



الجمعية العلمية القضائية السعودية
الدراسات القضائية (٧٤)

الدفع الموضوعية
في

دعوى الأحوال الشخصية غير الزوجية

جمعاً ودراسةً فقهيةً مقارنةً

تأليفُ

رزان بنت يوسف بن إبراهيم الوزان



الطبعة الأولى
١٤٤٦ هـ - ٢٠٢٥ م

مجموع
جميع الحقوق محفوظة

للنشر والتوزيع وطلبات النسخ:



فضاء


الجمعية العلمية الفصائية السعودية
مركز فضاء للبحوث والدراسات

 qadha.org.sa/ar/books

 @qdha

 m@qadha.org.sa

 /qadha_ksa

 966538999887

   /qadha.ksa



الجمعية العلمية القضائية السعودية

الدراسات القضائية (٧٤)

الدفع الموضوعية

في

دعوى الأحوال الشخصية غير الزوجية

جمعاً ودراسةً فقهيةً مقارنةً

تأليفُ

رزان بنت يوسف بن إبراهيم الوزان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أصل هذا الكتاب

رسالة تقدمت بها الباحثة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه المقارن في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، وقد تشكلت لجنة المناقشة من أصحاب الفضيلة:

١. د. عاصم بن عبد الله المطوع مشرفاً
٢. د. سعد بن علي الجلعود مناقشاً داخلياً
٣. د. عمر بن إبراهيم المحيميد مناقشاً داخلياً

وقد نوقشت الرسالة يوم الثلاثاء ١٣ / ٢ / ١٤٤٥هـ.

والله ولي التوفيق

مقدمة الجمعية



الحمد لله الذي أنزل الكتاب بالحق والميزان، والصلاة والسلام على نبينا الدالّ على العدل والإحسان، وعلى آله وصحبه الكرام، أما بعد:

فتهدف الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) دوماً إلى المشاركة الفاعلة في الجهود المبذولة لتطوير القضاء وما يتصل به من الجوانب العلمية والعملية، وتقديم البحوث والدراسات التي تجلّي تميّز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته، وإبراز جوانب العدالة فيه، والإجابة عما يُثار حوله من شبهات، وتسعى إلى التنسيق بين المتخصصين -من القضاة والمحامين والباحثين في الشؤون العلمية القضائية-، ومد الجسور بينهم وبين الجهات العلمية والإعلامية ونحوها.

وتشرف الجمعية بتقديم كتاب مفيد للمتداعين والقضاة والمحامين وغيرهم، عنوانه: **(الدفوع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية غير الزوجية - جمعاً ودراسة فقهية مقارنة-)** للباحثة: **رزان بنت يوسف الوزان**، وهو كتاب يجمع ويدرس الدفوع الموضوعية التي يدفع بها المدعى عليه في دعاوى الولاية، والوقف، والوصية، والهبة والعطية، والإرث، وقد مُهدّ للبحث بيان ماهية الدعوى وأركانها، والمراد

بالدفع وأقسامها، وينطلق البحث في مسائله من الدفع الواردة في الوقائع القضائية المتعلقة بالأحوال الشخصية في المحاكم السعودية، فيذكر الدعوى والدفع الموضوعي والحكم الصادر فيها، ثم يبين التأصيل الفقهي للدفع وخلاف العلماء فيه وأدلتهم، ثم يحلّل أثر الدفع على الدعوى من حيث القبول والرد فقهاً وقضاءً.

والجمعية إذ تنشر هذا العمل؛ فإنها تشكر من قامت بإعداده، وترحب بالتواصل مع جميع الجهات والمتخصصين الراغبين بتقديم الدراسات والمشاريع القضائية والنظامية، وتشرف بتقديم كافة سبل التعاون.

مركز قضاء للبحوث والدراسات

m@qadha.org.sa

مقدمة



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين،
 نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.
 أما بعد:

فقد جاءت الشريعة الإسلامية حافظة للحقوق، أمره بالعدل، معطية كل
 ذي حق حقه، فشرعت القضاء بين الناس، وفصل الخصومات، وبينت
 الأحكام فيها، وجعلت للناس حق المطالبة، وللخصم حق الدفاع.

ولكون الأسرة تمثل واقع الناس وأساس المجتمع، فلا تخلو من
 خصومات، ومطالبات، فيجب الحفاظ عليها، والفصل في قضاياها،
 لاستقرارها بشكل خاص، واستقرار المجتمع بشكل عام.

ولكون الدفوع مثلاً لعدل الشريعة الإسلامية، التي جعلت لكل
 خصم حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء، فلا يحكم القاضي إلا بعد
 سماعه، وبيانه، ولكثرة الدفوع الواردة في الدعاوى الأسرية، ولأهمية
 بيانها، فقد رغبت في دراستها، إتماماً لما بقي من أبواب في الأحوال
 الشخصية، ولأهميتها وأثرها في المجتمع، فقد تقرر أن تكون رسالتي
 في الماجستير - بإذن الله - بعنوان: «الدفوع الموضوعية في دعاوى
 الأحوال الشخصية غير الزوجية - جمعاً ودراسة فقهية مقارنة -»، وأسأل
 الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث فيما يلي:

أولاً: ما هي الدفع الموضوعية التي ترد على دعاوى الولاية، والوقف، والهبة، والوصية، والإرث، في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل في المملكة العربية السعودية؟

ثانياً: ما هي المسائل الفقهية الواردة في هذه الدفع، وما أقوال المذاهب الأربعة فيها؟

ثالثاً: ما أثر هذه الدفع على الحكم القضائي، وما مدى موافقة الدراسة الفقهية للحكم القضائي؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث فيما يلي:

أولاً: كون الدراسة في دفع باب الأسرة، وهو من أهم أبواب الفقه؛ وقضاياها من واقع الناس في المجتمع، فأهميته من أهمية الموضوع.

ثانياً: الحاجة إلى معرفة الدفع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية التي تشكل نسبة كبيرة من مجموع القضايا المنظورة في المحاكم.

ثالثاً: جمع الدفوع، وبيان أحكامها، ودراستها دراسة فقهية مقارنة؛ لتكون عوناً لكل من يعنيه الأمر من قضاة وخصوم وغيرهم، وتمكينهم من الرجوع إليها في رسالة علمية واحدة.

رابعاً: تحصيل الملكة الفقهية للباحثة، وتنمية مهاراتها في المناقشة والاستدلال، وربط القضايا الواقعية بالفقه، واستنباط الحكم الشرعي لها.

أهداف البحث:

أولاً: معرفة الدفوع الموضوعية التي ترد على دعاوى الولاية، والوقف، والوصية، والهبة، والعطية، والإرث، في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل في المملكة العربية السعودية.

ثانياً: معرفة المسائل الفقهية الواردة في هذه الدفوع، وأقوال المذاهب الأربعة فيها.

ثالثاً: معرفة أثر هذه الدفوع على الحكم القضائي، ومدى موافقة الدراسة الفقهية للحكم القضائي.

حدود البحث:

اقتصر هذا البحث على جمع ودراسة الدفوع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية (غير الزوجية)، وذلك في دعاوى الولاية، والوقف، والهبة، والوصية، والإرث، الواردة في مجموعة الأحكام القضائية الصادرة من وزارة العدل في المملكة العربية السعودية لعامي:

١٤٣٤-١٤٣٥هـ.

الدراسات السابقة:

بعد الاطلاع والبحث في مكتبة الملك فهد الوطنية، ومركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، والفهرس العربي الموحد، وقواعد المعلومات في مكتبة جامعة القصيم، لم أجد أي دراسة سابقة متعلقة بموضوع «الدفوع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية غير الزوجية - جمعاً ودراسة فقهية مقارنة -»، وإنما توقفت على ثلاث رسائل لها علاقة بالموضوع:

الرسالة الأولى: الدفوع الموضوعية في دعاوى الولاية والوصاية والحجر - دراسة مقارنة-، للباحث: عبد السلام عيسى بني يونس، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الأردن، ٢٠٠٩م.

تكلت الدراسة عن الدفوع الموضوعية المتعلقة بدعاوى الولاية والوصية والحجر، وبينت ماهية الدفوع، ومشروعيتها، وعرفت كل من الولاية، والوصية، والحجر، وبينت تقسيمات كل منها، والدفوع التي ترد عليها، وتطبيق ذلك في المحاكم الشرعية.

تتفق مع دراستي في: بيان ماهية الدفوع وهو مبحث تمهيدي عندي، وكونها في الدفوع الموضوعية في دعاوى الولاية والوصية.

الرسالة الثانية: الدفوع الموضوعية في دعوى الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون - دراسة فقهية وقانونية مقارنة-، للباحث: جمال

علي إبراهيم التميمي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الأردن، ٢٠١٥م.

تكلمت الدراسة عن الدفوع الموضوعية في دعوى الوصية دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، وتصويرها، وتوضيح علاقتها بباقي أنواع الدفوع، وبينت فقه الوصية وكيفية الادعاء فيها، والإجابة على دعوى الوصية في المحاكم الشرعية الأردنية.

تتفق مع دراستي في: بيان ماهية الدفوع وهو مبحث تمهيدي عندي، وكونها في الدفوع الموضوعية في دعاوى الوصية، وتتفق في مسألة واحدة وهي: الدفع برجوع الموصي عن وصيته.

الرسالة الثالثة: الدفوع الشكلية والموضوعية لدعاوى الوقف والوصية والميراث وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، للباحث: فارس نبيل محمد المصري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، فلسطين، ٢٠١٩م - ١٤٤٠هـ.

تكلمت الدراسة عن بيان مقصود الدعوى، والدفوع الشكلية والموضوعية، وبيان الشروط المطلوبة لقبول الدفع، وتوضيح من له حق الدفع في الدعوى، ومعرفة الفرق بين الدفع الشكلي والموضوعي، وإظهار الدفوع الشكلية لدعاوى الوقف والوصية والميراث، وإظهار الدفوع الموضوعية الواردة في دعاوى الوقف، والوصية، والميراث، وإرفاق نماذج تطبيقية حول الدفوع الموضوعية للوقف، والوصية،

والميراث من كتاب القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، للباحث: أحمد داود، نقلاً عن المحاكم الشرعية.

