"الأحكام الفقهية في عقد النكاح"

جزء من شرح الجامع الصغير

للإمام محمد بن الحسن الشيباني

إعداد

الباحثة/ شروق محمد عبد الله الثمالي

تخصص الدراسات والشريعة الإسلامية

دكتوراه فقه كلية الآداب والعلوم الإنسانية

جامعة الملك عبد العزيز- المملكة العربية السعودية

"الأحكام الفقهية في عقد النكاح" جزء من شرح الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني

شروق محمد عبد الله الثمالي
قسم الفقه – كلية الآداب والعلوم الإنسانية– جامعة الملك عبد العزيز– السعودية
البريد الإلكتروني : salthomaly@stu.kau.edu.sa

الملخص :
الحمد لله الذي يسر لي كتابة بحث مختصر بعنوان "**الأحكام الفقهية في عقد النكاح**" جزء من شرح الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني, وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.
أما المقدمة فقد اشتملت على أهداف البحث وأهميته.
أما خطة البحث فتشمل ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: في تزويج البكر والصغيرين, وقد تكلمت فيه عن خلاف الفقهاء فيما لو استأمر البكر غير الولي أو لم يكن الزوج كفؤًا أو المهر وافرًا فهل يعتبر سكوتها رضا أم لا؟ وكان الراجح فيه أنه لا يعتبر رضى حتى تتكلم وهو قول جمهور الحنفية وهو ما رجحه الإمام محمد بن الحسن الشيباني, كما تناول هذا المبحث حكم أجبار البكر البالغة على النكاح, وكان الراجح فيه أنه لا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فذلك إذنٌ منها؛ لأن الرضا معتبر في عقود المعاوضات المالية فمن باب أولى أن يكون معتبرا في عقد النكاح التي تملك به الإبضاع, وهذا القول هو ما رجه الإمام محمد بن الحسن الشيباني, كما تناول هذا المبحث المسائل التي يكون السكوت فيها رضا.
أما المبحث الثاني وكان في الكفاءة في النكاح وقد تناول هذا المبحث أقولا الفقهاء في اعتبار الكفاءة هل هي معتبرة في حق الرجال أم هي معتبرة في حق النساء وكان الراجح فيه أن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال, فيجب تزويج المرأة من الأكفاء، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء, كما تناول هذا المبحث المعاني المعتبر فيها الكفاءة.
أما المبحث الثالث وكان في النكاح بغير وكالة وبوكالة, تناول هذا المبحث المسائل المتعلقة بالوكالة سواء كان وكيلا من الجانبين, أو وكيلا من جانب ووليا من الجانب الآخر وذلك كما لو قال اشهدوا أني زوجت فلانة من فلان فبلغهما, كما تناول الحكم قال: تزوجت فلانة وزوجتها من نفسي، أو قال لقوم: أريد أن أزوج فلانة من نفسي, إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة بالوكالة.
أما الخاتمة وتشمل أهم نتائج البحث والتوصيات, والمراجع.

الكلمات المفتاحية : الأحكام – الفقهية – النكاح– – البكر– الوكالة.

"The Jurisprudential Rulings on the Marriage Contract" is a part of the Explanation of Al-Jami Al-Sagheer by Imam Muhammad Bin Al-Hassan Al-Shaibani

Shorouk Mohammed Abdullah Al-Thamali
Department of Jurisprudence - College of Arts and Humanities - King Abdulaziz University - Saudi Arabia
E-mail: salthomaly@stu.kau.edu.sa

Abstract :

Praise be to God, who made it easy for me to write a brief research entitled "The Jurisprudence in the Marriage Contract," part of the explanation of Al-Jami Al-Sagheer by Imam Muhammad bin Al-Hassan Al-Shaibani, and this research was divided into an introduction, three chapters and a conclusion.

The introduction included the objectives and importance of the research.

The research plan includes three sections:

The first topic: On the marriage of the firstborn and the young, and I spoke in it about the disagreement of the jurists as to whether the firstborn asked for other than the guardian or if the husband was not competent or the dowry was abundant, is her silence considered consent or not? It was the most correct in it that it is not considered consent until she speaks, which is the opinion of the majority of the Hanafi school, which was favored by Imam Muhammad ibn al-Hasan al-Shaibani. Her husband is a free person or a slave, and if he asks her permission and she remains silent or laughs, that is her permission. Because consent is considered in the contracts of financial compensation, it is a fortiori that it be considered in the marriage contract in which the goods are owned, and this saying is what Imam Muhammad bin Al-Hassan Al-Shaibani suggested, and this topic also dealt with issues in which silence is consent.

As for the second topic, it was in the competence in marriage, and this section dealt with the sayings of the

jurists in considering competence, whether it is considered in the right of men or is it considered in the right of women. It was more correct in it that competence is considered on the side of men for women, and is not considered on the side of women for men, so it is necessary to marry a qualified woman, and it is forbidden for a woman's guardian to marry her without competence, and this topic also dealt with the meanings in which competence is considered.

As for the third topic, and it was in marriage without agency and by proxy, this topic dealt with issues related to agency, whether it was an agent on both sides, or an agent on one side and a guardian on the other side, as if he said: "I testify that I married so-and-so to so-and-so and he informed them, as it dealt with the ruling. He said: I married so-and-so and her wife." From myself, or he said to a people: I want to marry So-and-so from myself, to other issues related to agency.

The conclusion includes the most important results of the research, recommendations, and references. Abstract.

Keywords: Rulings - jurisprudence - marriage - - virgin - agency.

"بسم الله الرحمن الرحيم"

الْحَمد لله الَّذِي نشر لِلْعُلَمَاء أعلاما، وَثَبت لَهُم على الصِّرَاط الْمُسْتَقيم أقداما، وَجعل مقَام الْعلم أَعلَى مقَام، وَفضل الْعلمَاء بِإِقَامَة الْحجَج الدِّينِيَّة وَمَعْرِفَة الْأَحْكَام، وأودع العارفين لطائف سره فهم أهل المحاضرة والإلهام، ووفق العاملين لخدمته فهجروا لذيذ الْمَنَام، وأذاق المحبين لَذَّة قربه وأنسه فشغلهم عَن جَمِيع الْأَنَام.

أَحْمَده سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى على جزيل الإنعام، وَأشْهد أَن لَا إِلَه إِلَّا الله وَحده لَا شريك لَهُ، الْملك العلام، وَأشْهد أَن سيدنَا وَنَبِينَا مُحَمَّدًا صلى الله عَلَيْهِ وَسلم عَبده وَرَسُوله، وَصفيه وخليله إِمَام كل إِمَام، وعَلى آله وَأَصْحَابه وأزواجه وَذريته الطيبين الطاهرين، صَلَاة وَسَلَامًا دائمين متلازمين إِلَى يَوْم الدّين وَبعد:

فإن تراث الأمة الإسلامية وميراثها عظيم مليء بالنوادر، ومكتظ بالجواهر التي يعز وجودها عند غيرها، نتيجة لتلك الجهود المتميزة التي قام بها وبذلها العلماء والمحققون من سلف هذه الأمة، فقد أفنوا أعمارهم، وأمضوا كل أوقاتهم وصرفوا جميع اهتماماتهم من أجل ذلك، تركوا الديار، وشدوا الرحال، وقابلوا الرجال، وتكبدوا المشاق،

تدرعوا وتذرعوا بكل نافع مفيد، وحازوا قصب السبق، وأدركوا طرق الحق في بيان شرائع الإسلام، وتطبيق أحكامه على الحوادث والنوازل والأيام، نفذوا حدوده، وترسموا آدابه وأخلاقه، وعلموا بمحكم قرآنه، وآمنوا بمتشابهه، وعملوا على تمحيص الصحيح من السقيم، والضعيف من القوي، وفق قواعد منضبطة ومضبوطة، وأصول قوية متينة.

لقد حظيت البلاد العربية الإسلامية بتراث علمي وثقافي مخطوط قل أن حظيت بمثله أمة من الأمم عبر التاريخ، ولا يتمثل ذلك في كثرته وحجمه فحسب، بل في محتوياته العلمية والأدبية والثقافية والتاريخية، واتساع آفاقه، من فكر خلاق في العلوم الشرعية والطبيعية والرياضية والفلكية والكيميائية وغيرها من العلوم.

إن من واجبنا نحن المسلمون، مشرقاً ومغرباً، أن نقوي صلتنا بتراثنا وأمجادنا الغابرة، ومن هنا تأتي ضرورة نفض الغبار عن تراثنا المخطوط، وحفظه، وتنظيمه، وفهرسته، والتعريف به وتوجيه الأجيال للتمسك به، حتى نحفظ هذا التراث من أن تمد إليه يد بتحريف أو تزيف، مما يوهم النقص في العلماء، أو فهم بعض مسائله فهما مغلوطا، وعدم وضعه في سياقه الصحيح، بسبب اختلاف الزمان تارة، وبسبب الرغبة في إلحاق النقص بالعلماء تارة أخرى.

وإن من أبرز تلك المخطوطات وأولاها بالتحقيق ما يتعلق بالدراسات الفقهية على اختلافِ مذاهبها؛ للكشفِ عمَّا انْدَثَرَ مِن مَكْنُونِ جَوَاهِرِه، فَعِلمُ الفقه بُحُورُه زَاخِرَة، ورِيَاضُه ناضِرَة، وأُصُوله ثابتة مقررة وفروعه محررة، لا يَفْنَى بكثرةِ الإنفاقِ كَنْزُه، ولا يَبْلَى على طُولِ الزمانِ عِزُّه، أَهْلُه قَوامُ الدينِ، وبِهِم

ائْتِلافُه وانتِظامُه، هُم وَرَثَةُ الأنبياء، وبهم يُهْتَدَى ويُستَضَاءُ في الدَّهْمَاءِ كنُجُومِ السَّمَاءِ.

ولا رَيْبَ أنَّ إحياءَ هذا التُّرَاثِ الضخمِ، وإخراجَه إلى حَيْزِ النورِ ـ مِن أفضلِ الأعمالِ، التي يقوم بها الباحثون في هذا العَصْرِ، لحفظ هذا العلمَ مِن الضياع، ونَقْلِ علوم السَّابِقينَ، والتعرفِ على أساليبهم، ومَنَاهِجِهم؛ للاستفادةِ مِنْهَا في واقِعِنَا، وظروفِ حَيَاتِنَا؛ ليَنْتَفِعَ به الجميعُ وتعمَّ به الفائدةُ.

لهذا المعنى اخْتَرْتُ أنْ يكون بحث بعنوان "الأحكام الفقهية في عقد النكاح" جزء من مخطوط الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني هو محل الدراسة.

أهداف البحث:

١- المساهمة في إحياء جزء من التراث الإسلامي.

٢- تحقيق هذا الجزء تحقيقا علميا دقيقا, وإخراجه كما أراد صاحبه إن شاء الله تعالى لنفع طلبة العلم والمسلمين.

٣- تنمية الملكة الفقهية والبحثية لدى الباحث.

٤- **أهمية البحث:**

ومن أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا البحث

أولا- قِيمة الكتاب العلميَّة؛ حيثُ إنَّه مِن أفضلِ الكتبِ، ويُعَدُ مِن أهم كُتبِ الأَحْنَافِ.

ثانيا- يُعَدُ هَذا المَخْطُوط مَوسُوعَة علمية، ومستودعًا لكثير من الفوائد.

ثالثا- إنَّ في تحقيق المخطوطات محافظةً على العلوم الشرعية، التي أَفْنَى العلماء فيها أعمارَهم، وبَذَلُوا فيها جُهْدَهم جَمْعًا، وتَأْلِيْفًا؛ لِتَبْقَى للأجيال المقبلة امتدادًا للنفع والفائدة.

رابعا - إنَّ تحقيقَ مثلَ هذه المخطوطاتِ يَجْعَلُ البَاحِثَ يَطَّلِعُ على أبواب الفقه، ومسائِله ويَنْظُرَ في أقوالِ أهل العلم، واختلافاتهم واستدلالا تهم، مما يقوى الملكة الفقهية لديه.

خطة البحث:

قسمت هذا البحث غلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

أما المقدمة فقد اشتملت على أهداف البحث وأهميته.

أما خطة البحث فتشمل ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تزويج البكر والصغيرين.

المبحث الثاني: في الكفاءة في النكاح.

المبحث الثالث: النكاح بغير وكالة وبوكالة.

المبحث الرابع: بعض النماذج في المستجدات في عقد النكاح

الخاتمة وتشمل أهم نتائج البحث والتوصيات, والمراجع.

المبحث الأول: تزويج البكر والصغيرين

بكر قال لها وليها: إن فلانًا يذكر لي أو إني أريد أن أزوجك فلانًا فسكتت فزوجها، فالنكاح جائز للحديث: «البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت»(١)، ولأنها تستحي من إظهار الرغبة في الرجال لا من الرد ، وإن استأمرها غير الولي لم يكن رضى حتى تتكلم له(٢)، وقال الكرخي(٣): هو رضًا؛ لأن حياءها منه أشد(٤)، ولنا سكوتها للحياء كالعجز عن الصغر فلا يظهر إلا في حق الولي أو رسوله، وكذا لو لم يكن الزوج كفؤًا أو المهر وافرًا لم يكن سكوتها رضًا إلا في حق الأب والجد عند أبي حنيفة؛ لأنهما ولي، عنده كالأجنبي في ذلك عندهما(٥)، وهذا إذا سمي لها الزوج تسمية

٢

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

٢() ينظر: الاختيار لتعليل المختار(٣/ ٩٢)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١١٨).

(٣)الشيخ، الإمام مفتي العراق، شيخ الحنفية، أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال البغدادي الكرخي، ولد سنة ستين ومائتين, سمع عن: إسماعيل بن إسحاق القاضي، ومحمد بن عبد الله الحضرمي وآخرون، وحدث عنه: أبو عمر بن حيوية، وأبو حفص بن شاهين، والقاضي عبد الله بن الأكفاني وآخرون، وتوفي في سنة أربعين وثلاث مائة. طبقات الفقهاء (ص:١٤٢), سير أعلام النبلاء(١٥/ ٤٢٦)

٤() ينظر: المبسوط للسرخسي(٤/ ٢١٧)، الاختيار لتعليل المختار(٣/ ٩٢)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١١٨).

(٥) إذا استأمرها غير الولي أو لم يكن الزوج كفؤًا أو لم يكن المهر وافرًا فهل يعتبر سكوتها رضا أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يرى إذا استأمرها غير الولي أو استأمرها ولي وهناك أولى منه أن سكوتها لا يعتبر رضى حتى تتكلم به وهو قول جمهور الحنفية. الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٢), العناية شرح الهداية(٣/ ٢٦٦), الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ٧), البناية شرح الهداية(٥/ ٨٣).

القول الثاني: يرى أن سكوتها عند استئمار الأجنبي يكون رضا، وهو ما حكى عن الكرخي. المبسوط للسرخسي (٥/ ٤), البناية شرح الهداية(٥/ ٨٣).

الأدلة

دليل القول الأول: استدل من قال أن السكوت لا يعتبر رضا بالمعقول ووجهه:

قالوا إن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال ولهذا لم يجعل دليلا إذا كان الزوج أجنبيا أو وليا غيره أولى منه. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٤٢)

ونوقش هذا: بأن القول بالسكوت يحتمل مسلم به لكن ترجح جانب الرضا على جانب السخط؛ لأنها لو لم تكن راضية لردت؛ لأنها إن كانت تستحي عن الأب فلا تستحي عن الرد فلما سكتت ولم ترد دل أنها راضية, بخلاف ما إذا زاد وجها أجنبيا أو ولي غيره أولى منه؛ لأن هناك ازداد احتمال السخط لأنها يحتمل أنها سكتت عن جوابه مع أنها قادرة على الرد تحقيرا له وعدم المبالاة بكلامه وهذا أمر معلوم بالعادة، فبطل رجحان دليل الرضا ولأنها إنما تستحي من الأولياء لا من الأجانب. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٤).

قالوا إذا استأمرها غير الولي فسكتت فلا يعتبر رضى حتى تتكلم به؛ لأن السكوت لقلة التفاتها إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع السكوت دليلا على الرضا فهو محتمل الأبن والرد والاكتفاء بالسكوت =

معرفة حتى لو قال: أزوجك أحد جيراني أو بني عمي لم يكن سكوتها رضى؛ لأن الرضى بالمجهول لا يتصور[1]، وفي التفاريق: لو عد عليها جماعة فسكتت زوجها من أحدهم، وكذا إن ذكر بني فلان وهم يحصون وإلا لم يجز، ما زاد على مائة لا يحصون. وقيل: ثمانون، وقيل: أربعون، وقيل: إن قال: زوجتك رجلًا جاز سكوتها، وفي أزوجك حتى يسميه، والصحيح أن الإخبار كذا وكذا، لو استأمرها مطلقًا له أن يزوجها من نفسه ويجوز أن يكون القاضي كالولي في حق الاكتفاء بالسكوت، وقيل: لا بد من تسمية المهر، والأصح خلافه لما روينا، فإن زوجها بلا استئمار كره؛ لأنه خلاف السنة، يتوقف على إجازتها[2]، وقال ابن أبي ليلى والشافعي: ينفذ؛ لأنه لو شرط رضاها لما اكتفى بالسكوت كما في الغلام[1].

=

المحتمل لحاجة النكاح، ولا حاجة في حق غير الأولياء. المبسوط للسرخسي(٥/ ٤), الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٢), العناية شرح الهداية(٣/ ٢٦٦), الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ٧), البناية شرح الهداية(٥/ ٨٣), اللباب في شرح الكتاب(٣/ ٩).

أدلة القول الثاني: استدل من قال إن سكوتها عند استئمار الأجنبي يكون رضا

استدلوا بما روي أن عائشة – رضي الله عنها عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «تستأمر النساء في أباضعهن فقالت عائشة – رضي الله عنها –إن البكر تستحي يا رسول الله فقال – صلى الله عليه وسلم – إذنها صماتها» وفي سكوتها رضاها وفي سكوتها إقرارها.

وفي «البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت»

وجه الدلالة: دل الحديث على أن البكر تستحي من إظهار الرغبة في الرجال، وإذا استؤمرت فلها جواب إن نعم أو لا، وسكوتها دليل على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك الجواب، وهو الرضا وليس الإباء إذ ليس في الإباء إظهار الرغبة في الرجال، وقد يكون السكوت دليل الرضا كسكوت الشفيع بعد العلم بالبيع. المبسوط للسرخسي(٤/ ١٩٦), البناية شرح الهداية(٥/ ٨٣).

كما استدلوا بالمعقول ووجهه: أن البكر تستحي عن النطق بالإذن في النكاح لما فيه من إظهار رغبتها في الرجال فتنسب إلى الوقاحة فلو لم يجعل سكوتها إذنا ورضا بالنكاح دلالة وشرط استنطاقها وأنها لا تنطق عادة لفاتت عليها مصالح النكاح مع حاجتها إلى ذلك. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٤٢).

والراجح هو قول الجمهور وهو ما اختاره الإمام محمد بن الحسن الشيباني وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة وضعف أدلة المخالفين, لأن المعاملات والعقود أساسها الرّضا الّذي يتحقّق غالباً بالإيجاب والقبول القوليّ. والأصل أن السّكوت لا يعتبر رضاً فالقاعدة الفقهيّة تقول: " لا ينسب إلى ساكت قول" لأن السّكوت إنّما جعل إذناً في البكر، لمكان الحياء المانع من النّطق المختصّ بالأبكار لأن الحياء يكون فيهنّ أكثر، فلا يقاس عليه الثّيّب، كما أن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الرضا مع الشك والاحتمال.

١() ينظر: الأصل للشيباني(١٠/ ١٩٥)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١١٨)، البناية شرح الهداية(٥/ ٧٧).

٢() جاء في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٤٣): ولو قال: زأ وجك فلانا أو فلانا حتى عد جماعة فسكتت فمن أيهم وجها جاز ولو سمى لها الجماعة مجملا بأن قال أريد أن زأ وجك من جيراني أو من

=

=

بني عمي فسكتت فإن كانوا يحسنون فهو رضا وإن كانوا لا يحسنون لم يكن رضا؛ لأنهم إذا كانوا يحسنون يعلمون فيتعلق الرضا بهم وإذا لم يحسنوا لم يعلموا فلا يتصور الرضا لأن الرضا بغير المعلوم محال – ينظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٤)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣١٣)، البناية شرح الهداية(٥/ ٤ ٨).

(١) مسألة حكم أجبار البكر البالغة على النكاح:

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على أن نكاح الأب ابنته الثيب بغير رضاها لا يجوز, كما اتفق الفقهاء على أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز، إذا زوجها من كفء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها, قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز، إذا زوجها من كفء، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها. الإجماع لابن المنذر (ص: ٧٨), المغني لابن قدامة(٧/ ٤٠).

واختلفوا الفقهاء في هذه المسألة وكان خلافهم على قولين:

القول الأول: يرى أنه لا يجوز للولي إجبار المرأة البالغة على النكاح ويثبت الخيار لها سواء كانت حرا أو عبدا وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فذلك إن منها وهو قول الحنفية. التجريد للقدوري(٩/ ٤٣٠١), الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩١), العناية شرح الهداية(٣/ ٢٦٠), البناية شرح الهداية (٥/ ٨٠), اللباب في شرح الكتاب(٣/ ٨), الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (ص: ١٧٠).

ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه. بداية المجتهد ونهاية المقتصد(٣/ ٣٣). ورواية عن الإمام أحمد اختارها أبو بكر, وهو مذهب الأوزاعي، والثوري، وأبي عبيد، وأبي ثور، وابن المنذر .الكافي في فقه الإمام أحمد(٣/ ١٩), المغني لابن قدامة(٧/ ٤٠), الشرح الكبير على متن المقنع(٧/ ٣٨٧), المبدع في شرح المقنع(٦/ ٢٠٥).

