوا اللعن عندما احتالوا بالإرادة الظاهرة لإخفاء حقيقة الإرادة الباطنة (٦)، وهذا خير دليل على اعتبار الإرادة الباطنة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، حديث رقم (١)، ج ١، ص ٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك باب لحم الصيد للمحرم رقم (١٨٥١) (٣/٢٤٦).

(٣) إعلام الموقعين: ٩٨/٣.

(٤) أي: الميتة.

(٥) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام، رقم (٢٢٣٦) (٣/١٨٤).

(٦) ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام رقم

١٥٨١، ٣/١٢٠٧.

(٦) إعلام الموقعين: ١١٢/٣.



من المعقول:

١. أن صحة العقود والتصرفات تبني في الأساس على الرضا، والرضا إرادة الباطن، ولما كانت معرفة الإرادة الباطنة في جميع العقود متعذرة أنيطت الأحكام بالإرادة الظاهرة؛ لأنها المعبرة عن الإرادة الباطنة، فينبغي عند قيام القرينة القوية التي ترجح جانب الإرادة الباطنة أن تكون الغلبة للإرادة الباطنة، لأننا لو ألغينا الإرادة الباطنة لكانت قد ألغينا ما يجب اعتباره - وهو الإرادة الباطنة - واعتبرنا ما يجب إلغاؤه - وهو الإرادة الظاهرة - فكيف نعتبر ما كان واضحاً كل الوضوح أن المراد خلافه؟^(١)

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الشافعية ومن معهم على ما ذهبوا إليه من تغليب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة مع وجود القرينة القوية التي ترجح الإرادة الباطنة بأدلة من القرآن والسنة والمعقول:

أولاً: القرآن الكريم:

١- قال تعالى على لسان سيدنا نوح عَلَيْهِ السَّلَامُ ﴿ وَلَا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَنْ يُؤْتِيَهُمُ اللَّهُ خَيْرًا اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنْفُسِهِمْ إِنِّي إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ ﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن نبي الله نوح - عَلَيْهِ السَّلَامُ - قد اعتبر الإرادة الظاهرة في إعطاء حكم الإيمان والموالة، وفوّض الإرادة الباطنة إلى الله، وهذا دليل على اعتبار الإرادة الظاهرة.

ويجاء عنه: بأن الاستدلال بالآية خارج محل النزاع؛ لأن محل النزاع فيما إذا تعارضت الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة مع قيام القرينة القوية على ترجيح جانب الإرادة الباطنة، أما الآية فلم تقم قرينة قوية على اختلاف الإرادة الباطنة عن الظاهرة فجاء الحكم موافقاً للظاهر.

(١) إعلام الموقعين، ٩٤/٣.

(٢) سورة هود: ٣١.



ثانياً: السنة النبوية:

١. أخرج البخاري في صحيحه بسنده عن أبي سعيد الخدري - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "إِنِّي لَمْ أُؤَمَّرْ أَنْ أُنْقَبَ عَنْ قُلُوبِ النَّاسِ، وَلَا أُشَقَّ بِطُؤَنِهِمْ"^(١).

وجه الدلالة: فإن مقصود الإنسان من العمل أمر باطني لا يعلمه إلا الله، ولم نؤمر بالبحث عنه، فوجب العمل بظواهر الألفاظ لعدم قدرتنا على علم البواطن.

ويرد عليه: أن ذلك في العقيدة والإيمان، لا المعاملات والعقود، لاسيما أن في التصرفات والعقود قرائن تدل على أن المقصود خلاف الظاهر.

ومن المعقول:

١. أن الأصل في الألفاظ موضوعة للدلالة على معانيها اللغوية التي تفهم منها عند إطلاقها، لا للدلالة على ما نواه المتكلم، ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأريد به الظهار أو عكسه، أخذ باللفظ دون المنوي.

٢. أن اعتبار القصد يؤدي إلى ترك دلالة اللفظ، وهذا لا يجوز في اللغة فكذلك لا يجوز في العقود والتصرفات.

٣. أن العقود تفسد باقترانها بشرط مُفسدٍ، ففسادها بتغيير مقتضاها أولى^(٢).

ويجاب عنه: بأن هذه الأدلة خارج محل النزاع، فنحن لا نقصد العدول عن دلالة الظاهر مطلقاً، وإنما لا بد من قيام قرينة قوية ترجح تغليب الإرادة الباطنة، فإن لم توجد فالعمل على ما تقتضيه الإرادة الظاهرة.

الرأي المختار:

بعد عرض الرأيين، وسرد الأدلة يتبين رجحان مذهب الجمهور لقوة أدلتهم، وسلامتها من الاعتراض، وللإجابة عن أدلة المخالفين، ولكن وفق ضوابط محددة كما سيتم التعرض لها تفصيلاً وتأصيلاً في المطلب الثالث بإذن الله تعالى.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث علي بن أبي طالب رقم (٤٠٩٤)، ٤/١٥٨١.

(٢) المجموع: ١٦٣/٩، الأشباه والنظائر للسبكي: ١/١٧٥.



المطلب الثاني

مراعاة المقاصد وأثرها على العقود والتصرفات في القانون المدني المصري

تتمتع لبيان الحكم الشرعي يجدر بنا بيان موقف القانون المدني المصري عن هذه القضية وهي مراعاة المقاصد في العقود والتصرفات والتي يقع التعبير عنها بمصطلح (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة)، وقد تحدث القانون عن هذه القضية تحت "التعاقد الصوري وآثاره"؛ فنصَّ على أنه "إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضربهم"^(١).

والصورية: هي إخفاء المتعاقدين حقيقة ما تعاقدوا عليه؛ لسبب قام عندهما^(٢).

أنواع الصورية في العقود:

الصورية في العقود نوعان:

- صورية مطلقة: وهي التي تصور في الظاهر عقدا لا وجود له في الواقع، كبيع المال أو هبته مع بقاء الشيء المبيع أو الموهوب ملكا لصاحبه، وقد يلجأ الإنسان إلى هذا تحايلا على القانون أو تحقيقا لمصلحة ما، كأن يكون شخص موظفا ويمنع بحسب القانون من فتح محل تجاري فيبيعه لزوجته أو لأحد أولاده، ويظل بيده وتحت تصرفه.
- صورية نسبية: وهي التي يهدف العقد الظاهر الصوري إلى ستر بعض جوانب العقد الحقيقي كستر الهبة بعقد بيع صوري^(٣).

(١) الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ من القانون المدني المصري.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني: لعبدالرازق السنهوري، طبعة دار النهضة العربية - القاهرة ١٠٧٣/١٩٦٨:٢.

(٣) الصورية وأثرها على عقد النكاح، د فكيه جمعه محمد ص: ٧ و٦ ملخصا بتصرف.



وصورية العقود في القانون تتحقق بشروط، وهي:

١. أن يوجد عقدان متحدان في الموضوع، والعاقدين والزمن، ومختلفان في الماهية أو الشروط.
٢. أن يكون العقد الحقيقي مستترا.
٣. أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إخفاء العقد الحقيقي^(١).

الأثر المترتب على صورية العقد:

العقد الصوري متى ثبتت صوريته يكون منعدياً قانوناً، ولا تترتب عليه أي من آثار العقد الصحيح، وتترتب آثار العقد الحقيقي المستتر بشرطين: حسن النية، وأن يؤدي الالتزام بالعقد الصوري إلى الإضرار بالمتعاقدين أو أحدهما، جاء في حكم محكمة النقض المصرية "إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلاً، ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلاً؛ إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً"^(٢).

ثبوت صورية العقد:

الصورية تثبت بالدليل الكتابي^(٣)، وأجاز القانون للوارث إثبات الصورية بشهادة الشهود والقرائن إذا كان الهدف من الصورية التحايل على القانون من أجل الإضرار بالوارث، ولهذا قضت محكمة النقض المصرية بقبول الطعن في عقد البيع الصادر من المورث للوارث واعتبرت المحكمة العقد صورياً وأجرت عليه أحكام الوصية فجاء في حكمها "هذا التصرف... وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته وصية؛ إضراراً بحقه في الميراث، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر آنذاك في حكم الوصية؛ لأن في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة؛ حماية له من تصرفات

(١) الصورية وأثرها على عقد النكاح، د فكيه ص: ٤٦.

(٢) فقرة (٢) من الطعن (٤٤٠) لسنة ٣٠ ق مكتب فني / ٢٧ / ٥ / ١٩٦٥ ص: ٦٥٥.

(٣) الصورية في العقود ص: ٤٤.



مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث"^(١).

وبهذا يتبين أن القانون المدني المصري قد توافق مع مذهب جمهور الفقهاء في مبدأ تغليب الإرادة الباطنة عند وجود قرائن ترجّح أنها المرادة من العقد، وينحصر الخلاف بين مذهب الجمهور، وبين ما طرحه القانون فيما يلي:

وجوه الاتفاق بين القانون ومذهب الجمهور:

١. اعتبر القانون العقد الظاهر الذي يُمثّل الإرادة الظاهرة هو العقد الصحيح الذي ينبغي ترتيب الآثار عليه ما لم تثبت صورته، وكذا مذهب الجمهور فلا يجوز ترك ظاهر مقتضى العقد من أجل شيء موهوم.

٢. اعتبر جمهور الفقهاء لتغليب مقصود العقد على ظاهر اللفظ عند اختلافهما قيام القرينة القوية التي يترجح معها إرادة مقصود العقد لا ظاهر اللفظ، كما اعتبر القانون أن دعوى الصورية تحتاج إلى إثبات، ويقع عبء إثباتها على المدعي.

وجوه الاختلاف بين مذهب الجمهور والقانون:

١. يشترط لإثبات صورية العقد وجود عقدين، أحدهما أراد المتعاقدان إظهاره وهو العقد الصوري، والآخر أراد المتعاقدان إخفائه وهو العقد الحقيقي الذي يمثل الإرادة الباطنة أو مقصود العقد باصطلاح الفقهاء، بينما مذهب جمهور الفقهاء يجيز ترتيب آثار مقصود العقد عند قيام القرينة المرجّحة لإرادة المقصود بغير عقد، بل بغير لفظ أصلا.

٢. صرّح القانون لإجراء حكم الصورية توافر حسن النية، وأطلق الجمهور ترتيب آثار العقد الباطن من غير تنصيص على هذا الشرط.

وفي رأبي أن الاتجاه القانون قد قيّد من الإفراط في مراعاة الباطن بالشروط التي وضعها؛ مراعاة لاستقرار الأحكام، وهو مبدأ معتبر إلا أنه بسبب هذه الشروط تهدر حقوق كثيرة عادلة من حيث المبدأ، ولذا فإن مذهب الجمهور أولى بالقبول وأجدر

(١) الطعن رقم ٢٩٩٥ لسنة ٧٩ قضائية - الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٩/٠١/٢٨.



بالرجحان ولكن مع مراعاة الضوابط التي يتم عرضها وبيانها في المطلب الثالث بإذن الله؛ لاسيما مع الصور التطبيقية والتي تصدى البحث لبيانها؛ لتعذر التحقق من الشروط التي ذكرها القانون في كثير من الصور.





المطلب الثالث

ضوابط مراعاة المقاصد في العقود والتصرفات

قد تبين مما سبق اختلاف الفقهاء في تغليب ظاهر الألفاظ على المقاصد من العقود والتصرفات، وقد سبق ترجيح مذهب الجمهور في تغليب مراعاة المقاصد، ولكن هذا التغليب مقيد بالضوابط التالية:

(١) أن تكون مراعاة المقاصد متيقنة أو غالبية، ويعرف هذا إما بإقرار من عليه الحق، وإما بقيام البينة على تغليب المقاصد.

ومن أمثلة البينة: أن يُقرَّ الشخص بأنه سجَّل الشقة باسم أحد أبنائه لا بغرض تملكه إياها، وإنما بغرض توصيل المرافق إليها مثلا، ويكتب مع هذا العقد وثيقة أخرى وينص فيها على عدم انتقال ملكية الشقة إلى ابنه، ففي هذه الحالة لا يُعدُّ هذا التصرف هبة تنقل الملكية ديانة، وللورثة أن يطعنوا على هذا العقد بالصورية، كما تبين في المطلب السابق وفق شروط الطعن على العقد بالصورية.

ومثال ما قامت فيه البينة على إرادة المقاصد ما ذكره شيخ الإسلام زكريا الأنصاري؛ حيث قال: "وَيَتَصَوَّرُ نُبُوتُ الشُّفْعَةِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ مَعَهَا تَتَضَمَّنُ غَالِبًا رِضَا الشَّفِيعِ بِتَمَلُّكِ الْمُشْتَرِي بِأَنْ أَظْهَرَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ هَبَهُ لَا بَيْعَ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ بَيْعٌ أَوْ أَظْهَرَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِثَمَنِ كَثِيرٍ ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ بِأَقْلٍ"^(١).

شرح المثال: من المقرر فقها أن الحق في الأخذ بالشفعة يكون قبل القسمة؛ لحديث جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشَّفْعَةَ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يَقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ، وَصَرَفَتِ الطَّرِيقُ، فَلَا شَفْعَةَ»^(٢)، ومن المقرر فقها أيضا أن الشفعة تكون في ما مُلِكَ بعوض، أما الهبة فلا شفعة فيها^(٣)، فإذا تظاهر شخص بأنه

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب ط العلمية (٢/٣٧٢)

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الشريك من شريكه، رقم (٢٢١٣) (٣/٧٩)

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥ / ١٤٢، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٥ / ١٩٢، وحاشية سعدي حلي بهامش فتح القدير ٦ / ٤٠٦، والتاج والإكليل لمختصر خليل ٤ / ٣١٠، والخرشي على



أخذ الحق -الذي تنطبق عليه الشفعة - على سبيل الهبة، ثم اطلع الشريك على عقد البيع وأن المشتري قصد إخفاء حقيقة العقد لتفويت الشفعة على الشريك القديم فمن حقه المطالبة بالشفعة.