تتفق مع دراستي في: بيان ماهية الدعوى، والدفع وهو مبحث تمهيدي عندي، وكونها في الدفع الموضوعية في دعاوى الوقف والوصية والإرث، وفي مسائل وهي: الدفع برجوع الموصي عن وصيته، والدفع بأن الوصية تزيد عن الثلث، والدفع بطلاق الزوجة.

ما تتميز به هذه الدراسة عن الدراسات السابقة:

أولاً: في مضمون الدفع، واختلاف المسائل التي درست في هذه الرسالة.

ثانياً: في شمولها للدفع الموضوعية في الولاية والوقف والوصية والهبة والعطية والإرث في رسالة واحدة، بخلاف الدراسات السابقة التي اقتصت ببعض الدفع.

ثالثاً: في كونها دراسة تطبيقية في مجموعة الأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية، بخلاف الدراسات السابقة فهي في قوانين أو محاكم الدول المجاورة.

الرسالة الرابعة: الدفع الموضوعية على دعاوى الزوجية، للباحثة: سديم بنت فهد الربعي، رسالة ماجستير، جامعة القصيم، السعودية، قيد الدراسة.

تتفق مع دراستي في: كونها تدرس الدفوع في دعاوى الأحوال الشخصية، وفي كونها دراسة تطبيقية في مجموعة الأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية.

وتختلف عن دراستي في: كونها تدرس الدفوع في دعاوى الأحوال الشخصية الزوجية فقط، بخلاف دراستي التي ستدرس -بإذن الله- الدفوع في دعاوى الأحوال الشخصية غير الزوجية.

منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء الدفوع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية -غير الزوجية- الواردة في مجموعة الأحكام القضائية السعودية، والمنهج التحليلي: وذلك بتحليل هذه الدفوع ومعرفة حكمها الفقهي، والمنهج المقارن: وذلك بدراستها دراسة فقهية مقارنة.

إجراءات البحث الخاصة:

اتبعت في هذا البحث ما يلي:

أولاً: بيان صورة الدفع من خلال الدعوى المنشئة له.

ثانياً: التأصيل الفقهي للدفع، وعرض المسائل المندرجة تحته، وذكر أقوال الفقهاء مع الأدلة والمناقشة والترجيح.

ثالثاً: الدراسة التحليلية للدفع، وذلك من خلال بيان أثر الدفع على الحكم القضائي، والمقارنة بين الرأي الفقهي والحكم القضائي في قبول الدفع وعدمه.

إجراءات البحث العامة:

اتبعت في إعداد البحث الإجراءات المعتمدة من قسم الفقه بكلية الشريعة، وهو ما يأتي:

أولاً: أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها، ليتضح المقصود من دراستها.

ثانياً: إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.

ثالثاً: إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأتبع ما يلي:

١. تحرير محل الخلاف، إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

٢. ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

٣. الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما، فأسلك بها مسلك التخريج.

٤. توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

٥. استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الاستدلال من الأدلة النقلية، وذكر ما يرد على الأدلة من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت.

٦. الترجيح، مع بيان سببه وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

رابعاً: الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

خامساً: التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

سادساً: العناية بضرب الأمثلة؛ وخاصة الواقعية.

سابعاً: تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

ثامناً: العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة في البحث.

تاسعاً: ترقيم الآيات، وبيان سورها.

عاشراً: تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها.

حادي عشر: تخريج الآثار من مصادرهما الأصيلة، والحكم عليها.

ثاني عشر: التعريف بالمصطلحات، وشرح الغريب الوارد في صلب الموضوع.

ثالث عشر: العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.

رابع عشر: الترجمة للأعلام غير المشهورين عند أول ورودٍ لها.

خامس عشر: خاتمة البحث عبارة عن ملخص للرسالة، يعطي فكرة واضحة عما تضمنته الرسالة، مع إبراز أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث.

سادس عشر: أتبع الرسالة بفهارس تشمل:

- فهرس المراجع والمصادر.

- فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

قسمت الخطة إلى: مقدمة، وتمهيد، وأربعة فصول، وخاتمة، وفهارس، مرتبة على النحو التالي:

المقدمة:

وتشتمل على: مشكلة البحث، وأهميته، وأسباب اختياره، وأهدافه، وحدوده، والدراسات السابقة فيه، ومنهجه، وإجراءاته، وخطته.

التمهيد: المراد بالدعوى وأركانها، وبالدفوع وأقسامها:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: ماهية الدعوى وأركانها:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم الدعوى.

المطلب الثاني: أركان الدعوى.

المبحث الثاني: ماهية الدفوع وأقسامها:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الدفوع.

المطلب الثاني: أقسام الدفوع.

المطلب الثالث: المراد بالدفوع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية.

الفصل الأول: الدفوع الموضوعية في دعاوى الولاية:

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: الدفع بأن وصي الأب مقدم على الأم.

المبحث الثاني: الدفع بعدم اتزان المولى عليه.

المبحث الثالث: الدفع بأن الولاية على المال فقط.

المبحث الرابع: الدفع بالتوبة عن السوابق.

المبحث الخامس: الدفع بعدم صلاحية المدعي للولاية.

المبحث السادس: الدفع بأن مصلحة القاصر في بيع الهدية وحفظ ثمنها حتى يكبر.

الفصل الثاني: الدفع الموضوعية في دعاوى الوقف:

وفيه خمسة عشر مبحث:

المبحث الأول: الدفع بأن الوقف يلزم بالتلفظ بإيجابه.

المبحث الثاني: الدفع بقول الجمهور في جواز الوقف على النفس.

المبحث الثالث: الدفع بتعيين الواقف للناظر.

المبحث الرابع: الدفع بالعرف في تحديد الأجر الذي يأخذه الناظر.

المبحث الخامس: الدفع بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة

نصيب من مات عقيماً من المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف.

المبحث السادس: الدفع بعزل ناظر الوقف.

المبحث السابع: الدفع بأن تعمير الوقف كان من غلته.

المبحث الثامن: الدفع بأن العين الموقوفة تحتاج إلى ترميم.

المبحث التاسع: الدفع بعدم كفاية العين الموقوفة لسكن المدعي.

المبحث العاشر: الدفع بأن أجرة العين الموقوفة مقدرة من

المحكمة.

المبحث الحادي عشر: الدفع بعدم الإجماع على تعيين مدة معينة لإيجار الوقف إذا لم يشترط الواقف.

المبحث الثاني عشر: الدفع بعدم ثبوت الوقف.

المبحث الثالث عشر: الدفع بطبقية الوقف.

المبحث الرابع عشر: الدفع بعدم توفر شرط الواقف في المدعي.

المبحث الخامس عشر: الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله.

الفصل الثالث: الدفع الموضوعية في دعاوى الهبة:

وفيه عشرة مباحث:

المبحث الأول: الدفع بأن الهبة تملك بالقبض.

المبحث الثاني: الدفع برغبة المورث للهبة وموته قبل هبتها.

المبحث الثالث: الدفع بأن الهبة كانت بمحض إرادة المدعية.

المبحث الرابع: الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة.

المبحث الخامس: الدفع بأن الهبة مشروطة بعدم الطلاق أو الخلع.

المبحث السادس: الدفع بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى.

المبحث السابع: الدفع بأن المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة.

المبحث الثامن: الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث

وكمال أهليته المعتبرة شرعاً.

المبحث التاسع: الدفع بأن الهبة كانت في مرض موت المورث.

المبحث العاشر: الدفع بأن المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة.

الفصل الرابع: الدفع الموضوعية في دعاوى الوصية والإرث:

وفيه اثنا عشر مبحثاً:

المبحث الأول: الدفع بوصية المورث للمدعى عليه الوارث.

المبحث الثاني: الدفع بأن الوصية تكون في الثلث فقط.

المبحث الثالث: الدفع بالرجوع عن الوصية.

المبحث الرابع: الدفع بطلاق المورث للمدعية قبل الدخول

والخلوة.

المبحث الخامس: الدفع بطلاق المورث للمدعية ثلاثاً.

المبحث السادس: الدفع بفساد عقد نكاح المدعية لكونه من

غير ولي.

المبحث السابع: الدفع بكون التنازل عن بعض التركة مشروطاً.

المبحث الثامن: الدفع بأن التركة أحق لذوي الأرحام من بيت المال.

المبحث التاسع: الدفع بالقرب للمورث.

المبحث العاشر: الدفع بسكن بعض الورثة للعقار الموروث.

المبحث الحادي عشر: الدفع بكون العقار الموروث موقوفاً.

المبحث الثاني عشر: الدفع بتسديد دين المورث.
الخاتمة: وتشتمل على: أهم النتائج، والتوصيات.
ثم فهرس المراجع والمصادر، وفهرس الموضوعات.

الشكر والتقدير



أشكرُ اللهَ **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى** أولاً وآخرأً على فضلهِ وتوفيقهِ، وكريمِ عطائه، وأحمدُهُ -سبحانهُ- على أن أعانني ووفقني إلى إتمام هذه الرسالة من غيرِ حولٍ مني ولا قوة، وطوى عني بعدها، ومنّ عليّ بنعمٍ كثيرةٍ لا تعدُّ ولا تحصى، فلهُ الحمدُ حمداً كثيراً ملأَ السماءَ وملأَ الأرضَ، وأسألهُ -سبحانهُ- أن يتقبلها بقبولٍ حسنٍ وأن يباركَ فيها، وأن يجعلها علماً يُنتفعُ به، وصدقةً جاريةً من بعدي.

ثم أشكرُ والديَّ الكريمين اللذين كانا وما زالنا نعمَ القدوة في حياتي، وسندي، وقوتي، غمراني بكريمِ دعواتهما، ونصيحتهما، ودعِمتهما وتشجيعهما، وكانا وما زالنا نعمَ المعين، ونعمَ الموجه، فأسألهُ -سبحانهُ- أن يجزيهما خيرَ ما جزى والدأ عن ولده، وأن يسبغَ عليهما نعمه، وأن يوفقني وإخوتي لبرّهما، ونيلِ رضاهما.