القول الثاني: يرى أن البكر البالغة يجبرها أبوها فقط على النكاح ، وعليه مالك ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٣٣), الإشراف على نكت مسائل الخلاف(٢/ ٦٨٧), الكافي في فقه الإمام أحمد(٣/ ٢٠). والشافعي روضة الطالبين وعمدة المفتين(٧/ ٥٥), العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير(٧/ ٥٤٠) ، وابن أبي ليلى وأحمد على الصحيح من المذهب مطلقا . الكافي في فقه الإمام أحمد(٣/ ١٩) المغني لابن قدامة(٧/ ٤٠) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي(٨/ ٥٥) الكافي في فقه الإمام أحمد(٣/ ٢٠)

سبب الخلاف في المسألة: وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم، وذلك أن مار وي عنه – عليه الصلاة والسلام – من قوله: «لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها» . وقوله: «تستأمر اليتيمة في نفسها» خرجه أبو داود، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة, وقوله – عليه الصلاة والسلام – في حديث ابن عباس المشهور:« والبكر تستأمر» – يوجب بعمومه استئمار كل بكر، والعموم أقوى من دليل الخطاب، مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة، وهو أنه قال – عليه الصلاة والسلام –:« والبكر يستأذنها أبوها» وهو نص في موضع الخلاف .بداية المجتهد ونهاية المقتصد(٣/ ٣٣).

الأدلة والمناقشة

أدلة القول الأول: استدل من قال بأنه لا يجوز للولي إجبار المرأة البالغة على النكاح, بالسنة والمعقول:

أولا– السنة المطهرة استدلوا بأحاديث كثيرة من أهمها:

ما روى عكرمة عن ابن عباس: أن جارية بكرا أتت النبي – صلى الله عليه وسلم –، فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي – صلى الله عليه وسلم . أخرجه أبو داود في سننه(٣/ ٤٣٦), برقم: ٢٠٩٦

=

=

-أ ول كتاب النكاح, باب في البكر زي وجها أبوها ولا يستأمرها, والبيهقي السنن الكبرى(٧/١٨٩), برقم: ١٣٦٦٩ كتاب النكاح, باب ما جاء في إنكاح الآباء الأبكار, وهذا الحديث رواه أحمد وأبو دا ود، وغيره وأعل بالإرسال. نصب الراية(٣/ ١٩٠).

وجه الدلالة: في هذا الحديث حجة لمن لم ير نكاح الأب ابنته البكر جائزاً إلا بإذنها. وفيه أيضاً حجة لمن رأى عقد النكاح يثبت مع الخيار. معالم السنن(٣/ ٢٠٣).

نوقش هذا الحديث: بأ ن رجاله ثقات وأعل بالإرسال وتفرد جرير بن حا م عن أيوب وتفرد حسين عن جرير وأيوب . سبل السلا م(٢/١٧٨), نيلالأ وطار(٦/ ١٤٥).

وأجيب بأ ن أيوب بن سويد رواه عن الثوري عن أيوب موصولا وكذلك رواه معمر بن جدعا ن الرقي عن زيد بن حبا ن عن أيوب موصولا, وإذا اختلف في وصل الحديث وإرساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء . التلخيص الحبير(٣/ ٣٤٩).

ما روى عن عائشة ,أ ن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لبريرة: «اذهبي فقد عتق معك بضعك». أخرجه الدار قطني في سننه(٤/٤٤٤), كتاب النكاح, باب المهر, وهو حديث صحيح. الدراية في تخريج أحاديث الهداية(٢/ ٤٦).

والاستدلال به من وجهين: أحدهما بنصه، والآخر بعلة النص أمالأ ول: فهو أنه خيرها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حين أعتقت، وقد روي أ نز وجها كا ن حرا

(وأما) الثاني، فهو أ ن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل ملكها بضعها أ و أمرها أ و نفسها علة لثبوت الخيار لها؛ لأنه أخبر أنها ملكت بضعها، ثم أعقبه بإثبات الخيار لها بحرف التعقيب، وملكها نفسها مؤثر في رفع الولاية في الجملةلأ ن الملك اختصاص، ولا اختصاص مع ولاية الغير، والحكم إذا ذكر عقيب وصف له أثر في الجملة في جنس ذلك الحكم في الشرع كا ن ذلك تعليقا لذلك الحكم بذلك الوصف في أصول الشرع . نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار(١١/٢١٠), بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٨)

ونوقش الاستدلال: بأنهر وي عن عائشة – رضي الله عنها – أنها قالت في وج بريرة كا ن عبدا، فخيرها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولو كا ن حرا ما خيرها» أ نز وجها كا ن عبدا، فتعارضت لا وايتا ن، فسقط الاحتجاج بهما. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٨).

وأجيب عنه:أ ن مار وينا مثبت للحرية، ومار ويتم مبق للرق، والمثبت أ ولىلأ ن البقاء قد يكو ن باستصحاب الحال، والثبوت يكو ن بناء على الدليل لا محالة، فمن قال: كا ن عبدا احتمل أنه اعتمد استصحاب الحال, ومن قال: كا ن حرا بنى الأمر على الدليل لا محالة، فصار كالمزكيين جرح أحدهما شاهدا، والآخر زكاه أنه يؤخذ بقول الجارح لما قلنا كذا هذا؛لأ ن مار وينا موافق للقياس، ومار ويتم مخالف له لما نذكره إ ن شاء الله تعالى، فالموافق للقياس أ ولى . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/٣٢٨).

مار واه البخاري عن خنساء بنت خا م الأنصارية:أ ن أباها زوج وهي ثيب فكرهت ذلك «فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها» صحيح البخاري(٩/ ٢١) كتاب الإكراه, باب لا يجوز نكاح المكره.

وجه الدلالة: هذا الحديث يدل على أ ن زتز ويج الثيب لا يجوز إلا بإذنها، وذكر الثيابة في الحديث يدل على أ ن حكم البكر بخلاف ذلكلأ ن تقييد الشيء بأخص أ وصافه يدل على أ ن ما عداه بخلافه، وليس المراد من رد النكاح رفعا بعد الانعقاد، وإنما هو حكم بأنه موا ود غير منعقد . شرح السنة للبغوي(٩/ ٣٣).

ومن المعقول: استدلوا بالمعقول من وجوه عدة منها:

قالوا إنها حرة مخاطبة فلا يكو ن للغير عليها ولاية الإجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ

=

=

بدليل توجه الخطاب فصار كاللا م وكالتصرف في المال وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها. الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩١).

قالوا إ ن الولاية تنقطع بالبلوغ فلا يجوز للولي إجبار البكر البالغة مطلقا وإذا استأذنها الولي الأقرب وهي تعلم إ ّ وج فسكتت أ و ضحكت غير مستهزئة فذلك إ ن منها دلالة، لأنها تستحي من إظهار الرغبة، لا من إظهار الرد، والضحك أدل على الرضا من السكوت، لأنه يدل على الفرح والسو ور . اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٨).

ولأنه يصح إقرارها بعقد النكاح على نفسها، فلا يصح عقد الغير عليها إلا برضاها كالثيب واللا م، يبين ذلك أنها لو قالت:ز وجني أبي فلانًا بإذني فصدقها إ ّ وج، وكذلك الأب كا ن القول قولها .التجريد للق وري(٩/ ٥ ٤٣٠).

ولأنها تملك المطالبة بالأ واج، ولو امتنع الأب من زّ ويجها مع مطالبتها وجها الحاكم، فلا يجوز زّ ويجها مع كراهتها كالثيب .التجريد للق وري(٩/ ٥ ٤٣٠٥).

لأ ن الرضا يعتبر من حق من لا يملك المطالبة، ألا ترى أ ن المكاتبة لا تملك مطالبة مولاها بالنكاح[ولا تملك] الامتناع من عقده فإذا ملكت البكر مطالبة وليها بالنكاحلأ ن يعتبر رضاها أ ولى .التجريد للق وري(٩/ ٥ ٤٣٠).

لأ ن سكوتها للحياء كالعجز عن الصغر فلا يظهر إلا في حق الولي أ و رسوله، وكذا لو لم يكن إ ّ وج كفؤًا أ و المهر وافرًا لم يكن سكوتها رضًا إلا في حق الأب والجد عند أبي حنيفة؛ لأنهما ولي، عنده كالأجنبي في ذلك عندهما، وهذا إذا سمي لها إ ّ وج تسمية معرفة حتى لو قال:زّ وجك أحد جيراني أ و بني عمي لم يكن سكوتها رضى لأ ن الرضى بالمجهول لا يتصور. الأصل للشيباني(١٠/ ١٩٥)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١١٨)، البناية شرح الهداية(٥/ ٧٧).

أدلة القول الثاني: استدل من قال إ ن للأب أ ن يجبر ابنته البالغة على النكاح بالسنة والمعقول:

أ ولا– السنة المطهرة, استدلوا بأحاديث كثيرة منها:

مار وى عن أبي هريرة ﷺ حدثهم:أ ن النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأ ن». أخرجه البخاري في صحيحه(٧/ ١٧) برقم:٥١٣٦, كتاب النكاح, باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها.

وجه الدلالة: حيث قسم النساء قسمين، وأثبت الحق لأحدهما، دل على نفيه عن الآخر،: فقابل الأيم بالبكر، وفي مقابلة البكر للثيب جعل الثيب أحق بنفسها من وليها، فدليله أ ن ولي البكر أحق بنفسها, ولأنه – عليه اللا م – فرق بين البكر والثيب ولا فرق بينهما، إلا أ ن إحداهما [لا تجبر] والأخرى يجوز إجبارها ويكو ن استئذانها مستحقا لأنه لو كا ن لا يجوز لقال: إنهما أحق بأنفسهما؛لأ ن ما لا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة، كالنطق. التجريد للق وري(٩/ ٤٣٠٧), المغني لابن قدامة(٧/ ٤٠), وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة(٦/ ٧٠)

ونوقش هذا الاستدلال: بأ ن قوله: (الأيم) يتنا ول التي لا زّ وج لها بكرا كانت أ و ثيبًا وهي في النساء كالعزب في الرجال, وأما قولهم: إنه قابل البكر بالثيب. فليس بصحيح؛ لأنا قد بينا أ ن الأيم اسم للأمرين، فذكر البكر هو بيا ن الحكم لبعض الأيامى وليس بمقابلة، كقوله تعالى: {وَيَ ٍم يَنْظُرُ الْمَرْءُ مَا قَدَّمَتْ يَدَاهُ وَيَقُولُ الْكَافِرُ يَالَيْتَنِي كُنْتُ تُرَابًا} ، سورة النبأ: الآية رقم ٤٠. ولم يرد بذلك مقابلة الكافر بالمسلم ثم المرء اسم للجميع، ثم خص بعض المذكورين بحكم آخر فأما قولهم: إنه فرق بين البكر والثيب ولا فرق بينهما إلا الإجبار. فليس بصحيح؛ لأنه سوى بينهما في الحكملأ ول وفرق بينهما في الحكم الثاني وهو صفة الإ ن . التجريد

=

=

للقاري(٩/ ٤٣٠٨)

مار وى عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله –صلي الله عليه وسلم –: "تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت وإن أبت لم تكره" . أخرجه أحمد في مسنده(٧/ ٣٠٩) برقم٧٥١٩, والنسائي في السنن الكبرى (٥/ ١٧٤) برقم٥٣٦٠, كتاب النكاح, باب: البكر يزوجها أبوها وهي كارهة.

وجه الدلالة: فيه دليل على أن الصغيرة لا يزوجها غير الأب وذلك لأنها لا تستأمر إلاّ بعد البلوغ إذ لا معنى لإذنها ولا عبرة لإبائها قبل ذلك فثبت أنها لا تزوج حتى تبلغ الوقت الذي يصح منها الإذن أو الامتناع، واليتيمة ههنا هي البكر البالغ التي مات أبوها قبل بلوغها فلزمها اسم اليتم فدعيت به وهي بالغ , ولا يصلح استئمارها إلا ببلوغها، ولا يجوز أن يكون العقد موقوفًا على استئمارها بدليل امتناع الجميع من دخول النكاح في النكاح ووقوفها إلى مدة الخيار. معالم السنن(٣/ ٢٠٢), التوضيح لشرح الجامع الصحيح(٤/ ٢١٨).

ونوقش: بأن اليتم إذا أريد به فقد الأب تناول الصغيرة خاصة، والصغيرة لا تستأمر، والكبيرة التي لا تستأمر لا تسمى يتيمة، فلم يبق إلا أن يحمل الخبر على المرأة التي انفرد عنها الأواج، ولو سلمنا ما قالوه: لم يصح اعتبار الدليل؛لأن اليتيمة اسم وليس بصفة، ودليل الاسم لم نقل به ولو جاز اعتباره كان قوله – عليه السلام –: (تستأمر اليتيمة) يدل على أن الجد لا يجبر اليتيمة وهذا دليل عليهم، ومتى دل نطق الخبر على إبطال قولهم، ودليله على صحته كان التعليق بالمنطوق المتفق على الاستدلال به أولى من التعليق بالدليل المختلف فيه .التجريد للقاري(٩/ ٤٣١٠).

المعقول, استدلوا به من وجوه:

لأن كل من ثبتت عليه الولاية في ماله جاز إجباره على النكاح كالبكر الصغيرة وكالسفيه؛لأن لها منفعتين استخدام، واستمتاع، فلما كان لولي العقد على استخدام منفعتها بالإجازة جاز له العقد على منفعة الاستمتاع بها بالنكاح .الحاوي الكبير(٩/ ٦٦).

قالوا إن كل من لم يفتقر نكاحها إلى نطقها مع قدرتها عليه لم يفتقر إلى رضاها، ودليله: البكر الصغيرة، وعكسه: الثيب .التجريد للقاري(٩/ ٤٣١١).

ونوقش هذا: لا نسلم أن نكاح البكر لا يفتقر إلى نطقها؛لأن أخاها لو زوجها في حياة الأب لم يجز إلا بنطقها، وقولهم إن نكاحها لا يفتقر إلى نطقها مع قدرتها عليه غير مسلم؛لأن النطق يسقط في البكر لتعذره وحصول المشقة فيه، وهذا المعنى فهم بالشرع ودلت عليه العادة، وقد يسقط الشيء تارة لأنه لا يقدر عليه وتارة للمشقة وإن كان يقدر عليه .التجريد للقاري(٩/ ٤٣١١).

لأن ولاية الأب ثابتة عليها في المال عندنا وإن بلغت، والنكاح مبني على ذلك،لأن كل ولاية يملك بها إنكاح الصغيرة جاز أن يملك بها إنكاح الكبيرة كولاية الكفاءة .الإشراف على نكت مسائل الخلاف(٢/ ٦٨٧).

ونوقش هذا بأنها لا تملك المطالبة بالعقد فلم يعتبر رضاها، ولما ملكت هذه المطالبة بالعقد لم يصح عليها بغير رضاها . التجريد للقاري(٩/ ٤٣١١).

الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشة ما أمكن مناقشته فإن القول؛لأ ولى بالقبول هو ما ذهب اليه الحنفية القائلين أنه لا يجوز للولي إجبار المرأة البالغة على النكاح وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة, وضعف أدلة القول الثاني, بالإضافة إلى مظاهر الاستقلالية الاقتصادية التي تتمتع بها المرأة في التشريع الإسلامي, فإذا كانت المرأة لها ذمة مالية ولها أن تتمتع بالاستقلال في الأمور المادية فمن باب أولى أن يكون معتبرا في عقد النكاح التي تملك به الإيضاع, وهذا القول هو ما رجه الإمام محمد بن الحسن الشيباني, وعلل ذلك بقوله ولأنها حرة مكلفة فلا ينفذ عليها النكاح بلا رضاها، فإن بلغها الخبر

=

ولنا: ما روينا ولأنها حرة مكلفة فلا ينفذ عليها النكاح بلا رضاها، فإن بلغها الخبر فسكتت فهو رضًا خلافًا لابن مقاتل لأنه لو جعل رضًا للزمها العقد بخلاف سكوتها عند الاستئمار(١)؛ لأنه لو جعل رضًا يمكنها الرجوع قبل العقد(٢), لنا: سكوتها جعل رضًا للخيار والحياء هنا قائم، وقيل: يجعل إذا ذكر الزوج والمهر(٣).

وطريق بلوغ الخبر أن يبعث إليها الولي رسولًا، فإن أخبرها فضولي فلا بد من العدد أو العدالة، وقالا: لا يشترط ذلك كما في حق الرسول، وله هذا خبر ملزم فشابه الشهادة فيشترط إحدى وصفيها العدد أو العدالة(٤).

=

فسكتت فهو رضًا؛ ولأنها تستحي من إظهار الرغبة في الرجال لا من الرد. الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (ص: ١٧١).

كما أنه من منطلق المصالح والمفاسد: فالشريعة الإسلامية جاءت بالمصالح وتنميتها، وإن من أعظم المصالح في هذا الشأن الذي نحن بصدده، أن تزوج المرأة بمن ترغب وتحب، وهو الموافق لمصالح الأمة، فلا يخفى مصلحة البنت في زواجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح لها به، وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر عنه. فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول، لكان القياس الصحيح، وقواعد الشريعة، لا تقتضي غيره.

أما المفاسد التي تترتب على إجبار المرأة على النكاح، فكثيرة منها-:

أ -الألم الذي يلحق البنت التي تزوج مكرهة، و يا له من ألم عظيم، و يا لها من حسرة كبيرة، تدخل نفس هذه المرأة الضحية, وهذه مفسدة كبيرة، وهو أمر غير جائز من الناحية الشرعية.

فالزواج حتى تتحقق مقاصده، من المودة، والرحمة، والسكن، واللباس، والطمأنينة، والاستقرار، والمحبة، والتعاون، لابد أن يكون برضا الطرفين, أما في حالة الإكراه، فيظلم البيت، وتبنى قواعده على غير تقوى الله تعالى، ويشعل فيه فتيل القهر والضيم والثبور والويل, وهذا أمر لا تحمد عقباه، ونتائجه في مجال الاحتمال كبيرة، وعظيمة، وخطيرة.

ب- ومن ذلك تعريضها للفتنة: وكم سمعنا من قصص في هذا المجال يندى لها الجبين، ويخجل منها الإنسان السوي.

سواء كان هذا على مستوى الإيواء العاطفي، إذ تشعر في فراغ كبير، ولهفة تهفو - من خلالها نفسها - لسد هذا الفراغ الواسع. ولكن كيف؟ ومتى؟ وبأي طريقة؟ ومن خلال أي سلوك؟

كل ذلك راجع إلى قوة الإيمان، وحسن التربية، ومن يضمن لنا السلامة في كل حالة، وفي كل ظرف، وتحت أي ضغط. وبناء على الأسباب السابقة فلا يجوز إجبار البكر البالغة على النكاح.

(١) الاستئمار: المشاورة , وطلب الأمر, و في اصْطِلَاح الْأُصُولِيين مِثَال مطبوع يتطلب بياناتَ خَاصَّة لإجازة أَمر من الْأُمُور. المعجم الوسيط(١/ ٢٦), معجم لغة الفقهاء (ص: ٥٧).

٢() ينظر: العناية شرح الهداية(٣/ ٢٦٧)، البناية شرح الهداية(٥/ ٨٥)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/ ٣٣٦).

٣() ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١١٩)، البناية شرح الهداية(٥/ ١٣١).

٤() جاء في الاختيار لتعليل المختار(٣/ ٩٢): والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولا يخبرها بذلك عدلا كان أو غير عدل، فإن أخبرها فضولي فلا بد من العدد أو العدالة؛ لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه، فيشترط =

وفي شرح بكر إن كان الفضولي [1] عدلًا أو اثنان فاسقان يثبت النكاح صدقته أم كذبته، وإن كان فاسقًا [2] إن صدقته ثبت وإن كذبته لا يثبت خلافهما [3].

وإن ضحكت حين بلغها الخبر فهو رضًا [4] إلا أن تكون مستهزئة، وذلك معلوم عند الناس. وبكاؤها رد في رواية عن أبي يوسف، وعنه رضًا وقيل: إن كان عن صوت فليس برضا وعن سكوت رضا [5]، وقيل: إن كان دمعها باردة فرضًا وإن كانت حارة فلا، وقيل: إن كان عذبًا فرضًا وإن كان مالحًا فلا [6]، وكذلك في الاستئمار، وإن استأمرها في نكاح رجل فأبت وزوجها منه، فسكتت فهو رضًا, ولنا قد ترضى في النكاح بما أبته حالًا [7].

=

أحد وصفي الشهادة. وعندهما: لا يشترط ذلك؛ لأنه خبر كسائر الأخبار, وإن قال الولي: زأ وجك من لاٍ ن أ ولاٍ ن، فسكتت – فأيهماز وجها جاز. ولو سمى جماعة إ ن كانوا يحصو ن فهو رضا، وإلا لا يكو ن رضا. وينظر: المبسوط للسرخسي(٣ /١١٠)، الاختيار لتعليل المختار(٣/ ٩٢)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٤/ ٢٠٤).

(١) **الفضولي لغةً:** هو من يشتغل بما لا يعنيه ٠ **واصطلاحًا:** هو من ليس بمالك ولا وكيل ولا ولي٠ **وبيع الفضولي:** هو من باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إ ن شاء أجاز البيع وإن شاء فخ ٠[ينظر: المصباح المنير(٢/ ٤٧٥) مادة فضل، تاج الو وس(٣٠/ ١٧٨) مادة فضل، التعاريف (ص: ٥٥٩)، بداية المبتدى (ص: ١٤٠)، فتح القدير(٧/ ١٥)]

٢() ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٥٢)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٩/ ٧٣)، درر الحكا م شرح غرر الأحكا م(٢/ ٤٠٠).

(٣) **الرضا لغةً:** ضد السخط والكراهية وهو سو ور القلب وطيب النفس, يقال رضيت الشيء ورضيت به رضا اختر ٠ **واصطلاحًا:** إيثار القصد واستحسانه، وقيل هو سو ور القلب بِمُرّ القضا ٠ [ينظر: لسا ن العرب (١٤/ ٣٢٣) مادة (رضي)، المصباح المنير(١/ ٢٢٩) مادة(ر ض ي)، رد المحتار(٤/ ٥٠٧)، التعريفات (ص: ١١١)]

٤() ينظر: البناية شرح الهداية(٥/ ٨٢)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري(٣/ ١٢).