وحينئذ فأمامنا عقدان:

- عقد هبة ظاهر أراد المشتري بإظهاره تغيير الشريك القديم حتى لا يطالب بالشفعة.
- وعقد بيع تبينت صحته فحينئذ للقاضي أن يقضي بالشفعة بناء على المقصد الذي تبين بالدليل وهو هنا عقد البيع.

فإن كانت مراعاة المقاصد ملغاة أو موهومة فالاعتبار حينئذ لظاهر العقد لا لمقاصده، لأن مراعاة المقاصد حينئذ تكون من قبيل المعدوم أو المتوهم، والعقود لا تبنى على الموهومات^(١)، والمراد من الوهم هنا: الاحتمال العقلي البعيد، النادر الحصول^(٢)، وعلى هذا فلا يجوز إبطال عقد أو تصرف لمزاعم لم تقم عليها حجة يقينية أو ظنية.

(٢) ألا تكون مراعاة المقاصد أو المعاني فيها مصادمة لنص شرعي، فإن وقع التصادم وجب إجراء العقد أو التصرف على ظاهره.

وذلك كمن يتزوج امرأة ويشترط عليها عدم الإرث منه، فهذا الشرط ينافي مقتضى عقد النكاح؛ إذ صحة النكاح تقتضي استحقاق الإرث.

(٣) ألا يكون في عقد النكاح ولا صريح الطلاق؛ إذ من المقرر فقها أن الأبضاع يحتاط فيها ما لا يحتاط لغيرها، ولذلك فلا يجوز التحايل عليها بما يخالف الظاهر لما يترتب على ذلك من فساد اجتماعي وأخلاقي خطير، ومع الأسف الشديد تنتشر

مختصر خليل ٦ / ١٦١.

(١) المبسوط للسرخسي: ٢٣٤ / ١٢.

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: ١ / ١٧٠.



بعض الظواهر السلبية للتحايل على النكاح الطلاق ومنها:

- أحيانا تطلق الزوجة في وثيقة الزواج الرسمية بغرض الحصول على معاش الوالد مع استمرار الحياة الزوجية ظنا منهما بعدم وقوع الطلاق شرعا!!
- وأحيانا يتزوج الرجل بغرض الاستفادة من المنح التي يستفيدها المتزوج (كالحصول على شقة من الإسكان الاجتماعي المخصص للمتزوجين فقط- وكالحصول على الجنسية لمن يرغب في العمل) ويظنُّ عدم التزامه بالأثار المترتبة على الزواج من النفقة واستحقاق الإرث ونحو هذا!!

هذه صور متعددة تقع في المجتمع وتعرض مرارا على لجان الفتوى، وفي كل هذه الصور ونظائرها فالحكم الشرعي يرتبط بالظاهر ولا عبرة بما نواه العاقدان؛ لأن طبيعة عقد النكاح وكذا الفرقة منه لا تحتمل هذا التلاعب.





المطلب الرابع

الصور التطبيقية

لمراعاة المقاصد أثر في العقود، وقد تبين مما سبق اختلاف الفقهاء في هذه القضية، وبناء على ما سبق عرضه من دراسة تأصيلية لاختلاف الفقهاء في تغليب ظاهر اللفظ على المقصد من العقد، والضوابط التي تنبغي مراعاتها عند تغليب المقاصد نذكر بعض الصور التطبيقية على سبيل التمثيل:

(١) بيع التلجئة:

من الصور التطبيقية التراثية التي تندرج تحت هذا الأصل بيع التلجئة، وبيع التلجئة: هو بيع تحققت فيه الصورة الظاهرة للبيع، ولكن لم يكن الغرض منه حقيقة البيع، وإنما كان البيع وسيلة للتخلص من ظلم ظالم ونحو ذلك، قال المرداوي في تعريفه: "هو أن يظهر بيعاً لم يريداه باطناً"^(١)، وقال النووي: "هو أن يتفقا على أن يظهر العقد، إما للخوف من ظالم ونحوه، وإما لغير ذلك، ويتفقا على أنهما إذا أظهرهما لا يكون بيعاً، ثم يعقد البيع"^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في ترتيب آثار البيع على هذا التصرف، فذهب الجمهور إلى بطلان البيع^(٣)؛ تغليبا للإرادة الباطنة، وأن البيع لم يكن عن طيب نفس، وذهب الشافعية في الراجح عندهم إلى صحة البيع اعتبار بظاهر اللفظ^(٤).

والراجح: بطلان البيع؛ لأنه وإن توافرت فيه صورة البيع، من الصيغة الظاهرة؛ إلا أنه وقع تحت تأثير الإكراه المعنوي فلم يكن عن طيب نفس، وبالتالي فلا اعتبار للصيغة التي تبين بالقرينة القوية أن البيع كان تلجئة، وإن كان يعتذر للشافعية بالحرص على بناء المعاملات على ظواهر الأحوال؛ لأن البحث عن الدوافع يوقع في الحرج ويصعب تحقيقه.

(١) الإنصاف ٤ / ٢٦٥.

(٢) المجموع ٩ / ٣٣٤.

(٣) بدائع الصنائع ٥ / ١٧٦، والفروع ٤ / ٤٩، وكشاف القناع ٣ / ١٤٩.

(٤) المجموع ٩ / ٣٣٤، والفروع ٤ / ٤٩.



وعلى كل حال فالمسألة خلافية، ويحال الخلاف فيها على اختلاف وجهة نظر الفقهاء في تغليب أي الأمرين: المقصد من العقد أو صيغة العقد.

(٢) البيع بالمعاطاة:

البيع بالمعاطاة: بيع يحصل فيه مبادلة بين البائع والمشتري بغير لفظ، مع وجود قرينة دالة على الرضا منهما^(١).

وقد اختلف الفقهاء في صحة انعقاد البيع بالمعاطاة على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: ينعقد البيع بالمعاطاة في الجملة، وهو مذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤)، وهو أحد الوجوه عند الشافعية^(٥)، واختاره النووي^(٦).
- القول الثاني: لا ينعقد البيع بالمعاطاة لا في القليل ولا في الكثير، وهو الأظهر عند الشافعية، وعليه المذهب^(٧).
- القول الثالث: ينعقد البيع بالمعاطاة في المحقرات دون غيرها، وهو أحد الوجوه عند الشافعية^(٨).

فهذه المسألة وقع فيها الخلاف بين الفقهاء بسبب اختلافهم في تغليب مراعاة المقاصد على الألفاظ أو العكس؛ فذهب الجمهور إلى القول بصحة البيع بالمعاطاة، وذلك لتحقق المقصود من اللفظ في البيع وهو الرضا؛ لأن البائع لو لم يرض بالبيع فلن يبذل السلعة، والمشتري لو لم يرض بالثمن فلن يبذله في مقابل السلعة فكانت المعاطاة

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٤/٥٠٧. ملخصا بتصرف.

(٢) بدائع الصنائع: ٥/١٣٤، وتبيين الحقائق: ٤/٤، والبحر الرائق: ٥/٢٧٩.

(٣) مواهب الجليل: ٤/٢٢٨. الشرح الكبير للشيخ الدردير: ٣/٢.

(٤) المغني لابن قدامة (٣/٤٨١)، والإنصاف للمرداوي: ٤/٢٦٣.

(٥) المجموع: ٩/١٦٢، وأسنى المطالب: ٢/٣.

(٦) روضة الطالبين: ٣/٣٤٠.

(٧) روضة الطالبين: ٣/٣٣٨، والمجموع: ٩/١٦٢، وأسنى المطالب: ٢/٣.

(٨) أسنى المطالب: ٢/٣.



بغير لفظ قرينة على حصول الرضا.

بينما ذهب الشافعية - بناء على أصلهم في تغليب مراعاة اللفظ على المقصد - إلى أن المعاطاة وإن كانت قرينة إلا أنها لا تكفي لأنها محتملة.

(٣) البيع الصوري:

وهو صورة من صور البيع تحققت فيه الصيغة الظاهرة لعقد البيع، ولكن لم يتحقق فيه مقتضى عقد البيع وهو نقل ملكية السلعة للمشتري، ونقل ملكية الثمن للبائع، وفي الواقع المعاصر كثير من الصور التي تندرج تحت هذا النوع، ومن هذه الصور:

- وأحيانا يكون الزوج موظفا في وظيفة حكومية، ولا يتمكن من فتح نشاط تجاري باسمه؛ لأن القانون يمنعه من مزاولة هذا النشاط فيسجل هذا النشاط باسم زوجته أو أحد أبنائه.
- وأحيانا يُوكّل الابن المغترب أباه لشراء عقارات أو أراض، ولتيسير إجراءات التصرف في هذه الممتلكات تكتب هذه الأشياء باسم الأب.
- وأحيانا يقوم الأب بكتابة شقة من ممتلكاته لأحد أبنائه بغرض توصيل المرافق للشقة لا بغرض تملكها للابن.
- وأحيانا يكتب الإنسان الأرض الزراعية باسم أحد أبنائه لتيسير الحصول على المبيدات المدعومة من وزارة الزراعة والتي يُشترط للحصول عليها حضور صاحب الأرض بنفسه.

وفي جميع هذه الصور المذكورة يأتي اختلاف الفقهاء بناء على اختلافهم في تغليب مراعاة المقاصد على الألفاظ أو العكس، فمن راعى تغليب المقاصد وهم الجمهور فإن هذه العقود والتصرفات لا أثر لها؛ لفوات المقصود منها، وبالتالي فالمحل التجاري في الصورة الأولى تبقى ملكيته للموظف، وينتقل بعد وفاته إلى جميع ورثته الشرعيين، والأرض التي اشتراها الوالد وإن تم تسجيلها باسمه إلا أنها في الحقيقة ملك للابن المشتري الذي اشتراها من ماله الخاص وكذا في بقية الصور.



المبحث الثاني

مراعاة العرف وأثره على العقود والتصرفات.

وفيه ثلاثة مطالب وهي:

- المطلب الأول: مراعاة العرف وأثره على العقود والتصرفات عند الفقهاء.
- المطلب الثاني: مراعاة العرف وأثره على العقود والتصرفات في القانون المدني المصري.
- المطلب الثالث: الصور التطبيقية.



المطلب الأول

مراعاة العرف وأثره على العقود والتصرفات عند الفقهاء

يُعدُّ العرف^(١) من مصادر التشريع المعتمدة لدى كافة الفقهاء^(٢)، ويُستدل لاعتبار العرف، واعتماده مصدراً من مصادر التشريع بأدلة متعددة، أظهرها: ما ثبت من حديث أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أن هِنْدًا قالت لِرَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَجِيحٌ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ أَخْذَ مِنْ مَالِهِ سِرًّا؟ قَالَ: «خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»^(٣).

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَمًا على أخذ ما يكفيها وأبناءها بالمعروف، والمعروف ما يَعْرِفُ الناس أنه يكفيها في حد الطعام والشراب والنفقة، وهذا دليل على اعتبار العرف، قال النووي: في الحديث دليل على اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي^(٤).

والعرف منه لفظي، ومنه عرف فعلي^(٥)، فالعرف اللفظي جريان العرف باستعمال لفظ ما في مدلول معين، كاستعمال لفظ الدابة في ذوات الأربع، والعرف الفعلي جريان العرف بتصرف معين، كما جرت العادة بدفع هدية للعروس "نقطة العرس" فهذه لها حكم المعاوضة؛ اعتباراً لجريان العرف بذلك.

وينبغي عند تكييف العقود والتصرفات ملاحظة الأعراف والعادات التي نشأت فيها هذه العقود فقد يكون للعرف أثرٌ في تغيير التصرف عن ظاهره، وفي هذا يقول إمام

(١) العرف: ما تعارفه الناس، والعادة ما تكرر، وهما ههنا بمعنى واحد، وَقَدْ يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِاسْتِعْمَالِ الْعَادَةِ فِي الْأَفْعَالِ وَالْعُرْفِ فِي الْأَقْوَالِ. شرح التلويح على التوضيح: ١/١٧٤.

(٢) أصول الشاشي: ص: ٨٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، رقم (٢٢١١): ٣/٧٩.

(٤) شرح النووي على مسلم: ٢/٨ بتصرف يسير.

(٥) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي: ٢/٣٩٣.



الحرمين: "للعادة وقعٌ عظيم في المعاملات"^(١) فقد يصرف العرف ظاهر التصرف إلى حقيقة تصرف آخر مراعاة للعرف.

١. قال صاحب المحيط البرهاني: "ولعرف الناس أثر في جواز العقد وفساده"^(٢).

والعرف الذي يُعدُّ مصدراً من مصادر التشريع، وتُحمل عليه العقود والتصرفات يشترط لاعتباره شروط، وهي:

١. أن يكون العرف عاماً، والمراد بالعرف العام ما اصطُح عليه كافة الناس، فإذا أُطلق تبادر إلى الأذهان المراد منه، ومنه إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع، وأما العرف الخاص: فكاصطلاح كل ذي علم على ألفاظ خصوها بمعان مخالفة للمفهوم اللغوي، كاصطلاح المتكلم في الجوهر والعرض، واصطلاح الفقيه في الجمع والفرق، واصطلاح الجدلي في الكسر والنقض والقلب، واصطلاح النحوي في الرفع والنصب والجر، فجميع هذه الطوائف لم يضعوا هذه الألفاظ لتلك المعاني المخصوصة، وإنما استعملوها استعمالاً غالباً حتى صارت هي المتبادرة إلى الذهن حالة التخاطب^(٣).

٢. أن يكون العرف مطرداً أو غالباً، قال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا"^(٤)، فالعادات التي تتغير لا يلزم الوفاء بها، بينما العادات الثابتة المطردة يلزم الوفاء بها، ومن أمثلة العادة المطردة ما اعتاده المصريون من ادراج أثاث الزوجية- غرفة النوم - أدوات المطبخ.... الخ - في قائمة المنقولات، فهذه عادة مطردة وثابتة وتدخل بحكم العرف في القائمة.

٣. أن يكون العرف موجوداً عند إنشاء التصرف، فإن حدث العرف بعد إنشاء التصرف فلا أثر له، قال السيوطي: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب: ١٧/٦.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني: ٤٥٠/٧.