ثم الشكرُ الجزيلُ لمشرفي فضيلةِ الدكتور: عاصم المطوع، الذي تكرمَ بالإشرافِ على هذه الرسالة، وكان لتوجيههِ وإرشاده الأثرُ في ظهورِ الرسالة بهذه الصورة، فبارك اللهُ في علمه وعمله، وشفعَ به الإسلامَ والمسلمين.

كما لا يفوتني شكرٌ من ابتداءً بالإشرافِ على بواكيرِ مباحثِ هذه الرسالة؛ فضيلةَ الدكتور: عبد الله الجمعة، أسألُ اللهَ أن يجزيه عني بما هو أهلهُ من الثوابِ والكرمِ.

ثم أشكرُ لجنةَ المناقشةِ، فضيلةَ الدكتور: سعد الجلعود، وفضيلةَ الدكتور: عمر المحميد، اللذين تكرما بقبولِ مناقشةِ الرسالة، وبذلهما الوقتَ والجهدَ في قراءتها وتقويمها، فجزاهما اللهُ خيرَ الجزاء.

كما أتقدمُ بالشكرِ الجزيلِ إلى جامعتي جامعةِ القصيمِ ممثلةً بكليةِ الشريعةِ والدراساتِ الإسلاميةِ وأخصُّ بذلكَ قسمَ الفقه؛ لحرصِهِم الحثيثِ على تميُّزِ طلابِهِم وتلبيةِ احتياجاتِهِم، ولما يقدمونهُ من جهودٍ لخدمةِ العلمِ وطلابِهِ.

وأتوجهُ بالشكرِ لكلِّ من ساندني في إخراجِ هذا البحثِ، أو كانت له يدٌ في مساعدتي بإشارةٍ أو عبارةٍ، أو دعوةٍ بالتوفيقِ والقبولِ، فأسألُ اللهَ أن يجزيهم خيرَ الجزاء.

ختاماً: أسألُ اللهَ - سبحانه - كما منَّ عليَّ بإتمامِ هذا البحثِ، أن يتمَّ نعمتهُ بقبوله، فيجعلهُ من العلمِ النافعِ والعملِ الصالحِ، وما أصبتُ فيه فمن فضلِ اللهِ وكرمه، وما أخطأتُ فيه فأسألهُ تعالى أن يغفرهُ لي إنه بعبادِهِ غفورٌ رحيمٌ.

هذا، والحمدُ لله ربِّ العالمين، وصلى اللهُ وسلَّمَ على نبينا محمدٍ، وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد المراد بالدعوى وأركانها، وبالدفوع وأقسامها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: ماهية الدعوى وأركانها.

المبحث الثاني: ماهية الدفوع وأقسامها.

المبحث الأول
ماهية الدعوى وأركانها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم الدعوى.

المطلب الثاني: أركان الدعوى.

المطلب الأول

مفهوم الدعوى



أولاً: تعريف الدعوى في اللغة:

مصدر ادَّعى، وجمعها دعاوى، أو دعاوي، وتطلق في اللغة على عدة معانٍ، منها: الزعم، والتمني، والدعاء^(١)، والطلب^(٢).
والمعنى المراد هو: الطلب، يُقال: ادعيت الشيء، أي: طلبته لنفسي^(٣).

ثانياً: تعريف الدعوى في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريف الدعوى، على عدة تعاريف، وبيان ذلك ما يلي:

التعريف الأول: عرف الحنفية الدعوى بأنها: «قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه»^(٤).
نُوقش: بأنه غير جامع، وذلك لأمرين:

- (١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (١٤/ ٢٦٠، ٢٥٧)، تاج العروس من جواهر القاموس، لمرتضى الزبيدي، (٣٨/ ٤٦، ٤٨، ٥١)، مادة: دعا.
- (٢) ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص: ١٠٤، تاج العروس، للزبيدي، (٣٨/ ٤٨)، مادة: دعا.
- (٣) ينظر: تاج العروس، للزبيدي، (٣٨/ ٤٨).
- (٤) رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، لابن عابدين، (٥/ ٥٤١).

الأمر الأول: أنه أخرج بقوله «قول» إشارة أو كتابة الأخرس^(١).

الأمر الثاني: أنه أخرج بقوله «نفسه» دعوى الوكيل عن موكله^(٢).

التعريف الثاني: عرف المالكية الدعوى بأنها: «طلب معين أو ما

في ذمة معين أو أمر يترتب له عليه نفع معتبر شرعاً»^(٣).

نُوقش: بأنه غير مانع؛ لدخوله في معناها اللغوي؛ وذلك لعدم

تقييد الطلب بكونه في مجلس القضاء^(٤).

التعريف الثالث: عرف الشافعية الدعوى بأنها: «إخبار عن وجوب

حق للمخبر على غيره عند حاكم»^(٥).

نُوقش: بأنه غير مانع؛ وذلك لكون التعريف يشمل جميع الدعاوى

الصحيحة والباطلة، والمشروعة والممنوعة، فلم يُقيد التعريف^(٦).

(١) ينظر: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، لمحمد ياسين، ص: ٨١.

(٢) ينظر: الدفوع القضائية دراسة فقهية تطبيقية، لمحمد الجوهر، ص: ٢٢.

(٣) الذخيرة، للقرافي، (٥/١١)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، لأحمد المنجور، (٦٠٧/٢).

(٤) ينظر: نظرية الدعوى، لمحمد ياسين، ص: ٨٠.

(٥) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لزكريا الأنصاري، (٢/٢٨٢)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، (١٠/٢٨٥).

(٦) ينظر: الدعوى بين الفقه والقانون، لمحمد البدارين، ص: ١١.

التعريف الرابع: عرف الحنابلة الدعوى بأنها: «إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته»^(١).

نُوقش من وجهين:

الأول: نُوقش بما نُوقش به التعريف الثاني^(٢).

الثاني: أنه غير جامع؛ وذلك لكون التعريف خاص بدعوى الأعيان والديون وذلك لقوله: «في يد غيره أو ذمته»، فخرج بذلك بقية الدعاوى^(٣).

التعريف المختار:

يُلاحظ على ما سبق من التعاريف عدم خلوها من المناقشة، ولكن يمكن أن يُقال: إن تعريف الحنفية هو الأقرب إلى الصحة ولو كان عليه بعض الملحوظات؛ وذلك لكونه يبين حقيقة وطبيعة الدعوى، ولاشتماله على جميع أنواع الدعاوى الصحيحة، دعوى الطلب، ودعوى الدفع، بخلاف بقية التعاريف التي لم تتطرق إلا لدعوى الطلب، فكانت بذلك غير مانعة ولا جامعة.

ولكي يكون تعريف الحنفية جامعاً مانعاً - بإذن الله - يمكن أن يضاف إليه قيدان:

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، للحجاوي، (٤/٤١٩)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٥/٣٢٤).

(٢) ينظر: نظرية الدعوى، لمحمد ياسين، ص: ٨٣.

(٣) ينظر: الدعوى بين الفقه والقانون، لمحمد البدارين، ص: ١١.

الأول: إضافة عبارة «أو ما يقوم مقامه» بعد قوله: «قول مقبول»؛ وذلك لكي تدخل إشارة أو كتابة الأخرس.

الثاني: إضافة عبارة «أو لمن يمثله» بعد قوله: «نفسه»؛ وذلك لكي تدخل دعوى الوكيل عن وكيله.

فيكون تعريف الدعوى: قول مقبول أو ما يقوم مقامه أمام القضاء يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه أو لمن يمثله.

شرح التعريف:

قول أو ما يقوم مقامه: أي: إن الدعوى تصح بالقول، أو الكتابة، أو الإشارة.

مقبول: أي: الدعاوى الصحيحة، فخرج بذلك غيرها من الدعاوى غير المعتبرة.

أمام القضاء: أي: المكان الذي تسمع فيه الدعوى وترفع إليه، ويترتب عليه الآثار والأحكام، فتميز بهذا القيد عن معنى الدعوى في اللغة.

يقصد به: أي: الهدف من هذه الدعوى.

طلب حق: إشارة إلى النوع الأول من الدعاوى الصحيحة، وهي: المطالبة بحق له على غيره، كالمطالبة بتسديد الدين.

قبل غيره: إشارة إلى المدعى عليه، وهو الطرف الثاني في الدعوى.

أو دفعه عن حق نفسه: إشارة إلى النوع الثاني من أنواع الدعاوى الصحيحة، وهي: دعوى منع التعرض، وحماية الحق، ومثال ذلك: رجلا ن ادعى كل منهما أرضاً أنها في ملكه، وبرهن أحدهما على دعواه، فكان مدعياً دفع تعرض الآخر، فحمى بذلك أرضه^(١).

أو لمن يمثله: فيدخل في ذلك الوصي، والوكيل.

(١) ينظر: قرة عين الأختار لتكملة رد المختار على الدر المختار، لعلاء الدين ابن عابدين، (٤/٨).

المطلب الثاني

أركان الدعوى



من خلال التعريف المختار للدعوى، يتضح أن الدعوى تقوم على ثلاثة أركان أساسية، وهي ما يلي:

الركن الأول: المدعى فيه:

المدعى فيه هو: الحق المتنازع عليه، الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه، والذي لأجله أقيمت الدعوى^(١).

الركن الثاني: صيغة الدعوى:

صيغة الدعوى هي: ما يعبر به المدعي عن دعواه، من قول أو إشارة أو كتابة.

الركن الثالث: أطراف الدعوى:

هما: المدعى، والمدعى عليه، والتميز بينهما من المسائل المهمة في الدعوى والتي يبنى عليها بعض الأحكام، كحق الإثبات، وحق اليمين، واختلف الفقهاء في تعريف كل منهما على عدة تعاريف، وبيان ذلك ما يلي:

(١) ينظر: لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، لمحمد المجلسي، (١٢ / ٩٤).

التعريف الأول: عرف الحنفية المدعى بأنه: من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه بأنه: من يجبر على الخصومة إذا تركها^(١).

التعريف الثاني: عرف المالكية المدعى بأنه: من تجردت دعواه عن مرجح، والمدعى عليه بأنه: من اقترنت دعواه بمرجح^(٢).