(٥) وبناء عليه: فإ ن بكت عند الاستئذا ن لم يكن رضا؛ لأنه دليل السخط والكراهة ونفي الرضا وقيل إ ن بكت بلا صوت لم يكن كراهة وإن كا ن مع الصوت فهو دليل الكراهة؛ ولأنه إذا كا ن من غير صوت فهو خو ن على مفارقة أبويها وأهلها وذلك دليل الإجازة وأما إذا كا ن مع الصوت كالويل والسخط فهو دليل الكراهة فلا يكو ن رضا وقيل: إ ن كانت الدموع عذبة فهو رضا، وإن كانت ملحة فهو كراهة وقيل إ ن كانت باردة فهو من السو ور والرضا وإن كانت حارة فليس برضا وإذا قال الولي للبكر إني أريد أ ن زأ وجك فلانا فقالت غيره أ ولى منه لم يكن هذا إذنا وإن زوجها رجلا ثم أخبرها فقالت كا ن غيره أ ولى منه كا ن هذا إجازة، وإن قال أريد أ ن زأ وجك فلانا أ و فلانا أ و فلانا حتى عد جماعة فسكتت فبأيهم زوجها جاز لأ ن السكوت دليل على الرضا بأيهم زوجها . الجوهرة النيرة على مختصر القد وري(٢/ ٧):.

٦() لو استأمرها في نكاح رجل بعينه فسكتت أ و أذنت ثم جرى على لسا ن لا وج قبل الزفاف ما وقع به الفرقة فليس له أ ن زو وجها منه بحكم ذلك الإ ن؛ لأنه انتهى بالعقد. البحر الرائق(٣/ ١٢٤).

ولو قال الزوج: بلغك الخبر فسكتت وقالت: بل رددت فالقول لها[١]، وقال زفر: للزوج لتمسكه بالأصل[٢].

وإذا أنكرت دعواه لزوم العقد ولا يحلف خلافهما، فإن أقاما فبينتها أولى لأنها تثبت الرد وهو يثبت عدمًا وهو السكوت، لا جرم لو أقامها على أنها أجازت أو رضيت حين علمت حتى استويا في الإثبات ترجحت بينته لإتيانه للزوم[٣].

وذكر السرخسي: زنت البكر فحدت، الصحيح أنه لا يكتفي بسكوتها، وكذا لو صار الزنا عادة لها، وقيل: في الفصلين يكتفي، والصحيح لا يكتفي فيهما[٤].

وفي الشافي: زالت بكارتها بزنى يكتفي عند أبي حنيفة[٥] كما لو زالت بوثبة أو حيضة أو حرف في الاستنجاء أو بطول الزمان خلافهما[١]، ولو زالت لشبهة نكاح أو ملك يمين لا يكتفي[٢].

١() ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٦٠).

٢() إذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها عند أبي حنيفة, لأنه يدعى الزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح " لأنه نور دعواه بالحجة فإن لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله. الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٢)

وقال زفر رحمه الله القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض فصار كالمثبت وله الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٢)

ونوقش : بأن هذا بخلاف مسائلة الخيار لأن الزوم قد ظهر بمضي المدة الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٢). ففرق بين بداية المرأة وبين بداية الزوج، فقال لو قال الزوج بلغك الخبر وسكت، وقالت المرأة بلغني وكذا فرددت فالقول قول المرأة وبمثله لو قالت المرأة بلغني الخبر وكذا فرددت وقال الزوج لا بل سكت فالقول قول الزوج اهـ. البحر الرائق(٣/ ١٢٦), ويراجع: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٦٠).

٣() ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١٢١)، العناية شرح الهداية(٣/ ٢٧٣).

٤() ينظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٧)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١٢٠)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر(١/ ٣٣٥).

٥() فلو زالت " بكارتها " بزنا فهل يكفى بسكوتها: قال أبو حنيفة : لو زالت بكارتها بزنا فهي في حكم البكر يكتفى بسكوتها عند الزوج؛ لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها؛ ولأنها تستحيي لعدم الممارسة. المبسوط للسرخسي(٥/ ٧), تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١٢٠), الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٢).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكتفي بسكوتها عند الزواج؛ لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفي بسكوتها. المبسوط للسرخسي (٥/ ٧), تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١٢٠), الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ =

متى يكون السكوت رضا؟[٣]

وقال الإمام محمد بن الحسن: وأصحابنا جعلوا السكوت رضًا في مسائل:

منها: لو قبض مهرها فسكتت برئ الزوج إذا كان القابض أبًا أو جدًّا استحسانًا[٤].

ومنها: الشفيع يسكت بعد العلم بالبيع[٥].

ومنها: تواضعا في السر أن يظهرا بيعًا في العلانية سمعةً ثم قال أحدهما علانية وصاحبه حاضر[٦].

ومنها: سكوت الأمة المتزوجة عند العتق[٧] رضًا, ومنها: عبد أُسِر ثم وقع في غنيمة[٨] المسلمين ثم وقع في سهم واحد كان سكوته رضًا بالقسمة، ولا سبيل له على العبد، وكذا لو رآهم يبيعون[٩] العبد فسكت بطل حقه ويسلم العبد للمشتري[١٠].

ومنها: المولى رأى عبده يبيع ويشتري فسكت فهو إذن منه له في

=

(١) وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار " لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة. الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٢), تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١١٩)

٢() فإذا وطئت بشبهة أو نكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكامها. أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفي بسكوتها، البناية شرح الهداية(٥/ ٨٨).

(٣) من عمل الباحث

٤() جاء في قره عين الأخيار(٨/ ٢٤٠): ومنها سكوتها عند قبض مهرها المهر أبوها أو مزوجها فسكتت بكون إذنا بقبضه، إلا أن تقول لا تقبضه فحينئذ لم يجز القبض عليها ولا يبرأ الزوج. وينظر: بداية المبتدي (ص: ٦٠)، المحيط البرهاني(٣/ ١٧)، الدر المختار(٤/ ٤٨٢), الاختيار لتعليل المختار(٣/ ٣). (٩

(٥)قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار(٨/ ٢٤١).

٦() ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٨٧).

(٧) العتق لغةً: خلاف الرق، وهو القوة مطلقاً، يقال عتق الفرخ، إذا قوي وطار، وجمعة عتقا ٠ واصطلاحًا: عبارة عن إسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه يصير المملوك به من الأحرار. [ينظر: لسان العرب(١٠/ ٢٣٤) فصل العين, المصباح المنير(٢/ ٣٩٢) مادة عتق، تبيين الحقائق(٣/ ٦٧), اللباب في شرح الكتاب(٣/ ١١١)، القاموس الفقهي (ص: ٢٤٢)] ٠

(٨) الغنيمة لغةً: جمع غنائم، وهي: الفوز بالشيء من غير مشقة، والاغتنام: انتهاز الغنم، والغنم والغنيمة والمغنم: الفيء ٠ واصطلاحًا: اسم للمال المصاب بالقتال على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز دينه. [ينظر: لسان العرب(١٢/ ٤٤٥) فصل الغين، مادة/ غنم، القاموس المحيط (ص: ١١٤٣) فصل الغين، المبسوط للسرخسي(١٠/ ٧)] ٠

٩() ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٥٧)، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي(٣/ ٢٦١).

التجارة، ويحنث لو كان حلف ألا يأذن له، وعن أبي يوسف لا يحنث[1].

ومنها: الموهوب له قبض الموهوب بحضرة الواهب وهو ساكت [2].

ومنها: قال: والله لا أنزل فلانًا في داري وفلان نازل في داره فسكت بعد اليمين ولم يقل أخرج حنث[3].

ومنها: الخيار للمشتري فرأى العبد المشتري يبيع ويشتري فسكت فهو إجازة للبيع[4].

ومنها: ولد لإنسان ولد فسكت عن نفيه حتى مضى يومان لزمه الولد وفي قولهما حتى يمضي أربعون، وعنه لو هنوه بالمولود فسكت لزمه[5].

ومنها: باع عبدًا ودفعه إلى المشتري وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهو إقرار منه بالرق، وكذا لو وهبه أو دفعه بجناية أو جعله مهرًا أو بدل خلع[6] أو أجره أو رهنه[7] أو صالح[8] عن دم عمد[9] على رقبته ودفعه وهو ساكت، ولو باعه ولم يسلم وهو ساكت هل يكون إقرارًا بالرق؟[1]

١() فاذا رآه المولى عبده يبيع ويشتري فسكت ولم ينهه عن ذلك يصير مأ ونا في التجارات ولا يصير مأ ونا في بيع ذلك الشيء بعينه وفي الشراء يصير مأ ونا وهذا عند الحنفية, وعند الشافعي لا يصير مأ ونا. تحفة الفقهاء(٣/٢٨٦), النتف في الفتاوى للسغدي(٢/ ٧٣٩).

٢() ينظر: البحر الرائق(٣/١٢٣), تبيين الحقائق(١/١٩٠), البناية شرح الهداية(١١/١٣٣).

٣() فلو حلف لا ينزل فلانا داره وهو نازل فيها فسكت الحالف حنث، لا لو قال له: اخرج فأبى أن يخرج فسكت. قره عين الأخيار(٨/ ٢٤٢).

٤() ينظر: المبسوط للسرخسي(١٤/١٤٣), بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٥/٢٦٩).

٥() ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ٢٠٤).

(٦) **الخلع لغةً**: النزع، يقال: خلع الشيء يخلعه خلعاً أي نزعه. **واصطلاحًا**: أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. [ينظر: لسان العرب(٨/ ٧٦) فصل الخاء، تاج العروس(٢٠/٥١٨) ماد(خلع), العناية شرح الهداية(٤/٢١١)]. **وبدل الخلع**: هو عوض الخلع.

(٧) **الرهن لغةً**: الحبس مطلقا، وهو الثبوت والاستقرار، يقال: رهن الشيء يرهن رهنا ثبت ودام، وجمعه رهون مثل فلس وفلوس. **واصطلاحًا**: هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين. [ينظر: تاج العروس (٣٥/١٢٢) مادة رهن, المصباح المنير(١/٢٤٢) مادة رهن، تبيين الحقائق(٦/٦٢), البحر الرائق (٨/٢٦٤), اللباب(٢/٥٤)].

(٨) **الصلح لغةً**: إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحرب والسلم، وقد يوصف بالمصدر فيقال هو صلح لي، وهم لنا صلح.

واصطلاحًا: عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة. [ينظر: المعجم الوسيط(١/٥٢٠) باب الصاد, القاموس الفقهي (ص:٢١٥)، رد المحتار(٥/٦٢٨), تبيين الحقائق(٥/٢٩)].

(٩) **الصلح عن دم العمد**: وهو أن يصالح ولي المقتول القاتل أو العاقلة على مال، فإن صالحه بطل الدم لوجود القبول لأن التزام المال يعتمد تمام الرضا، سواء كان بدل الصلح قليلاً أو كثيرًا ، قال تعالى: {فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ} [البقرة:١٧٨] قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الآية في الصلح عند م العمد ومعناها من بذل له بدل أخيه المقتول مال، وذلك =

ومنها: سكوت الولي إذا رأى الصغير يتصرف إذن[٢].

ومنها: باع عقارًا وبعض أقاربه حاضر فعلم به ووقع التقابض وتصرف المشتري زمانًا اتفق المتأخرون من مشايخ سمرقند أن سكوته كالإفصاح يكون العقار للبائع؛ لأن حضوره عند البيع وترك منازعته فيما يصنع إقرار منه أنه ملك البائع ولا حق له فيها[٣].

ومنها: باع مال غيره وهو حاضر ساكت جاز عند ابن أبي ليلى؛ لأن سكوته دلالة الرضا، التفريعات من أصول[٤].

=

لا يكون إلا بالصلح .[ينظر: فتاوى السغدي(٤٩٨/١)، المبسوط للسرخسي(٨٨/٢٤)، بدائع الصنائع (٢٥٠/٧)، تبيين الحقائق(٣٥/٥)]

١() ينظر: المبسوط للسرخسي(١٦٠/١٨)، العناية شرح الهداية(٣٥٢/١٠)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري(٥/ ٣١٩).

٢() ينظر: المبسوط للسرخسي(٢٧/٥)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٢٤)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٥/ ٢١٩).

٣() قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار(٢٤٢/٨)

٤() ينظر: تحفة الفقهاء(٢/ ٣٤)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(١٤٧/٦)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٩/ ٥١٤).

المبحث الثاني: الكفاءة[1] في النكاح

الكفاءة معتبرة في جانب الرجل[2]

(١) الكفاءة، من الكفؤ: وهو: النظير، ونظير الشيء مثله، والمصدر: الكفاءة بالفتح والمد. وقولهم: لا كفاء له بالكسر وهو في الأصل مصدر: أي لا نظير له والأكفاء جمع كُفُؤ بتسكين الفاء وضمها وهمز الآخر وبتسكين الفاء وآخره بالواو وهو النظير والمساوي. ينظر: لسان العرب(١/ ١٣٩)، المطلع على ألفاظ المقنع (ص:٢٥٣)، مختار الصحاح (ص: ٢٧٠).

وشرعاً: هو الرجل الذي يساوي امرأة في أمور موجودة بين الفقهاء. ينظر: التعريفات الفقهية (ص:١٨٣). وقيل: قادر على العمل جدير به. معجم الرائد (ص:١١٧٠)، معجم المغني (ص:٢١٥٠٥).

(٢)اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة هل هي معتبرة في حق الرجال أم هي معتبرة في حق النساء, وكان خلافهم على قولين:

القول الأول: يرى أن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء ، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال, فيجب تزويج المرأة من الأكفاء ، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٠), الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٢/ ١١), البناية شرح الهداية(٥/ ١٢٨), الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي(٢/ ٢٤٩), حاشية الصاوي على الشرح الصغير(٢/ ٤٠١), منح الجليل شرح مختصر خليل(٣/ ٣٢٤),الأم للشافعي(٧/ ١٦٤), الحاوي الكبير(٩/ ١٠٠), المغني لابن قدامة(٧/ ٣٩).

القول الثاني: يرى أن الكفاءة في جانب النساء معتبرة أيضا عند أبي يوسف، ومحمد. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٠), البناية شرح الهداية(٥/ ١٢٨).

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل من قال بأن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء ، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال بالسنة والمعقول:

السنة المطهرة: روى عن أبي بردة بن أبي موسى، عن أبيه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين: رجل من أهل الكتاب آمن بنبيه، وأدرك النبي صلى الله عليه وسلم فآمن به واتبعه وصدقه، فله أجران، وعبد مملوك أدى حق الله تعالى وحق سيده، فله أجران، ورجل كانت له أمة فغذاها، فأحسن غذاءها، ثم أدبها فأحسن أدبها، ثم أعتقها وتزوجها فله أجران "، وقال : " ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين : الرجل تكون له الأمة فيعلمها فيحسن تعليمها ، ويؤدبها فيحسن تأديبها ، فيتزوجها ، فله أجران " أخرجه البخاري في صحيحه(٤/ ٦٠) برقم:٣٠١١, كتاب الجهاد, باب: والسير باب فضل من أسلم من أهل الكتابين, ومسلم(١/ ١٣٤)(١٥٤), كتاب الأيمان, باب: وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم إلى جميع الناس، .

ما روى عن عائشة رضي الله عنها ، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «تخيروا لنطفكم، وانكحوا الأكفاء، وأنكحوا إليهم» أخرجه ابن ماجه في سننه(١/ ٦٣٣) برقم١٩٦٨ كتاب النكاح, باب الأكفاء السنن الكبرى للبيهقي(٧/ ٢١٤)١٣٧٥٨ – كتاب النكاح, باب اعتبار الكفاءة.

وسند هذا الحديث روي من حديث عائشة، ومن حديث أنس، ومن حديث عمر بن الخطاب، من طرق عديدة كلها ضعيفة، فقد رووه عن هشام أمثلهم صالح بن موسى الطلحي والحارث بن عمران الجعفري وهو حسن. التلخيص الحبير(٣/ ٣٠٩), نصب الراية(٣/ ١٩٧).

المعقول وجهه:

أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب، وتزوج صفية بنت حيي، وتسرى =

ما تكون فيه الكفاءة، أو أوصاف الكفاءة[1]: ثم الكفاءة معتبرة في معاني منها النسب، للحديث: «قريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض والموالي بعضهم أكفاء لبعض»[2][3].

=

بالإماء, كما أن المعنى الذي شرعت الكفاءة من أجله يوجب اختصاص اعتبارها بجانب الرجال؛ لأن المرأة هي التي تستنكف لا الرجل ، فهي المستفرشة ، والزوج هو المستفرش ، فلا تلحقه الأنفة من قبلها ، إذ إن الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدني ، والزوج المستفرش لا تغيظه دناءة الفراش ، وكذلك فإن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٠), الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ١١), المغني لابن قدامة(٧/ ٣٩).

لأن في نكاح غير الكفء عار يدخل على الزوجة ولأولياء وعضاضة تدخل على الأولاد يتعدى إليهم نقصا فكان لها ولأولياء دفعة عنهم وعنها. الطحاوي الكبير(٩/ ١٠٠).

أدلة القول الثاني: واستدلوا لذلك بمسألة ذكرها في الجامع الصغير في باب الوكالة، وهي أن أميرا أمر رجلا أن يزوج امرأة، فزوج أمة لغيره قال: جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز. الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (ص: ١٧٥), بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٠), البناية شرح الهداية(٥/ ١٢٨).

ونوقش هذا بما قاله الإمام الكاساني حيث قال: بأنه لا دلالة في هذه المسألة على ما زعموا؛ لأن عدم الجواز عندهما يحتمل أن يكون لمعنى آخر، وهو أن من أصلهما أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة، فينصرف إلى المتعارف كما في الوكيل بالبيع المطلق، ومن أصل أبي حنيفة أنه يجرى على إطلاقه في غير موضع الضرورة، والتهمة، ويحتمل أن يكون عدم الجواز عندهما لاعتبار الكفاءة في تلك المسألة خاصة حملا للمطلق على المتعارف كما هو أصلهما إذ المتعارف هو التزويج بالكفء، فاستحسنا اعتبار الكفاءة في جانبهن في مثل تلك الصورة لمكان العرف، والعادة، وقد نص محمد – رحمه الله – على القياس، والاستحسان في تلك المسألة في وكالة الأصل، فلم تكن هذه المسألة دليلا على اعتبار الكفاءة في جانبهن أصلا عندهما، ولا تكون دليلا على ذلك على الإطلاق بل في تلك الصورة خاصة استحسانا للعرف. يراجع: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٠), البناية شرح الهداية(٥/ ١٢٨).

الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإن القول الذي أميل إلى ترجيحه هو القول؛ لأن القائل أن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء ، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال, فيجب تزويج المرأة من الأكفاء ، ويحرم على وليِّ المرأة تزويجها بغير كفء, وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة وضعف أدلة القول الثاني فلم تسلم من المناقشة ولا تقوى هذه الأدلة في مقابلة أدلة القول؛ لأن الرجل لا يعير زوجة أدنى حالا منه، أما المرأة وأقاربها فيعيرون زوج أقل منها منزلة؛ كما أن المعنى الذي شرعت الكفاءة من أجله يوجب اختصاص اعتبارها بجانب الرجال؛ لأن المرأة هي التي تستنكف لا الرجل، فهي المستفرشة والزوج هو المستفرش فلا تلحقه الأنفة من قبلها، إذ إن الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدني، والزوج المستفرش لا تغيظه دناءة الفراش، وكذلك فإن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه.

(١) العنوان من عمل الباحث.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة، (ج: ٧)، (ص: ١٣٤)، قال صاحب "التنقيح": هذا منقطع، إذ لم يسم شجاع بن الوليد بعض أصحابه، انتهى. والحديث لم يصح، ينظر: نصب الراية (٣/ ١٩٧)، البدر المنير(٧/ ٥٨٣).

(٣) وذلك؛ لأن التفاخر، والتعيير يقعان بالأنساب، فتلحق النقيصة بدناءة النسب، فتعتبر فيه الكفاءة، فقريش =

ومعتقة الشريف لا تكافئ معتق الوضيع؛ لأن الولاء كالنسب، فيقول غير العربي يكافئ العربي؛ لأن العرب أقرب إلى النبي ﷺ، والعربي لا يكافئ القرشي؛ لأن قريشًا رهط[1] النبي ﷺ فمن كان أقرب إليه كان أفضل، والقرشي يكافئ القرشي وإن كانوا بنو هاشم أفضلهم؛ لأنه عليه السلام زوج ابنته من عثمان وهو قرشي[2]، والقرشي من كان من ولد النضر[3] أو جمعهم أب دونه من المنتسبين إليه[4].

والهاشمي[4]: من كان من ولد هاشم أو جمعهم أب دونه من المنتسبين إليه، والعربي من جمعهم أب فوق النضر والمملوك لا يكافئ الحرة؛ لأنها تتعير بذلك، ومن له أبوان في الإسلام والحرية يكافئ لامرأةٍ لها عشرة آباء فيهما، ومن له أب واحد فيهما لا يكافئ التي لها أبوان؛ لأن تمام الانتساب بالجد، وعن أبي يوسف: يكافئ لأن الانتساب يقع بالأب، والذي أسلم لا يكافئ التي لها أب في الإسلام، وكذا هذا في الحرية؛ لأنه شرف بنفسه وهي بنفسها وأبيها، والذي أسلم كفؤ للمعتقة[5].

=

بعضهم أكفاء لبعض على اختلاف قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي كالتيمي، والأموي والعوي، ونحو ذلك كفئا للهاشمي لقوله – صلى الله عليه وسلم – «قريش بعضهم أكفاء لبعض» بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣١٩).

(١)رهط: رَهْطُ الرجلِ: قومُه وقبيلتُه. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية(٣/١١٢٨)

(٢) فالشرع أسقط اعتبار تلك الفضيلة في باب النكاح عرفنا ذلك بفعل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وإجماع الصحابة – رضي الله عنهم –، فإنهم ويأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –زوج ابنته من عثمان – رضي الله عنه – وكان أمويا لا هاشميا، وزوج علي – رضي الله عنه – ابنته من عمر – رضي الله عنه – ولم يكن هاشميا بل عدويا، فدل أن الكفاءة في قريش لا تختص ببطن بطن، واستثنى محمد – رضي الله عنه – بيت الخلافة، فلم يجعل القرشي الذي ليس بهاشمي كفئا له، ولا تكون الموالي أكفاء للعرب لفضل العرب على العجم، والموالي بعضهم أكفاء لبعض بالنص، وموالي العرب أكفاء لموالي قريش بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/٣١٩)

(٣) المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٣)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/٣١٩)، الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٥).