(٣) البحر المحيط: ٢٣١/٢.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص: ٩٢.



المقارن السابق دون المتأخر"^(١).

١. ألا يؤدي العرف إلى تحليل الحرام، أو تحريم الحلال، فالعرف المخالف للشرع لا عبرة به، كما لو انتشر عرف بحرمان الإناث من الميراث فهو عرف فاسد لا أثر له في تغيير الأنصبة التي بينها الله تعالى.

٢. ألا يعارض شرطا منصوصا عليه، فلو نصَّ العاقدان أو أحدهما على شيء مخالف للعرف، فلا حجية للعرف؛ إذ حجية الشرط أقوى، كما لو جرت العادة بتقسيم مهر الزواج إلى مقدم ومؤخر، واشترط الزوج على زوجته ووليها أن ما يدفعه كامل المهر وأن لا مؤخر لها، فحينئذ لا عبرة بالعرف لوقوعه مخالفا للشرط.

ومن المقرر فقها: مراعاة عرف المخاطب، وإجراء الأحكام الشرعية بناء على عرفه؛ لأن العقود والتصرفات في الشريعة تبني على الرضا، بل إن الأحكام الشرعية تتعلق بعرف المتكلم وما يتبادر إلى ذهنه، حتى وإن كان للفظ حقيقة لغوية أو شرعية، وفي هذا يقول الزركشي: "إطلاقات الشرع لا تعرض على مأخذ الحقائق، بل تحمل على حكم العرف والتفاهم الظاهر"^(٢)، وبناء على هذا فمن حلف لا يأكل لحما، ثم أكل سمكا لا يحنث في قسمه مع أن الله تعالى سمي السمك لحما كما في قوله تعالى ﴿وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾^(٣)، ولكن لما جرى العرف بالتفريق بين اللحم والسمك لم يحكم الفقهاء بحنثه؛ بناء على التفريق العرفي، قال محمد بن الحسن الشيباني: "إذا حلف الرجل لا يأكل لحما ولم يكن له نية فأكل سمكا لم يحنث؛ لأن اليمين إنما يقع على معاني كلام الناس"^(٤).

ولأهمية مراعاة العرف نصَّ المحققون على مراعاة العرف عند الفتوى، قال القرافي: "مهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص: ٩٦.

(٢) البحر المحيط: ٨٧/٢.

(٣) النحل: ١٤.

(٤) الأصل المعروف بالمبسوط للشيباني: ٣/ ٢٨٠ ملخصا بتصرف يسير.



الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك ودون المقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين^(١).



(١) الفروق للقرافي: ١/ ١٩١.



المطلب الثاني

مراعاة العرف وأثرها على العقود والتصرفات في القانون المدني المصري

جعل القانون المدني المصري للعرف أهمية كبيرة في تفسير بنود العقد؛ حيث نص القانون المدني المصري الصادر سنة ١٩٤٨ م على عدد من المواد التي تم فيها اعتبار العرف، ومن هذه المواد على سبيل المثال:

- نصت المادة رقم (٩٥) على أنه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، فإن المحكمة تقضي فيه طبقاً لطبيعة المعاملة والقانون والعرف والعدالة".
 - نصت المادة (٩٨) على أنه " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تمَّ".
 - نصت المادة (١٤٨) على أنه: " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون أو العرف أو العدالة".
 - نصت المادة (٤٤٨) على أنه " لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح به".
- وكل هذه النصوص تدلُّ بما لا يدع مجالاً للشك على اعتبار العرف في التصرفات والعقود.

وعلى هذا جرت محكمة النقض المصرية في أحكامها، حيث نصت على: " وجوب الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدین مع الاستهداء بطبيعة التعامل وفقاً للعرف الجاري في المعاملات والطريقة التي تم بها تنفيذ العقد منذ البداية"^(١).

وبهذا يتبين ضرورة الرجوع إلى العرف في العقود والتصرفات فقهياً وقانوناً لترتيب الآثار بشكل صحيح.

(١) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٧٠ قضائية، الصادر بجلسة ١٣/١٢/٢٠١٧ رابط:



المطلب الثالث

الصور التطبيقية

أبدع الفقهاء السابقون حينما جعلوا تفسير بعض التصرفات والعقود مرتبطة بالعرف فحكموا على بعض ما ظاهره الإباحة بالحرمة لوجود عرف يضيف إلى التصرف الظاهري شرطاً محرماً، وحكموا على بعض التصرفات الصحيحة بحسب الظاهر بالبطالان؛ لأنها وقعت بناء على عرفٍ، يجعل التصرف الظاهري على خلاف ما قررته الشريعة من أحكام، ومن هذه الصور ما يلي:

(١) هبة الأخت نصيبها من الميراث لإخوتها في عرف انتشار بقهر البنات، ومنعهن حقهن من الميراث.

سئل الإمام المازري^(١) عن قوم انتشر لديهم حرمان البنات من الميراث، وإذا طالبت المرأة بإرثها اجتمع لها قرابتها ووجهاء قومها وحثوها على هبة نصيبها من الميراث لإخوتها الذكور؟

فَأَجَابَ: هَذَا وَأَمْثَالُهُ مِمَّا نُبِتَ خِلَافُهُ فِي الشَّرِيعَةِ، فَإِنْ كَانَ الْأَمْرُ كَمَا ذُكِرَ فِهَيْبَةُ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ وَالْعَمَّاتِ بَاطِلَةٌ مَرْدُودَةٌ، وَلِهِنَّ الرُّجُوعُ فِي حَيَاتِهِنَّ وَلِوَرَثَتِهِنَّ الْقِيَامَ بَعْدَ مَمَاتِهِنَّ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَنْ مَاتَ عَنْ حَقِّ فَلِوَارِثِهِ وَلَوْ ائْتَنَعَنَ مِنَ الْهَبَةِ لِأَوْجَبَ ذَلِكَ اسْتِهَاتِهِنَّ وَالْعُضْبَ عَلَيْهِنَّ وَقَطَعَ مَتْنِهِنَّ فَإِذَا شَهِدَتْ الْعَادَةُ بِذَلِكَ فَلَا حِيَاةَ عَلَيْهِنَّ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَقْهُورَاتٍ مَغْلُوبَاتٍ وَيُقْبَلُ قَوْلُهُنَّ فِيهِ بِمَا يَدَّعِينَ^(٢).

فهذا الإمام المازري رَحِمَهُ اللهُ أَبطل التبرع الظاهر بلفظ الهبة؛ لأنه وقع تحت تأثير إكراه العرف آنذاك، والذي كان يعتبر مطالبة المرأة لنصيبها في الميراث نوعاً من اللؤم، وذلك أن قاعدة كسب المال في الشريعة المطهرة أن يقع عن طيب نفس، أما المأخوذ

(١) المازري: محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، أبو عبد الله: محدث، من فقهاء المالكية. نسبته إلى (مازر) بجزيرة صقلية، ووفاته بالمهدية سنة ٥٣٦. له (المعلم بفوائد مسلم - التلقين في الفقه المالكي. الأعلام للزركلي: ٦/٢٧٧).

(٢) فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك: ٢/٢٧٥.



قهرًا، إما بالإكراه الحسي أو الإكراه المعنوي فلا يطيب لأخذه، وفي هذا يقول ابن حجر الهيتمي: قام الإجماع على أن من أخذ شيئًا على سبيل الحياء من غير رضا منه بذلك لا يملكه الآخذ، وعلوه بأن فيه إكراهًا بسيف الحياء فهو كالإكراه بالسيف الحسي بل كثيرون يقابلون هذا السيف، ويتحملون مرار جرحه ولا يقابلون الأول خوفًا على مروءتهم ووجاهتهم التي يُؤثرها العقلاء ويخافون عليها أتم الخوف^(١).

وبهذا يتبين أن للعرف أثرًا في الأحكام الشرعية.

(٢) تبرع الزوجة لزوجها براتبها أو ميراثها من أبيها إذا وقع تحت وطأة العرف الذي يُعدُّ امتناع الزوجة عن هذا خروجًا عن العرف الذي يوجب الذم.

قد تكابد الزوجة مع زوجها وتضع مالها بين يديه، ويمنعها سيف الحياء أن تطالب به لما تأمل من توفير حياة أفضل لها ولزوجها، ويأخذ الزوج هذا المال فيدخره لنفسه أو يستثمره، ولا تطالب الزوجة بشيء منه حياءً منها أو أملًا أن يعود عليها هذا بالرخاء والرفاهية، وقد تضطرب العلاقة الزوجية فيقع الانفصال أو يرغب الزوج في التزوُّج بأخرى بهذا الفائض الذي كانت الزوجة سببا فيه، فهل يُعدُّ بذل الزوجة لراتبها أو بيعها لذهبها أو نصيبها من إرث أبيها للزوج، وعدم المطالبة بتوثيق هذا الأشياء باسمها؛ - حياءً، ومروءة، ورغبة في أن يُقدِّر الزوج هذا الإحسان ويقابله بالتي هي أحسن - هبة محضة تبيح للزوج أن يتصرف كيفما شاء؟

إن إمعان النظر، ومراعاة المقصد الذي وقع فيه هذا التبرع ظاهرًا يدفعنا إلى أن نجزم بحق هذه الزوجة بالرجوع في هذا التصرف؛ لأنه إنما وقع بناءً على عرف مستقر يحمل الزوجة على أن تقف بجوار زوجها، ويُعدُّ التخلي عنه في مثل هذه الحالة نوعًا من اللؤم الذي لا يليق بذوي المروءة وأهل الفضل.

ويستدل لهذا التخرج الفقهي بأدلة من السنة والمعقول:

أولاً: من السنة:

عن أبي هريرة - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر،

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى: ٣/ ٣٠.



ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله، وكيف إذن؟ قال: «أن تسكت»^(١)، كما أخرج البخاري أيضا هذا الحديث من رواية عائشة - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - قالت: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البكر تستأذن» قلت: إن البكر تستحيي؟ قال: «إذنها صماتها»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أن النكاح عقد يشترط لصحته الإيجاب والقبول، والقبول لا بُدَّ وأن يكون لفظيا، أما الصمت والسكوت فليس قبولا، ولكن لما جرى العرف باستحياء الفتاة عن النطق بالإذن في النكاح؛ لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال فتنسب إلى الوقاحة^(٣) وقعت الكفاية بالسكوت، ووجه الاستشهاد بهذا الحديث هنا أن الشرع قد اعتبر ذمَّ العرف نوعا من الإكراه المعنوي الذي تتغير معه الأحكام بما يناسبه. ولعل هذا هو السبب في اختيار الإمام البخاري لوضع هذا الحديث في كتاب الحيل كما جاء في رواية عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

ثانيا: من المعقول:

١. قد يقترن بالعقد شرط اتفافي أو عرفي فيصير هذا العرف جزء لا يتجزأ من العقد، وقد نص الفقهاء والأصوليون على هذا المعنى، يقول ابن رجب الحنبلي: "تعتبر الأسباب في عقود التمليكات كما تعتبر في الأيمان، ويتخرج على هذا مسائل متعددة.....ومنها: هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك، فإن سبها طلب استدامة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه أحمد في رواية عبد الله"^(٤). وهذا التخرج لا يقتصر على هبة الزوجة لزوجها بل يشمل كل التصرفات التي تتفق مع هذا التصرف في المعنى، ولهذا نصَّ الفقهاء على أن كل هبة حصلت على شرط، أو عوض، أو دفع ضرر، ونحو ذلك فلم يحصل؛ أن لصاحبه الرجوع، سواء

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، رقم(٥١٣٦):٧/١٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الحيل باب النكاح، رقم (٦٩٧١) (٢٦ /٩)

(٣) بدائع الصنائع:٢/٢٤٢ بتصرف.

(٤) القواعد - ابن رجب الحنبلي ص: ٣٤٨.



كان من زوجة أو غيرها"^(١).

٢. تخريج هذه الصورة على الواقعة التي أفتى فيها المازري ببطلان الهبة لقسوة العرف القائم على ذم المرأة التي تطلب نصيبها من ميراثها الشرعي.
على أنه ينبغي لتطبيق هذا الحكم مراعاة عدّة أمور، منها:

- ألا يكون المتبرع قد أثيب بتبرعه عن طريق تصرّف آخر، فإن وقع الثواب عن التبرع فهو تبرع صحيح يترتب عليه أثره، كما لو أنفقت الزوجة راتبها فوهبها الزوج ما يساوي قيمة ما أنفقته أو ما يقاربه.
- أن يكون العرف قائماً بالفعل، وأن يُحال الامتناع عن التصريح بطلب الحق إلى العرف، فإن لم يكن العرف قائماً، أو كان قائماً ولم يبلغ حد الإكراه فلا أثر له، قال القرافي: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت. وتبطل معها إذا بطلت"^(٢).



(١) الفواكه العديدة في المسائل المفيدة: ٢/٢٥.

(٢) الفروق للقرافي: ١/١٧٦.



المبحث الثالث

حق القريب في مال قريبه

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: حق الأبوين في مال أولادهم.
- المطلب الثاني: حق الأولاد في مال أبويهم.
- المطلب الثالث: حق الزوجة في مال زوجها.



المبحث الثالث

حق القريب في مال قريبه

تمهيد:

من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية استقلال الذمة المالية لكل نفس، وأن الولاية المالية على القُصَّر ولايةٌ لمصلحتهم، وهي ولاية مقيدة بزوال المانع، والأصل الحرية التامة لكل إنسان في ممارسة وسائل كسب المال وإنفاقه ما دام لم يتعد حدود الشرع، ولم يضر بأحد، والأصل في هذا الباب حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَجِلُّ مَالٌ أَمْرِي مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(١)، والقريب من الدرجة الأولى ك(الوالدين - الأولاد - أحد الزوجين) لكل منهم حق في النفقة بشروط وضوابط معتبرة، فصلتها كتب الفقه في مظانها، والمعنى الجامع للنفقة أنها اسم لكل ما يحتاجه الإنسان من طعام وشراب ودواء ومسكن على تقتضيه الحاجة التي تتغير بتغير الزمان والمكان والبيئة والحال واليسر والإعسار، ومردُّ ذلك كله إلى العرف، وهذه من الأمور المسلَّمة، ولكن ثمة إشكالات تنشأ عن حق القرابات من الدرجة الأولى في مال ذويهم، وخصوصاً فيما يتصل بتنمية الثروة، وفي المطالب التالية نتعرض لبعض الإشكالات العملية بسبب هذا الموضوع بشيء من التأسيس المركز.