التعريف الثالث: عرف الشافعية المدعى بأنه: من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه: من يوافق قوله الظاهر^(٣).

التعريف الرابع: عرف الحنابلة المدعى بأنه: من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت ترك، والمدعى عليه بأنه: المطالب من غيره وإذا سكت لم يترك^(٤).

التعريف المختار:

يمكن أن يُقال: إن تعريف الحنابلة للمدعي، والمدعى عليه، هو الأقرب؛ وذلك لاشتماله على المطالبة التي هي أساس الدعوى،

(١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، (٦/٢٢٤)، البناية شرح الهداية، لبدر الدين العيني، (٩/٣١٤).

(٢) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب، (٦/١٢٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد الدسوقي، (٤/١٤٣).

(٣) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (١٣/١٥٣)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي، (٧/١٢).

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٤/٤١٩)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٥/٣٢٤).

ولكونه أقرب التعاريف إلى تعريف الدعوى المختار، فالمدعي هو:
من يُطالب بالحق، والمدعى عليه هو: من يُطالب من غيره.

المبحث الثاني ماهية الدفوع وأقسامها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الدفوع.

المطلب الثاني: أقسام الدفوع.

المطلب الثالث: المراد بالدفوع الموضوعية في

دعاوى الأحوال الشخصية.

المطلب الأول

مفهوم الدفع



أولاً: تعريف الدفع في اللغة:

جمع دفع، ولها في اللغة عدة معانٍ، منها: التنحية، والإزالة بقوة، والحماية، والرد^(١)، فيقال: دفعت الشيء، أي: نحيتَه وأزلته بقوة، ويُقال: دافع عنه، أي: حامى عنه وانتصر له، ويُقال: دفع القول، أي: رده بالحجة^(٢)، فجميع هذه المعاني متقاربة، وتتناول مفهوم الدفع في القضاء.

ثانياً: تعريف الدفع في الاصطلاح:

لم يعرف أغلب الفقهاء الدفع كمصطلح خاص، بل ذكروه كوجه من أوجه الإجابة عن الدعوى؛ ولعل ذلك عائد لوضوح معنى الدفع عندهم، فهم لم يخرجوا في مرادهم للدفع عن المعنى اللغوي^(٣)، غير

(١) ينظر: تاج العروس، للزبيدي، (٥٥٣/٢٠)، المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار، (٢٨٩/١)، مادة: دفع.

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق، لابن نجيم، (٢٢٨/٧)، حاشية ابن عابدين، (٥٤١/٥)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، (٢١١/٤)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لابن شاش، (٧٤٧/٢)، الشرح الكبير، للرافعي، (١٦٢/١٣)، روضة الطالبين، للنووي، (١٣/١٢)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، (٢٤٢/١١)، الإقناع، للحجاوي، (٣١٩/٤).

أن هناك من الفقهاء من قام بتعريفه بمصطلح خاص، ومن هذه التعريفات ما يلي:

التعريف الأول: الدفع هو: الإتيان بدعوى قبل الحكم أو بعده من قبل المدعى عليه ترد دعوى المدعي^(١).

نوقش: بأنه غير جامع؛ وذلك من وجهين:

الأول: أنه خص الدفع بالمدعى عليه، فأخرج بذلك نائبه^(٢).

الثاني: أنه لا يشمل جميع أنواع الدفوع، بل اختص بالدفع الموضوعي^(٣).

التعريف الثاني: الدفع هو: «دعوى من قبل المدعى عليه أو من ينتصب المدعى عليه خصماً عنه، يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي»^(٤).

يمكن أن يُناقش: بأن فيه دوراً باطلاً؛ وذلك لتعريفه الدفع بالدفع.

- (١) ينظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، (٤/٢١٢).
- (٢) ينظر: نظرية الدفع الموضوعي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني، لقاسم محمد بني بكر، ص: ٣٢-٣٣.
- (٣) ينظر: نظرية الدفع، لقاسم بني بكر، ص: ٣٢-٣٣، الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بين الزوجين، ليوسف درادكة، ص: ١٧.
- (٤) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، لعلي قراعة، ص: ٥٤.

التعريف الثالث: الدفع هو: «إتيان المدعى عليه بدعوى يريد بها إسقاط دعوى المدعي وهو مقبول، سواء كان بعد إقرار المدعى عليه، أو إنكاره، وسواء كان قبل الحكم، أو بعده»^(١).

نُوقش: بما نُوقش به التعريف الأول^(٢).

التعريف المختار:

يظهر مما سبق ذكره من تعاريف، أن عبارات الفقهاء في تعريف الدفع متقاربة، فجميعهم اتفقوا على أن الدفع عبارة عن دعوى جديدة من طرف المدعى عليه، ولكن يمكن القول بأن التعريف الثاني مع الدور الذي فيه هو الأقرب -والله أعلم-؛ وذلك لاشتماله على أنواع الدفع عند الفقهاء، ولكي يكون التعريف جامعاً مانعاً -بإذن الله- يُضاف إليه ما يلي:

أولاً: كلمة: «رد» بدلاً من كلمة: «دفع»؛ لمنع الدور فيه.

ثانياً: عبارة: «أو نائبه» بدلاً من عبارة: «أو من يتصب المدعى عليه خصماً عنه»؛ وذلك ليكون مختصراً.

فيكون تعريف الدفع هو: دعوى من قبل المدعى عليه أو نائبه، يقصد بها رد الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي.

(١) كتاب مختصر مباحث المرافعات الشرعية، لمحمد الأبياني، ص: ٣٧.

(٢) ينظر: نظرية الدفع، لقاسم بني بكر، ص: ٣٢-٣٣.

شرح التعريف:

دعوى: أي: إن الدفع عبارة عن دعوى جديدة، يطالب فيها المدعى عليه بإثباته، وتصحيحه كالدعوى الأصلية.

من قبل المدعى عليه أو نائبه: أي: إن الذي يملك هذا الدفع هو المدعى عليه أو نائبه.

يقصد بها: أي: الهدف من هذا الدفع.

رد الخصومة عنه: إشارة إلى النوع الأول من أنواع الدفوع، وهو دفع الخصومة عن المدعى عليه.

أو إبطال دعوى المدعي: إشارة إلى النوع الثاني من أنواع الدفوع، وهو الدفع الموضوعي.

المطلب الثاني

أقسام الدفع



تنقسم الدفع ثلاثة أقسام:

القسم الأول: دفع الخصومة:

أولاً: تعريف الخصومة^(١):

أ- في اللغة: مصدر خَصِمَ وخَصَمَ، وتعني الجدل، والغلبة بالحجة، يُقال: رجل خَصِمَ: أي جدل، ويقال: خاصمه خصماً: أي غلبه بالحجة^(٢).

ب- في الاصطلاح: لا تخرج الخصومة في الاصطلاح عن المعنى اللغوي.

ثانياً: تعريف دفع الخصومة باعتباره علماً:

المراد بدفع الخصومة: هو ما يأتي به المدعى عليه رداً على الدعوى، لينفي الخصومة عن نفسه، دون التعرض لموضوع الدعوى بتصديق أو تكذيب^(٣).

(١) وقد سبق تعريف الدفع في المطلب الأول.

(٢) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده، (٦٦/٥-٦٧)، مادة: خصم، لسان العرب، لابن منظور، (١٢/١٨٠)، مادة: خصم.

(٣) ينظر: نظرية الدعوى، لمحمد ياسين، ص: ٥٨٨، نظرية الدفع، لقاسم بني بكر، ص: ٤٠، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، لعبد الله الحنين، (١/٣٥٤).

ثالثاً: أثر هذا الدفع على الدعوى:

تطرق الفقهاء إلى هذا الدفع، وذكروا تحته أمثلة كثيرة، منها: أن يدفع المدعى عليه في دعوى عين أن العين ليست ملكه بل هي لفلان، فتكون الدعوى بين المدعي وصاحب العين، وتنصرف الخصومة عن المدعى عليه، فيتضح أثر وقوة هذا الدفع على الدعوى، فإذا ثبت الدفع بالبيينة انصرفت الدعوى عن المدعى عليه^(١).

القسم الثاني: الدفع الموضوعي:

أولاً: تعريف الموضوع:

أ- في اللغة: مصدر وضع، وتعني الحط، والتثبيت، وقيل: المادة التي يبني عليها المتكلم أو الكاتب كلامه^(٢).

ب- في الاصطلاح: هو ما يُبحث فيه عن عوارضه الذاتية، كالكلمات لعلم النحو، فإنه يبحث فيه عن أحوالها من حيث البناء والإعراب^(٣).

(١) ينظر: شرح أدب القاضي للخصاف، للصدر الشهيد، (٣/٢٧٠)، البناية، للعيني، (٩/٣٧٦)، مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٢١٩)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٢٤٠)، الشرح الكبير، لابن رفة، (١٣/١٧٨)، روضة الطالبين، للنووي، (١٢/٢٧)، المغني، لابن قدامة، (١٠/٢٦٧)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، للزركشي، (٧/٤٠٩).

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، (٦/١١٧)، مادة: وضع، المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية بالقاهرة، (٢/١٠٣٩-١٠٤٠)، مادة: وضع.

(٣) ينظر: التعريفات، للجرجاني، ص: ٢٣٦.

ثانياً: تعريف الدفع الموضوعي باعتباره علماً:

المراد بالدفع الموضوعي: هو ما يأتي به المدعى عليه رداً على

الدعوى، بقصد إبطال دعوى المدعي^(١).

ثالثاً: أثر هذا الدفع على الدعوى:

تطرق الفقهاء أيضاً لهذا الدفع، وذكروا تحته أمثلة كثيرة، منها: أن

يدفع المدعى عليه دعوى المدعي في العين أنه اشتراها منه، فالهدف

من هذا الدفع: هو إبطال الحق المدعى فيه ونفيه، فهو يدور حول

موضوع الدعوى، وصدق المدعي في دعواه، فيتضح أثر وقوة هذا

الدفع، فإذا ثبت ردت الدعوى^(٢)، وهذا النوع من الدفع هو المراد في

هذا البحث.