(٤)الهاشمي: بكسر الشين, نسبة إلى هاشم، وهو عمرو بن عبد مناف، ولقب بهاشم لأنه هشم الثريد لقومه, نسبة إلى بني هاشم قوم النبي محمد صلى الله عليه وسلم. معجم لغة الفقهاء (ص: ٤٩١).

(٥)فمن كان من الموالي له أبوان في الإسلام فهو كفؤ لمن له عشرة آباء لأن النسبة تتم بالانتساب إلى الأب والجد فمن كان له أبوان مسلمان فله في الإسلام نسب صحيح ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا؛ لمن له أب في الإسلام ومن أسلم أبوه لا يكون كفؤا لمن له أبوان في الإسلام لأن هذا يحتاج في النسبة إلى الأب الكافر، وذلك منهي عنه؛ لما روي «أن رجلا انتسب إلى تسعة آباء في الجاهلية فقال – صلى الله عليه وسلم –: هو عاشرهم في النار» ولكن هذا إذا كان على سبيل التفاخر، وزن التعريف لها أبوان في الحرية، وهذا لأن الرق أثر من آثار الكفر، وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة أصل الدين. وقد روي عن أبي يوسف – رحمه الله تعالى –أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق لو أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر =

والقدرة على المهر والنفقة ( ) شرط الكفاءة؛ لأن السكن والازدواج لا يحصل إلا بهما ( )، وعن محمد: المراد من النفقة نفقة شهر ( )، وقيل: سنة، فإن كان يجد نفقتها لا نفقته فكفؤ وعنهما تشترط القدرة على النفقة دون المهر؛ لأن المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل ( )، والقادر على المهر والنفقة كفؤ لفائقة في الغناء؛ لأن كثرة المال من أسباب الهلاك ( )، وعن محمد: لا لأنه يفتخر به، وعن أبي يوسف: إذا كان قادرًا على المهر ويكسب كل يوم ما ينفق عليها فهو كفؤ؛ لأن المال عادٍ ورائح فلا تعتبر الزيادة ( ).

والبيطار كفؤ للعطار، وعنه الموالي أكفاء إلا الحائك والحجام ( )، وأبو يوسف اعتبرها فلم يجعل الحائك أو الدباغ أو الحجام أو الكناس أو الأتوني كفؤًا للعطار والبزار والصراف وهو أظهر الروايتين عن محمد ( )؛ لأنهم يفتخرون بها أو يقول: يكافئ المتقاربة لا المتباعدة، ولأبي حنيفة يمكنه الانتقال إلى حرفة أخرى ( )، وقيل: هو اختلاف عصر فقي عصره لم يعد

=

كان كفؤا له المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٤) وما بعدها.

الهداية في شرح بداية المبتدي(١/ ١٩٥).

(١) **النفقة لغةً**: الإخراج، وهي اسم منا لإنفاق وما ينفق من الدراهم ونحوها، وما يفرض لإ وجة علىز وجها من الطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوه . **واصطلاحًا**: هي ما به قوام معتا دحال الآدميين اسراف.[ينظر: المصباح المنير(٢/ ٦١٨) مادة (نفق)، المعجم الوسيط(٢/ ٩٤٢) باب النون ، شرح حدود ابن عرفة (ص:٢٢٨)]

(٢) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١٢٩).

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية(٣/ ٢٩٥).

(٤) ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ١١).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص(٤/ ١٦٠).

(٦)فالكفاءة معتبرة من حيث المال فإن من لا يقدر على مهر امرأة ونفقتها لا يكون كفؤا لها؛لأ ن المهر عوض بضعها، والنفقة تندفع بها حاجتها، وهي إلى ذلك أحوج منها إلى نسب الزوج فإذا كانت تنعدم الكفاءة بضعة نسب الزوج فبعجزه عن المهر والنفقةأ ولى، وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – قال: إذا كان يقدر على ما يعجله، ويكتسب فينفق عليها يوما بيوم كان كفؤا لها، وأما إذا كان قادرا على المهر والنفقة كان كفؤا لها، وإن كانت المرأة صاحبة مال عظيم، وبعض المتأخرين اعتبروا الكفاءة في كثرة المال؛ لحديث عائشة – رضي الله عنها – رأيت ذا المال مهيبا ورأيت ذا الفقر مهينا وقالت:إن أحسابذ وي الدنيا المال، والأصحأ ن ذلك لا يعتبر لأ ن كثرة المال في الأصل مذموم «قال: – صلى الله عليه وسلم –: هلك المكثرون إلا من قال بماله: هكذا وهكذا يعني تصدق به». المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٥), بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٣٢٠). المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٢١).

(٧) ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي(١/ ٢٩٢).

(٨) ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي(١/ ٢٩٢)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ١٢).

(٩)فأفاد أن الحرف إذا تقاربت أو اتحدت يجب اعتبار التكافؤ من بقية الجهات فالعطار العجمي غير كفء لعطار أو بزاز عربي أو عالم تقي، النظر في نحو دباغ أو حلاق عربي، هل يكون كفؤا لعطار أو بزاز =

دناءة الحرفة منقصة وعد في عصرهما(١)، وتعتبر الديانة في الكفاءة ( )؛ لأنه يلحقها الشين بفسق الزوج ( )، وقال أبو يوسف: إن كان[٣] فاسقًا معلنًا فكذلك، وإن كان مسرًّا فكفؤ ( )، وقال محمد: إن كان فاسقًا يستخف به أن يسكر ويدخل السوق فيسخر به الصبيان، فليس بكفؤ، وإن كان له جاه فكفؤ ( )، والفقيه كفؤ للعلوية ؛ لأن لها نسبًا وله حسب( ).

٦

وفي التفاريق: قيل عن محمد في المشهور بنت الخليفة لا تكافئ غيره، وفي جمع برهان: لا ينبغي للحنفي أن يزوج بنته من شافعي ( )، وقيل: يجوز

٧

=

عجمي. والذي يظهر لي أن شرف النسب أو العلم يجبر نقص الحرفة بل يفوق سائر الحرف، فلا يكون نحو العطار العجمي الجاهل كفؤا لنحو حلاق عربي أو عالم ويؤيده ما في الفتح أنه روي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو عتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤا له اهـ فليتأمل (قوله لبزاز) قال في القاموس البز الثياب أو متاع البيت من الثياب ونحوها وبائعه البزاز وحرفته البزازة. الدر المختار وحاشية ابن عابدين(٣/ ٩٠)

(١) وتعتبر الكفاءة في الحرف، والمروي عن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى –أن ذلك غير معتبر أصلا، وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أنه معتبر حتى إن الدباغ والحجام والحائك والكناس لا يكون كفؤا لبنت البزاز والعطار، وكأنه اعتبر العادة في ذلك، وورد حديث عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الناس أكفاء إلا الحائك والحجام» ولكن أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – قال: الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تعم به البلوى، والحرفة ليست بشيء لازم فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة، وتارة بحرفة خسيسة بخلاف صفة النسب؛ لأنه لازم له، وذل الفقر كذلك فإنه لا يفارقه المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٥), الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ١٢), العناية شرح الهداية(٣/ ٣٠١).

(٢)هل تعتبر الديانة من الكفاءة: تعتبر الديانة من الكفاءة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه.

وقال محمد رحمه الله لا تعتبر؛ لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به. الهداية في شرح بداية المبتدي (١/ ١٩٦), تبيين الحقائق(٢/ ١٢٩), العناية شرح الهداية(٣/ ٣٠٠) البحر الرائق(٣/ ١٤١).

الراجح هو القول الأول: وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم" إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه" الحديث

لأن النسب وإن كان في تفاضل فقد نسخ الله ما كان يحكم به العرب في الجاهلية من شرف الأنساب بشرف الصلاح والدين ، فقال تعالى: {إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى} الآية [الحجرات: ١٣],ولأن النسب مع عدم الدين كل عار.

(٣) ينظر: العناية شرح الهداية(٤/ ٤٥٢).

(٤) ينظر: شرح فتح القدير(٣/ ٣٠١).

(٥)العناية شرح الهداية(٣/ ٢٩٩) حيث قال إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفئا، وقال في شرح الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس

(٦) ينظر: تبيين الحقائق(٣/ ٢٠٩)، فتح القدير(٥/ ٣٤٧)، البحر الرائق(٨/ ٤٧٩).

(٧)فلا ينبغي للرجل الحنفي أن يزوج ابنته من شافعي المذهب، ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/

=

لنا أن نتزوج ببناتهم ولا يجوز لنا أن نزوج بناتنا منهم( )، وعن الفضلي( ) من قال: أنا مؤمن إن شاء الله فعلى هذا لا يجوز المناكحة بيننا( )، وفي الشافي( ): الكفاءة غير معتبرة فيما بين الكفار؛ لأن مع نقص الكفر لا يظهر نقص آخر إلا أن يكون أمرًا ظاهرًا بأن تزوجت بنت ملكهم أو خيرهم كناسًا أو دباغًا( )، ولا رواية في اعتبار العقل للكفاءة، فقيل : تعتبر لأن الجنون يفوت مقصود النكاح، وقيل: لا لأنه بمنزلة المرض( ).

زوجت نفسها غير كفؤ فللأولياء من عصبتها أن يرفعوا إلى القاضي ليفسخ النكاح دفعًا لضرر العار كالشفيع يملك ذلك دفعًا لضرر الجار ( ).

وقبل الفسخ أحكام النكاح باقية، وإذا فسخ إن لم يكن خلا بها فلا شيء لها لارتفاعه أصلاً، وإن كان دخل بها أو خلا فعليها العدة ولها المسمى ونفقة العدة؛ لأنه انفسخ بعد الدخول ووجب عليه رد المقبوض ولا يقدر فعدم قيمته وهو المهر( )، وعن ابن سلمة( ) لها أن تمنع نفسها حتى يرضى الولي( ).

=

١٧١)، البناية شرح الهداية(٥/ ٦٦).

(١) ينظر: البناية شرح الهداية(٥/ ٦٦).

(٢) محمد بن محمد بن إبراهيم بن محمد بن أحمد ابن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل ابن جعفر بن رجاء بن زرعة الفضلي البخاري الخطيب, قال السمعاني كان ولي القضاء والخطابة ببخاري مدة وتوفي في صفر سنة أربع وثلاثين وخمس مائة رحمه الله تعالى. الجواهر المضية في طبقات الحنفية(٢/ ١١٢).

(٣)فيجوز لنا أن نتزوج بناتهم، ولا يجوز لنا أن نزوج بناتنا منهم. وعن الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل أن من قال: أنا مؤمن إن شاء الله إنه يكفر في الحال، فعلى هذا القياس لا يجوز المناكحة بيننا وبينهم أصلاً. ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ١٧١).

(٤)الشافي في شرح الوافي: للشيخ الإمام: حسين بن محمد السنيقاني الحنفي, وهو مجلد، ضخم.

أوله: (الحمد لله حمد الشاكرين ... الخ) ذكر فيه: أنه صنفه بإشارة: حكيم الدين: محمد بن علي الناموسي, أورد ما هو وي عن المتقدمين، ومختار عند المتأخرين، وطوى ذكر الاختلاف، واكتفى بالعلامات من الهداية والنهاية، وقاضيخان، والخلاصة، والظهرية، وشرح الطحاوي، وغير ذلك من المعتبرات, وفرغ في محرم، سنة ٧٤٠، أربعين وسبعمائة. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون(١/ ٧٠٣).

(٥) الكفاءة غير معتبرة بين أهل الذمة إلا أن يكون أمرا يخاف الفتنة فيحمل ما ذكر هنا على ذلك أو بعد إسلامها ينظر: النكت للسرخسي وشرح النكت للعتابي (ص: ٤٥١), البحر الرائق(٣/ ٢٠١).

(٦)الكفاءة في العقل وإنها معتبرة عند بعض المتأخرين من المشايخ حتى إن المرأة إذا كان مجنوناً لا يكون كفءً للمرأة العاقلة وعند بعضهم غير معتبرة لأن الجنون بمنزلة المرض، ثم سائر الأمراض لا تسلب الكفاءة فكذا الجنون. المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٢٤)

(٧) ينظر: الأصل للشيباني(١٠/ ٢٠٩)، المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٦)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢/ ٢٤٧).

(٨) فالمرأة إذا وجت نفسها من غير كفء صح النكاح في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخراً، وقول محمد رحمه الله آخراً أيضاً حتى إن قبل التفريق يثبت فيه حكم الطلاق والظهار وله إيلاء والتوارث وغير ذلك، ولكن للأولياء حق الاعتراض؛ لأنها ألحقت الشين بالأولياء بنسبة =

وعن أبي حنيفة: لا يجوز النكاح، وعن محمد: يتوقف فإن لم يجز الولي بطل[1]، وعن أبي يوسف: يتوقف على إجازته حتى لو مات أحدهما لا يتوارثان[2]، وفي المشهور: لو رضي[3] بالزوج أقرب الأولياء لم يكن للباقين الاعتراض؛ لأنه لا ولاية لغيره معه، فأما المستوون فإذا رضي به البعض سقط حق الباقين خلافًا لأبي يوسف كدين لهم أبرأ أحدهم أو لهم قصاص فعفى أحدهم أو لهم شفعة فأبطل أحدهم أو قذف جماعة بكلمة فصدقوا أحدهم لا يسقط حق الباقين، كذا هذا لهما الاعتراض حق واحد ثبت لكل واحد منهم كملا فتصرف أحدهم كتصرف الكل كما في النكاح والأمان[4]. ٥

وسكوت الولي ليس برضى لأنه محتمل، فإن قبض مهرها وجهزها فهو رضا دلالة، ولو خاصم في مهرها أو نفقتها بوكالة منها فليس برضًا قياسًا؛ لأن خصومته كخصومتها[5]، وفي الاستحسان[6] هو رضًا؛ لأن الخصومة ٧

=

من لا يكافئهم إليهم بالصمدية فكان لهم أن يدفعوا هذا الشين عن أنفسهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن النكاح لا ينعقد، وبه أخذ كثير من مشايخنا رحمهم الله.

ولا يكون التفريق بذلك إلا عند القاضي، يريد به: أنه ينبغي للولي أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ القاضي العقد بينهما أما لو فسخ القاضي لا ينفسخ النكاح بينهما وتكون هذه فرقة بغير طلاق، حتى لو لم يكن الزوج دخل بها فلا شيء لها من المهر، وإن كان قد دخل بها فلها ما سمى لها من المهر وعليها العدة. المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٢٤), الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ١١).

(١) أبو عبد الله محمد بن سلمة البلخي، ولد سنة(١٩٢هـ)، تفقه على يد: أبي سليمان الجوزجاني، ثم على شداد بن حكيم، أستاذ الطحاوي، وتوفى سنة(٢٧٠ هـ) .[الجواهر المضية(٢/ ٥٦)، الفوائد البهية (ص/ ١٦٨] .

(٢)فلو أن امرأة وجت نفسها من غير الكفء فلها أن تمنع نفسها من الزوج ولا تمكنه عن وطئها، وهذا الجواب خلاف ظاهر الرواية، إنما هذا اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله، قال لأن من حجة المرأة أن تقول: إنما زوجت بك رجاء أن يجيز الولي، فإذا لم يجز فلي أن أمتنع منك. يوضحه أن للولي حق الخصومة فعسى يخاصم ويفرق القاضي بينهما، فيكون هذا وطئاً بشبهة، وكثير من مشايخ زماننا قالوا بجواز هذا النكاح. أفتوا بظاهر الرواية، وقالوا ليس لها أن تمنع نفسها منزوجها. ينظر: المحيط البرهاني(٣/ ٢٥), البحر الرائق(٣/ ١٣٨).

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي(١٩/ ١٢٢).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي(١٩/ ١٢٢).

(٥) ينظر: المبسوط للسرخسي(٩/ ٤٨)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٧/ ٤٨)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٣/ ٢٣٩).

(٦) ينظر: فتح القدير للكمال ابن الهمام(٣/ ٢٩٤)، شرح فتح القدير(٣/ ٢٩٤).

٧() الاستحسان في اللغة: مشتق من الحسن، والحسن ضد القبح، واستحسن الشيء أي عده حسنًا. ينظر: القاموس المحيط (ص:١١٨٩)، مختار الصحاح (ص: ٣٧).

والاستحسان في الاصطلاح له عدة تعريفات؛ منها: التعريف الأول: الاستحسان هو "دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته، فلا يقدر على إظهاره". ونُسب هذا التعريف إلى بعض الحنفية. وانتقد هذا =

بقدر الملك ، ولو فارقته ثم تزوجته فللولي حق الاعتراض وليس رضاه بالأولى رضًا بالثاني، والأولياء على ترتيب العصبات[1].

تزوجت كفؤًا بمهر يسير فللأولياء الاعتراض ليبلغوا مهر المثل أو يفسخ القاضي خلافًا لأبي يوسف ، فأما عند محمد: فلا يتصور هذا لأنه لا نكاح بلا ولي، إلا أن يكون أذن لها بالتزوج ولم يسم لها المهر[2]، قالا: المهر حقها فلها الحط، وله الأولياء يتعيرون بقلة المهر ، وعن محمد: إنه رجع إلى قولهما، وفي رواية أبي حفص: إن لم يكن لها ولي يجوز النكاح عنده[3]، والله أعلم بالصواب.

=

التعريف انتقادًا شديدًا؛لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدري أنه وهم وخيال أو تحقيق ولا بد من ظهوره". ينظر: نهاية السول، للإسنوي (ص: ٣٦٦)، الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي(٤/ ١٥٧)، المستصفى، للغزالي (ص: ١٧٣)، شرح مختصر الروضة، للطوفي(٣/ ١٩٠).

التعريف الثاني: الاستحسان "ما يستحسنه المجتهد بعقله". ونُسب هذا التعريف إلى أبي حنيفة،" ولكن أصحابه ينكرون هذا التفسير عنه".

وانتُقد هذا التعريف بأنه يفوض الأحكام إلى آراء الرجال، ولو فتح هذا الباب لبطلت الحجج وادعى كل من شاء ما شاء، يقول الشنقيطي منتقدًا التعريفين السابقين:" وبطلان هذين التعريفين ظاهر؛لأن المجتهد ليس له الاستناد إلى مجرد عقله في تحسين شيء, وما لم يعبر عنه لا يمكن الحكم له بالقبول حتى يظهر ويعرض على الشرع". ينظر: التحبير شرح التحرير، للمرداوي(٨/ ٣٨٢٢)، التحبير شرح التحرير، للمرداوي(٨/ ٣٨٢٢)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، للبخاري الحنفي(٤/ ٣)، الاعتصام، للشاطبي، (ص: ٦٥٤)، مذكرة في أصول الفقه، للشنقيطي(ص: ٢٠٠).

التعريف الثالث: الاستحسان "هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه بوجه هو أقوى". وهذا أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان؛ لأنه يشمل كل أنواعه، قال الغزالي عن هذا التعريف:" وهذا مما لا ينكر".

ينظر: شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني(٢/ ١٦٣)، الفصول في الأصول، للجصاص(٤/ ٢٣٤)، أصول الفقه، لمحمد أبو زهرة (ص: ٢٣٢)، المستصفى، للغزالي (ص: ١٧٣).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٢٧)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٢٤)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري(٢/ ١١).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي(٢١/ ١١).

(٣)الحكم لو تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها: فقد اختلف فقهاء الحنفية في ذلك على قولين:

القول الأول: يرى أن للولي الاعتراض عليها حتى يتم لها مهرها أو يفارقها، فإذا فارقها قبل الدخول فلا مهر لها، وإن فارقها بعده فلها المسمى، وكذا إذا مات أحدهما قبل التفريق، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله.

القول الثاني: يرى أنه ليس للولي الاعتراض عليها وهو قول محمد بن الحسن وأبو يوسف.

تبيين الحقائق(٢/ ١٣٠)

الأدلة:

استدل الإمام أبو حنيفة على ما قاله به:أن الأولياء يتفاوتون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فصار بمنزلة عدم الكفاءة بل أولى؛لأن ضرره أشد من ضرر عدم الكفاءة؛ لأنه عند تقادم العهد يعتبر مهر قبيلتها

=

المبحث الثالث: التزويج[1] بغير وكالة[2] وبوكالة

قال: اشهدوا[3] أني تزوجت فلانة فبلغها فأجازت أو قالت: اشهدوا أني قد زوجت نفسي من فلان فبلغه فأجاز[4]، أو أجنبي[5] قال: اشهدوا أني

=

بمهرها فيرجع الضرر على القبيلة كلها فكان لهم دفعه.

واستدل الصاحبان: بأن المهر حقها لا حق لأولياء، ومن أسقط حقه لا يعترض عليه فصار كما لو أبرأته بعد العقد. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١٣٠)

ونوقش هذا :قياس سقوط المهر على الإبراء منه بعد العقد قياس مع الفارق ؛ لأنه لا ضرر عليهم بل هو من باب الكرم ومكارم الأخلاق تبيين الحقائق(٢/ ١٣٠).

ينظر: التجريد للقدوري(٩/ ٤٣٦٨)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٤٧)، المبسوط للسرخسي(١٩/ ١٢).

(١) الزواج لغةً: هو اقتران أحد الشيئين بالآخر، والزوج واجهما؛ أي: صار كل منهما زوجًا للآخر بعد أن كان كل واحدًا منهما فردًا.

ومنه: الضم، كأن الزوج ضم زوجته إلى صدره ضمًّا يشبه ضم الأم لغلامها إلى صدرها، في حنان وشوق ورأفة، ويطلق على العقد والوطء. ينظر: مقاييس اللغة(٣/ ٣٥)، لسان العرب(٢/ ٦٠).

الزواج عند الفقهاء: المعنى الشرعي لكل من الزواج والنكاح هو ما يطلق على العقد الذي يعطي لكل واحد من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر على الوجه المشروع.أو هو: عقد يفيد ملك المتعة قصدًا,أو: هو العقد الذي يتيح لكل من الزوجين حق الاستمتاع بالآخر طيلة قيامه علي الوجه المشروع. ينظر: المغني مع الشرح الكبير(٧/ ٣٣٣)، فتح القدير علي الهداية (٣/ ١٨٦).