(١) أخرجه أحمد في مسنده رقم (٢٠٦٩٥): ٣٤/ ٢٩٩، والدارقطنى في سننه كتاب البيوع، رقم (٢٨٨): ٣/

٤٢٤، وقال ابن الملقن: قد روي هذا الحديث من طرق متعددة، وإذا ضم بعضها إلى بعض صار قوياً.

البدر المنير: ٦/ ٦٩٧.



المطلب الأول

حق الأبوين في مال أولادهم

صرّحت النصوص القطعية من القرآن الكريم والسنة النبوية بوجود بر الوالدين، والإحسان إليهما، وقد جرت عادة كثير من العائلات أن يعمل أولادهم على أن يكون الدخل تحت تصرف الوالد، وقد ينشط بعض الأبناء في تجارة أو وظيفة خاصة، أو يسافر إلى خارج البلاد، ويرسل أمواله ومدخراته إلى أبيه فيقوم الأب بإنفاق هذا المال وفق ما تقتضيه المصلحة، وقد يقوم الأب بشراء بعض الممتلكات باسمه هو، وبعد مدة من الزمن يقع النزاع والاختلاف بين أفراد الأسرة بسبب هذه الممتلكات، وفي هذا المطلب بيان حق الأب في مال ولده، ومن ثمّ بيان الأثر المترتب على تصرف الأب في مال ولده.

وقبل الشروع في هذه المسألة تجدر الإشارة إلى أن المراد بـ"الأب" - هنا - ليس خصوص الأب، وإنما عموم الوالدين فكل الأحكام المتعلقة بالأب هنا تشمل الأم أيضاً، وإنما تم التنصيص على الأب وإن كان المراد عموم الوالدين لأمرين:

١. مراعاة لظواهر النصوص التي تكلمت عن حق الأب في مال ولده، ربما لأنه المعنى بالنفقة، ولأن الأم تستغني بنفقة الأب غالباً قبل أن يتعلق حقها بمال ولدها.
٢. موافقة للفقهاء الذي تعرضوا للمسألة فنصوا على الأب لكنهم صرحوا بأن الأب والأم سواء في هذا الحكم، بل قال ابن عابدين: " ليس ذلك خاصاً بالأب كما قد يتوهم بل الأم كذلك"^(١).

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على ما يلي:

١. نفقة الأب المعسر المحتاج إلى النفقة واجبة على الابن الموسر^(٢).

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٣/٦٢٤.

(٢) إن كان الأب فقيراً والابن معسراً، ولكنه قادر على الكسب ينظر في كسبه فإن كان فيه فضل عن قوته يجبر على الإنفاق على الأب من الفضل؛ لأنه قادر على إحيائه من غير خلل يرجع إليه وإن كان



٢. الأب لا يضمن التصرف في مال ابنه إن كان في حدود الحاجة والنفقة بالمعروف^(١).

محل النزاع:

تصرف الأب في ما جاوز حدود الحاجة من مال ولده، وفيه ثلاثة أقوال.

القول الأول: يجوز للأب أن يتصرف في مال ابنه الموسر في حدود حاجة الأب فقط، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والظاهرية^(٢).

القول الثاني: يجوز للأب جميع أنواع التصرفات في مال الابن؛ سواء أكان التصرف في حدود الحاجة أم جاوزها، وهذا القول قد نسب لبعض الصحابة وبعض التابعين^(٣)، وهو قول أصبغ من المالكية^(٤).

القول الثالث: يجوز للأب أن يتصرف في مال ابنه سواء في حدود الحاجة أم جاوزها؛ بشرط عدم الإضرار بالابن، وعدم إعطاء مال ابنه لوارث غيره، وهو مذهب الحنابلة^(٥).

أثر الخلاف: يتضح الفرق بين الأقوال الثلاثة في الصورة التالية:

ابن يعمل بالخارج، وقد وكَّل أباه في قبض أمواله، فقام الأب الميسور بشراء أراضي وعقارات وسجَّلها باسمه، فعلى مذهب الجمهور فليس للأب حق اتخاذها لنفسه، وعلى القول الثاني من حق الأب أن يتخذها لنفسه مطلقاً، وعلى القول الثالث:

لا يفضل من كسبه شيء يؤمر فيما بينه وبين الله عَزَّوَجَلَّ أن يواسي أباه؛ إذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/٣٦.

(١) بدائع الصنائع: ٤/٢٨، و الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: ٢/٥٢٣، ومغني المحتاج: ٥/١٨٤، المغني: ٦/٣٢٠، المحلى: ٦/٣٩٠.

(٢) بدائع الصنائع: ٤/٢٨، و الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: ٢/٥٢٣، ومغني المحتاج: ٥/١٨٤، المحلى: ٦/٣٩٠.

(٣) المحلى: ٦/٣٨٦.

(٤) البيان والتحصيل: ٤/٤٧٣.

(٥) المغني: ٦/٣٢٠.



ليس من حق الأب اتخاذها لنفسه إن كان ابنه محتاجا إليها، كما ليس من حقه أن يتخذها لأحد ورثته سوى صاحب المال.

الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول - وهم الجمهور - على ما ذهبوا إليه من جواز تصرف الأب في مال ابنه في حدود النفقة والحاجة دون ما جاوزها بأدلة من القرآن والسنة والمعقول:

أولاً: من القرآن:

وردت آيات كثيرة تأمر بالإحسان إلى الوالدين، ومنها:

قوله تعالى ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية:

أن الله عزَّ وجلَّ أمر بالإحسان إلى الوالدين، ونهى عن إلحاق الأذى بهما، ومعلوم أن التأذي بترك الإنفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيف نهياً عن ترك الإنفاق دلالة، كما كان نهياً عن الشتم والضرب دلالة^(٢).

ثانياً: من السنة:

١. عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِي مَالًا وَوَلَدًا وَإِنَّ وَالِدِي يَجْتَا حُ مَالِي. قَالَ « أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ »^(٣)، وقد أخرج الطبراني في

(١) الإسراء: ٢٣.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/ ٣٠.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الإجارة، باب في الرجل يأكل من مال ولده، رقم (٣٥٣٢) / ٣/ ٣١٢، وابن ماجه في سننه كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده/ رقم (٢٢٩١) / ٢/ ٧٦٩، وقال ابن الملقن: _____



معجمه سبب ورود هذا الحديث؛ فعن جابر بن عبد الله قال: جاء رجلٌ إلى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال: يا رسول الله، إن أبي أخذ مالي، فقال النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم للرجل: "أذهب فأتني بأبيك، فلما جاء الشيخ قال له النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ما بال ابنك يشكوك، أتريد أن تأخذ ماله؟»، فقال: سله يا رسول الله، هل أنفقته إلا على عماته أو خالاته أو على نفسي»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: دلَّ هذا الحديث على أن من حق الأب أن يتصرف في مال ولده الموسر في حدود حاجته، وأن ما جاوز الحاجة فلا يجوز للأب التصرف فيه بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم استدعى الأب، وقال له: "ما بال ابنك يشكوك" فلو كان جواز تصرف الأب في مال ابنه مطلقاً لأنكر النبي صلى الله عليه وسلم على الابن سؤاله، ولما استنكر على الأب تصرفه بقوله: "أتريد أن تأخذ ماله"، لكن لما تبين أن التصرف كان في حدود الحاجة أقرَّ النبي صلى الله عليه وسلم الوالد على ما فعل وقال للابن: "أنت ومالك لأبيك" أي عند حاجة الأب، قال الكاساني: "أضاف مال الابن إلى الأب فاللام التمليك، وظاهره يقتضي أن يكون للأب في مال ابنه حقيقة الملك فإن لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة"^(٢).

٢. عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن إلحاق الضرر بالنفس وإلحاق الضرر بالغير، وفي تصرف الوالد في مال ولده بغير حاجة ضرر على الولد فيكون منهياً عنه.

٣. عن حبان بن أبي جبلة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كلُّ أحدٍ

"وهذا إسناد صحيح جليل" البدر المنير: ٦٦٥/٧.

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير رقم (٩٤٧)/٢: ١٥٢، وقد سبق أصل الحديث وتخرجه في الصفحة السابقة.

(٢) بدائع الصنائع: ٣٠/٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه/ كتاب الأحكام/ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم ٢٣٤١/٢: ٧٨٤.



أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَالِدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ»^(١).

ووجه الدلالة من الحديث: دلَّ هذا الحديث على استقلال الذمة المالية للإنسان، وأن قرابة الإنسان مهما كانت فإنها لا تطغى على ملكية الإنسان واستقلاله في التصرف، وآيات بر الوالدين وإن أفادت جواز التصرف في حدود الحاجة إلا أن هذا الحديث يفيد أن ما جاوز حدود الحاجة لا سلطان للأب عليه، ولهذا تأول العلماء هذا الحديث بما لا يحتاج إليه من تلزمهم نفقته، قال البيهقي: قُلْتُ: «وَهَذَا إِذَا لَمْ يَحْتَجْ إِلَيْهِ مَنْ هُوَ بَعْضُ مِنْهُ»^(٢).

٤. عَنْ أَبِي حُرَّةَ الرَّقَاشِيِّ عَنْ عَمِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- قَالَ: «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٣).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الأصل حرمة المال، وقد أباحت الحاجة للأب التصرف في مال ابنه بمقتضى الحاجة، فما جاوز الحاجة يبقى على الأصل الذي هو حرمة التصرف بغير إذن الابن.

ثالثاً: من المعقول:

١. نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الإحياء؛ لأن الإنسان يرضى بإحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لأحدهما أن يمد يده إلى مال الآخر عند الحاجة ويأخذه من غير قضاء ولا رضا^(٤).

(١) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الأقضية والأحكام، رقم (٥٤٦٨) (٥/٤٢٢)، والبيهقي في السنن الصغير رقم (٢٩٠٠) (٣/١٩٢) وضعفه الشيخ الغماري في المداوي لعلل الجامع الصغير وشرحي المناوي: ٣٩/٥.

(٢) السنن الصغير للبيهقي: ٣/١٩٢.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده رقم (٢٠٦٩٥): ٣٤/٢٩٩، والدارقطني في سننه كتاب البيوع، رقم (٢٨٨): ٣/٤٢٤، وقال ابن الملقن: قد روي هذا الحديث من طرق متعددة، وإذا ضم بعضها إلى بعض صار قوياً. البدر المنير: ٦/٦٩٧.

(٤) بدائع الصنائع: ٤/٢٨.



٢. لَوْ كَانَ مَالُ الْوَلَدِ لِلْوَالِدِ مطلقاً لَمَا وَرِثَتْ زَوْجَةُ الْوَلَدِ، وَلَا زَوْجُ الْبِنْتِ، وَلَا أَوْلَادُهُمَا مِنْ ذَلِكَ شَيْئاً، لِأَنَّهُ مَالٌ لِإِنْسَانٍ حَيٍّ^(١).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه من جواز تصرف الأب مطلقاً في مال ابنه بالأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول ومن الآثار ما يلي:

أولاً: من القرآن:

(١) دلت كثير من الآيات على أن الولد هبة لأبيه، ومن هذه الآيات:

- قال تعالى ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾^(٢).
- قال تعالى ﴿وَوَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ نِعَمَ الْعَبْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ﴾^(٣).
- قال تعالى ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾^(٤).

وجه الدلالة من الآيات: دلت هذه الآيات على أن الولد هبة من الله للأب، وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبدته^(٥).

ويناقش الاستدلال بهذه الأدلة بما يلي:

- الغرض من التعبير بالهبة في هذه الآيات الامتنان بنعمة الولد الصالح البار، وأن هذا فضل محض من الله واصطفاء يحتاج إلى الشكر، ولا يلزم منه أن تصير أموال الابن ملكاً مطلقاً للأب يتصرف فيها كيفما شاء.

(١) المحلى لابن حزم: ٦/ ٣٩٠.

(٢) الأنعام: ٨٤.

(٣) سورة ص: ٣٠.

(٤) الشورى: ٤٩.

(٥) المغني: ٦/ ٣٢٠.



• على فرض التسليم بأن إطلاق لفظ الهبة يقتضي إباحة التصرف المطلق للأب في مال ولده فقد قال الله تعالى ممتنا على إبراهيم عَلَيْهِ السَّلَامُ قال تعالى ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾^(١)، ومن المعلوم أن يعقوب حفيد إبراهيم عليهما السلام، وقد قرر الفقهاء أن الجد ليس كالأب في هذا الحكم^(٢)، فتعين حمله على الامتنان لا إباحة التصرف.

• مما يؤكد على أن التعبير بالهبة لا يستلزم إباحة التصرف المطلق أنه قد ورد إسناد الهبة للأخ قال تعالى ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ مِنْ رَحْمَتِنَا أَخَاهُ هَارُونَ نَبِيًّا﴾^(٣)، فلو كان التعبير بالهبة مفيدا لإباحة التصرف المطلق لأبيح للأخ أن يتصرف في مال أخيه مطلقا، ولم يقل أحد بهذا فدل على أن التعبير بالهبة للامتنان لا لإباحة التصرف المطلق، فتبين بهذا أن الآية خارج محل النزاع.

(٢) قال تعالى ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَارَكَةً طَيِّبَةً كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾^(٤).

وجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى قال ﴿ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم﴾ ثم ذكر بيوت سائر القربان إلا الأولاد لم يذكرهم؛ لأنهم دخلوا في قوله: ﴿بيوتكم﴾، فلما كانت بيوت أولادهم كبيوتهم، لم يذكر بيوت أولادهم^(٥) فدل هذا على إباحة تصرف الأب في مال ولده مطلقا.