(١) ينظر: نظرية الدعوى، لمحمد ياسين، ص: ٥٨٨، نظرية الدفع، لقاسم بني بكر، ص: ٤٣، الدفع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي، لخالد الأدغم، ص: ٧١.

(٢) ينظر: شرح أدب القاضي، للصدر الشهيد، (٤/٥٥٦)، البناية، للعيني، (٩/٣٩٢)، مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٢١٩)، منح الجليل شرح مختصر خليل، لعليش، (٨/٣٣٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (١٣/١٦٠)، روضة الطالبين، للنووي، (١٢/١٣)، المغني، لابن قدامة، (١٠/٩٦)، كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، (٦/٣٩٤).

القسم الثالث: الدفع الشكلي:

أولاً: تعريف الشكل:

أ- في اللغة: جمع أشكال، وتعني: الشبه والمثل، والطريقة، يُقال: هذا على شكل هذا، أي: على مثاله، ويُقال: فلان شكل فلان، أي: شبهه، ويُقال: شاكلة الإنسان، أي: طريقته^(١).

ب- في الاصطلاح: هو الهيئة الحاصلة من إحاطة نهاية واحدة أو أكثر بالمقدار^(٢).

ثانياً: تعريف الدفع الشكلي باعتباره علماً:

المراد بالدفع الشكلي: هو ما يوجهه المدعى عليه من طعن في الإجراءات الشكلية دون المساس بأصل الحق المدعى به، بهدف تفادي الحكم مؤقتاً^(٣).

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (١١/٣٥٦-٣٥٧)، مادة: شكل، القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروزآبادي، ص: ١٠١٩، مادة: شكل.

(٢) ينظر: موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، للتهانوي، (١/١٠٣٩)، حاشية الدسوقي على مختصر المعاني، لمحمد الدسوقي، (٣/٨٨).

(٣) ينظر: نظرية الدعوى، لمحمد ياسين، ص: ٥٩٤، الدفوع الموضوعية، ليوسف درادكة، ص: ٢٢، الدفوع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي، لخالد الأدغم، ص: ٧٢.

ثالثاً: أثر هذا الدفع على الدعوى:

هذا النوع من الدفع لم يتطرق إليه الفقهاء، ولم يهتموا به؛ وذلك لأنه يتوجه إلى الإجراءات الشكلية التي اشترط القانون الالتزام بها، ولا يتعرض إلى موضوع الدعوى، ولا يؤثر على الحق بإثبات أو إسقاط^(١)، ومن الأمثلة على هذا النوع: الدفع بعدم اختصاص المحكمة التي رُفعت إليها الدعوى، فيتناول هذا الدفع مدى صحة قيام الخصومة أمام المحكمة، فأثر هذا الدفع على الدعوى هو تأخيرها في الغالب، فقد جاء في نظام المرافعات الشرعية: «يجب على المحكمة إذا حكمت بعدم اختصاصها واكتسب الحكم القطعية أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة وتعلم الخصوم بذلك»^(٢)، فيتبين أن الدفع بعدم الاختصاص لم يؤثر على موضوع الدعوى^(٣).

(١) ينظر: نظرية الدعوى، لمحمد ياسين، ص: ٥٩٩، الدفع الموضوعية، ليوسف درادكة، ص: ٢١.

(٢) نظام المرافعات الشرعية، المادة رقم: ٧٨، التاريخ: ٢٢ / ١ / ١٤٣٥ هـ.

(٣) ينظر: نظرية الدعوى، لمحمد ياسين، ص: ٥٩٤، الدفع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي، للأدغم، ص: ٧٢.

المطلب الثالث

المراد بالدفوع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية



وتحسن الإشارة بعد معرفة المراد بالدعوى والدفوع الموضوعية، إلى التطرق إلى تعريف الأحوال الشخصية، وذلك على قسمين:

الأول: تعريف الأحوال الشخصية باعتبارها لفظاً مركباً:

أولاً: تعريف الأحوال في اللغة والاصطلاح:

أ- في اللغة: جمع حال، وهي: كل ما تحرك، أو تغير، يُقال: حال الشيء، أي: تغير^(١).

ب- في الاصطلاح: ما يختص به الإنسان وغيره من الأمور المتغيرة في نفسه، وبدنه، وقنيتة^(٢).

ثانياً: تعريف الشخص في اللغة والاصطلاح:

أ- في اللغة: جمعه أشخاص، وتعني: جماعة خلق الإنسان وغيره^(٣).

ب- في الاصطلاح: هو الإنسان، أو جماعته.

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (١١ / ١٨٥)، مادة: حول، تاج العروس، للزبيدي، (٢٨ / ٣٦٨)، مادة: حول.

(٢) ينظر: التوقيف على مهمات التعريف، للمناوي، ص: ٣٠.

(٣) ينظر: المحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده، (٥ / ١٧)، مادة: شخص، لسان العرب، لابن منظور، (٧ / ٤٥)، مادة: شخص.

الثاني: تعريف الأحوال الشخصية باعتبارها علماً:

لم يُعرّف الفقهاء الأحوال الشخصية بمصطلح خاص به، بل عرفوا كل باب من أبواب الفقه على حده؛ وذلك لكونها من المصطلحات التي نشأت حديثاً، ويقصد بها: الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته، بدءاً بالزواج، وانتهاء بتصفية الميراث^(١)، فيشمل بذلك أبواباً من الفقه، وذلك على قسمين: الأول: النكاح وما يتعلق به من طلاق، ونفقة، وحضانة، وغيرها، والثاني: الولاية، والهبة، والوقف، والوصية، والإرث، وهذا القسم هو المراد في هذا البحث.

وأخيراً يتضح أن المراد بالدفع الموضوعية في دعاوى الأحوال الشخصية غير الزوجية: هو ما يأتي به المدعى عليه رداً على دعوى متعلقة في الولاية، أو الوقف، أو الهبة، أو الوصية، أو الإرث، بقصد إبطال هذه الدعوى.

(١) ينظر: الفقه الإسلامي، للزحيلي، (٦٤٨٧/٩)، والعبارات في تعريفه متقاربة، ينظر: علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ص: ٣٨، الموسوعة الفقهية الكويتية، (٤٨/١).

الفصل الأول

الدفع الموضوعية في دعاوى الولاية

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: الدفع بأن وصي الأب مقدم على الأم.

المبحث الثاني: الدفع بعدم اتزان المولى عليه.

المبحث الثالث: الدفع بأن الولاية على المال فقط.

المبحث الرابع: الدفع بالتوبة عن السوابق.

المبحث الخامس: الدفع بعدم صلاحية المدعي

للولاية.

المبحث السادس: الدفع بأن مصلحة القاصر في بيع

الهدية وحفظ ثمنها حتى يكبر.

المبحث الأول
الدفع بأن وصي الأب مقدم على الأم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث أقامت أم دعوى بطلب إلغاء صك الوصاية الصادر من المحكمة على أولادها، وإقامتها ولية عليهم، والمدعى عليهم أوصياء معينون من قبل والد القصر وهو في حالته المعتبرة شرعاً، رفض المدعى عليهم إلغاء صك الوصاية؛ لأنه صادر من والدهم وثابت لدى المحكمة بصك شرعي، حاولت المدعية القدح في صك الوصاية بأنه لا يلزم المضي فيه ويجوز العدول عنه للمصلحة، وأن مصلحة القصر أن تتولى عليهم أمهم المدعية، وذكرت أن الأوصياء فرطوا في الولاية وتصرفوا في أموال القصر بما يقدح في أمانتهم، ثم طلبت بشكل عاجل إثبات رشد إحدى القاصرات لبلوغها، أنكر المدعى عليهم التهم التي ذكرت المدعية، وذكروا أن التهم التي ذكرت المدعية سبق إثارتها من المدعية في قضية سابقة لدى المحكمة ولم تستطع إثباتها، وطالبوها بالبينة، كما دفع المدعى عليهم بأن وصي الأب مقدم على الأم في الولاية، وأن مجلس الأوصياء أقامه الموصي؛ لعلمه أن نصيب القصر من المال كبير جداً، ولا تستطيع أم الأولاد القيام به، ولا استثماره، ولهذا أقام والدهم مجلس الأوصياء، لم تستطع المدعية إثبات القدح في المدعى عليهم، وأبرز المدعى عليهم أوراقاً ومستندات تدل على قيامهم باستثمار أموال القصر بشكل

صحيح، ولأن وصي الأب مقدم على الأم، ولأن الوصية ثابتة بصك شرعي من والد أو ولد المدعية وهو في حالته المعتبرة شرعاً، ومكتسب للقطعية بتصديقه من محكمة الاستئناف، ولأن ما قدمته المدعية من قدح في المدعى عليهم لا يرقى إلى عزل الأوصياء، لذا ردت المحكمة الدعوى^(١).

فما حكم دفع المدعى عليهم بأن وصي الأب مقدم على الأم؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٤/ ٢٨٥-٣٠٨).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألتين فقهيّتين، هما إجمالاً:

(١) حكم ولاية الأم على مال الصغير.

(٢) إذا ثبتت لها الولاية فهل تقدم على وصي الأب؟

وبيان ذلك تفصيلاً كما يلي:

المسألة الأولى: حكم ولاية الأم على مال الصغير:

أولاً: تصوير المسألة:

هل يثبت للأم حق التصرف والحفظ من بيع وشراء وغيره في مال

ابنها الصغير، بعد وفاة الأب؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن ولاية مال الصغير تكون للأم بعد وفاة

الأب بوصاية، فلم يجعلوا الذكورية شرطاً في الولاية على المال.

(١) ينظر: الأصل، للشيباني، (٥٤٦/٤)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٥٣/٥)،

المختصر الفقهي، لابن عرفة، (٤٥٧/٦)، التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق،

(٦/٦٥٢)، المجموع شرح المهذب، للنووي، (٥٠٨/١٥)، كفاية الأختار في حل

غاية الاختصار، للحصني، ص: ٣٤٤، المغني، لابن قدامة، (٦/٢٤٤)، دليل

الطالب لنيل المطالب، مرعي الكرمي، ص: ١٥٠.