(٢) الوكالة بالفتح وبالكسر، في اللغة: أن يعهد إلى غيره ليعمل له عملا، والوكالة: عمل الوكيل ومحله. والتوكيل تفويض التصرف إلى غيره، وسمي الوكيل وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره، فهو موكول إليه الأمر. ينظر: النهاية لابن الأثير(٤/ ٢٢٨)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير(٢/ ٦٧٠)، لسان العرب(١١/ ٧٣٦).

وفي الاصطلاح: عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة.

فعرفها الحنفية بأنها: إقامة الغير مقام نفسه – ترفعا أو عجزا – في تصرف جائز معلوم. ينظر: حاشية ابن عابدين(٤/ ٤٠٠)، واللباب شرح الكتاب(٢/ ١٣٨).

وعرفها المالكية بأنها: نيابة ذي حق – غير ذي إمرة ولا عبادة – لغيره فيه، غير مشروط بموته. ينظر: مواهب الجليل(٥/ ١٨١)، وجواهر الإكليل شرح مختصر خليل(٢/ ١٢٥).

وعرفها الشافعية بأنها: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته. ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج(٥/ ١٤)، مغني المحتاج(٢/ ٢١٧)، حاشية الجمل على شرح المنهج(٢/ ٤٠).

وعرفها الحنابلة بأنها: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين. ينظر: كشاف القناع(٣/ ٤٦١)، الإنصاف(٥/ ٣٥٣).

زوجت فلانة من فلان فبلغهما فأجازا جاز عند أبي يوسف؛ لأنه لو كان بالأمر ينفذ فإذا كان بغير أمر توقف، وقالا: لا يجوز؛ لأن هذا شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كالبيع والإجارة[٤].

ولو قال: تزوجت فلانة وزوجتها من نفسي يتوقف، أو قال لقوم: أريد أن أزوج فلانة من نفسي، ينبغي أن يتوقف[٥]، ولا يلزم إذا كان مأذونًا أو وليًّا من الجانبين؛ لأنه باعتبار الإذن والولاية قام مقام شخصين فكان عقدًا تامًا، ولهذا لا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه[٦]، أما هنا فبخلافه وبخلاف ما لو قيل عنه قابل أو جرى الإيجاب والقبول[٧] بين الفضوليين؛ لأنه عقد تام

=

١() الشَّهادة: هي إخبار عن عِلْم بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحقٍ للغير على الآخر. والإخبارات الثلاث: إما بحق للغير على الآخر فهو شهادة، أو بحق للمخبر على الآخر فهو الدعوى، أو بالعكس وهو بالإقرار، وتطلق الشهادةُ أيضاً على اليمين مجازاً. ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ١٢٤-١٢٥)، التوقيف على مهمات التعاريف (ص: ٢٠٨).

٢() ينظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٢/ ١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٥).

٣() الاجنبي عن المرأة: من ليس لها بزوج ولا محرم. ينظر: معجم لغة الفقهاء (ص: ٤٤).

٤() الإجارة في اللغة اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، وهي بكسر الهمزة، وهو المشهور. وحكي الضم بمعنى المأخوذ وهو عوض العمل، ونقل الفتح أيضا، فهي مثلثة، لكن نقل عن المبرد أنه يقال: أجر وآجر إجارا وإجارة. وعليه فتكون مصدرا. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٣١٦)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١/ ٥)، تاج العروس (١٠/ ٢٨).

وهذا المعنى هو المناسب للمعنى الاصطلاحي. ينظر: حاشية ابن عابدين (٥/ ٢).

وعرفها الفقهاء بأنها عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض. ينظر: كشف الحقائق (٢/ ١٥١)، والمبسوط (١٥/ ٧٤)، والأم (٣/ ٢٥٠)، والمغني المطبوع معه الشرح الكبير (٦/ ٣)، الشرح الصغير على أقرب المسالك (٤/ ٥).

ويخص المالكية غالبا لفظ الإجارة بالعقد على منافع الآدمي، وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان، ويطلقون على العقد على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوانات لفظ كراء، فقالوا: الإجارة والكراء شيء واحد في المعنى. ينظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك (٤/ ٥)، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٢).

٥() فمن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة فبلغها فأجازت فهو باطل، وإن قال آخر اشهدوا أني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز، وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك, وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فأجازه جاز, وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له". يراجع: المبسوط للسرخسي (٥/ ١٩), الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٢/ ١٩), العناية شرح الهداية (٣/ ٣١٠).

٦() ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٦٢)، المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٧٠).

٧() الإيجاب والقبول: الإيجاب: أول الكلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف، من قوله: بعت واشتريت. والقبول: ثاني الكلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يَتِمُّ العقد. ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ٤٠)، الكليات (ص: ٢٠١)، التعريفات (ص: ٤١).

فتوقف، وبخلاف الخلع[1] من جانب الزوج؛ لأنه يمين[2] ولهذا لا يصح رجوعه حتى لو كانت من جانب المرأة لم يتوقف على وراء المجلس فيبطل[3]؛ لأنه ليس يمين حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج[4].

١() الخلع في اللغة: النزع، وخالعت المرأة وجها مخالعة واختلعت منه إذا افتدت منه وطلقها على الفدية، والمصدر الخلع، والخلع اسم.

وهو في الاصطلاح: إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع، أو ما في معناه مقابل عوض تلتزم به الزوجة أو غيرها للزوج. ينظر: الدر المختار(٢ /٨٦٠)، وبداية المجتهد(٢ /٧٢)، ومنح الجليل(٢ /١٨٢).

وأما عند الفقهاء فقد عرفوه بألفاظ مختلفة تبعا لاختلاف مذاهبهم في كونه طلاقا أو فسخا، فالحنفية يعرفونه بأنه عبارة عن: أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. ينظر: الاختيار(٣ /١٥٦)، فتح القدير مع العناية(٣/١٩٩)، حاشية ابن عابدين على الدر المختار(٢ /٥٥٦ –٥٥٧).

وتعريفه عند الجمهور في الجملة هو: فرقة بعوض مقصود لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع. ينظر: جواهر الإكليل(١ /٣٣٠)، حاشية الدسوقي(٢ /٣٤٧)، الزرقاني(٤ /٦٤).

٢() وحاصل الخلاف أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب, فإذا قال الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد؟ ففيه خلاف بين أئمة المذهب على قولين:

القول الأول: وهو قول الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وهو قول أبي يوسف أولا لا يتوقف العقد على إجازة الغائب. بدائع الصنائع(٥/١٣٨), العناية شرح الهداية(٣/٣١١), البحر الرائق(٣/١٥٠)

القول الثاني: وهو قول أبو يوسف الآخر يقول في نكاح الفضولي من الجانبين لو كان مأمورا من الجانبين نفذ، فإذا كان فضوليا توقف. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٥/١٣٨), العناية شرح الهداية(٣/٣١١), البحر الرائق(٣/ ١٥٠).

الأدلة

أدلة القول الأول: أن الموجود شرط العقد لأنه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة؛ لأن الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينقل كلامه إلى العاقدين فيصير ككلامين وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الإيجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع والطلاق على مال والإعتاق عليه لأنه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع، واليمين يتم بالحالف فكان عقدا تاما. العناية شرح الهداية(٣/٣١١)

ودليل أبو يوسف: أن الكلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء فكذا باعتبار الإجازة انتهاء؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال، فإن الزوج إذا قال: خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق، وكذلك الطلاق والإعتاق على مال، احتياج الكل إلى الإيجاب والقبول. العناية شرح الهداية(٣/٣١١).

الراجح: هو القول الأول القائل أن عقد النكاح لا يتوقف على إجازة الغائب؛ لأن عبارة كل واحد منهما تقوم مقام عبارة الأصيل، لتعدد العاقد حقيقة فيكون ما جرى بين الفضوليين عقدا تاما لوجود الإيجاب والقبول، والعقد الكامل يتوقف على ما وراء مجلس العقد. هذا والفضولي قبل الإجازة لا يملك نقض النكاح، بخلاف البيع؛ لأنه في البيع ترجع إليه حقوق العقد، أما في النكاح فترجع الحقوق إلى المعقود له.

٣() العناية شرح الهداية(٣/ ٣١١)

ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق(٣/٢٤٥)، شرح فتح القدير على الهداية(٤/٢٠٥).

وفي التفاريق: زوجها من نفسها بأمرها وقال: اشهدوا أن فلانة وكلتني أن أزوجها من نفسي ولم ينسبها ولم يعرفها الشهود وسعه فيما بين الله[1]، وقيل: يعتبر اسمها واسم أبيها وجدها خلافهما في الجد وفي النوازل، وقيل : لم ينسبها ولم يعرفها الشهود لا يجوز النكاح؛ لأن الغائب يعرف بالتسمية ألا ترى لو قال: تزوجت امرأة قد وكلتني لا يجوز[2].

وفي شرح القاضي: لو كانت حاضرة منقبة[3] ولا يعرفها الشهود فعن الحسن وبشر: يجوز[4]، وقيل: ما لم ترفع نقابها فيراها الشهود[5]، وفي الشافي: الواحد يتولى طرفي الخلع إذ كان البدل مسمى، وعن محمد: يتولى وإن لم يكن مسمى؛ لأن الوكيل هنا كالرسول[6] من حيث أن الحقوق لا تتعلّق به، والواحد يصح رسولًا من الجانبين[7]، وجه الظاهر أن الخلع لا يُجب فيه البدل من غير تسمية ويحتاج فيه إلى طلب الزيادة والنقصان، والواحد لا يصلح مستزيدًا ومستنقصًا إذا لم يكن مسمى وفي المسمى لا حاجة إلى ذلك، والعتق[8] على مال والطلاق على مال والكتابة

١() ينظر: البناية شرح الهداية(٥/١٢٥)، شرح فتح القدير(٣/٢٩٥)، الكفاية في شرح الهداية(٢/٤٥٦).

٢() جاء في البحر الرائق(٣/١٤٧) وإن كانت حاضرة منتقبة ولا يعرفها الشهود، فقال اشهدوا أني تزوجت هذه المرأة، فقالت المرأة تزوجت نفسي منه جاز هو المختار؛ لأنها حاضرة والحاضرة تعرف بالإشارة فإذا أرادوا الاحتياط يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود أو يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها حتى يكون متفقا عليه فيقع الأمن من أن يرفع إلى قاض يرى قول من لا يجوز وهو نصير بن يحيى فيبطل النكاح هذا كله إذا كان الشهود لا يعرفون المرأة أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر اسمها لا غير، جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها لأن المقصود من النسبة التعريف، وقد حصل باسمها. ينظر: البناية شرح الهداية(٥/١٢٥)، شرح فتح القدير(٣/٢٩٥)، الكفاية في شرح الهداية(٢/٤٥٦).

٣() النقاب: القِناع على ما ن الأنف تستر به المرأة وجهَها. ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ٢٣١).

(٤) فلو كانت منقبة لا يعرفها، ولا يعرفها الشهود، فعن الحسن وبشر لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود، ذكره الإما م التمرتاشي. البناية شرح الهداية(٥/ ١٢٥):

٥() ينظر: الكفاية في شرح الهداية(٢/٤٥٦)، البناية شرح الهداية(٥/١٢٥)، الفتاوى الهندية (ص:٢٦٨).

٦() الرسول معناه في اللغة: الذي يتابع أخبار الذي بعثه؛ أخذ من قولهم: جاءت الإبل رسلا، أي: متتابعة. ينظر: تهذيب اللغة(٢/١٢٧٢)، تاج العروس(٢٩/ ٣٧).

والرسول في الفقه: من أمره المرسل بأداء الرسالة بالتسليم والقبض. ينظر: التعريفات (ص: ١١٠)، التوقيف على مهمات التعاريف (ص: ١٧٧).

٧() ينظر: الذخيرة البرهانية(٤/٢٤٦)، الكفاية في شرح الهداية(٢/٤٥٩).

٨() العِتْق لغة: بكسر العين وسكون التاء: الحرية والخلوص، مشتق مِنْ قولهم: عَتَق الفرس، إذا سبق، وعتق الفرخ: طار واستقل وخلص. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير(٢/٣٩٢)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية(٤/ ١٥٢٠).

وفي الشرع: زوال الرقِّ أي الخروجُ عن المملوكية. فالعتقُ قوة حكمية يصير بها أهلاً للتصرفات الشرعية، فهو عبارة عن إسقاط المولى حقَّه عن مملوكه بوجه مخصوص به يصير المملوك من الأحرار، والعتيق: مَنْ عُتِق. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (ص: ٢٣٦)، التعريفات الفقهية (ص: ١٤٣)، التعريفات =

والصلح عن دم العمد وشراء العبد نفسه من مولاه بأمره على هذا( ).
وفي شرح القاضي( ): قال لامرأته: اختلعي بمال أو بما شئت فقالت: اختلعت لا يقع؛ لأن التوكيل لم يصح، ولو قال: اختلعي فقالت: اختلعت قال هذا أمر بالطلاق بلفظ الخلع، ولو قال: اختلعي فقالت: اختلعت بألف لا يقع ما لم يقبل الزوج( )؛ لأنه فوض إليها التنجيز( ) وهي أتت بالتعليق، وعلى هذا

=

(ص: ٧ ١٤).

١( ) الطَّلاقُ لُغةً: حَلُّ الوَثاقِ، مُشتَقٌّ مِن الإطلاقِ: وهو الإرسالُ والتَّركُ. ينظر: تهذيب اللغة للأزهري (١٩٨/)، الصحاح للجوهري(٤/ ١٥١٧).

الطَّلاقُ اصطِلاحًا: هو حَلُّ قَيدِ النِّكاحِ بلَفظِ الطَّلاقِ ونَحوِه. ينظر: الغرر البهية لزكريا الأنصاري(٤/ ٢٤٥)، الإقناع للحجاوي(٤/ ٢)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي(٨/ ٢).

٢( ) الكتابة والمكاتبة لغةً: مأخوذة من كتب بمعنى أوجب، ولزم. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير(٢/ ٥٢٤). فالمكاتب -بفتح التاء-: هو العبد الذي علّق عتقه بمال يدفعه لسيده، وبكسرها: من تقع منه. وسميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبين عبده كتاباً بما اتفقا عليه. ينظر: الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة(١/ ٢٧٩).

وشرعاً: هي إعتاق العبد نفسه من سيده بمال يؤدّى في ذمته مؤجلاً. وقيل: عقد يوجب عتقا على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه فإذا أدى ما عليه من المال صار العبد حرا. والكتابة أخص من العتق؛ لأنها عتق على مال. ينظر: حاشية الدسوقي(٤/ ٣٨٨)، التعريفات الفقهية (ص: ١٨٠)، التعريفات (ص: ١٨٣).

٣( ) وحاصل المسألة أن الواحد يتولى الخلع من الجانبين, كما لو قال لها اخلعي نفسك بالمال أو بما شئت، وقالت اختلعت لا يقع الطلاق، لأنه يصير مستزيدا ومستنقصا وهو محال، وكذا لو قال بألف فقالت اختلعت ذكر في الوكالة أنه يقع، وفي الطلاق أنه لا يتم، ولو قال اخلعي نفسك ولم يذكر مالا ذكر خواهر زاده أنه تقع طلقة واحدة بائنة، وفي المنتقى لا يصح ولا يكون دخولها إلا بالمال، إلا أن ينوي الزوج الطلاق بغير مال، وكذا لو قال لغيره: اخلع امرأتي فليس له أن يخلعها إلا بمال.

ولا يتولى الواحد في عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع لأن الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا لأن الحقوق في باب الخلع ترجع إلى الوكيل؛ ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب النكاح بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٣/ ١٤٦), البناية شرح الهداية(٥/ ٥١٩)

(٤)شرح القاضي: للعلامة زكريا بن محمد الأنصاري, المتوفى: سنة ثمان وعشرين وتسعمائة, وهو شرح مختصر، مؤلفه: سماه: (فتح الباقي بشرح ألفية العراقي), فرغ عنه: في رجب، سنة ٨٩٦,أوله: (الحمد لله الذي وصل من انقطع إليه ... الخ). كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون(١/ ١٥٦)

(٥)جاء في البحر الرائق(٤/ ٧٨) لو قال لها اختلعي فقالت اختلعت تطلق، ويسقط المهر لأن قول اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع، والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج فصار بمنزلة ما لو قال لها طلقي نفسك طلاقا بائنا بخلاف قوله اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق ما لم يقل الزوج بعت لأنه أمر بالخلع الذي هو معاوضة لأن الشراء معاوضة فلا يصح الأمر إذا لم يكن البدل مذكورا معلوما، وأما إذا ذكر مالا جهولا بأن قال اخلعي نفسك بمال فقالت اختلعت نفسي بألف درهم لا يتم الخلع، ولا تطلق حتى يقول الزوج خلعت لأنه لم يصح تفويض الخلع إليها لأنه إذا ذكر المال كان خلعا حقيقة.

٦( ) التنجيز: هو خلاف التعليق، ومعنى النجز: النقد خلاف الكالئ أي النسيئة. ينظر: التعريفات الفقهية =

الوكيل بالطلاق لو خالع لا يقع، وإن كان قبل الدخول، ولو قال: اختلعي بألف فقالت: اختلعت في رواية لا يصح ما لم يقبل الزوج، وفي رواية: يصح ويرى عن المهر[٢]، وكذا لو خاطبت زوجها فهو على تلك الوجوه[١].

والوكيل بالهبة[٢] والصدقة[٣] يصلح وكيلًا من الجانبين[٤]، وكذا لو وكل رجلًا بأن يهب جاريته من نفسه فوهب جاز، وكذا لو قال: أبرئ نفسك

=

(ص: ٦٣)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ٥٨).

١() الحكم لو وكّل الرجل رجلاً بطلاق امرأته، فطلقها بمهرها ونفقة عدّتها أو خالعها على ذلك: فقد اختلف فقهاء الحنفية في وقوع الطلاق وكان خلافهم على النحو التالي:

قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: يجوز ذلك سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول لأن الغالب من عادات النّاس أنّهم يريد ن بالتوكيل بالطلاق, الطلاق بجعل، لكن هذا الوجه غير مختار لأن هذا يقتضي أن الوكيل بالطلاق إذا طلّق مطلقاً أنّه لا يجوز، وهذا بعيد.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله مرّة: لا يجوز من غير تفصيل بين المدخول بها وغير المدخول؛ لأنه وكلّه بالتنجيز وقد أتى بالتعليق، وهذا التعليل يوجب التسوية بين المدخول بها وغير المدخول بها، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله.

وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله في قوله الآخر: إن كانت المرأة مدخولاً بها لا يجوز وإن لم يكن مدخولاً بها يجوز، وهكذا حكي عن الفقيه أبي القاسم الصفّار، وهو اختيار الصدر الشهيد رحمه الله في « واقعاته», والوجه في ذلك أن المرأة إذا لم تكن مدخولاً بها، فهذا من الوّكيل خلافٌ إلى خير؛ لأنّه وكّله بطلاق يقطع النكاح مجاناً، وقد أتى بطلاق قطع النكاح بعوض ولا يعدّ ذلك خلافاً إذا كانت مدخولاً بها. يراجع: المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٣/ ٣٥٨)

٢() ينظر: شرح فتح القدير على الهداية(٤/ ٢١٧)، الفتاوى التاتارخانية في الفقه الحنفي(٣/ ٣٧).

٣() الهبة في اللغة: إعطاء الشيء إلى الغير بلا عوض، سواء كان مالاً أو غير مال، فيقال: وهب له مالا وهبا وهبة، كما يقال: وهب الله فلانا ولدا صالحا، ومنه قوله تعالى: {فهب لي من لدنك وليا يرثني}. ويقال: وهبه مالا، ولا يقال: وهب منه، والأكثر ن على: وهب له، متعدية بحرف الجر. والاسم من الهبة: الموهب والموهبة. والاتهاب: قبول الهبة. والاستيهاب: سؤال الهبة. وتواهب القوم: وهب بعضهم بعضا، ورجل وهاب ووهابة: أي كثير الهبة لأمواله. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٣٥٢)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير(٢/ ٦٧٣)، لسان العرب(١/ ٧٧٨).

والهبة اصطلاحا: هي تمليك العين بلا شرط العوض. ينظر: الكليات(٥ / ٧٩، ٨٠)، وحاشية ابن عابدين(٤ /٥٠٨)، تبيين الحقائق(٥ / ٩١)، والشرح الصغير(٤ / ١٦٠).

٤() الصدقة بفتح الدال لغة: ما يعطى على وجه التقرب إلى الله تعالى لا على وجه المكرمة. ينظر: المعجم الوسيط(١/ ٥١١)، المعجم المحيط (ص: ٨٥٩).

ويشمل هذا المعنى الزكاة وصدقة التطوع.

وفي الاصطلاح: تمليك في الحياة بغير عوض على وجه القربة إلى الله تعالى، وهي تستعمل بالمعنى اللغوي الشامل، فيقال للزكاة: صدقة، كما ورد في القرآن الكريم: {إنما الصدقات للفقراء والمساكين} التوبة: ٦٠.

ويقال للتطوع: صدقة كما ورد في كلام الفقهاء وتحل لغني، أي صدقة التطوع. ينظر: مغني المحتاج(٣ / ١٢٠)، والمغني لابن قدامة(٥ / ٦٤٩).

يقول الراغب الأصفهاني: الصدقة: ما يخرجه الإنسان من ماله على وجه القربة كالزكاة. لكن الصدقة في =

مما لي عليك أو حلل نفسك من ذلك ففعل جاز، والواحد لا يتولى البيع والإجارة من الجانبين، وكذا لا يصلح وكيلًا للمطلوب في قضائه ولا وكيلًا للطالب في الاقتضاء، وكذا لا يصلح المطلوب وكيلًا للطالب في قبض الدين من نفسه ولا وكيلًا من الجانبين في خصومه[٢].