(١) الأنعام: ٨٤.

(٢) المبدع في شرح المقنع: ٥/٢٠٨.

(٣) مريم: ٥٣.

(٤) النور: ٦١.

(٥) المعني لابن قدامة: ٦/٦٣.



ويجاب عنه: بأن الآية لم تستوعب القرابات وإنما أشارت إلى رفع الحرج في قبول استضافة الأقارب، ثم إن الآية لا تتناول حكم التصرف المالي، فالآية خارج محل النزاع.

ثانيا من السنة:

عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِي مَالًا وَوَلَدًا وَإِنَّ وَالِدِي يَجْتَاخُ مَالِي. قَالَ « أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ »^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكم بأن الولد وماله ملك للأب، ولم يفرق بين ما كان الأب محتاجا أو غير محتاج، كما أطلق إباحة الأكل من كسب الولد فدل على إباحة تصرف الأب في مال الولد مطلقا سواء أكان بحاجة أم لا.

ويناقش الاستدلال بهذا الدليل بما يلي:

- الإطلاق الوارد في هذه الرواية " أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ " قد جاء مقيدا بالحاجة كما سبق تفصيله في أدلة أصحاب القول الأول.
- على فرض التسليم بعموم الدليل لجميع تصرفات الوالد في مال ولده فإن هذا العموم مخصوص بالأدلة التي نهت عن الإضرار بالغير.

ثالثا من الآثار:

١. عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّهُ أَتَاهُ أَبُو وَابْنٌ وَالْإِبْنُ يَطْلُبُ أَبَاهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أَقْرَضَهُ إِيَّاهَا وَالْأَبُ يَقُولُ: إِنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا فَأَخَذَ عُمَرُ بِيَدِ الْإِبْنِ فَوَضَعَهَا فِي يَدِ الْأَبِ فَقَالَ: هَذَا وَمَالُهُ مِنْ هِبَةِ اللَّهِ لَكَ^(٢).

٢. عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: «يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ، وَلَا يَأْكُلُ الْوَلَدُ مِنْ مَالِ وَالِدِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ»^(٣).

(١) سبق تخريجه.

(٢) المحلى: ٦/ ٣٨٦.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة: ٤/ ٥١٦.



٣. كَانَ عَطَاءً: «لَا يَرَى بَأْسًا بِأَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ»^(١)،
وروي هذا أيضا عن الحسن وقتادة ومسروق وغيرهم^(٢).
٤. عَنْ مُجَاهِدٍ قَالَ: يَأْخُذُ الرَّجُلُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ إِلَّا الْفَرْجَ^(٣).
٥. قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: لَا يَغْرَمُ الْأَبُ مَا اسْتَهْلَكَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَالِ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ^(٤).

ويمكن توجيه الآثار الواردة عن عمر وعائشة بما يوافق رأي الجمهور من تقييد تصرف الأب بالحاجة، أما الآثار المروية عن عطاء والحسن ومسروق فهذه أقوال يستدل لها، لا بها.

أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل أصحاب القول الثالث - وهم الحنابلة - على ما ذهبوا إليه من جواز تصرف الوالدين في مال أولادهم بشرط عدم الإضرار بالابن، وعدم إعطاء مال ابنه لو ارث غيره، وهو مذهب الحنابلة^(٥) بما يلي:

١. الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني.

٢. استدلو على قيد عدم الإضرار بمال الابن بالأدلة التي تقضي برفع الضرر من أدلة الفريق الأول.

٣. استدلو على قيد عدم إعطاء مال الابن لو ارث آخر بحديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: سَأَلْتُ أُمِّي أَبِي بَعْضَ الْمُوهَبَةِ لِي مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ بَدَأَ لِي، فَوَهَبَهَا لِي، فَقَالَتْ: لَا أَرْضَى حَتَّى تَشْهَدَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَخَذَ بِيَدِي وَأَنَا غَلَامٌ، فَأَتَى بِي

(١) مصنف ابن أبي شيبة: ٤/٥١٧.

(٢) مصنف عبد الرزاق الصنعاني: ٩/١٢٩.

(٣) المحلى لابن حزم ٦/٣٨٧.

(٤) المرجع السابق نفس الصفحة.

(٥) المغني: ٦/٣٢٠.



النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: إن أمه بنت راحة سألتني بعض الموهبة لهذا، قال: «ألك ولد سواه؟»، قال: نعم، قال: فأراه، قال: «لا تشهدني على جور»^(١) وفي رواية أعدلوا بين أولادكم في النحل، كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البر واللفظ»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بالتسوية بين الأولاد في العطية فيحرم على الأب أن يهب بعض أولاده دون الباقيين بغير مسوغ شرعي، ومن باب أولى يحرم على الأب أن يأخذ مال ولده ليعطيه لولد آخر لما فيه من المحاباة.

الرأي المختار:

هو رأي الجمهور والقائل بأنه لا يحق لأحد الوالدين التصرف في مال ولده بغير إذن منه؛ لقوة أدلته، وللجواب عن أدلة أصحاب القول الثاني والثالث، وبناء عليه فلا يحق لأحد الوالدين أن يتصرف في مال ولده بغير إذن منه فإن وقع التصرف فالملكية تكون كاملة للابن.



(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الهبات، باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد: رقم (٢٦٥٠): ٣/

١٧١.

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه واللفظ له رقم (٥١٠٤) كتاب الهبة باب في أحكام الهبة: ٥٠٣/١١.



المطلب الثاني

حق الأولاد في مال أبويهم

من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد الصغار - ذكورا كانوا أو إناثا - تجب في مال الأب^(١)، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال؛ الذين لا مال لهم"^(٢)، وكذلك تجب نفقة الابن الكبير العاجز عن الكسب كمن به مرض مُزمن يمنعه من الكسب، كما تجب نفقة الأنثى مطلقا، وإن كانت غير مريضة، لأن مجرد الأنوثة عجز^(٣).

ويستدل لهذا الوجوب بجملة من الأدلة، ومنها قوله تعالى ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤).

ومن السنة: ما ثبت من حديث أم المؤمنين عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أن هندا قالت لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَجِيحٌ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ أَخَذَ مِنْ مَالِهِ سِرًّا؟ قَالَ: «خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»^(٥).

والنفقة اسم جامع لكل ما يحتاجه الابن من طعام وشراب ونفقة وكسوة ومسكن وعلاج على ما تقتضيه الحاجة، وحسب يسار الأب وإعساره.

والنفقة على الأب إما أن تكون واجبة كنفقة الصغار - ذكورا كانوا أو إناثا - ونفقة الابن البالغ العاجز عن الكسب، ونفقة البنت حتى تتزوج، وإما أن تكون مباحة أو مستحبة، كالنفقة على الابن البالغ القادر على الكسب، وترد إلى لجنة الفتوى بالأزهر

(١) الهداية ١ / ٤٢، وحاشية الدسوقي ٢ / ٥٢٤، وحاشيتا القليوبي وعميرة ٤ / ٨٤ وما بعدها، والمغني لابن قدامة ٧ / ٥٨٢ وما بعدها.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص: ٢٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢ / ٦٧٢، ٦٦٥، والقوانين الفقهية / ٢٢٧، وروضة الطالبين ٩ / ٨٤.

(٤) البقرة: ٢٣٣.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة، رقم (٢٢١١): ٣ / ٧٩.



الشريف العديد من الإشكالات العملية التي يتعكر صفو الأسرة بسببها، واكتفي هنا بذكر بعض النماذج مع الإشارة إلى الفتوى الصحيحة فيها في ضوء هذا البحث، ومن هذه النماذج:

١. أن يقوم الأب بإعطاء أحد أبنائه جميع مدخراته، أو مكافأة نهاية الخدمة؛ لكي يساعد ابنه على توفير مصدر للرزق، أو للإنفاق على زواجه، أو سفره خارج البلاد، وبعد أن يصبح الابن موسراً يطالبه أبوه بتحمل نفقة إخوته، أو تزويج أخواته ونحو هذا مما جرت به عادة الأسر المصرية.

والفتوى في هذه الواقعة أنه يحق للأب مطالبة ابنه بالتعويض عما بذله سابقاً:

● إما على اعتبار ما دفعه هبة، ويجوز للأب الرجوع فيما وهبه لابنه؛ بناء على مذهب الجمهور^(١)، ولقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا يحل لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"^(٢).

● وإما على اعتبار أنه قرض؛ بناء على أن نية الوالد لم تكن هبة محضة، وإنما كانت هبة مقترنة بشرط عرفي، وهو أن يقوم الولد برد الجميل لأبيه والتوسعة على أسرته، وقد تبين مما سبق، أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني كما تبين أيضاً أن للعرف تأثيراً معتبراً في صرف التبرعات إلى المعاوضات.

٢. قد يقوم الأب بتزويج بعض أبنائه دون بعض، وينشب نزاع بين الورثة بسبب نفقة الزواج هل تخرج من التركة قبل قسمتها، أو لا؟

والصواب: أن ما يبذله الأب لأولاده إما أن يكون من النفقة الواجبة، وهذه لا تقتضي التعويض، وإما أن تكون هبة من الأب وتبرعا، وفي كل الأحوال لا يجوز لغير الأب طلبها، والنفقة الواجبة في مال الأب هي النفقة الحالية أو الماضية، أما النفقة المستقبلية

(١) بدائع الصنائع: ٥ / ٢٣٤، ومنح الجليل ٣ / ٥٠، ٥١، والمهذب ١ / ٣١٠، والمغني ٤ / ٣٤٩ ومنتهى الإرادات ٢ / ٢٢٧.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، رقم (١٢٩٨) / ٣ / ٥٩٢.



فلا تجب، قال الرملي: "النفقة المستقبلية غير واجبة"^(١)، وعليه: فنفقة الزواج لمن لم يتزوج لا يجب إخراجها من تركها المتوفى قبل قسمة التركة، لكن إن تراضى الورثة بذلك فهو حسن.



(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٧/٤٢٨.



المطلب الثالث

حق الزوجة في مال زوجها

من المقرر شرعا أن الزوجة لها على زوجها المهر، وهو ملك خاصٌ بها، ولها النفقة بالمعروف، وقد جرت عادة كثير من الأزواج أن يدفع لزوجته راتبه كله باستثناء بعض النقود التي تكفي مصروفه الشخصي؛ ثقة منه في حسن تدبير زوجته، واطمئنانا إلى حسن تصرفها، وقد تدخر الزوجة من هذا الراتب إلى أن تكوّن ثروة كبيرة من هذا المال، وحينئذ يثار تساؤل عن هذا المال هل هو ملك للزوج؟ مع أنه قد بذله بطيب نفس ومع استحقاق.

والتخريج الفقهي المنضبط الذي يتوافق مع هذا الواقع: أن الزوجة وكيلة بالإنفاق، والوكيل يباح له التصرف نيابة عن موكله، ولكنه لا يملك المال، ويستدل لهذا التكييف الفقهي بما يلي:

عن عائشة، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «إِذَا أَنْفَقَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ طَعَامِ بَيْتِهَا غَيْرَ مَفْسُودَةٍ، كَانَ لَهَا أَجْرُهَا بِمَا أَنْفَقَتْ، وَلِزَوْجِهَا أَجْرُهُ بِمَا كَسَبَ، وَلِلْخَازِنِ مِثْلُ ذَلِكَ، لَا يَنْقُصُ بَعْضُهُمْ أَجْرَ بَعْضٍ شَيْئًا»^(١).

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نسب الإنفاق إلى الزوجة وقيده بكونه لا على وجه الإفساد فدل ذلك على أن الإذن المطلق يحمل على العرف، وقد جرى العرف بسماحة النفوس بالصدقة، فإن جاوزت المرأة العرف أئمت، وهذا دليل على أن الإذن في التصرف لا يلزم منه التملك، وإنما هو تصرف مشروع بناء على الإذن العرفي، قال النووي: "الإذن المفهوم من اطراد العرف والعادة كإعطاء السائل كسرة ونحوها مما جرت العادة به واطرد العرف فيه وعلم بالعرف رضاه الزوج والمالك به فإذا علم في ذلك حاصل وإن لم يتكلم وهذا إذا علم رضاه لاطراد العرف وعلم أن نفسه كنفوس غالب الناس في السماحة بذلك والرضا به فإن اضطرب العرف وشك في رضاه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يناول بنفسه



أو كان شخصاً يشح بذلك وعلم من حاله ذلك أو شك فيه لم يجز للمرأة وغيرها التصديق من ماله إلا بصريح إذنه"^(١).

وعليه فجميع الأموال التي تدخرها الزوجة من نفقة البيت ملك للزوج إلا ما كان من قبيل الملكية الخاصة بها كالمهر أو الهبة المقبوضة، فإن توفيت الزوجة وكانت قد ادخرت من مال زوجها، فهذا المال حق للزوج، ولا يوزع ضمن تركة الزوجة، وإن توفي الزوج، وكانت الزوجة قد ادخرت من فائض النفقة مبلغاً من المال فهو تركة تقسم على مستحقيها وفق الأنصبة الشرعية.

ومما يتصل بالبحث أن الزوج أحياناً قد يساعد زوجته، ويبدل لها المال الوفير لإتمام دراستها، أو تجهيز عيادة طبية، أو صيدلية ونحو ذلك مما تمارسه الزوجة من نشاط استثماري يُدر عليه ربحاً، وعند نشوب النزاع يقع الخلاف بين الطرفين عن مدى حق الزوج في التعويض عما بذله لزوجته، والصواب المختار أن من حق الزوج المطالبة بالتعويض عن تنمية ثروة زوجته على النحو الذي سيتم تفصيله في المبحث الرابع بإذن الله تعالى.



(١) شرح النووي على مسلم: ٧/١١٢.