(٢) اختلفوا في ثبوت ولاية الأم على مال الصغير ابتداء من غير وصاية.

ثالثاً: الحكم الفقهي في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم ولاية الأم على مال الصغير، على قولين:
القول الأول: ليس للأم ولاية على مال الصغير، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: ثبوت ولاية الأم على مال الصغير، وهو قول عند الشافعية^(٥)، وقول عند الحنابلة^(٦).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن أبي سعيد الخدري^(٧) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

- (١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (١٥٥ / ٥)، تبين الحقائق، للزيلعي، (٢٢٠ / ٥).
- (٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٢٤٠ / ٨)، منح الجليل، لعليش، (١٠٥ / ٦).
- (٣) ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (١٨٧ / ٤)، عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، لابن الملقن، (٧٩٥ / ٢).
- (٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٢٢٣ / ٢)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي، (١٧٥ / ٢).
- (٥) ينظر: عجالة المحتاج، لابن الملقن، (٧٩٥ / ٢)، نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني، (٤٥٩ / ٥)، روضة الطالبين، للنووي، (١٨٧ / ٤).
- (٦) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، (٣٢٤ / ٥).
- (٧) هو الصحابي الجليل: سعد بن مالك بن سنان الخدريّ الأنصاريّ الخزرجي، أبو سعيد، كان من ملازمي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، روى ١١٧٠ حديثاً، غزاه اثنتي عشرة غزوة، كان أحد الفقهاء المجتهدين، ومفتي المدينة، توفي في المدينة سنة ٦٣ هـ وقيل: ٧٤ هـ، ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، (١٦٨-١٧٢)، وينظر: الأعلام، للزركلي، (٨٧ / ٣).

«... ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحدائكم»، قلن: وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل» قلن: بلى، قال: «فذلك من نقصان عقلها، أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم» قلن: بلى، قال: «فذلك من نقصان دينها»^(١).

وجه الاستدلال: أن وجود الشفقة في الأم لا يكفي لثبوت ولاية التصرف في المال لها، بل لا بد من كمال الرأي وحسن التصرف، وهذا غير موجود في النساء؛ لقصور عقلمن عادة فلا يحسن تصرفهن^(٢).

يمكن أن يناقش من وجهين:

الأول: أن قصور العقل لم يكن مانعاً من تصرف المرأة بوصاية، وقد ثبت اتفاق الفقهاء على جواز ذلك كما تقدم، فلماذا يكون مانعاً هنا!

الثاني: أن المقصود بقصور العقل الذي جاء في الحديث كثرة النسيان لا قلة حسن التصرف^(٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الحيض، باب: ترك الحائض الصوم، (٦٨/١)، رقم الحديث: ٣٠٤، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: بيان نقص الإيمان بنقص الطاعات...، (٨٦/١)، رقم الحديث: ١٣٢، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني (١٥٥/٥)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٩٢/٨).

(٣) ينظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن رجب، (٣٩/٢).

الدليل الثاني: القياس على ولاية النكاح، فكما أنه ليس للأُم ولاية النكاح فكذلك ولاية المال، لا تثبت لها^(١).

يمكن أن يناقش من وجهين:

الأول: أن القياس لا يصح؛ لأن اشتراط الذكورية في ولاية النكاح مسألة غير متفق عليها، فلا يصح الاحتجاج بها^(٢).

الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ فولاية المال تختلف عن ولاية النكاح، فالمرأة تتصرف بمالها، وتقبل شهادتها في الأموال، بخلاف النكاح فلا تقبل شهادتها، ولا تزوج نفسها على الراجح من قولي أهل العلم^(٣).

الدليل الثالث: أن المال محل خيانة، فلا يؤمن عليه أحد^(٤).

(١) ينظر: عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، لابن الملقن، (٧٥٩/٢)، بحر المذهب، للرويانى، (١٣٩/٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين العمري، (٢٠٨/٦).

(٢) اختلف العلماء في ذلك على قولين: فذهب الحنفية والحنابلة في قول: إلى عدم اشتراط الذكورية في ولاية النكاح، ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٢٨٦/٣)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، (٦٦/٨)، بينما ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة على الراجح من المذهب: إلى اشتراط ذلك، ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب، (٤٣٨/٣)، الحاوي الكبير، للهاوردي، (١١٥/٩)، الإقناع في فقه الإمام أحمد، للحجاوي، (١٧٤/٣)، (١٧٢).

(٣) ينظر: الجامع لمسائل المدونة، لأبي بكر الصقلي، (٨٠/٩)، الحاوي الكبير، للهاوردي، (١٣٨/٩)، المغني، لابن قدامة، (٨/٧).

(٤) ينظر: نيل المآرب بشرح دليل الطالب، لابن أبي تغلب الشيباني، ص: ٤٠١.

يمكن أن يناقش: يُسلم أن المال محل خيانة، ولكن لا يُقال بأن الأم غير مؤتمنة على مال ابنها الصغير فهي تعتبر أحد الأبوين، وهي أشفق وأحن على ابنها من غيرها.

الدليل الرابع: أن هذه الولاية خاصة بالعصبات، والأم لا تعتبر عصبه^(١).

يمكن أن يناقش: بأن هذا غير مُسلم به؛ فولاية المال لا تختص بالعصبات؛ لأنها تثبت للوصي بالاتفاق^(٢)، ولم يُجعل التعصيب أو الذكورية شرطاً لثبوتها، فالأب له أن يوصي لغير العصبه، كما له أن يوصي للأم بالاتفاق كما تقدم.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: ما ثبت أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

أوصى لابنته حفصة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بالنظر في ولاية وقفه، قال: «... تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهله...»^(٣).

(١) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسين العمراني، (٢٠٨/٦)، المجموع، للنووي، (٣٤٦/١٣).

(٢) ينظر: مراتب الإجماع، لابن حزم، ص: ١١٠-١١١، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن قطان، (٨٢/٢).

(٣) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الوصايا، باب: في الرجل يوقف الوقف، (٥٠٥/٤)، رقم: ٢٨٧٩، والصنعاني في مصنفه، كتاب: أهل الكتابين، باب: وصية عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، (٣٧٧/١٠)، رقم: ١٩٤١٧، وقال ابن الملقن: إسناداه صحيح، ينظر: البدر المنير، (١٠٨/٧)، وتبعه العسقلاني، ينظر: تلخيص الحبير، (١٦٢/٣).

وجه الاستدلال: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جعل حفصة ولية على وقفه الذي جعله لذي القربى والفقراء والمساكين وغيرهم، فإذا ثبت صلاح المرأة على مثل هذا المال فمن باب أولى صلاحها على ولاية مال ابنها^(١).

يمكن أن يناقش من وجهين:

الأول: إن هذا دليل على جواز تصرف المرأة بوصاية لا غيرها، وهذا خارج محل النزاع كما تقدم.

الثاني: قول عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ثم يليه ذو الرأي من أهله...»، فيه دلالة على أن ولاية المال للمرأة محصورة بالإيضاء؛ بدليل أنه حدد الوصي الذي يكون بعد حفصة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، فلا تكون ولايتها مطلقة أو متعدية.

ويمكن أن يجاب عليه من وجوه:

أما الأول: فلا يُسلم به؛ لأنه لو منع تصرف المرأة ابتداءً لمنع تصرفها بوصاية.

وأما الثاني: فقد ثبت أن حفصة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا هي من ولت أخاها عبد الله بن عمر - رضي الله عنهم أجمعين - من بعدها^(٢)، فدل على أن تصرف المرأة مطلقاً ومتعدداً في الولاية.

(١) ينظر: المجموع، للنووي، (٢٤٦/١٣)، عجلة المحتاج، لابن الملقن، (١١٠٧/٣)،

الورقات فيما يختلف فيه الرجال والنساء، العمري، ص: ٢٠٠.

(٢) ينظر: العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام، لابن العطار، (٣٥٩/١)، كوثر

المعاني الدراري في كشف خبايا صحيح البخاري، للشنقيطي، (٦٥/٥).

الدليل الثاني: أنها أحد الأبوين، فتثبت لها ولاية المال كما ثبتت للأب^(١).

نوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ فالنظر في المال يحتاج إلى خروج من البيت ومخالطة للرجال، والمرأة ليست كالرجل في ذلك^(٢).

يمكن أن يجاب عليه من وجهين:

الأول: إن المرأة تتصرف بمال الصغير بوصاية، ولم يكن الخروج من البيت مانعاً.

الثاني: إنه في الوقت الحاضر يمكن للمرأة التصرف بالمال من غير خروج من البيت، أو مخالطة للرجال.

الدليل الثالث: أن الأم أحن وأشفق من الأجنبي على ابنها، فتقدم عليهم^(٣).

نوقش: بأن وجود الشفقة لا يكفي لثبوت الولاية بل لابد من كمال الرأي وحسن التصرف^(٤).

(١) ينظر: عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج، لابن الملتن، (٢/٧٩٥)، وبحر المذهب، للرويانى، (٨/١٣٩)، الحاوي الكبير، للهاوردي، (٦/٢٩).

(٢) ينظر: الورقات فيما يختلف فيه الرجال والنساء، للعمرى، ص: ٢٠١.

(٣) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٥/٨٠)، عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج، لابن الملتن، (٣/١١٠٧).

(٤) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشى، (٨/١٩٢).

يمكن أن يجاب عليه: بأن الأم اجتمع فيها الشفقة وحسن التصرف، فلا دليل على قلة حسن تصرفها، أو نقصان رأيها.

الدليل الرابع: أن الأم لها ولاية المال على أولادها كما لها ولاية على آداب أولادها^(١).

الدليل الخامس: يمكن أن يستدل بالأحاديث التي أباحت تصرف الأم على أبنائها، كما ثبت عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهند بن عتبة^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

وجه الاستدلال: أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أباح لهند الأخذ والتصرف بمال ابنها، فهذا يدل على ثبوت ولاية الأم على مال الصغير.

(١) فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، لابن عثيمين، (٣/٧٥)، ذكره في سياقه للخلاف.