قلت[١]: ولم يمر بي تولية الواحد طرفي الصلح والقسمة[٤] والرهن[٥] فأقول: أما الصلح فإن كان عن إقرار أو إنكار والمدعى عرض لا يتولى؛ لأنه مبادلة في زعم المدعي، وإن كان المدعى دينًا إن وقع الصلح بجنس[١]

=

الأصل تقال: للمتطوع به، والزكاة تقال: للواجب. ينظر: المفردات (ص:٢٧٨)، التعريفات (ص:١٧٤). والغالب عند الفقهاء: استعمال هذه الكلمة في صدقة التطوع خاصة.

يقول الشربيني: صدقة التطوع هي المرادة عند الإطلاق غالبا. ينظر: مغني المحتاج(٣ /١٢٠).

وفي وجه تسميتها صدقة يقول القليوبي: سميت بذلك لإشعارها بصدق نية باذلها. ينظر: القليوبي على شرح المنهاج(٣ / ١٩٥).

(١)فالوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولاأ ن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليهلأ ن الحكم في هذه العقود يقف على القبض، ولا صنع للوكيل في القبض، بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى، فكانت حقوق العقد راجعة إليه، وكان الوكيل سفيرا عنه بمنزلة الرسول, بخلاف الوكيل بالبيع وأخواتهلأ ن الحكم فيها للعقد لا للقبض، وهو العاقد حقيقة وشرعا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه وكذا في التوكيل بالاستعارة، والارتهان والاستيهاب، الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٦/ ٤ ٣).

٢() ينظر: النتف في الفتاوى للسغدي(١/٥٢٩)، المبسوط للسرخسي(١٢/٢٠٤)، المحيط البرهاني(٤/ ٦٣)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٣١).

(٣) محمد بن الحسن.

٤() القسمة لغة: النصيب، جعل الشيء أو الأشياء أجزاءأ و أبعاضا متمايزة.

قال الفيومي: قسمته قسما، من باب ضرب: فرزته أجزاء فانقسم، والموضع مقسم مثل مسجد، والفاعل قاسم، وقسام مبالغة، والاسم القسم (بالكسر) ثم أطلق على الحصة والنصيب، فيقال: هذا قسمي، والجمع أقسام، مثل حمل وأحمال، واقتسموا المال بينهم، والاسم القسمة، وأطلقت على النصيب أيضا. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٤٠٩)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير(٢/٥٠٣).

وفي الاصطلاح: هي جمع نصيب شائع في معين،أ و هي: تمييز الحصص بعضها من بعض، وإنما كانت جمعا للنصيب بعد تفرق، لأنه كان قبل القسمة موزعا على جميع أجزاء المشترك، ما من جزء – مهما قل – إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ما له في المجموع الكلي، ثم صار بعد القسمة منحصرا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء، ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان، كما في المهايأة الزمانية. ينظر: البحر الرائق(٨ /١٦٧)، وتكملة فتح القدير(٨ /٣٤٧).

٥() الرهن في اللغة: الثبوت واللزوم، يقال: ماء راهن أي: راكد ودائم، ونعمة راهنة أي: ثابتة دائمة.

ويأتي بمعنى الحبس. ومن هذا المعنى: قوله تعالى: {كل امرئ بما كسب رهين}، وحديث: نفس المؤمن مرهونة – أي محبوسة – بدينه حتى يقضى عنه دينه. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع (ص:٢٩٦)، المصباح =

الدين[1] يتولى لأنه إسقاط، وإن وقع بغير الجنس لا يتولى؛ لأنه مبادلة[2]، وأما القسمة ففي العرض لا يتولى لأنها مبادلة، وفي ذوات الأمثال يتولى لأنها تمييز ، وفي الرهن لا يتولى لأنه لا صحة له إلا بالقبض والواحد لا يكون قابضًا من نفسه ومسلمًا، وقد ذكرتها لواحد فصوبني[3].

ولو اشترى الأب بمال الصغير بأقل من قيمته بما يتغابن[4] في مثله أو باع ما له من الصغير بأزيد من قيمته بما يتغابن في مثله جاز خلافًا لزفر وفي بيوعه لم يجز بالاتفاق[5].

=

المنير في غريب الشرح الكبير (١/ ٢٤٢)، مقاييس اللغة (٢/ ٤٥٢). وشرعا: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها أو من ثمنها إذا تعذر الوفاء. ينظر: أسنى المطالب (٢/ ١٤٤)، ابن عابدين (٥/ ٣٠٧)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٣١)، المغني (٤/ ٣٦١)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٣٣).

١() الجنس في اللغة الضرب من كل شيء. والجمع أجناس وهو أعم من النوع يقال الحيوان جنس والإنسان نوع لأنه أخص من قولنا حيوان وإن كان جنسا بالنسبة إلى ما تحته والمتكلمون على العكس يقولون الألوان نوع والسواد جنس ويقال لا ن يجانس هذا أي يشاكله ولا ن يجانس البهائم ولا يجانس الناس إذا لم يكن له تمييز ولا عقل.

قال في اللسان: الإبل جنس من البهائم العجم، فإذا واليت سنا من أسنان الإبل على حدة فقد صنفتها تصنيفا، كأنك جعلت بنات المخاض منها صنفا، وبنات اللبون صنفا، والحقاق صنفا، وكذلك الجذع والثني. والحيوان أجناس، فالناس جنس، والإبل جنس، والبقر جنس، والشاء جنس.

ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١/ ١١١)، لسان العرب (٦/ ٤٣)، مختار الصحاح (ص: ٦٢)، المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٩٣).

وفي اصطلاح الفقهاء عرفه الجرجاني: بأنه اسم دال على كثيرين مختلفين بالأنواع.

وقال الشربيني: الجنس: كل شيئين أو أشياء جمعها اسم خاص تشترك في ذلك الاسم بالاشتراك المعنوي.

ينظر: التعريفات (ص: ٧٨)، مغني المحتاج (٢/ ٣٢).

وعرفه المناطقة بأنه ما صدق في جواب ما هو على كثيرين مختلفين بالحقيقة، والنوع ما صدق في جواب ما هو على كثيرين متفقين بالحقيقة. حاشية الصبان على السلم (ص ٦٠، ٦٢).

٢() الدَّين: بالفتح عبارة عن مال حكمي في الذمة ببيع أو استهلاك وغيرهما كذا في "الأشباه"، وقيل: الدين ما يثبت في الذمة والقبض أخصّ من الدين. ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ٩٨).

(٣) أما في الصلح عن إقرار فظاهر لأن المدعي ملك المدعى في حق المدعي والمدعى عليه فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا فيتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح.

(وأما) في الصلح عن إنكار لأن عند المدعي أنه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة في حقه وكان للشفيع فيها حق الشفعة وكذا في الصلح عن سكوت المدعى عليه لأن المدعي إن كان محقا في دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة وإن كان مبطلا كان عوضا عن ملكه في زعمه فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه لوجود معنى المعاوضة في هذا الصلح من الجانبين جميعا. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ١١).

٤() النتف في الفتاوى للسغدي (١/ ٥١٣)، بدائع الصنائع (٦/ ٦٧)، تبيين الحقائق (٥/ ٢١٣).

٥() الغَبَن: هي الخديعة في البيع والشراء واليسيرُ منه ما يُقَوَّم به مُقَوَّم والفاحشُ منه ما لا يخل تحت تَقْويم =

قلت: وفيه نظر وفي الهاروني إن الثمن الذي يلزم الأب بشراء مال ولده لا يبرئ منه حتى ينصب القاضي وكيلًا من الصغير ليقضيه من الأب ثم يأمره القاضي بالرد عليه[٢].

وللأب أن يرهن ماله من الصغير بدين الصغير على نفسه أو يرتهن مال الصغير بدين له على الصغير؛ لأنه يملك بيع ماله منه وشراء ما له لنفسه، وكذا الرهن والارتهان[٣]، وفي التعويد بخلاف القاضي يبيع ما له من يتيم أو يشتري مال اليتيم لنفسه لم يجز؛ لأن هذا حكم لنفسه لا يجوز[٤]، والذي يؤيد هذا لو زوج الصغيرة من نفسه أو من ابنه أو ممن لا تقبل شهادته له لم يجز[٥].

=

المقوِّمين، وقيل: ما لا يتغابن الناس فيه. وقيل: (غ ب ن): ما يتغابن الناس في مثله من الغبن من حد ضرب وهو الخداع يراد به ما يجري بينهم من الزيادة والنقصان ولا يتحفظ عنه وما لا يتغابن الناس فيه هو ما يتحفظ عنه من التفاوت في المعاملات.

وهو نوعا ن: يسير، فاحش.

الغبن اليسير: هو ما يقوم به مقوّم.

الغبن الفاحش: هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل: ما لا يتغابن الناس فيه. ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ١٥٦)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ٦٤)، التعريفات (ص: ١٦١).

١() جاء في البحر الرائق (٧/ ١٦٧): ولو اشترى الأب مال ولده الصغير بمثل القيمة أو بأكثر أو بأقل بمقدار ما يتغابن فيه صح الشراء وبما لا يتغابن فيه لا يصح وكذا لو باع ماله من ولده الصغير والجد أبو الأب كالأب عند عدمه ووصيه وأما حكم الوصي فهو كالأب والجد إذا عقد مع أجنبي وأما مع نفسه فقال الإمام: لا يجوز إن كان خيرا وذكر الطحاوي قول أبي يوسف معه وقال محمد: لا يجوز بحال اهـ.

٢() المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٥)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ١٤٣)، مجمع الضمانات (ص: ٤١٠).

٣() الذخيرة البرهانية المسمى ذخيرة الفتاوى في الفقه على المذهب الحنفي (١١/ ٣١٨)، البناية شرح الهداية (١٢/ ٢٥١).

٤() جاء في بدائع الصنائع (٦/ ١٣٦) ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لأجل الولد، وإذا هلك بعد ذلك فيهلك بالأقل من قيمته ومن الدين؛ إذا كان أشهد عليه قبل الهلاك، وإن كان لم يشهد عليه قبل الهلاك، لم يصدق إلا أن يصدقه الولد بعد الإدراك، والوصي لو فعل هذا من اليتيم، لا يجوز رهنه ولا ارتهانه، أما على أصل محمد فلا يشكل؛ لأنه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا، فكذلك الرهن، وعلى قولهما؛ إن كان يجوز البيع والشراء، لكن إذا كان خيرا لليتيم ولا خير له في الرهن؛ لأنه يهلك أبدا بالأقل من قيمته ومن الدين، فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز، وكذلك يجوز رهن مال الغير بإذنه. ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/ ٥٩٦), مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان (ص: ١٤٣).

٥() ينظر: الدر المختار (٣/ ٩٩)، البحر الرائق (٣/ ١٣٤).

لو اشترى مال اليتيم من الوصي جاز وإن كان هذا القاضي جعله وصيًّا[1]، وفي الأجناس عن ابن شجاع[2]: وكل القاضي رجلًا يبيع مال اليتيم ثم اشتراه من الوكيل لم يجز، ولو وكل الأب ببيع مال نفسه فباع فاشتراه الأب للصغير جاز[3].

وفي الزيادات[4]: وكل الأب رجلًا ببيع ماله ثمن الصغير أو بشراء مال الصغير للأب ففعل الوكيل لم يجز إلا أن يكون الأب حاضرًا فقبل جاز، ويكون العهدة[5] من جانب الصغير على الأب ومن جانب الأب على الوكيل، وقيل: على العكس[6]، ولو وكل رجلًا بالشراء وآخر بالبيع فابتاع الوكيلان جاز؛ لأن العقد قام باثنين[7]، وبيع الصبي المأذون وشراؤه مع الأذن يجوز بطريق المعادلة أو بما يتغابن فيه كمباشرة الأب مع نفسه، فإن أقر الابن بقبض الثمن من الأب المشتري منه لم يجز إلا أن يقبض بمعاينة الشهود، وكذا لو قال الأب: قبضت هذا الثمن من مالي لابني، وفي جمع الناطفي: لا يجوز للوصي أن يشتري مال اليتيم لغيره بأمره[8]، وكذا لو أمر الوصي إنسانًا[9] بأن يشتري له مال اليتيم فاشتراه له لم يجز[10]،

---

(١) ينظر: الفتاوى الهندية (٣/ ١٨٠)، فتاوى قاضيخان (٢/ ٤٧).

(٢) محمد بن شجاع الثلجي من أصحاب الحسن بن زياد وفقيه أهل العراق في وقته والمقدم في الفقه والحديث وقراءة القرآن، مع ورع وعبادة، روى عنه يحيى بن آدم ووكيع وقرأ علي اليزيدي، من تصانيفه كتاب المناسك، وكتاب تصحيح الآثار، وكتاب النوادر وغيرها، وله ميل إلى مذهب المعتزلة، وطلب للقضاء فأبي، مات فجأة في سنة ست وستين ومائتين(٢٦٦هـ) ساجدا في صلاة العصر. [ينظر: تاج التراجم (ص: ٢٤٢)، الجواهر المضية (٢/ ٦٠)]

(٣) جاء في المبسوط للسرخسي (١٩/ ٢٩) ولو وكل القاضي وكيلا يبيع لليتامى شيئا، ثم خاصم المشتري في عينه جاز قضاء القاضي للوكيل في ذلك؛ لأن الوكيل هنا نائب عن اليتيم لا عن القاضي، حتى إذا لحقته عهدة رجع بها في مال اليتيم فلا يكون القاضي في هذا القضاء دافعا عن نفسه. ينظر: خزانة الأكمل في فروع الفقه الحنفي (٢/ ٤٨٢).

(٤) **الزيادات في فروع الحنفية**: للإمام محمد بن الحسن الشيباني المتوفى: سنة ١٨٩هـ وله: زيادة الزيادات، وقد شرحها جماعة، منهم: الإمام، قاضي خان، وأبو حفص سراج الدين، ولم يكمله. واختصرها: الحاكم الشهيد وهو مختصر: أصول الزيادات؛ سميت بالزيادات؛ لأنها زيادة على ما أملاه أبو يوسف، وقيل: إنما سمي به؛ لأنه لما فرغ من تصنيف الجامع الكبير تذكر فروعا، لم يذكرها في الكبير، فصنفه. ثم تذكر فروعا أخرى، فصنف أخرى وسماها زيادات الزيادات. ينظر: كشف الظنون (٢/ ٩٦٢).

(٥) العُهْدة: هي ضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع، أو وجِدَ فيه عيب. ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ١٥٤)، التعريفات (ص: ١٥٩).

(٦) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٩)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (٨/ ٥٢٧).

(٧) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٩).

(٨) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٦)، فتاوى العالمكيرية في الفروع الحنفية (ص: ٢٢٨).

(٩) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٧/ ٣٦)، الفتاوى الولوالجية (٣/ ٢١٧).

وفي أدب القاضي[1]: يجوز للوصي أن يشتري لنفسه أو يبيع ماله من اليتيم عند أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف إذا كان خيرًا لليتيم[2].

وتفسير الخيرية ما فسره الحلواني والسرخسي، هو أن يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة أو يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر، وفي زيادات تاج ما يساوي ألفًا بثمانمائة، وفي الأجناس ما يساوي عشرة بعشرة وزيادة على نصف درهم[3]، وفي الشافي: فسر خيرية الشراء بأكثر من قيمته وخيرية البيع بأقل من قيمته، وعندهما لا يجوز بيعه ولا شراؤه، وفي النظم: إنما يجوز شراؤه عند أبي حنيفة بمثل قيمته أو بأكثر وكذا بيع ماله منه بمثل قيمته أو بأقل، وإن كان الوصي من جهة القاضي لا يجوز شراؤه بحال؛ لأنه هنا وكيل، أطلق في الهاروني يجوز بيع الوصي ماله من اليتيم وشراء ماله لنفسه مثل قيمته أو بما يتغابن في مثله[4].

---

(١)أدب القاضي: للإمام أبو بكر أحمد بن عمر بن مهير الشيباني الفقيه الحنفي. الجواهر المضية(١/ ٨٧).

٢() ينظر: مجمع الضمانات (ص: ٣٩٩)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري(٥/ ٤٣٢)، فتاوى قاضيخان(٣/ ٣٢٦).

٣() ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري(٥/ ٢٧٩)، مجمع الضمانات (ص: ٣٩٩)، فتاوى قاضيخان(٣/ ٣٢٧).

(٤) الحكم إذا باع الوصي مال اليتيم أو اشترى منه: اختلف الفقهاء في هذه المسألة وكان خلافهم على قولين :

القول الأول: يرى أنه إذا باع الوصي أو اشترى مال اليتيم من نفسه، فإن كان وصي القاضي لا يجوز مطلقاً، وإن كان وصي الأب جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير، وهذا قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف. حاشية ابن عابدين(٦/ ٧٠٩)، تبيين الحقائق(٦/ ٢١١ -٢١٢)، البحر الرائق(٧/ ١٦٩)، بدائع الصنائع(٥/ ١٣٦)، المحيط البرهاني(٧/ ٣٦)، العناية شرح الهداية(١٠/ ٥٠٩)، البناية شرح الهداية(١٢/ ٥١٠)،

وصحح مالك في قول، والحنابلة في إحدى الروايتين بيع الموصي وشراءه لنفسه. تفسير القرطبي(٣/ ٦٤)، مواهب الجليل(٦/ ٤٠٢)، قواعد ابن رجب (ص ١٤٢).

جاء في بدائع الصنائع: "وأما الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير، أو اشترى مال الصغير لنفسه، فإن لم يكن فيه نفع ظاهر؛ لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيه نفع ظاهر؛ جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف"(٣). بدائع الصنائع(٥/ ١٣٦)،

وفي تبيين الحقائق: "إذا اشترى شيئًا من مال اليتيم لنفسه، أو باع شيئًا منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله، إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، وتفسيره أن يبيع: ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير، أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه، وأما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز ... هذا في وصي الأب، وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال؛ لأنه وكيله، وللأب أن يشتري شيئًا من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير، فإن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير" تبيين الحقائق(٦/ ٢١١).

وقال ابن رجب:" ومنها شراء الوصي من مال اليتيم، وحكمه حكم شراء الوكيل، وفيه روايتان منصوصتان، ولم =

=

يذكر ابن أبي موسى فيه سوى المنع". قواعد ابن رجب (ص ١٤٢).

وقال ابن قدامة: "الرواية الثانية عن أحمد: يجوز لهما -يعني الوكيل والوصي- أن يشتريا بشرطين:

أحدهما: أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء.

والثاني: أن يتولى النداء غيره.

قال القاضي: يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره النداء واجبًا، ويحتمل أن يكون مستحبًا، لأن الأول أشبه بظاهر كلامه.

وقال أبو الخطاب: الشرط الثاني، أن يولي من يبيع، ويكون هو أحد المشترين". المغني(٥/ ٦٨).

القول الثاني: لا يجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الموصى عليهم مطلقًا، وهو قول محمَّد بن الحسن من الحنفية، وأظهر الروايتين عن أبي يوسف، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة.

وقال المالكية: لا يفعل، فإن فعل نظر الحاكم فيه، فإن وجد في ذلك مصلحة لليتيم أمضاه، وإلا رده. المدونة (٤/ ٤٢٩)، التهذيب في اختصار المدونة(٣/ ٣٦٤)، مواهب الجليل(٥/ ٧١)، الشرح الكبير للدردير (٤/ ٤٥٥)، الخرشي(٨/ ١٩٤)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي(٤/ ٦١١)، منح الجليل (٩/ ٥٨٨)، الحاوي الكبير(٦/ ٥٣٦)، (٨/ ٣٤٢)، المهذب.(١/ ٣٣٠)، البيان للعمراني(٦/ ٢١٧)، مغني المحتاج(٢/ ١٧٦)، مختصر المزني (ص ١١١)، المبدع(٤/ ٣٣٧)، المغني(٥/ ٦٨)، شرح منتهى الإرادات(٢/ ١٧٦)، كشاف القناع(٣/ ٤٤٨).

جاء في المدونة: "كره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه. قال مالك: فإذا فعل ذلك نظر السلطان في ذلك، فإن كان خيرا لليتيم أمضاه على الوصي". المدونة(٤/ ٤٢٩).

وجاء في مسائل أحمد: قال أحمد: الوصي لا يشتري من مال الذي يلي شيئًا. مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج(٨/ ٤٢٨٩)، وانظر(٨/ ٤٣٤٠).

الأدلة :

أدلة القول الأول: استدل من قال يجوز إن كان في ذلك نفع لليتيم: بالقرآن الكريم والمعقول:

القرآن الكريم : استدلوا بقوله تعالى:{ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ} [الأنعام:١٥٢].

وجه الدلالة: دلت الآية على أنه إذا كان البيع والشراء أحسن لليتيم كان الوصي مأذونًا له في قربه, والمراد في الأحسن إلى العادة ومتى باعه ما يساوي عشرة بمائة درهم أو اشترى منه ما يساوي مائة بعشرة كأنه قيل أنه أحسن فوجب أن يجوز بظاهر الآية. التجريد للقدوري(٨/ ٤٠٥٥)

فإن قيل: الأحسن يترتب على الحسن والحسن البيع بمثل القيمة والآية تقتضي [أن يجوز التصرف للأحسن لا تصرفه لحسن وإلا] جواز الأحسن وليس فيها أن الحسن جائز.

قلنا: الحسن عندنا ما تبين أن فيه حظ وهذا لا يوجد في المشتري بالقيمة لنفسه لأن الأعيان فيها أعراض ولأنه يملك التصرف بموت الأب كالجد. التجريد للقدوري(٨/ ٤٠٥٥)

المعقول : قالوا إن ما جاز للأب جاز للوصي؛ لأنه نائب عن الأب وقائم مقامه,لأن ولاية الأب انتقلت إليه فإذا كان الأب يملك البيع من نفسه الوصي لأن التصرف تارة يستفاد بالنسب وتارة بالأمر فإذا كان أحد النوعين يتعلق به جواز التصرف مع نفسه كذلك الآخر. التجريد للقدوري(٨/ ٤٠٥٦)

أدلة القول الثاني: استدل من قال: لا يشتري ولا يبيع لنفسه: استدلوا بالمعقول ووجهه:أن الوصي إذا باع واشترى من نفسه كان متهمًا في محاباة نفسه لأن الإنسان مطبوع على محاباة نفسه، وعقد الوصاية يقتضي أن يستقصي لليتيم، والغرض متنافيان، وقد يشتري من مال اليتيم ما لاحظ لليتيم في بيعه، وقياسًا على الوكيل، فإن الأصح أن الوكيل لا يبيع ولا يشتري من نفسه، بل التهمة في الوصي آكد من

=

وفي السير: ألحق القاضي بالوصي في حق بيع من ماله في اليتيم وفي حق شراء مال اليتيم أنه على الاختلاف[1].