المبحث الرابع

التكييف الفقهي لحالات تنمية الثروة

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: التخريج على المضاربة.
- المطلب الثاني: التخريج على الأنصبة الشرعية من غير اعتبار لتنمية التركة.
- المطلب الثالث: التخارج على الصلح.
- المطلب الرابع: التخريج على الغصب.



المبحث الرابع

التكييف الفقهي لحالات تنمية الثروة

تمهيد:

تكشف الحياة الواقعية عن العديد من الممارسات التي تقع بين القرابات من الدرجة الأولى، والتي تقع غالباً بغير اتفاق ولا اشتراط إما حياء، وإما مروءة، ويقع الاختلاف بشأنها في المجالس العرفية ولجان الفتوى لحسم النزاع فيها، وغالباً ما تُقَطَّع الأرحام بين الأقربين بسبب هذه الخلافات، سواء أكانت بين الزوجين أم بين الورثة، بسبب التعويض عن تنمية الثروة من حيث المبدأ؛ حيث يتمسك كل طرف بما يناسبه غالباً.

- فقد يدعي بعض الورثة - ممن ليس لهم أي عمل في تنمية الثروة - بظاهر النص القرآني الذي جعل للزوجة الربع عند عدم وجود الولد للمتوفي مع تجاهله لوجوب رد الدين الذي قد يكون سبباً في ثروة المتوفي في الأساس كأن تكون الزوجة قد باعت ذهاباً أو ميراثها من أبيها لأجل زوجها.
- وأيضاً قد يرغب أحد الأبناء في التوسعة على أبيه فيبني له بيتاً يستغرق كل مدخراته، ويريد باقي الورثة أن يقاسمه التركة بظاهر الأنصبة الشرعية متجاهلاً حقيقة الواقع، زاعماً أن التركة كلها باسم الأب مع علمه - يقينا - بحقيقة الواقع... إلى آخر هذه الصور.

وقبل البدء في التكييف الفقهي نؤكد على أن مشروعية التعويض من حيث المبدأ سائغة فقهاً؛ بناء على:

١. ما ترجَّح من أن العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني^(١).
٢. ما ترجَّح أيضاً من مراعاة العرف، وأن له أثراً معتبراً في الأحكام الشرعية وأن ما درج

(١) سبق بيان هذا بالتفصيل في المبحث الأول ولا داعي لتكراره هنا.



عليه العرف من استحياء الزوجة من طلب التعويض عن قيمة ذهبها ومدخراتها أو ميراثها من أبيها، وكذا في بقية الصور التي تجري بين الأرحام لا يُعدُّ هبة محضه، وإنما هو مقيد بما اقتضاه العرف من المجازاة بالحسن والمعاشرة بالمعروف والتي منها التعويض عن هذا الإحسان بغير شرط منصوص عليه^(١).

٣. ما ترجح من عدم أحقية الأب - وكذا باقي القربات من باب أولى - في التصرف المطلق في مال من كان تحت ولايته^(٢).

وبعد التسليم بمبدأ استحقاق التعويض في الجملة ننتقل إلى إحدى أهم إشكاليات اختيار الحكم الفقهي الملائم في حالات تنمية الثروة، والتي يتعقد فيها الحكم، ويختلف بحسب واقع الحال الذي يختلف بحسب حالات تنمية الثروة، وقبل الشروع في إسقاط التكييف الفقهي لأشهر حالات تنمية الثروة من واقع العمل في لجنة الفتوى الرئيسية- والتي أشرف بكوني أحد أعضائها- أودُّ الإشارة إلى أن الاختلاف في التكييف الفقهي من حيث المبدأ أمر سائغ ما دامت المسألة محتملة، لكن الاختيار ينبغي أن يكون محققاً لمصلحة الجميع؛ لاسيما الطرف الأضعف- وغالبا ما يكون البنات أو الأطفال القُصَّر-، ويتجلى هذا في الأثر الثابت عن زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ، وَعَبِيدُ اللَّهِ، ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ، فَلَمَّا قَفَلَا مَرًّا عَلَى أَبِي مُوسَى الْأَسْعَرِيِّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ، فَرَحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُمَا عَلَى أَمْرِ أَنْفَعَكُمَا بِهِ لَفَعَلْتُ، ثُمَّ قَالَ: بَلَى هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ، أُرِيدُ أَنْ أَبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَاسْلَفُكُمَاهُ، فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ، ثُمَّ تَبِيعَانِهِ بِالْمَدِينَةِ، فَتَوَدَّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، وَيَكُونُ الرِّيحُ لَكُمَا، فَقَالَا: وَدِدْنَا، فَفَعَلْ، وَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ، فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا، فَأُزْبِحَا، فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ، قَالَ: أَكُلُ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمَا؟ قَالَا: لَا، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَاسْلَفَكُمَا، أَدِيَا الْمَالَ وَرِيحَهُ، فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ، فَسَكَتَ، وَأَمَّا عَبِيدُ اللَّهِ، فَقَالَ: مَا يَنْبَغِي لَكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، هَذَا، لَوْ نَقَصَ هَذَا الْمَالُ أَوْ هَلَكَ لَضَمِنَاهُ؟ فَقَالَ

(١) سبق بيان هذا بالتفصيل في المبحث الثاني.

(٢) سبق تفصيل هذا في المطلب السابق.



عُمَرُ: أَدْيَاهُ، فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ، وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا؟ فَقَالَ عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا، فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ وَنَصَفَ رِنِحِهِ، وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ، وَعُبَيْدُ اللَّهِ، ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ نِصْفَ رِنِحِ الْمَالِ^(١).

ومن هذا الأثر نستنتج ما يلي:

١. أن تكييف هذه المعاملة لدى أبي موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان على القرض، ومن أحكام القرض أنه مضمون على كل حال، وأن الربح كله لابني عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمُ جميعاً، كما أنه لو هلك هذا المتاع كان الضمان عليهما، وهذه أحكام القرض، وهذا ما يفرضه حسن الظن بهذا الصحابي الجليل، وإن كان قد جانبه الصواب في تصرفه.

٢. أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَيْفَ هذه المعاملة ابتداءً على أنها قرض؛ لرغبته في رد جميع الربح لبيت المال، لكن بعد بيان الآثار المترتبة على هذا التكييف عدل عن اعتباره قرضاً إلى اعتباره مضاربة، لأن الأنسب لبيت المال في هذه الواقعة أن نعتبرها مضاربة؛ إذ التكييف على أنها قرض يقتضي أخذ أصل المال، وردّ جميع الربح لابنيه بناء على دخول المال تحت ضمانهما، والتكييف على أنه غصب لا يستقيم مع واقعة السؤال حيث إن يدهما على المال كانت بإذن والى البصرة.

٣. أنه تم التكييف في هذه الواقعة بناء على واقع ما حدث من غير اشتراط مضاربة ابتداءً، ولا صيغة المضاربة، وفي هذا إيدان باختيار التكييف الفقهي الملائم بغض النظر عن الألفاظ التي تمت بها هذه المعاملة، والتي تنصرف إليها عناية بعض المتفقيين أكثر من عنايتهم بحقيقة الواقع، فكأن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بهذا التكييف الفقهي وهذا الترخيص المبدع يقدح زناد العقل الفقهي لبيدع في التصوير والتكييف واختيار الأنسب الذي يتحقق به تمام النفع للجانب الأضعف - وهو هنا بيت المال - أولاً، ولا تضطرب به الأحكام الفقهية ثانياً.

(١) أخرج هذا الأثر الإمام مالك في الموطأ للإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي، كتاب القراض رقم)

(٢٠٠٧) / ٢ / ٢٢١، والإمام الشافعي في مسنده: ص: ٢٥٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٦ / ١٨٣.



٤. أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بعد تكييف هذا التصرف على أنه مضاربة قضى بتقسيم الربح نصفين أحدهما لبيت المال باعتباره أحد الشريكين (رب المال) والثاني لابنيه باعتبارهما الشريك الثاني (العامل- أو المضارب) ولم يرد بالأثر أنه تم الاتفاق ابتداء على هذه القسمة، وفي هذا إشارة إلى أنه عند السكوت عن تحديد الربح يرد إلى النصف إذ هو الغالب.

٥. يمكن الاهتداء بهذه الواقعة في الحالات التي تتفق معها في المعنى وإن لم تقع بناء على اتفاق مسبق كما سيتضح في التكييف بإذن الله تعالى.

ومن المسلم به أن التكييف الفقهي ينبي على واقع الأمر، وحيث إن حالات تنمية الثروة متعددة وتتردد بين أبواب فقهية مختلفة فمن البدهي أن يختلف التكييف الفقهي حسب ما تقتضيه كل حالة، ويمكن ردُّ أشهر وقائع التصرف إلى التخرج على: (المضاربة- الأنصبة الشرعية من غير زيادة ولا نقصان- الصلح- الغصب)، وسيتم تأصيل كل تكييف منها بشيء من التفصيل الموجز في المطالب التالية.





المطلب الأول

التخريج على المضاربة

تقتضي طبيعة المضاربة وجود شركة بين طرفين أو أكثر، على أن يكون المال من أحد الطرفين، والعمل من الطرف الآخر، والربح بينهما شائع على ما اشترطاه، فإن أطلقا الشركة، وسكتا عن تحديد الربح، فالأرجح صحة المضاربة والربح بينهما على النصف؛ لأنه الشائع عند الإطلاق، ومما يتصل بهذا البحث أنه لو توفي الميث فعمل أحد الورثة فيه بالتنمية فتقسم أصل الشركة على الأسهم وقت وفاة المورث، ونعتبر المتصرف في المال بالتنمية كعامل المضاربة، وذلك بناء على:

١. أن الصيغة ليست من أركان المضاربة، ولا شرطا في صحتها، وإن المضاربة تصح دون تلفظ بالصيغة، وهو اختيار بعض المالكية^(١)، خلافا لمذهب الجمهور الذين اشترطوا الصيغة^(٢)، أو ما يدل عليها^(٣)، والراجح المختار في المسألة القول الأول؛ لقضاء عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ولأن غاية الصيغة الدلالة على القصد فإن تبين القصد بالقرائن تعين حمل المعاملة على التخريج الأقرب والذي يتحقق به النفع للجانب الأضعف، وهو هنا باقي الورثة ممن لم يمكنوا من الشركة إما حياء على ما جرى به العرف، وإما لصغر سنهم، ونحو ذلك مما ينتشر في المجتمع المصري.

٢. أن العلاقة بين رب المال والمضارب في المضاربة أن يخلي رب المال يد العامل في التصرف، فيد أحد الورثة على كل الشركة لا تُوصف بالغصب، وحينئذ فهي يد

(١) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٥ / ٣٥٥، والفواكه الدواني ٢ / ١٧٥، وبلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ٢ / ١٦٠.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ / ٨٠، وشرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني: ٦ / ٣٨٤، و نهاية المطلب: ٧ / ٤٣٧، والكافي: ٢ / ١٥٩.

(٣) المراد: أن تكون طبيعة المعاملة تنبئ عن حقيقة الشركة وإن لم يقع التنصيص على كونها مضاربة، قال الكاساني: "ولو قال: خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله عزَّجَلَّ من شيء فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز؛ لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد" بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٦ / ٨٠.



أمان، وحيث عمل فيها بالتنمية فينبغي أن يكون الربح بين العامل وبين الوارث بقدر حصته في الميراث، حتى ولو لم يتم اتفاق على جعله مضاربة، يقول السرخسي: "وقد يثبت الشيء حكما على وجه لا يجوز إثباته قصدا، كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة"^(١)، فالسرخسي - رَحْمَةُ اللَّهِ يقرر أن بعض المعاملات قد تأخذ أحكاما ليست مقصودة ولا أرادها المتعاقدان ابتداء، وإنما تعين المصير إليها، كالشأن في شركة المفاوضة، فشركة المفاوضة عند من يقول بجوازها تأخذ أحكام الكفالة وإن لم تكن الكفالة فيها مقصودة ابتداء.

والتخريج على المضاربة يناسب الحالات التي تنمو فيها الثروة بناء على أصل التركة التي تركها المورث، ويتغافل الورثة عن قسمتها سنين فيعمل فيها أحدهم حتى تنمو بناء على سعيه وكده فحينئذ نعتبر أصل التركة وقت وفاة المورث شركة على المشاع بين الورثة، لكل واحد منهم منها قدر سهمه المستحق شرعا، ونعتبر ما أضافه بعض الورثة إليها ربحا يقسم بين أرباب المال وهم الورثة، كلُّ منهم بقدر سهمه، وبين العامل الذي نمت التركة بسعيه، فلو فرضنا أن رجلا توفي عن ابنين، وتركته عبارة عن محل فيه بضاعة تقدر بمليونين جنيه، ثم قام أحد الورثة بالعمل والتجارة حيث صارت البضاعة تقدر بثلاثة ملايين جنيه فتكون القسمة كما يلي:

- أولا: نقدر قيمة التركة وقت وفاة المورث، وهي هنا "تقدر بمليونين جنيه"
- ثانيا: نقدر الربح الناتج عن عمل أحد الورثة وهو هنا "مليون جنيه"
- ثالثا: نعتبر هذا الربح على نصفين، نصف لرب المال - وهو هنا الابن - ونصف آخر للعامل، والأثر المترتب على ذلك أن الابن الذي قام بتنمية ثروة أبيه يستحق مليوناً وثلاثة أرباع المليون، والابن الوارث الآخر الذي لم يعمل في تنمية التركة يستحق مليوناً وربع مليون.

وهذا التكييف تراعى فيه ضوابط وشروط المضاربة، والتي من أهمها أن يكون الربح بسبب عمل العامل، أما إن كان الربح ليس ناتجا عن عمل العامل، وإنما لغلاء

(١) المبسوط للسرخسي: ٢٨٧/١١.



الأسعار مثلاً فهما شريكان مناصفة.

ويتأيد هذا التكييف الفقهي بما قرره متأخرو المالكية من تخريج الأعمال التي تقصد للربح عادة على الشركة، قال الوزاني: ذهب الإمام مالك وأصحابه إلى أن المرأة إذا كانت تعمل مثل النسيج و الغزل ونحوهما فإنها شريكة الزوج فيما استفاد من خدمتها أنصافاً بينهما وكذا الأم مع أولادها والأخت مع أخواتها والبنت مع أبويها ونساء الحاضرة والبادية في ذلك سواء^(١).