(٢) هي الصحابية الجليلة: هند بنت عتبة بن ربيعة ابن عبد شمس بن عبد مناف، العبشمية القرشية، أم الخليفة الأموي: معاوية بن أبي سفيان، من النسوة اللائي بايعن الرسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. أسلمت يوم فتح مكة، وشهدت اليرموك، وحرضت على قتال الروم، وكانت لها تجارة في خلافة عمر، توفيت سنة ١٤ هـ، ينظر: مختصر تاريخ دمشق، لابن منظور، (٢٧/١٨٠)، الأعلام، للزركلي، (٩٨/٨).

والحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ، (٧/٦٥)، رقم الحديث: ٥٣٤٦، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، (٣/١٣٣٨)، رقم الحديث: ١٧١٤، عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

الدليل السادس: يمكن أن يستدل: باتفاق الأئمة الأربعة^(١) على عدم اشتراط الذكورية في ولاية المال.

خامساً: الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الثاني، وذلك لضعف أدلة المخالفين، فالأم يثبت لها الولاية على مال الصغير؛ وذلك لعدم اشتراط الذكورية في ولاية المال، ولكونها أحد الأبوين، فهي أشفق على ابنها من الأجنبي، وغالباً ما تقصد المصلحة والخير لابنها، فاتفق الفقهاء على جواز تصرفها بوصاية، فيه دلالة على صحة تصرفها، وثبوت ولاية المال لها.

المسألة الثانية: حكم تقديم وصي الأب على الأم:

أولاً: تصوير المسألة:

إذا كان الأب قد عيّن وصياً على مال ابنه الصغير، فهل يقدم هذا الوصي على الأم بعد وفاة الأب؟

ثانياً: الحكم الفقهي في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تقديم وصي الأب على الأم، على قولين:

(١) كما سبق بيانه، ص: ٥٤.

القول الأول: أن وصي الأب يقدم على الأم وغيرها، وهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، ومذهب الحنابلة^(٤).

القول الثاني: أن الأم تقدم على الوصي، وهو قول عند الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن شفقة الأب فوق شفقة الكل، ووصيه خلف الأب في الشفقة، وخلف الشيء يقوم مقامه، فأشبه الأب^(٧).

يمكن أن يناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ فلا مثل لشفقة الأب والأم على أبنائهم، فهم أكمل شفقة من غيرهم.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٢٦/٥)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٥٥/٥)، تبين الحقائق، للزيلعي، (٢١٣/٦)، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، لشيخ زاده، (٤٢٨/٢).

(٢) ينظر: جواهر الدرر في حل ألفظ المختصر، للتتائي، (٥٦/٦)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٢٩٧/٥).

(٣) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني، (٤٦٠/٥).

(٤) ينظر: غاية المنتهى، لمرعي الكرمي، (٦٥٥/١)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤٤٧/٣).

(٥) ينظر: عجالة المحتاج، لابن الملقن، (٧٩٥/٢)، الوسيط في المذهب، للغزالي، (٤٨٥/٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني، (١٥٠/٨).

(٦) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، (٣٢٤/٥).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٥٥/٥)، نهاية المطلب في دراية لمذهب، للجويني، (٣٦٦/١١).

الدليل الثاني: اختيار الأب للوصي دليل على تركية تصرفه^(١).

الدليل الثالث: القياس على الوكيل، فوصي الأب بمثابة وكيله في حياته، فيقدم على غيره^(٢).

يمكن أن يناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ فالوكالة تكون في حال حياة الموكل، فيشرف على الوكيل ويراقبه، بخلاف الوصاية التي تكون بعد وفاة الموصي، فلا يشرف عليه أو يراقبه.

الدليل الرابع: يمكن أن يستدل: بأن القصد من الوصاية هو أن يكون الوصي خليفة للموصي؛ فالقول بتقديم الأم أو غيرها على الوصي فيه مخالفة للأصل، وإبطال لمقصدها.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن الأم أحد الأبوين، فتأخذ منزلة الأب بعد وفاته وتقدم على الوصي في ولاية مال أبنائها^(٣).

يمكن أن يناقش: بأن الوصي خليف للأب؛ فينزل منزلته، فتكون منزلة الأب باقية بقاء وصيه، فلا يتعدى عليها.

(١) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي، (٦/٢١٣).

(٢) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (٣/٤٤٧).

(٣) ينظر: الوسيط في المذهب، للغزالي، (٤/٨٥)، عجلة المحتاج، لابن الملقن،

(٢/٧٩٥).

الدليل الثاني: أن الأم أحن وأشفق من الأجنب على مال ابنها، وغالباً ما تقصد الحظ له، فتقدم عليهم^(١).

يمكن أن يناقش: بأن الوصي قد ارتضاه الأب؛ والأب غالباً ما يقصد الحظ لابنه.

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وذلك لضعف أدلة المخالفين، فالوصي يُقدم على الأم؛ لأن إيذاء الأب له دليل على حسن تصرفه، وصلاحيته لو لاية مال ابنه، ولأن القول بخلافه فيه إبطال للمقصد الأصلي من الوصاية.

(١) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٨٠/٥)، عجلة المحتاج، لابن الملقن، (٣/١١٠٧).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليهم - وهم أوصياء الأب -:
بأن وصي الأب مقدم على الأم؛ وذلك لما قرره الفقهاء، قدحت المدعية
- وهي الأم - في عدالة الأوصياء؛ وذلك بقصد إبطال الدفع، وعجزت
عن إثبات ذلك، وأثبت الأوصياء أهليتهم للولاية، حكم القاضي بقبول
الدفع؛ وذلك لصحته، ولعجز المدعية عن القدح في عدالة الأوصياء،
ولكون المصلحة اقتضت إبقاء الأوصياء، وتقديمهم على الأم^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت
الوصية، وثبوت صلاحية الأوصياء للولاية، وثبوت المصلحة للقصر،
قُبِل الدفع وتم لموجبه رد الدعوى، وجاء الحكم القضائي موافقاً لما
تقرر في المطلب الثاني من المبحث: من أن وصي الأب يقدم على
الأم؛ لكونه خلف الأب، ولأن الإيضاء دليل على تركيته وصلاحيته.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بتقديم وصي الأب على الأم يُقبل
قضاء، إذا تحقق ما يلي:

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٤/ ٢٨٥-٣٠٨).

الأول: ثبوت الوصية؛ وذلك لأنها أساس الدعوى، فإذا لم تثبت، فتقدم الأم على الأجنبي؛ وذلك لأنها أحد الأبوين، وأشفق من غيرها على ابنها، وغالباً ما تقصد له المصلحة.

الثاني: ثبوت صلاحية الوصي للولاية؛ وذلك لمراعاة حفظ مصلحة القصر، بتولية الأصح عليهم، فإذا لم تثبت فتقدم الأم على الوصي؛ وذلك لأن الوصي يُعزل بثبوت عدم صلاحيته للولاية، فتكون الولاية للأم؛ لأنها تقدم على غيرها من الأجانب.

الثالث: ثبوت المصلحة للقاصر؛ وذلك لأن المقصد من الولاية هو تحقيق وحفظ مصلحة القاصر فلا بد من أن يراعى ذلك.

المبحث الثاني الدفع بعدم اتزان المولى عليه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليه بصفته ولي على زوجها، طالبة الحكم بفسخ الولاية عن زوجها؛ لتمتعه بقواه العقلية وعدم وجود ما يوجب إقامة ولي عليه، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر عدم حاجة أخيه -زوج المدعية- إلى الولاية عليه، ودفع بأنه غير متزن وتصرفاته غير مسؤولة، وبعد عرض المولى عليه على لجنة من الأطباء لتقدير أهليته الشرعية رأت حاجته لولي يرفع شأنه؛ لوجود إعاقة ذهنية بسيطة لديه وضعف في الإدراك، ولذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن دعوى المدعية وألزم الولي بالحفاظ على مال المولى عليه ومتابعة شأنه»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بعدم اتزان المولى عليه؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٠٢-٤٠٤).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتناول هذا الدفع: مسألة حكم ثبوت الولاية على من به إعاقة ذهنية بسيطة؟ وبيان ذلك كالتالي:
في البداية لابد من الإشارة إلى التعريف الطبي للإعاقة الذهنية، وبيان درجاتها.

أولاً: تعريف الإعاقة الذهنية طبيًا:

هي: «حالة من توقف النماء العقلي، أو عدم اكتماله، تتميز بشكل خاص باختلال في المهارات يظهر أثناء دور النماء، ويؤثر في المستوى العام للذكاء»^(١).

ثانياً: درجات الإعاقة الذهنية:

من خلال التعريف يتضح أن الإعاقة الذهنية لها درجات متفاوتة، وهي:
أ- الإعاقة الذهنية الخفيفة: وهي الفئة القابلة للتعلم، وتتميز بقدرتها على التعلم حتى مستوى الصف الثالث أو يزيد، أي بعمر ٨ إلى ١٠ سنوات تقريباً، وهذه الفئة غير قادرة على تحمل أي نوع من المسؤوليات^(٢).

(١) المراجعة العاشرة للتصنيف الدولي للأمراض، تصنيف الاضطرابات النفسية والسلوكية، ICD/10، لمنظمة الصحة العالمية، ص: ٢٣٨.

(٢) ينظر: تصنيف الاضطرابات النفسية والسلوكية، ICD/10، لمنظمة الصحة العالمية، ص: ٢٤٠، الإعاقة العقلية، لمصطفى نوري القمش، ص: ٣٨.

ب- الإعاقة الذهنية المتوسطة: وهي الفئة القابلة للتدريب، وتعرف هذه الفئة بتأخرهم عن اكتساب مهارات الرعاية لأنفسهم، فالبعض قد يحتاج إلى الإشراف عليه مدى الحياة، ولا يزيد النضج الاجتماعي لهذه الفئة عن مستوى عمر ٤ إلى ٩ سنوات تقريباً^(١).

ج- الإعاقة الذهنية الشديدة: وهي الفئة الاعتمادية، أي التي لا تقبل التعليم، أو التدريب، وتحتاج هذه الفئة إلى المساعدة في جميع احتياجاتها اليومية^(٢).