وفي الأجناس[2] ألحقه بالوكيل، فلم يجزّ بيعه ولا شراؤه، ومشايخنا حملوه على قول محمد كما لا يجوز في الوصي وعلى قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز كما يجوز في الوصي[3]، وفي المنتقى[4] عن أبي يوسف اشترى القاضي مال اليتيم فهو بمنزلة أن يرفع إلى قاض آخر ينظر فيه، فإن كان خيرًا لليتيم أجازه، وإلا لم يجزه، وفي الشافي: لا يجوز للوصي أن يرتهن مال

=

الوكيل؛ لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير، والوصي يتهم في ذلك، وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لاحظ لليتيم في بيعه، فكان أولى بالمنع. التجريد للقدوري(٨/ ٤٠٥٦), التهذيب في اختصار المدونة(٣/ ٣٦٤)، مواهب الجليل(٥/ ٧١)، الشرح الكبير للدردير(٤/ ٤٥٥)، الحاوي الكبير(٦/ ٥٣٦)،(٨/ ٣٤٢)، المهذب.(١/ ٣٣٠)، مغني المحتاج(٢/ ١٧٦)، المغني(٥/ ٦٨)، شرح منتهى الإرادات(٢/ ١٧٦)، كشاف القناع(٣/ ٤٤٨).

ونوقش هذا: بأن الوكيل يتصرف على وجه الاحتياط والأعلى فيها أعراض فإذا ابتاع بثمن لم يتيقن حصول الحظ للصغير فلم يجز الشرى وإذا ابتاع بزيادة تيقنا حصول الحظ فجاز التصرف وأما الوكيل فيتصرف بالآمر وإطلاق الآمر يقتضي العقد مع غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه.

فإن قيل: الوصي إنما يتصرف بالآمر.

قلنا: غلطًا أن الآمر جعله وصيا ولمي تناول الأمر بالإتباع فهو يملك ذلك حكما إلا ترى أنه لو وكله ولم يسم ما يشترى به والوصي يقيمه الأب مقام نفسه فينصرف بكونه وصيا وإن لم ينص على بيعه أو يبتاعه. التجريد للقدوري(٨/ ٤٠٥٦)

الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشة ما أمكن مناقشته فإن القول الأول بالقبول في هذه المسألة هو القول الثاني القائل بأنه لا يجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الموصي عليهم مطلقًا وهو ما رجحه الإمام محمَّد بن الحسن, وذلك لقوة أدلتهم, كما الأخذ بهذا القول هو ما يتماشى مع وقتنا الحاضر الذي كثر فيه أكل أموال اليتامى, وقلة الأمانة في الناس، وكثرة أكل أموال الناس بالباطل،لأن الأخذ بهذا القول يؤدي إلى الحفاظ على أموال اليتامى والشريعة الإسلامية تأمر ولى الأمر بالحفاظ عليها وتنميتها بكل سبل الاستثمار المباحة, وتنهي عن أكل أموال اليتامى بالباطل, وقد يكون للوصي مصلحة في بيع أو شراء مال الموصي عليهم وضياعها فمن أجل الحفاظ عليها قلنا بالمنع, والله أعلم.

(١) ينظر: شرح كتاب السير الكبير(٣/ ١٧٥).

(٢) الأجناس في الفروع: للشيخ، الإمام أبو العباس: أحمد بن محمد الناطفي، الحنفي, المتوفى: سنة ٤٤٦، ست وأربعين وأربعمائة, جمعها: لا على الترتيب, والناطف: نوع من الحلواء, ثم إن: الشيخ، أبا الحسن: علي بن محمد الجرجاني، الحنفي, رتبها على: ترتيب الكافي. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون (١/ ١).

(٣) ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٧/ ٣٧).

(٤) المنتقى: في فروع الحنفية: للحاكم، الشهيد، أبي الفضل: محمد بن محمد بن أحمد, المقتول شهيدا: سنة ٣٣٤، أربع وثلاثين وثلاثمائة., وفيه نوادر من المذهب, ولا يوجد المنتقى في هذه الأعصار. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون(٢/ ١٨٥١).

اليتيم بدين له على اليتيم أو يرهن ماله من اليتيم بدين اليتيم على نفسه، أما عندهما فكما لا يجوز البيع والشراء وأما عند أبي حنيفة فلأن البيع والشراء إنما يجوز عنده إذا كان خيرًا لليتيم، وفي الرهن والارتهان لا يتصور ذلك؛ لأنه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين[1]، وفي جمع الناطفي في بيع الأب ماله من ابنه وفي شراء مال ابنه لا يحتاج إلى القبول, ولو كان وصيًّا يحتاج لأن ولاية الأب تثبت بلا قبول، فكذا بيعه ولا كذلك ولاية الوصي[2].

وفي الشافي: وكذا في تزويج بنته من ابن أخيه أو بنت أخيه من ابنه أو بنت أخيه من ابن أخيه يقول: زوجت فلانة فلانًا وكذا يقول: زوجت بنت عمي من نفسي وكذا وكيلها يقول: زوجت فلانًا فلانة[3].

ولو وكلته فقال: زوجتها من نفسي[4] أو وكلها فقالت: زوجتُ نفسي فلانًا صح[5] ثم إذا جاز بيع الأب وشراؤه لا ترجع الحقوق إليه؛ بل يقوم بالحقوق بحكم الأبوة في حال الصغر حتى لو بلغ يكون مطالبًا بالحقوق، بخلاف غير الأب من الوكيل وغيره، فإنه عاقد[6] لنفسه في حق الحقوق بخلاف ما لو باع الأب ماله من أجنبي واشترى له منه ثم بلغ لا يكون مطالبًا بالحقوق؛ لأن العهدة ترجع إلى الأب بحكم العقد[7].

وفي الإيضاح: باع الأب أو الوصي وشرط الخيار لنفسه[8] أو للصبي فبلغ في مدة الخيار تم البيع وبطل الخيار في قول أبي يوسف . وقال محمد:

١() ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٦/ ٧٣)، المبسوط للسرخسي(٢١/ ١٠١).

٢() المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٧/ ٦ ٣).

٣() جاء في تحفة الفقهاء(٢/ ٣٥): ويجوز أ ن يكو ن وليا من الجانبين أ نز وج ابنة أخته من ابن أخيه والإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة بخلاف البيع فإ ن الواحد لا يجوز أ ن يكو ن وكيلا من الجانبين فلا يتوقف من رجل واحد فإن وجد منه الإيجاب والقبول جميعا. ينظر: النهر الفائق شرح كنز الدقائق(٢/ ٢٢٥)، البناية شرح الهداية(٥/ ١٢٢)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٢/ ١٣٢).

(٤) جاء في البحر الرائق(٣/ ١٥٠): فإن قالز وجتها من نفسي لا يكفي؛ لأنه نائب فيه وعبارة الهداية صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس أيضا.

(٥)مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر(١/ ٣٤٣) وما بعدها.

٦() العقد: عند الفقهاء هو ربط أجزاء التصرف شرعاً بالإيجاب والقبول،أ و هو التزام المتعاقدين وتعمدها أمراً، فهو عبارةٌ عن ارتباط الإيجاب والقبول وجمعه العُقودُ. ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ١ ٤٩)، الكليات (ص: ١ ٤ ٦).

٧() ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي(٥/ ٢٢١)، فتاوى قاضيخان(٣/ ١٤).

(٨) الحكم لو باع الوصي أ و الأب شيئاً من مال الصغير وشرط الخيار لنفسه:

إذا باع الوصي أ و الأب شيئاً من مال الصغير وشرط الخيار لنفسه فهو جائز، فإن بلغ الصبي في مدة الخيار تم البيع وبطل الخيار في قول أبي يوسف.

وقال محمد في ظاهر الر واية: ينتقل الخيار إلى الصبي، فإن أجاز البيع في مدة الخيار، وإن رد بطل. المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٦/ ٥٢٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٥/ ٢٦٨).

وجه قول أبي يوسف: أ ن الخيار إنما يثبت حقاً للعاقد، لكونه من حقوق العقد وقد تعذر استيفاؤه بعد البلوغ =

تنتقل الإجازة إلى الصبي، واختلفت الرواية عنه في مضي مدة الخيار، فقال في إحدى الروايتين: يلزم العقد وفي راية: لا يلزم إلا بالإجازة[1].

وفي الشافي: صلح الأب عن الدعوى في مال الصغير وللمدعي بينة[2] بقدر المدعى أو بما يتغابن فيه كالشراء له وصلحه عن حق الصغير ولا بينة له والمدعى عليه منكر جاز على القليل، وإن كان الدين ظاهرًا جاز بما يتعلق فيه، ولا يجوز بما لا يتغابن فيه عند أبي يوسف كيف ما كان الدين، وقالا: إن كان الدين لم تجب بعقده فكذلك، وإن وجب بعقده جاز على الأب ويضمن للابن مقداره[3]، وكذا الوصي عند عدم الأب وظهور الحق بالإقرار أو بقيام البينة عند القاضي، وإن قامت عند الوصي قال شداد: فكذلك، وقال خلف بخلافه، وفي الاستحسان ما يؤيد هذا فإنه قال: إذا شهد عند الابن أن هذا أخذ من أبيك هذا المال لم يسعه أخذه، وفي التفاريق: للأب أن يستأجر نفسه لعمل اليتيم بخلاف الوصي وله أن يستأجر اليتيم لنفسه بما شاء، وفي الكافي: وكذا له أن يستأجر عبد اليتيم ولا يؤاجر عبده لعمل اليتيم، وفي النظم: ولا يجوز إجارة العامل نفسه على عمل الوقف[4].

=

لانقطاع الولاية فيسقط، ولا ينتقل إلى غير العاقد كما لا ينتقل إلى غير الوارث بعد موت المورث.

وجه قول محمد: أن الخيار من حقوق العقد والعقد وقع للصغير فكذا الخيار، إلا أنه كان يستوفيه بنفسه لعجزه، فإذا قدر على الاستيفاء بالبلوغ يستوفيه، نظيره الملك، فإن الملك فيما يشتريه الأب والوصي للصغير يقع للصغير، إلا أنه كان يَتَصرف في ملكه بنفسه لعجزه، فإذا قدر على التصرف بالبلوغ فلا كذا ههنا. البرهاني في الفقه النعماني(٦/ ٥٢٧), بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٥/ ٢٦٨).

إذا ثبت أن الخيار للصبي بعد البلوغ على قول محمد يقول ليس للوصي أن يجيز وله أن يفسخ لأن ولاية الإجازة بحكم الخيار ولم يبق له الخيار بعد البلوغ لانقطاع الولاية، أما يَملك الفسخ؛ لأنه لما شرط الخيار فقد بين أنه لم يرض بالتزام العهدة إلا عند وجود الإجازة منه، فإذا انعدمت الإجازة منه كان له أن يفسخ دفعاً للعهدة عن نفسه، ويجوز أن يثبت حق الفسخ للإنسان، وإن لم يكن له ولاية الإجازة كالفضولي إذا باع مال الغير كان له الفسخ قبل إجازة المالك، ولا يكون له أن يجيز كذا هنا. البرهاني في الفقه النعماني(٦/ ٥٢٧).

١() المحيط البرهاني في الفقه النعماني(٦/ ٥٢٧) , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٥/ ٢٦٨).

٢() البينة: الدلالة الواضحة عقلية كانت أو حسية، ومنه سميت شهادة الشاهدين بينة. وقيل: البينة من القول والكون ما لا ينازعه منازع لوضوحه. وقال بعضهم: البينة أظهر برهانه في الطبع والعلم والعقل بحيث لا مد وحة من شهود وجوده. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (ص: ٨٨)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ١٣٤).

٣() ينظر: المبسوط للسرخسي(٢٠/ ١٧٨),الفتاوى الهندية(٤/ ٢٩٦).

٤() ينظر: خزانة الأكمل في فروع الفقه الحنفي(٣/ ١٤٣).

والوقف: في اللغة: مصدر وقف، يقال: وقف الشيء أوقفه، وحبسه وأحبسه وحبسه، وسبله، كله بمعنى واحد، وهو مما اختص به المسلمون. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٤٤٣)، تهذيب اللغة(٩/ ٢٥١).

وفي الشرع: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، عند أبي حنيفة فيجوز رجوعه، وعندهما: حبس

=

وفي جمع النسفي: لا يجوز للمتولي أن يتقبل أرض الوقف لنفسه من نفسه مزارعة، وفي الإملاء عن أبي يوسف: وصي أخذ أرض اليتيم مزارعة واستقرض بذره فإن كان الريع[1] خيرًا لليتيم فله الريع وإن كان أجر الأرض خيرًا فله الأجر[2].

قال الحاكم: هذا موافق لمذهب أبي حنيفة ودل[3] أن أبا يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة حيث جوز تولية الوصي عقد القرض من الجانبين بشرط الخيرية لليتيم، وفي جمع الورازوني: وصي أخذ أرض اليتيم مزارعة على أن يكون ثلث الخارج له وثلثاه لليتيم أو على أن الخارج بينهما واشترط البذر من نفسه أو من اليتيم والوصي وصي الأب أو القاضي قال: إن كان البذر من الوصي جاز بلا خلاف[4].

وإذا كان البذر من اليتيم وقد زرع أرضه بالنصف أو الثلث ذكر محمد أن المزارعة[5] جائزة كالمضاربة، ثم قال: ليست المزارعة كالمضاربة، وإن كان البذر من الوصي فالمزارعة فاسدة، وفي النوازل[6] على أبي الليث: إن كان

=

العين عن التمليك مع التصدق بمنفعتها، فتكون العين زائلة إلى ملك الله تعالى من وجه، والوقف في القراءة: قطع الكلمة عما بعدها. ينظر: التعريفات (ص: ٢٥٣)، التوقيف على مهمات التعاريف (ص: ٣٤٠)، التعريفات الفقهية (ص: ٢٣٩)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص: ١٠٥).

(١) الريع: الزيادة والنماء، وأصله المكان المرتفع، والارتفاع وريع كل شيء أوائله التي تبدو أولا، ومنه استعير الريع للزيادة والنمو والبركة، والارتفاع الحاصل بذلك. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١/٢٤٨)، لسان العرب (٨/١٣٧)، مقاييس اللغة (٢/٤٦٧).

(٢) جاء في مجمع الضمانات (ص: ٤١١): وصي أخذ أرض اليتيم مزارعة قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل إن شرط البذر على اليتيم لا يجوز لأن الوصي يصير مؤاجرا نفسه من اليتيم فلا يجوز في قياس قول أبي حنيفة إلا أن يكون خيرا لليتيم وإن كان البذر من الوصي كانت مزارعة، وعند أبي حنيفة المزارعة فاسدة لو زرع الوصي بذر اليتيم، وأشهد عند زرعه أنه استقرض بذره واستأجر الأرض لنفسه فلو خيرا لليتيم جعلت الأجرة ومثل البذر له، والزرع للوصي ولو كان الزرع خيرا جعل الزرع لليتيم ولو استقرض بذره وزرعه في أرض نفسه فالزرع للوصي وصدق أنه زرعه لنفسه وكذا لو زرع بذر نفسه في أرض اليتيم أما لو زرع بذر اليتيم في أرض اليتيم فلو فيه ربح لم يصدق أنه زرعه لنفسه ولا يضمن الوصي بخلط ماله بمال اليتيم وله أن يخلط طعامه بطعامه ويأكل بالمعروف من الفصولين. ينظر: الفتاوى الهندية (٥/ ٣٣٣).

(٣) أي: أرشد. ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ٢١٠)، المعجم الوسيط (١/ ٢٩٤).

(٤) ينظر: مجمع الضمانات (ص: ٤١١).

(٥) الزرع: ما استنبت بالبذر تسمية بالمصدر، ومنه حصدت الزرع أي النبات، ولا يسمى زرعا إلا وهو غض طري، ومنه المزارعة وهي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها. ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١/٢٥٢)، لسان العرب (٨/١٤١)، مختار الصحاح (ص: ١٣٥).

(٦) النوازل في الفروع: للإمام أبي الليث نصر محمد بن إبراهيم السمرقندي النسفي المتوفي سنة ست وسبعين وثلاثمائة (٣٧٦هـ) وقيل غير ذلك. فرغ من إملائه يوم الجمعة من جمادى الأولى سنة ٣٧٦هـ، ذكر فيه =

البذر من الوصي جاز وإن كان من اليتيم لم يجز[1]، وفي موضع: وصي أخذ أرض اليتيم مزاعة جاز عند أبي حنيفة إذا شرط الثلث لنفسه والثلثين لليتيم وعلى النصف لا يجوز وعندهما لا يجوز في الأحوال، والأب يتولى طرفي البيع والقسمة بين الصغيرين؛ لأن تصرفه غير مقيد بنفع ظاهر بخلاف الوصي والقاضي وكيل الأب[2].

وفي الجامع: بيع الصبي من الوصي كبيع الوصي من نفسه ، وفي الكافي: لو باع من أبيه أو وصيه بما لا يتغابن فيه لم يجز في قولهم: وفي بعض روايات الأصل: يجوز في قياس قول أبي حنيفة خلافهما[3].

أمر رجلًا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما، وكان أبو يوسف يقول أولًا: يلزمه وله البيان كما في الطلاق[4].

وجه قولهما وقوله الآخر أنه لا وجه للقضاء لجواز نكاحهما؛ لأنه لم يأمره به ولا بنكاح إحداهما عينًا لعدم الأولوية ولا بنكاح إحداهما غير عين؛ لأن النكاح في غير المعين لا يفيد فلا ينعقد ولو انعقد مفيدًا للحكم عند البيان كان تعليقًا للنكاح بالبيان ، وأنه لا يصح بخلاف الطلاق[5], أمره بأن يزوج فلانة فزوجه مع أخرى في عقدة جاز نكاح فلانة للأمر به[6]، أمره أن يزوجه امرأتين في عقدة فزوجه واحدة جاز[7]، وبمثله لو أمره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لأنها إذا اشتريت جملة وجدت بأرخص مما يشتري على التفاريق فاعتبر قيده[8]، أما هنا فبخلافه التفريعات في الشافي، وفي المنتقى عن أبي يوسف: أمره أن يزوجه هذه أو هذه فزوجهما في عقدة يختار الزوج أيتهما شاء، فيلزم نكاحها وإن مات قبل أن يختار فالمهر والميراث بينهما

=

أنه جمع من الأئمة: محمد بن شجاع الثلجي، ومحمد بن المقاتل الرازي ومحمد بن سلمة ونصر بن يحيى ومحمد بن الفضل وغيرهم.[ينظر: كشف الظنون(٢/١٩٨١)، هدية العارفين(٢/٤٩٠)] .

١) ينظر: الفتاوى الهندية(٥/٣٣٣)، الفتاوى الولوالجية(٥/١٣٩).

٢) ينظر: لسان الحكام (ص:٤٢٢)، مجمع الضمانات (ص:٤١١).

٣) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ص: ٣٢).

٤) ينظر: البناية شرح الهداية(٥/١٢٧)، الهداية في شرح بداية المبتدي(١/١٩٨)، العناية شرح الهداية (٣/ ٢ ١٣).

٥) ينظر: البناية شرح الهداية(٥/١٢٧)، الهداية في شرح بداية المبتدي(١/١٩٨)، العناية شرح الهداية (٣/ ٢ ١٣).

٦) ينظر: الأصل للشيباني(١١/٣٩٩)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي(٣/٣٠١).

٧) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري(٣/١٥٠)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق(٢/٢٢٨)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي(٣/٣٠١).

٨) ينظر: شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي(٣/٣٠١).

وعليهما عدة الوفاة، وفي قول أبي حنيفة: لا يجوز وليس له أن يختار إحداهما, وفي الكافي: لم يجز ولم يحك خلافًا[1].

[1] () ينظر: الفتاوى التاتارخانية في الفقه الحنفي(٢/ ٣٢١).

المبحث الرابع: بعض النماذج في المستجدات في عقد النكاح.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نكاح طلاب الجامعات أو نكاح السر

تعريفه: هو النكاح الذي يتم بكافة أركانه وشروطه ولكن يتفق الزوجان والولي والشهود على كتمانه.

وعرفه الدسوقي بأنه: هو ما أوصى فيه الزوج والشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة ولو أهل منزله[1].

ونكاح السر بصورته الحديثة: وفيه يتقابل الرجل والمرأة وغالبا ما يكونان من طلبة الجامعات لذا عرف بزواج طلاب الجامعة فيعرض عليها الزواج فتقبله منه من دون ولي ولا شهود, وأحيانا يكون هناك شاهدين في الغالب يكونان من أصدقاء الزوجين ولا علم لأهل الزوجين بذلك.

حكمه: إذا تم العقد وهو مستوفى لأركانه وشروطه المعتبرة شرعا من حيث الإيجاب والقبول والولي والشهود ولكن تواصوا فيه بالكتمان فذهب جمهور الفقهاء إلى صحة العقد الذي شهد عليه شاهدان وإن تواصى الجميع بكتمانه؛ لأن السرية تزول بالشهادة وهو بهذا يجرى مجرى نكاح السر الذي اختلف الفقهاء في حكمه على قولين:

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] أن نكاح السر ما لم يحضرهُ شاهدان، أما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر، إذ السر إذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سرا, فلا تجتمع السرية والإشهاد, ولو حصلت توصية الشهود بالكتم فنكاح السر عندهم نكاح بغير إشهاد وهو نكاح باطل.

أدلة الجمهور على ذلك: السنة والمعقول:

السنة: استدلوا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدل", وهو يدل بمفهومه أن ما حصل فيه إشهاد هو نكاح منعقد صحيح وما أوصى فيه الشهود بالكتم فهو نكاح صحيح مكروه عندهم وليس نكاح باطل[5].

وقول الرسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة» ولو لم تكن الشهادة شرطا لم تكن زانية بدونها، ولأن الحاجة مست إلى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع إلا بالشهود؛ لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر إلا بقول الشهود وبه تبين أن الشهادة في

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/ ٢٣٦.