(١) المنح السامية في النوازل الفقهية المسماة بالنوازل الصغرى للوزاني: ٣/٣٠٤، ٣٠٥.



المطلب الثاني

التخريج على الأنصبة الشرعية من غير اعتبار لتنمية التركة

يتم التخريج بناء على الأنصبة الشرعية بغض النظر عن الزيادة التي حصلت للتركة في كل تنمية لا تنسب لأحد الورثة، كأن يتوفى شخص عن زوجة وأولاد ذكورا وإناثا، وبعد مضي عشر سنوات تتضاعف القيمة الشرائية للأرض، ففي هذه الحالة تقسم الأرض على الورثة بحسب أنصبتهم الشرعية وقت التقسيم بصرف النظر عن قيمتها وقت الوفاة؛ لأن هذه الزيادة لا تنسب لعمل أحد الورثة.





المطلب الثالث

التخارج على الصلح

وذلك في الحالات التي يتعذر فيها الوصول إلى استيفاء الحق كاملاً، كأن تكون لبعض الورثة إسهامات في تنمية الثروة يتعذر الوقوف عليها تحديداً، وضبطها، وهذا كمشأن ما يحدث في كثير من البيوت المصرية عندما يتوفى الأب فتقوم الأم أو أحد الأبناء باستثمار تركة المتوفى مع الإنفاق على التعليم والزواج، ويختلط الميراث بالكسب الخاص، ويتعذر الوقوف على ما أضافه الورثة للتركة على وجه الحسم واليقين، وفي هذا الحالة يتم التخارج على الصلح، والأصل في الصلح أن يكون على سبيل الاستحباب، ولكن قد يصل إلى الوجوب إذا تعين طريقاً لتحقيق مصلحة، قال ابن عرفة المالكي: وَهُوَ أَيُّ الصُّلْحِ مِنْ حَيْثُ ذَاتُهُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، وَقَدْ يَعْزِضُ وَجُوبُهُ عِنْدَ تَعْيِينِ مَصْلَحَةٍ^(١).



(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: ٨٠ / ٥.



المطلب الرابع

التخريج على الغصب

وذلك في الحالة التي يجحد فيها القائم بالتنمية نصيب باقي الورثة، أو يمنعهم من أخذ أنصبتهم بغير وجه حق.

وقد اختلف الفقهاء في نماء الغصب، هل هو حق للغاصب أو للمالك؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: نماء الغصب حق للمالك، ويستحق الغاصب أجره المثل، وهو مذهب الشافعية^(١) والراجح عند الحنابلة^(٢).

دليلهم: يستدل لجعل نماء الغصب للمالك دون الغاصب وأن الغاصب له أجره عمله بأدلة من السنة والمعقول.

أولاً: من السنة:

• عن سمرة - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أمر من وضع يده على شيء أن يبادر إلى ردّه لصاحبه، والغصب وضع اليد بغير حق فما نتج عنه يكون لغوا، قال السرخسي: "تمليك ملك غيره من غير المالك يكون لغوا، فيجب رد ذلك على صاحبه إن كان حيا وعلى ورثته بعد موته"^(٤).

• عن رافع بن خديج قال قال رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « من زرع في أرض قوم بغير

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز: ١٢ / ٤٥، وتكملة المجموع للسبكي: ١٤ / ٢٧١، وتحفة المحتاج: ٦ / ٥.

(٢) المغني لابن قدامة: ٥ / ١٩٤، وكشاف القناع: ٤ / ١١١.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه كتاب الصدقات، باب العارية، رقم (٢٤٠٠) (٢ / ٨٠٢).

(٤) المبسوط للسرخسي: ٢٣ / ٣٢٥.



إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل الزرع لمالك الأرض لا لغاصبها، فدل ذلك على أن نماء الغصب للمالك، كما حكم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالنفقة للزارع وهو الغاصب هنا.

ثانيا من المعقول:

- أن نماء الغصب تابع للأصل، وللتابع حكم متبوعه، وحيث إن الأصل ملك للغاصب فينبغي أن يكون نماءه للمالك كذلك.
- القياس على المضاربة، فكما أن المضاربة إذا فسدت يستحق العامل أجره المثل، فكذلك الغاصب يستحق أجره المثل.

القول الثاني: أن نماء الغصب ملك للغاصب، وهو مذهب الحنفية وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد إلا أن الحنفية استثنوا صورة يكون نماء الغصب فيها للمالك لا للغاصب وهي أن يكون الغصب من مال الوقف أو مال اليتيم^(٢).

ويستدل لهذا القول بما ثبت عن عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أن رجلا اشترى عبدا فاستغله، ثم وجد به عيبا، فرده، فقال: يا رسول الله إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الخراج بالضمان»^(٣).

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد اعتبر الحق في الاستفادة من الربح في مقابل الضمان، وحيث إن الغصب مضمون على الغاصب فيكون النماء له دون المالك^(٤).

القول الثالث: التفريق بين ما يحتاج إلى مؤونة في الغالب وما لا يحتاج إلى مؤونة

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها، رقم (٣٤٠٥): ٣/ ٢٧١.
 (٢) العناية شرح الهداية: ٩/ ٣٥٤، البحر الرائق: ٨/ ١٣٩، و الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٦/ ١٨٦.
 (٣) أخرجه ابن ماجة في سننه كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان رقم (٢٢٤٣) (٢/ ٧٥٤)
 (٤) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: ٢/ ٦٢٩ بتصرف.



فما يحتاج إلى مؤونة كالحیوان فالزيادة فيه للغاصب، وما لا يحتاج كالأرض والعقار فالزيادة فيه للمالك، وهو رأي المالكية^(١).

والراجح المختار القول الأول الذي اعتبر نماء الغصب للمالك، وللغاصب أجره المثل، وهو مذهب الشافعية، ومن معهم؛ لقوة ما استدلووا به.

وبناء على الراجح المختار فلو توفي رجل عن ثلاثة أبناء، وكانت التركة بيد أحدهم وجحد حق إخوته، وعمل فيها بالتنمية حتى زادت فيكون الحل في قسمة التركة وفق الخطوات التالية:

١. تقدر التركة وقت وفاة المورث، وتقسم على ثلاثة أسهم بالسوية، لكل ابن سهم.
 ٢. تقدر الزيادة التي أضيفت للتركة بعد وفاة المورث، وتقسم على ثلاثة أسهم، للغاصب سهم كامل، ولأخويه لكل واحد منهم سهم.
 ٣. يستحق الغاصب أجره المثل على ما جرت به العادة للعمل في تنمية نصيب أخويه.
- فلو فرضنا أن التركة كانت تقدر وقت وفاة المورث بثلاثة ملايين جنيه، ثم قام أحد الورثة بالاستيلاء على كامل التركة وجحد حق أخويه، ثم لجأ أخواه إلى القضاء، أو تاب هذا الغاصب ورجب في رد الحق لأصحابه، بعد أن صارت التركة تساوي ستة ملايين جنيه بتنيمتها من قبل الغاصب فإن الحل كالتالي:

يستحق الغاصب مليوني جنيه (سهمه من الميراث والزيادة الحاصلة من عمله) كما يستحق أجره من أخويه على حسب ما يقدرها أهل العرف، فلو تم تقدير الأجرة عن نصيب كل واحد بخمسين ألف جنيه يكون جملة ما يستحقه الغاصب مليوني جنيه ومائة ألف جنيه، ويستحق كل واحد من الورثة مليوناً وتسعمائة وخمسين ألف جنيه.

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة: ص: ١٢١٨، وشرح الزرقاني على مختصر خليل: ٦/ ٢٥٥.



نتائج البحث

انتهى البحث إلى العديد من النتائج، ومنها:

١. اتفق الفقهاء على أن الإكراه مبطل للعقود والتصرفات
٢. اتفق الفقهاء على أن آثار العقود والتصرفات لا تترتب على النية المجردة عن دلالة اللفظ أو الحال.
٣. اتفق الفقهاء على أن الأصل موافقة الظاهر للباطن في العقود والتصرفات، وأن آثار العقود والتصرفات تترتب على الألفاظ التي تقع بها ما لم تقم قرينة قوية على مخالفة الباطن للظاهر.
٤. إذا خالف الظاهر الباطن مع قيام القرينة القوية التي ترجح إرادة الباطن، فمذهب الجمهور وهو الراجح تغليب مراعاة الباطن الذي دلّت القرائن القوية على إرادته، وذهب بعض الشافعية إلى تغليب مراعاة الظاهر.
٥. تعرض القانون المدني المصري للعلاقة بين مراعاة الظاهر والباطن تحت المواد التي تحدثت عن صورية العقود.
٦. وضع القانون للحكم بصورية العقود ضوابط، وهي:
 - أن يوجد عقدان متحدان في الموضوع والعاقدين والزمن ومختلفان في الماهية أو الشروط.
 - أن يكون العقد الحقيقي مستترا.
 - أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إخفاء العقد الحقيقي.
٧. العقد الصوري متى ثبتت صوريته يكون منعدماً قانوناً ولا تترتب عليه أي من آثار العقد الصحيح.
٨. تغليب مراعاة المقاصد، بناء على مذهب الجمهور وهو المختار في هذا البحث مقيد بالضوابط التالية:



- أن تكون مراعاة المقاصد متيقنة أو غالبية.
- ألا تكون مراعاة المقاصد أو المعاني فيها مصادمة لنص شرعي، فإن وقع التصادم وجب إجراء العقد أو التصرف على ظاهره.
- ألا يكون في عقد النكاح ولا صريح الطلاق.
- اختلف الفقهاء في بيع الثلجئة، والبيع بالمعاطاة والبيع الصوري وهو بيع لم يردها العاقدان، ولم تتوجه نيتهما إليها، فمن راعى المقاصد حكم ببطلان هذه العقود، ومن غلب مراعاة اللفظ حكم بصحتها.
- ٩. العرف مصدر من مصادر التشريع باتفاق الفقهاء في الجملة وللعرف أثر في جواز العقود وفسادها.
- ١٠. للعرف المعبر شروط، منها أن يكون عاما، مطردا أو غالبا، وأن يكون موجودا عند إنشاء التصرف، وألا يخالف إجماعا، ولا شرطا منصوصا عليه.
- ١١. تعرض القانون المدني المصري للعرف واعتبره في كثير من التصرفات، كما اعتبرته محكمة النقض المصرية تطبيقا لمواد القانون.
- ١٢. أفتى الفقهاء السابقون بعدم صحة هبة الأخت نصيبها من الميراث في عرف اشتهر بقهر البنات ومنعهن حقهن من الميراث.
- ١٣. يجوز الرجوع في الهبة للزوجة التي تبرعت بذهبها أو مالها الخاص من أجل سبب ما كتوفير حياة كريمة لها ولأولادها فخالف الزوج هذا المقصد بشروط.
- ١٤. لا يحق لأحد الأبوين التصرف في مال أولادهم فيما جاوز حاجتهم بغير إذن منهم.
- ١٥. يستحق الابن التعويض عما أضافه لثروة والده.
- ١٦. يحق للأب الرجوع بالعموض على أحد أولاده فيما جاوز حدود النفقة الواجبة.
- ١٧. الزوجة وكيلة عن الزوج فيما قبضته من راتبه للإنفاق منه بالمعروف، وما يفرض عن هذا المال ملك للزوج.



١٨. يحق للزوج الرجوع على زوجته بالعوض فيما بذله لها بغير وجوب شرعي، كأن يبذل لها المال من أجل إنشاء صيدلية أو عيادة طبية أو أي نشاط استثماري.

١٩. مبدأ التعويض عن تنمية الثروة مشروع في الجملة.

٢٠. يختلف التكييف الفقهي لتنمية الثروة بحسب وقائع الأحوال، ففي بعض الأحوال يخرج على المضاربة، وفي بعضها يخرج على الأنصبة الشرعية، وفي بعضها على الصلح، وفي بعضها على الغصب.

هذا وبالله التوفيق.





من مراجع البحث

١. ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، (المتوفى: ٧١٠هـ) كفاية النبيه في شرح التنبيه، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، م ٢٠٠٩
٢. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (المتوفى: ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٣. ابن الملقن، أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، البدر المنير في تخرير الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض-السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٤. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، المحلى بالآثار، الناشر: دار الفكر - بيروت.
٥. ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ) القواعد لابن رجب، الناشر: دار الكتب العلمية.
٦. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الناشر: دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٧. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
٨. ابن عرفة، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المؤلف: الناشر: دار الفكر.
٩. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥.
١٠. ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (المتوفى: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه المؤلف: تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
١١. ابن مازة، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى،



١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤ م.

١٢. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف (المتوفى: ٩٧٠هـ) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ) وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية.
١٣. أبو داود السجستاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي (المتوفى: ٢٧٥هـ) سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
١٤. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ) أسنى المطالب في شرح روض الطالب المؤلف: عدد الأجزاء: ٤ الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
١٥. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه =، المؤلف: المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٦. الهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) كشف القناع عن متن الإقناع، المؤلف، الناشر: دار الكتب العلمية.
١٧. الهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ م.
١٨. التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (المتوفى: ٧٩٣هـ) شرح التلويح على التوضيح، الناشر: مكتبة صبيح بمصر.
١٩. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧ م.
٢٠. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م.
٢١. الخرخشي، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.



٢٢. الخُسْرُوْجْرْدِي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٢٣. الخُسْرُوْجْرْدِي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٢٤. الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
٢٥. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الناشر: دار الفكر.
٢٦. الدميري، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: ٨٠٨هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، الناشر: دار المنهاج (جدة)، المحقق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
٢٧. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤ م.
٢٨. الزحيلي، د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الناشر: دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
٢٩. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ) البحر المحيط في أصول الفقه، المؤلف: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
٣٠. الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، المنثور في القواعد الفقهية، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
٣١. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ) الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.
٣٢. السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ) سنن أبي داود، المؤلف:، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
٣٣. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، المبسوط، الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.