(٢)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/٢٥٢), الدر المختار وحاشية ابن عابدين(٣/ ٨)

(٣)الأ م للشافعي ٧/ ٢٤٩.

(٤)الإقناع في فقه الإما م أحمد بن حنبل(٣/١٧٨), كشاف القناع عن متن الإقناع(٥/ ٦٥)

(٥)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٥٢)

النكاح ما شرطت إلا في النكاح للحاجة إلى دفع الجحود والإنكار؛ لأن ذلك يندفع بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود على النكاح بالسماع من العاقدين وبالتسامع وبهذا فارق سائر العقود فإن الحاجة إلى الشهادة هناك لدفع احتمال الشهود النسيان أو الجحود والإنكار في الثاني إذ ليس بعدها ما يشهرها ليندفع به الجحود فتقع الحاجة إلى الدفع بالشهادة فندب إليها، وما روي أنه نهى عن نكاح السر فنقول: بموجبه لكن نكاح السر ما لم يحضره شاهدان فأما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر[1] إذ السر إذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سرا[2].

القول الثاني: وهو قول المالكية أنه إذا كان خوفا من ظالم أو ساحر فإنه لا حرمة فيه ولا فسخ ، وإن لم يكن فإنه حرام[3]

واستدلوا على ذلك: أن النبي صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر، ويفسخ هذا النكاح إن لم يدخل الرجل بالمرأة ، فإن دخل بها فرق بينهما ، سئل ابن شهاب عن رجل نكح سرا وأشهد رجلين فقال : إن مسها فرق بينهما واعتدت حتى تنقضي عدتها ، وعوقب الشاهدان بما كتما من ذلك ، وللمرأة مهرها ، ثم إن بدا له أن ينكحها حين تنقضي عدتها نكحها نكاح علانية ، وإن لم يكن مسها فرق بينهما، ولا صداق لها ، ونرى أن ينكلهما الإمام بعقوبة والشاهدين كذلك ، فإنه لا يصح نكاح السر[4].

وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا فقال: " ما هذا؟ " قالوا: نكاح فلان يا رسول الله قال: " كمل دينه هذا النكاح لا السفاح، ولا نكاح السر حتى يسمع دف أو يرى دخان "[5]

المعقول ووجهه: أن النكاح إنما يمتاز عن السفاح بالإعلان فإن الزنا يكون سرا فيجب أن يكون النكاح علانية وقد روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه نهى عن نكاح السر والنهي عن السر يكون أمرا بالإعلان؛ لأن النهي عن الشيء أمر بضده، وروي عنه – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»[6].

الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإن القول الذي أميل إلى

---

(١)بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٥٢).

(٢)حاشية الصاوي على الشرح الصغير(٢/ ٣٨٢), أسهل المدارك (٢/ ٨٨), التاج والإكليل لمختصر خليل (٥/ ٢٩), مواهب الجليل في شرح مختصر خليل(٣/ ٤٠٩).

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير(٢/ ٣٨٢), أسهل المدارك (٢/ ٨٨), التاج والإكليل لمختصر خليل (٥/ ٢٩), مواهب الجليل في شرح مختصر خليل(٣/ ٤٠٩).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى(٧/ ٤٧٣) برقم: ١٤٧٠٠ كتاب الصداق, باب ما يستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف عليه وما لا يستنكر من القول

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع(٢/ ٢٥٢)

ترجيحه في هذه المسألة هو قول المالكية القائلين بعدم جواز نكاح السر مطلقا, وذلك لما كثر في هذا الزمان من قلة الوازع الديني من الاتفاق مع الشهود على كتمان هذا العقد وهذا يؤدي إلى ضياع حقوق الزوجة من النفقة والسكنى وغير ذلك من حقوقها, وقد يحدث عن هذا الزوج أطفال وفي الغالب ينكرها الزوج وهذه فيه ما فيه من ضياع للأطفال وضياع حقوقهم, وقد تتخلى عنهم الأم وترمي بهم في الشوارع, وما كثر أطفال الشوارع إلا من هذه السبل, ومن المعلوم ان درء المفاسد مقدم على جلب المصالح, ويحتاط في عقد الزوج مالا يحتاط فيه غيره من العقود, وعليه فإذا تواصى الشهود فيما بينهم على كتمان هذا العقد فغن عقد الزواج عقد باطل.

قال ابن تيمية: وأما " نكاح السر " الذي يتواصون بكتمانه ولا يشهدون عليه أحدا: فهو باطل عند عامة العلماء وهو من جنس السفاح( ), قال تعالى{وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ}( )

المطلب الثاني: النكاح عبر وسائل الاتصال الحديثة

المقصود بوسائل الاتصال الحديثة: الهاتف والبرقيات واللاسلكي والتلكس والفاكسميلي وغيرها مما يمكن أن يخترع في المستقبل والجامع بينها أنه ليس هنا محل مكاني واحد يجمع بين الموجب والقابل أو بين طرفي العقد ( )[٣].

إن وسائل الاتصال الحديثة مكنت الناس من التخاطب والسماع مع تباعد لأمكنة وعقد الزواج بين غائبين مشافهة عن طريق هذه الأجهزة صورة جديدة لم يكن لها وجود فيما مضى, وإذا نظرنا إلى ما يشترطه الفقهاء في عقد النكاح من التلفظ بالإيجاب والقبول وسماع كل من العاقدين الآخر والموالاة بين الإيجاب والقبول وسماع الشهود الإيجاب والقبول , فإننا نجد ذلك كله متوفرا ولقد اختلف علماء هذا العصر على جواز عقد النكاح مشافهة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة على قولين:

القول الأول: يرى جواز إجراء عقد النكاح مشافهة عبر وسائل الاتصال الحديثة وهو قول الدكتور مصطفى الزرقا( ) والدكتور وهبة الزحيلي( ).[٤]

وفي هذا الشأن يقول الشيخ مصطفى الزرقا: (إن النطق باللسان ليس طريقًا حتميًّا لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي بل النطق

---

(١)مجموع الفتاوى(٣٣/ ١٥٨)

(٢)سورة النساء: صدر الآية: ٢٤.

(٣)مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٥٩٦.

(٤)انظر المدخل الفقهي العام: ٣٢٦.

(٥)حكم إجراء العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة: د/ وهبة الزحيلي بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي(٦/ ٦٦٨.

هو الأصل في البيان، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن يعبر عن الإرادة الجازمة تعبيرًا كاملًا مفيدًا) [1].

وجميع هؤلاء قالوا بوجوب الإشهاد على العقد في هذه الحالة وذلك بحضور الشهود للمحادثة الهاتفية التي يجري فيها العقد في هذه الحالة, وبذلك بحضور الشهود للمحادثة الهاتفية التي يجري فيها العقد بحيث يستخدم جهاز هاتفي يمكنهم سماع العاقد الآخر.

القول الثاني: يرى منع إجراء عقد النكاح عبر وسائل الاتصال الحديثة مشافهة وهو قول أكثر فقهاء مجمع الفقه الإسلامي بجدة الذين قالوا بجواز التعاقد بين غائبين مكاتبة ومشافهة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة إلا في عقد النكاح فقد منعوه[2].

وقد علل المنع بما يلي:

١-الاحتراز من التغرير والخداع في هذا العقد, وحفظا للفروج والأعراض والاحتياط لها.

٢-اشتراط الإشهاد في هذا العقد[3].

الراجح: بعد عرض أقول الفقهاء ووجهة نظرهم في هذا الشأن فإن الاحتياط في الفروج أمر بالغ الأهمية والاحتراز من التغرير والخداع والغش فيها متعين بلا شك, إلا أنه مع التقدم التكنولوجي وتطور وسائل الاتصال الحديثة والتي مكنت من رؤية الغائبين بعضهما ببعض وسماع كلا منهما الآخر وإمكان سماع الآخرين للمحادثة جعل من وجود الشهادة أمر متاح ومتيسر, وابتعدت عن إمكان الوقوع في التغرير والخداع والغش لذا فالقول بجواز عقد النكاح مشافهة عن طريق تلك الوسائل راجح, والله أعلم.

---

(١)انظر المدخل الفقهي العام: ٢/ ٣٢٦.

(٢)مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م, قرار رقم(٦/ ٣/ ٤) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/٩٥٨. حيث قرر:

١- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) ، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

.....

٤-إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

(٣)مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ٤ - ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م, قرار رقم(٦/ ٣/ ٤) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/٩٥٨.

الخاتمة, وتشمل نتائج البحث والتوصيات

نتائج البحث: وبعد هذا العرض الموجز لأهم احكام النكاح من هذا المخطوط توصل الباحث إلى عدة نتائج من أهمها.

١- إن البكر إذا استأمرها غير الولي أو استأمرها ولي وهناك أولى منه فسكوتها لا يعتبر رضى حتى تتكلم به. وسكوتها لا يعتبر رضا إلا في حق الولي أو رسوله على الراجح من أقول الفقهاء.

٢- إن البكر إذا زوجت من غير كفؤًا أو المهر وافرًا لم يكن سكوتها رضًا إلا في حق الأب.

٣- لا يجوز للولي إجبار المرأة البالغة على النكاح ويثبت الخيار لها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت فذلك إذنٌ منها.

٤- إن الكفاءة تعتبر في جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال, ويجب تزويج المرأة من الأكفاء ، ويحرم على ولي المرأة تزويجها بغير كفء.

التوصيات:

اولًا- أوصي زملائي استكمال تحقيق هذا المخطوط نظرا لقِيمة الكتاب العلميَّة؛ حيثُ إنَّه مِن أفضلِ الكتبِ، ويُعَدُ مِن أهم كُتبِ الأَحْنَافِ.

ثانيًا- الاهتمام بتحقيق المخطوطات للمحافظة على العلوم الشرعية، التي أَفْنَى العلماء فيها أعمارَهم، وبَذَلُوا فيها جُهْدَهم جَمْعًا، وتَأْلِيْفًا؛ لِتَبْقَى للأجيال المقبلة امتدادًا للنفع والفائدة.

المراجع:

أولا- كتب الحنفية:

١- الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي المتوفي سنة:٦٨٣ هـ - تحقيق: عبد اللطيف محمد -ط : دار الكتب العلمية - بيروت . ط: الثالثة ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ٠

٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)- ط: دار الكتاب الإسلامي -ط: الثانية ٠

٣- بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)- ط: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح - القاهرة٠

٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) ط: دار الكتب العلمية ط: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م٠

٥- البناية في شرح الهداية: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الحنفي بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ) ط: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان -ط: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ٠

٦- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ) ط: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ط: الأولى، ١٣١٣ هـ ٠

٧- تحفة الفقهاء: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)- ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان -ط: الثانية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

٨- الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير: أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة: ١٨٩هـ. مع شرحه النافع الكبير لمحمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات المتوفى سنة: ١٣٠٤هـ. ط: عالم الكتب . بيروت، ط: الأولى سنة ١٤٠٦ هـ٠

٩- الجوهرة النيرة: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي (المتوفى: ٨٠٠هـ) ط: المطبعة الخيرية- ط: الأُولى، ١٣٢٢هـ.

١٠-حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) ط: دار الفكر للطباعة والنشر. ط: ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م. - بيروت .

١١-الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار: محمد بن علي بن محمد الحِصْني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى:

١٠٨٨هـ) تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم ط: دار الكتب العلمية ط: الأولى، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م .
١٢-درر الحكام شرح غرر الأحكام: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا – أو منلا أو المولى – خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ) ط: دار إحياء الكتب العربية .
١٣-درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: ١٣٥٣هـ) تحقيق: فهمي الحسيني-ط: دار الجيل – ط: الأولى، ١٤١١هـ .
١٤-رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) ط: دار الفكر- بيروت- ط: الثانية، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م .
١٥-شرح السير الكبير: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) ط: الشركة الشرقية للإعلانات- ط: ١٩٧١م.
١٦-شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيَواسي ثم السكندري، المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفي سنة: ٨٦١هـ. ط: دار الفكر . بيروت.
١٧-العناية شرح الهداية: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي (المتوفى: ٧٨٦هـ) ط: دار الفكر.
١٨-الفتاوى الهندية: المعروفة بالفتاوى العالمكيريَّة في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: العلامة الهمام الشيخ نظام المتوفي سنة: ١٢٢٥هـ، وجماعة من علماء الهند الأعلام ط: دار الفكر . بيروت، ط: الأولى سنة ١٤١١هـ . ١٩٩١م.
١٩-قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي (المتوفى: ١٣٠٦هـ) ط: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان.
٢٠-كنز الدقائق: أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ) تحقيق أ. د. سائد بكداش – ط: دار البشائر الإسلامية، دار السراج –ط: الأولى، ١٤٣٢هـ – ٢٠١١م .
٢١-اللباب في شرح الكتاب: عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: ١٢٩٨هـ) تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ط: المكتبة العلمية، بيروت – لبنان.
٢٢-لسان الحكام في معرفة الأحكام: أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي الحلبي (المتوفى: ٨٨٢هـ) ط: البابي الحلبي البابي الحلبي – القاهرة ط: الثانية، ١٩٧٣م.

٢٣-المبسوط للسرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)- ط : دار المعرفة، بيروت، سنة:١٤١٤هـ،١٩٩٣م٠
٢٤-مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية-المحقق: نجيب هواويني- ط: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي .
٢٥-مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده المتوفى(١٠٧٨هـ) تحقيق: خليل عمران المنصور – ط: دار الكتب العلمية – ط: ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م مكان النشر لبنان/ بيروت ٤.
٢٦-مجمع الضمانات: أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفى: ١٠٣٠هـ) ط: دار الكتاب الإسلامي.
٢٧-المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ) تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي – ط: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان –ط: الأولى، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٤ م .
٢٨-مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح: حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي (المتوفى: ١٠٦٩هـ) تحقيق: نعيم زرزور- ط: المكتبة العصرية-ط: الأولى، ١٤٢٥ هـ – ٢٠٠٥ م.
٢٩-مختصر اختلاف العلماء: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ) تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد ط: دار البشائر الإسلامية – بيروت ط: الثانية، ١٤١٧هـ.
٣٠-موسوعة التجريد الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري المتوفى سنة(٣٦٢-٤٢٨هـ تحقيق ٠١ د/ علي جمعة محمد، ٠١د/محمد أحمد سراج – ط: دار السلام القاهرة.
٣١-النهر الفائق شرح كنز الدقائق: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ١٠٠٥هـ) تحقيق: أحمد عزو عناية الناشر: دار الكتب العلمية- ط: الأولى، ١٤٢٢هـ .

***الفقه المالكي:**

١- الإشراف على نكت مسائل الخلاف : القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢هـ)-تحقيق: الحبيب بن طاهر- ط: دار ابن حزم-ط: الأولى، ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م.
٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) ط: دار الحديث – القاهرة ط: ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م .

٣- بلغة السالك لأقرب المسالك: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)- ط: دار المعارف .
٤- البيان والتحصيل: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى : ٤٥٠هـ) تحقيق: د محمد حجي - ط : دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان- ط : الثانية ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .
٥- التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)- ط: دار الكتب العلمية ط: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م .
٦- التهذيب في اختصار المدونة: خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (المتوفى: ٣٧٢هـ) تحقيق: د/ محمد الأمين- ط: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي-ط: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م .
٧- الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني: صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (المتوفى: ١٣٣٥هـ) ط: المكتبة الثقافية - بيروت.
٨- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)- ط: دار الفكر.
٩- الذخيرة : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي القرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)- تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب - ط: دار الغرب الإسلامي- بيروت ط: الأولى، ١٩٩٤ م .
١٠-الشامل في فقه الإمام مالك: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَّمِيرِيّ الدِّمْيَاطِيّ المالكي (المتوفى: ٨٠٥هـ)- تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب- ط: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث- ط: الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
١١-شرح التلقين: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: ٥٣٦هـ) تحقيق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي- ط: دار الغرب الإسلامي- ط: الطبعة الأولى، ٢٠٠٨ م.
١٢-الشرح الكبير: أبو البركات أحمد بن محمد العدوي ، الشهير بالدردير (المتوفى : ١٢٠١هـ) تحقيق: د/عبد العزيز بن زيد الرومي ، د/ سيد حجاب ،ط: مطابع الرياض - الرياض، ط: الأولى.
١٣-شرح مختصر خليل للخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)-ط: دار الفكر للطباعة - بيروت.
١٤-الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)-تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني-ط: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية -ط: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

١٥-مختصر العلامة خليل: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: ٧٧٦هـ) تحقيق: أحمد جاد- ط: دار الحديث/القاهرة- ط: الأولى، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م .
١٦-المدونة: الإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)- ط: دار الكتب العلمية- ط: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
١٧-المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس» أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)تحقيق: حميش عبد الحقّ -ط: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة .
١٨-المقدمات الممهدات: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)- ط: دار الغرب الإسلامي- ط: الأولى، ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨م.
١٩-مَنَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها: أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي (المتوفى: بعد ٦٣٣هـ)- تحقيق: أبو الفضل الدّميَاطي - أحمد بن عليّ- ط: دار ابن حزم- ط: الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
٢٠-منح الجليل شرح مختصر خليل: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)- ط: دار الفكر - بيروت - ط: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م .

- **الفقه الشافعي:**

١- أسني المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ. تحقيق: د. محمد محمد تامر- ط: دار الكتب العلمية . بيروت، الطبعة الأولى سنة: ١٤٢٢هـ . ٢٠٠٠م .
٢- الأم : الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) ط: دار المعرفة - بيروت ط: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م .
٣- البيان في مذهب الإمام الشافعي: الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ) تحقيق: قاسم محمد النوري ط: دار المنهاج - جدة-ط: الأولى، ١٤٢١ هـ- ٢٠٠٠ م .
٤- تحفة الحبيب على شرح الخطيب: الشيخ محمد بن أحمد الشربيني القاهري الشافعي المعروف بـ: الخطيب الشربيني المتوفي سنة: ٩٧٧هـ - ط: دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان، ط: الأولى سنة: ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.
٥- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ) تحقيق: عبد الله

بن سعاف اللحياني ط: دار حراء – مكة المكرمة– ط: الأولى، ١٤٠٦ هـ .
٦- تحفة المحتاج في شرح المنهاج: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي المتوفي سنة ٩٧٤ هـ –ط: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد ط: ١٣٥٧ هـ – ١٩٨٣م.
٧- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: ٨٨٠هـ) تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني – ط: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان– ط: الأولى، ١٤١٧ هـ – ١٩٩٦ م.
٨- حاشية البجيرمي على شرح المنهج: سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ) ط: مطبعة الحلبي ط: ١٣٦٩هـ – ١٩٥٠م .
٩- حاشيتا قليوبي وعميرة : أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة– ط: دار الفكر – بيروت –ط:١٤١٥هـ–١٩٩٥م.
١٠-الحاوي الكبير: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) تحقيق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ط: دار الكتب العلمية، بيرو – ط: الأولى،١٤١٩ هـ.
١١-روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)– تحقيق: زهير الشاويش ط: المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– عمان– ط: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م .
١٢-العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، المتوفى سنة: ٦٢٣هـ.ط: دار الفكر . بيروت.
١٣-فتح العزيز بشرح الوجيز: أبو حامد الغزالي (المتوفى: ٥٠٥ هـ) لعبدالكريم بن محمد الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ) ط: دار الفكر.
١٤-كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي (المتوفى: ٨٢٩هـ) تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان– ط: دار الخير – دمشق– ط: الأولى، ١٩٩٤م.
١٥-المجموع شرح المهذب للشيرازي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المتوفى سنة: ٦٧٦هـ ط: دار الفكر .
١٦-مغني المحتاج: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) ط: دار الكتب العلمية– ط: الأولى، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م.
١٧-منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)–تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض – ط: دار الفكر – ط: الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م.

١٨-المهذب في فقه الإمام الشافعي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ) ط: دار الكتب العلمية.
١٩-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ) ط: دار الفكر، بيروت ط: ط أخيرة - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
٢٠-نهاية المطلب في دراية المذهب: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ) تحقيق: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب- ط: دار المنهاج ط: الأولى، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.

الفقه الحنبلي:

١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ) - ط: دار إحياء التراث العربي - ط: الثانية.
٢- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (المتوفى: ١٣٩٢هـ) - ط: الأولى - ١٣٩٧ هـ.
٣- الروض المربع شرح زاد المستقنع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ) - تحقيق: عبد القدوس محمد نذير- ط: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.
٤- الشرح الكبير على متن المقنع: شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي (المتوفى سنة ٦٨٢) تحقيق: الشيخ محمد رشيد رضا- ط: دار الكتاب العربي - بيروت.
٥- الشرح الكبير لابن قدامه: عبد الرحمن بن قدامه ط: دار الكتاب العربي . بيروت.
٦- الشرح الممتع على زاد المستقنع: لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: ١٤٢١هـ)- ط: دار ابن الجوزي ط: الأولى، ١٤٢٢ - ١٤٢٨ هـ .
٧- الكافي في فقه الإمام أحمد: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) ط: دار الكتب العلمية ط: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .
٨- المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ) ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
٩- متن الخرقي "مختصر الخرقي" على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي (المتوفى: ٣٣٤هـ)- ط: دار الصحابة للتراث- ط: ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

١٠-مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيبانى الدمشقي الحنبلي، المتوفى سنة: ١٢٤٣هـ ط : المكتب الإسلامي . دمشق، الطبعة الثانية سنة: ١٤١٥هـ . ١٩٩٤م.
١١-المغني لابن قدامه: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) ط: مكتبة القاهرة ط: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م .
١٢-منتهى الإرادات: تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار (٩٧٢هـ) تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي- ط: مؤسسة الرسالة -ط: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م .

أَسْأَلُ اللَّهَ تعالى أن يتقبلَ منى هذا العمل، وأن يجعلَه خالصاً لوجهِهِ الكريمِ، وأن يغفرَ لي خطيئتي يومِ الدين. وصلِ اللهم وسلِمْ وباركْ على سيدنا محمدٍ وعلى آلهِ وصحبه أجمعين.