٣٤. السنهوري، عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: طبعة دار النهضة العربية - القاهرة ٢: ١٩٦٨/١٠٧٣.
٣٥. السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
٣٦. الشيباني، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد (المتوفى: ٢٤١هـ)، الكتاب المسند، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: دار الحديث - القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥.





Reference List

1. Ibn al-Rifa'a, Ahmad ibn Muhammad ibn Ali al-Ansari, Abu al-Abbas, Najm ad-Din (deceased: 710h) Adequacy of caveat in explanation of alert, investigator: Magdi Mohamed Sorour Baslom, publisher: Science Book House, edition: I, 19 August 2009
2. Ibn al-Qayyim: Muhammad ibn Abi Bakr ibn Ayyub ibn Saad Shams al-Din (deceased): 751H), informing the signatories about the Lord of the Worlds, achieving: Mohamed Abdel Salam Ibrahim, publisher: Scientific Books House, Beirut, Edition: I, 1411 A.H.-1991.
3. Ibn Rajab, Zayn al-Din ibn Ahmad ibn Rajab al-Hasan, al-Salami, al-Baghdadi, al-Dimashqi, al-Hanbali (deceased: 795h) Rules for Rajab's son, publisher: Scientific Books House.
4. Ibn Rushd, Muhammad ibn Ahmad ibn Muhammad ibn Ahmad al-Qurtubi, grandson (deceased: 595h) The beginning of the diligent and the end of the frugal, the publisher: Dar Al-Hadith - Cairo, Publication Date: 1425H - 2004
5. Ibn Abidin, Muhammad Amin Bin Omar Bin Abdulaziz Abidin Al-Dimashqi Al-Hanafi (Deceased: 1252H), Al Muhtar responds to Al Dur Al Mukhtar, the publisher: Dar Al-Fikr-Beirut Edition: Jumada II 2, 1412-1992
6. Ibn Qudamah, Abu Muhammad Muwaffaqaddam al-Din Abdullah bin Ahmad bin Muhammad bin Qudamah al-Jamaili al-Maqdisi, then al-Dimashqi al-Hanbali, alias Ibn Qudamah al-Maqdisi (deceased: 620h) The singer in the jurisprudence of Imam Ahmad Bin Hanbal Al-Shaibani, the publisher: Dar al-Fikr, Beirut, first edition, 1405.
7. Ibn Mazzah, Burhanuddin Mahmoud Bin Ahmed Bin Abd El-Aziz Bin Omar Bin Maze Al-Bukhari Al-Hanafi (deceased: 616H), Amiheddin fi Fiqh al-Numani, fiqh Imam Abi Hanifa, may Allah be pleased with him, investigator: Abdul Karim Sami al-Gendi, publisher: Scientific Books House, Beirut, Lebanon, Edition: I, 1424 E-2004.
8. Ibn Najim, : Zinedine Ben Ibrahim Ben Mohamed, aka (deceased: (970h) The Fire Sea. The treasure of the minutes, the author, at the end, explained: The Free Sea Supplement by Muhammad bin Hussein bin Ali Al-Tawari Al-Hanafi Al-Qadiri (C after 1138 AH), and the footnote: Creator's grant to Abedin's son, publisher: Islamic Book Publishing House: second .
9. Abu Dawud al-Sajistani, Sulayman ibn al-Ashath ibn Ishaq ibn Bashir ibn Shadad ibn Amr al-Azdi (deceased: 275h) Sunan Abi Dawud, Investigator: Mohamed Mohieddin Abdel Hamid, publisher: Modern library, Sidon, Beirut.



10. Al-Ansari, Zakariya bin Mohammed bin Zakariya Al-Ansari, Zainuddin Abu Yahya Al-Seniki (deceased: 926H) The caller minimized the requests in explaining the offers of the student the author: Number of parts: 4 Publisher: Islamic Book House.
11. Al-Bukhari, Muhammad bin Ismail Abu Abdullah Al-Bukhari Al-Jaffi, Sahih Al-Bukhari Al-Jama'a Al-Musnad Al-Saheem Al-Muqaddam, Al-Muqtasim, Al-Mukhtar, Al-Mukhtar, Al-Mukhtar, Al-Muqtasim, Al-Amsir; Detective: Mohamed Zuhair Bin Nasser, publisher: Dar Touq al-Najat (illustrated with sultanism by Muhammad Fouad Abdel Baqi), edition: Jumada I 1, 1422.
12. Al-Bahouti: Mansour bin Younis bin Salaheddine, son of Hassan bin Idris Al-Hanbali (deceased) 1051h) Mask Body Exploration, Author, Publisher: Scientific Books House.
13. Al-Bahouti: Mansour bin Younis bin Salaheddine, son of Hassan bin Idris Al-Hanbali (deceased: 1051H), First Minute to explain the known end by explaining the End of Wills, publisher: book world: I, 1414-1993.
14. Al-Taftazani, Saad Al-Din Masoud Bin Omar (deceased): 793h) Explanation of the illustration, publisher: Sabih Library in Egypt.
15. Al-Juwaini, Abd al-Malik bin Abdullah bin Yousef bin Muhammad al-Juwaini, Abu al-Ma'ali, Rukn al-Din, alias Imam of the Two Holy Mosques (deceased: 478h), the end of the requirement in the knowledge of the sect, achieved it and made its index: A. D./Abdel Azim Mahmoud Al-Deeb, publisher: Dar al-Minhaj, edition: I, 1428-2007.
16. Al-Hattab, Abu Abdullah Muhammad bin Muhammad bin Abdulrahman Al-Tarabulsi Al-Maghrabi, Al-Maliki (deceased: 954h) Galilee Talent in a brief explanation of Khalil, the publisher: Dar Al-Fikr - Edition: March 3, 1412 AD-1992
17. Al-Kharshi, Muhammad bin Abdullah Al-Kharashi Al-Maliki Abu Abdullah (deceased: 1101H), Khalil's brief explanation of al-Kharshi, the publisher: Dar Al-Fikr Printing Publishing House - Beirut .
18. Al-Khatib Al-Sherbini, Mohammed bin Ahmed Al-Khatib Al-Sherbini Al-Shafei (deceased: 977h) Singer who needs to know the meanings of the curriculum, publisher: Scientific Library: I, 1415-1994.
19. Al-Desouki, Mohammed bin Ahmed bin Arafa Al-Maliki (deceased: 1230h) Al-Desouki footnote on large illustration, publisher: House of Thought.
20. Al-Demeiri, Kamal Al-Din, Muhammad Bin Musa Bin Isa Bin Ali Al-Demeiri, Abu Al-Aqqaa Al-Shafi'i (deceased: 808h), the glowing star in explaining the curriculum, the publisher: Dar Al-Minhaj (Jeddah), Investigator: scientific committee, edition: I, 1425-2004



21. Ramli, Shams Eddin Mohammed Bin Abi Al Abbas Ahmed Bin Hamza Shihab Al Din Al Ramli (Deceased: 1004H, End of Need for curriculum explanation, publisher: Dar Al-Fikr, Beirut, Edition: Finally - 1404H/1984.
22. Al-Zheily, Dr. Mohammed Mustafa Al-Zheily, Jurisprudence Rules and Their Application in the Four Schools of Thought, Publisher: Dar al-Fikr - Damascus, edition: I, 1427 A.H.-2006.
23. Al-Zarkshi, Badreddine Mohammed bin Abdullah bin Bahadar Al-Zarkshi (deceased: 794h) Ocean in the Origins of Jurisprudence, author: Abu Abdullah Badr al-Din Muhammad bin Abdullah bin Bahadar al-Zarkshi (deceased: 794H, publisher: Book House, edition: I, 1414-1994
24. Al-Zarkshi, Muhammad bin Abdullah bin Bahadar al-Zarkshi (deceased: (794h), published in Jurisprudence Rules, publisher: Kuwaiti Ministry of Endowments, edition: Jumada II 2, 1405-1985.
25. Al-Sabki, Taj Al-Din Abdul Wahab Bin Takieddin Al-Sabki (deceased: 771h) Resemblance, publisher: Science Book House, edition: Al-Oula 1411H 1991.
26. Al-Sarkhsi, Mohammed bin Ahmed bin Abi Sahl Shams al-Umaima al-Sarkhsi (deceased: 483h), Simplified, Publisher: Dar Al-Maarifa - Beirut Edition: No Print, Date Published: 1414 A.H.-1993
27. Al-Sanhuri, Abdul Razeq Al-Sanhuri, the mediator in explaining the civil law: Arab Renaissance edition, Cairo, 1968: 2/1073.
28. Al-Siyuti: Abdul Rahman ibn Abi Bakr, Jalal al-Din (deceased: 911h), Resemblance, Publisher: Science Book House, edition: I, 1411 A.H.-1990.
29. Al-Shashi, Ahmed bin Mohammed bin Ishaq Al-Shashi (deceased: 344h) Origins of the Monitor, publisher: Arab Book Publishing House - Beirut.
30. Al-Shatibi, Ibrahim Bin Moussa Bin Mohammed Al-Khamees Al-Gharanati, Approvals - Cairo Investigator: Abu Ubaidah Mashhur bin Hasan Al Salman Al Nashir: Dar Ibn Affan, edition: First Edition 1417 AH/1997:
31. Shouman, A.D. Abbas Abdullah Shoman, Deputy Minister of Al-Azhar Al-Sharif, Cairo - Al-Azhar Printing Office 1441H 2020 .
32. Al-Shaibani, Mohammed Bin Al-Hassan Bin Farqad Al-Shaibani (deceased: 189H) Original known as Simplified, Investigator: Abu al-Wafa al-Afghani, publisher: Department of Koran and Islamic Sciences - Karachi. 6X: Al Oula 1411H-1991
33. Al-Abbadi, Mohammed bin Yousef bin Abi Al-Qasim Al-Abbadi, crown and crown priest by Khalil, publisher of Dar Al-Fikr, year of publication 1398, place of publication Beirut.
34. Alish, Mohammed bin Ahmed bin Mohammed Alish, Abu Abdullah al-Malki (deceased: 1299 A.H.) Al-Ali Al-Malek opened the Fatwa on the



- doctrine of Imam Malek, the publisher: House of Knowledge.
35. Al-Aini, Mahmoud bin Ahmed bin Musa bin Ahmed bin Hussein Al-Ghitabi Al-Hanafi Badr Al-Din Al-Aini (deceased: 855h) Building explained Al-Hadii, the publisher: Scientific Books House, Beirut, Lebanon, Edition: I, 1420 E-2000.
 36. Al-Qarafi, Abu al-Abbas Shahabuddeen Ahmed Bin Idris Bin Abd al-Rahman al-Malki (deceased: 684h), Ammunition, Detective: Part 1, 8, 13: Muhammad Haji, part 2, 6: Said Arrab part 3-5, 7, 9-12: Mohamed Bou Khabza, publisher: Dar Al-Gharb Al-Islami - Beirut, Edition: I, 1994.
 37. Al-Qarafi, : Ahmed bin Idris bin Abdul Rahman al-Maliki Abu al-Abbas Shihab al-Din (deceased: 684h) Differences = Flashing Lights in Differences Cores, author publisher: the world of books.
 38. Al-Kasani, Aladdin, Abu Bakr bin Masoud bin Ahmed Al-Kasani Al-Hanafi (deceased: 587h), Al-Sanaei Deposits in the Order of Laws, the author: publisher: Science Book House, Edition: Jumada II 2, 1406 at 1986.
 39. Al-Mazari, Abu Abdullah Muhammad bin Ali bin Omar Al-Tamimi Al-Mazari Al-Maliki (deceased: 536h) Explanation of indoctrination, detective: Samaha Sheik Mohammed Al Mukhtar Al Salami, publisher: Islamic West House, edition: First Edition, 2008
 40. El Mardawi, Alaa El Din Abu El Hassan Ali Bin Suleiman Al Mardawi, Al Dimashqi Al Salhi Al Hanbali (deceased: 885h), fair knowledge of the likely cause of the dispute, publisher: The House of Arab Heritage Revival, edition: second.
 41. Al-Nawawi, Al-Sabki Al-Mutaaie, Abu Zakaria, Muhyi Al-Din Yahya Bin Sharaf Al-Nawawi (Deceased: 676h) Total Polite description complete with Al-Sabki and Al-Mutaie, publisher: House of Thought.
 42. Al-Nawawi, Yahya ibn Sharaf al-Nawawi (Deceased: 676H), Student Kindergarten and Mayor of Muftis, investigation: Zouhair Chaouish, publisher: Islamic Bureau, Beirut-Damascus-Amman, Edition: Jumada II 3, 1412/1991
 43. Al-Nawawi: 676h), Al Minhaj explains Sahih Muslim bin Al Hajjaj, publisher: Dar Al-Ittihad Al-Arabi - Beirut, Al-Edition: Second, 1392.
 44. Al-Nishaburi, Muslim bin Al-Hajjaj Abu Al-Hasan Al-Qushiri (deceased: 261 H) the correct summary record of the transfer of justice from justice to the Messenger of Allah (true Muslim) the investigator: Mohamed Fouad Abdelbaqi, publisher: Arab Heritage Revival House, Beirut
 45. Al-Hitmi, Ahmed bin Mohammed bin Ali bin Hajar Al-Hitmi, Al-Saadi Al-Ansari, Shahabuddeen Sheik Al-Islam, Abu Al-Abbas (deceased: 974h) Major jurisprudential fatwas, collected: Student of Ibn Hajar al-Hitmi, Sheik Abd al-Qadir bin Ahmed bin Ali al-Fakihi al-Makki (deceased 982H)



publisher: Islamic Library

46. Al-Hitmi, Ahmed bin Mohammed bin Ali bin Hajar, the masterpiece of the Needy in explaining the curriculum, reviewed and corrected: on several copies by a committee of scientists, publisher: Egypt's largest commercial library to its owner Mustafa Mohamed, Publishing Year: 1357 E-1983.