ومن خلال ما سبق، يتضح أن الإعاقة الذهنية يمكن أن تجمل في حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الإعاقة الذهنية كاملة، وهي الفئة الشديدة، ويراد بها الجنون، وهذا مما اتفق الفقهاء^(٣) على ثبوت الولاية عليه^(٤).

الحالة الثانية: أن تكون الإعاقة الذهنية ناقصة، وهي الفئة البسيطة، والمتوسطة، ويراد بها العته، وهذا مما اختلف الفقهاء فيه، وهو محل البحث:

(١) ينظر: تصنيف الاضطرابات النفسية والسلوكية، ICD/10، لمنظمة الصحة العالمية، ص: ٢٤٠، الإعاقة الذهنية، لصفاء محمد، ص: ٩٦-٩٧.

(٢) ينظر: الإعاقة العقلية، للقمش، ص: ٣٩.

(٣) ينظر: البنية شرح الهداية، لبدر الدين العيني، (١١/٧٥)، حاشية الدسوقي، (٣/٢٩٢)، جواهر العقود، لمحمد الأسيوطي، (١/١٣٣)، الكافي في فقه الإمام أحمد، لابن قدامة، (٢/١٠٦)، مراتب الإجماع، لابن حزم، ص: ٥٨.

(٤) وهذا القسم خارج موضوع البحث؛ لأن المبحث يختص بالإعاقة الذهنية البسيطة لا الكاملة.

الفرع الأول: التعريف بالمعتوه:

أولاً: المعتوه في اللغة:

العته أو المعتوه هو: من نقص عقله، أو فقد، أو دُهِش من غير مس جنون^(١).

ثانياً: المعتوه في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريف المعتوه، على ثلاثة تعاريف:

التعريف الأول: المعتوه: هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، لا يضرب ولا يشتم كالمجنون، وهذا تعريف الحنفية^(٢).

التعريف الثاني: المعتوه: هو من كان ناقص العقل، لا عادمه كالمجنون، وهذا تعريف المالكية^(٣)، والشافعية^(٤).

التعريف الثالث: المعتوه: هو من زال عقله بجنون مطبق، وهذا تعريف الحنابلة^(٥).

(١) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، (٥١٢/١٣)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي، ص: ١٢٤٩، تاج العروس من جواهر القاموس، لمرتضى الزبيدي، (٤٣٢/٣٦)، مادة: عته.

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٦٨/٣)، مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (٤٣٧/٢).

(٣) ينظر: تجبير المختصر، للدميمري، (٤٥٤/٢)، حاشية الدسوقي، (١٧٦/٢).

(٤) ينظر: حيلة العلماء، للشاشي، (٥٢٣/٤)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للهيتمي، (٤٥٣/١).

(٥) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٥٠/٧)، الإقناع، للحجاوي، (٣٨٢/٢).

ويتضح من خلال ما سبق أن الفقهاء اختلفوا في إلحاق المعتوه بالمجنون، فذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية إلى: أن المعتوه يختلف عن المجنون، بينما ذهب الحنابلة إلى: أن المعتوه لا يختلف عن المجنون، والراجح -والله أعلم- هو أن المعتوه يختلف عن المجنون؛ وذلك لما ثبت طبيياً أن الإعاقة الذهنية لها درجات متفاوتة.

التعريف المختار:

الراجح -والله أعلم- هو التعريف الأول، فالمعتوه: هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، ناقص التدبير، لا يضرب ولا يشتم كالمجنون؛ وذلك لأنه الأقرب إلى الوصف الطبي، فقد ثبت في التشخيص الطبي^(١) لمن كان به إعاقة ذهنية ناقصة أن المصاب: يصعب عليه الفهم، والتحدث، ولا يقدر على تحمل المسؤولية، أو الرعاية الشخصية في بعض الحالات، وغيرها من الأمور.

الفرع الثاني: حكم تصرف المعتوه بماله:

أولاً: صورة المسألة:

هل يُعد تصرف المعتوه بشيء من ماله من بيع أو شراء وغيره تصرفاً صحيحاً؟ فلا تثبت الولاية عليه! أم يعد تصرفه باطلاً؟ فتثبت عليه الولاية!

(١) ينظر: تصنيف الاضطرابات النفسية والسلوكية، ICD/10، لمنظمة الصحة العالمية، ص: ٢٣٩-٢٤١.

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

يختلف حكم المعتوه بناء على اختلاف قوة العته، فإما أن يكون شديداً، وإما أن يكون خفيفاً، وبيانه كالتالي:

الأول: من كان شديد العته، وصاحبه غير مميز، فحكمه كحكم الصبي غير المميز^(١)؛ بجامع عدم التمييز، وحكم جميع تصرفاته باطلة^(٢).

الثاني: من كان خفيف العته، وصاحبه مميز، فيأخذ حكم الصبي المميز^(٣)؛ بجامع وجود العقل وقصر الإدراك، وحكم تصرف الصبي المميز كالتالي:

أ- تحرير محل النزاع:

قسّم الفقهاء تصرفات الصبي المميز في ماله^(٤) ثلاثة أقسام:

- (١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٦/٢٥)، ولم أفق على حكم المعتوه عند غير الحنفية، إلا أن الشافعية أشاروا إلى مسألة من له أدنى تمييز ولم يكمل عقله، ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي، (١٧٧/٤).
- (٢) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٩/٥)، الإنصاف، للمرداوي، (٤/٢٦٨)، المغني، لابن قدامة، (٤/١٨٦).
- (٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٦/٢٥)، فتح القدير، لابن الهمام، (٩/٣١٤)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي، (٤/١٧٧)، بداية المحتاج في شرح المنهاج، لابن قاضي شهبة، (٢/١٨٢).
- (٤) المراد بالصبي المميز في التصرفات المالية: أي أنه يعلم أن البيع سالب للملك، وأن الشراء جالب له، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش، ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٩/٣١١).

القسم الأول: التصرفات التي فيها ضرر محض بمعنى: أنها تؤدي إلى إهدار ماله دون أي عائد، كالهبة، فهذه اتفق الفقهاء^(١) على عدم صحتها^(٢).

القسم الثاني: التصرفات التي فيها نفع محض بمعنى: أنها تعود على مال الصبي بالنفع دون إنفاق لماله، كقبول الهبة، وهذه اختلف الفقهاء في صحتها دون إذن وليه، وسيأتي بيانها - بإذن الله -.

القسم الثالث: التصرفات المترددة بين النفع والضرر، كالبيع والشراء والإجارة، وهذه اختلف الفقهاء في صحتها، وسيأتي بيانها - بإذن الله -.

ب- الحكم الفقهي للمسائل:

المسألة الأولى: حكم تصرفات الصبي المميز المالية فيما فيها نفع

محض:

أولاً: صورة المسألة:

هل يعد تصرف الصبي المميز في ماله تصرفاً صحيحاً إذا كان هذا التصرف يعود بالنفع المحض الذي لا يترتب عليه أي إنفاق مالي للصبي، كقبول الهبة مثلاً؟

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٠/٦)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، (٥/٢٢٠)، التاج والإكليل لمختصر خليل، للبواق، (٤/٢٠)، المجموع شرح المهذب، للنووي، (٩/١٥٦)، الإنصاف، للمرداوي، (١٣/٣٤٧)، المغني، لابن قدامة، (٦/٢١٦).

(٢) وهنا ينبه: إلى أن الفقهاء اتفقوا على الأصل واختلفوا في تحديد ما يدخل تحت الضرر المحض.

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، على قولين:

القول الأول: يصح تصرفه فيما فيه نفع محض مطلقاً بلا إذن، وهذا قول الحنفية^(١).

القول الثاني: يصح تصرفه فيما فيه نفع محض إذا أذن له وليه، وهذا قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن تصرف الصبي يلحق بالبالغ العاقل استحساناً.

وجه الاستحسان: أن عدم اعتبار عقله كان لدفع الضرر عنه؛ لأنه غالباً لا ينظر إلى عواقب الأمور؛ لعدم اعتدال عقله، فلما كان التصرف نفعاً محضاً تعين نظره كوليّه؛ لزوال الضرر^(٥).

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٥/٢٢)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/٢٠)، فتح القدير، لابن الهمام، (٩/٣٤، ٣١٢).

(٢) ينظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة، (٦/٤٦٥) و (١٠/٣٢٥)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٥/٣٠٢).

(٣) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي، (٥/٣٦٧)، نهاية المحتاج شرح المنهاج، للرملي، (٥/٤٠٩).

(٤) ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (١٧/٢٦)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٣١)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٩٦).

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٢/٦٢)، (١٩/٣١)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/١٢٦)، تبين الحقائق، للزيلعي، (٥/٩٦).

يمكن أن يناقش: بأن الصبي ولو كان مميزاً لا يمكنه أن يحدد النافع من الضار؛ لأنه قد يلتبس^(١) ذلك على البالغ العاقل، فكيف بالصبي!

الدليل الثاني: بأن الصبي من أهل التصرف فيصح بيعه وشراءه بإذن وليه، فهنا من باب أولى، ولا يحتاج إلى إذن وليه؛ لعدم الضرر^(٢).

يمكن أن يناقش: بأن القياس لا يصح؛ لأن تصرف الصبي ببيع أو شراء محل خلاف - كما سيأتي - فلا يصح الاحتجاج به.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن الاستقلال بالتصرف فيما فيه نفع محض يوجب الاستقلال بجميع التصرف^(٣).

الدليل الثاني: أنه لا يؤمن عليه من حيث تفريطه وعدم حفظه، فلا بد من إذن وليه حتى يحفظه^(٤).

الدليل الثالث: انتفاء أهلية التصرف عن الصبي المميز؛ لأنه لا يعرف حظ نفسه، فلا بد من إذن وليه^(٥).

(١) فقبول الهبة مثلاً، لا يجزم بأنها قد تكون منفعة محضة، فقد يكون المقصد منها التلبس بتهمة معينة، أو الإساءة بطريقة أخرى، فالمقصد: أن تحديد ما هو منفعة وما هو مضرة لا يقدر عليه الصبي.

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٥٠ / ٦)، ذكره في سياقه للخلاف.

(٣) ينظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة، (٤٦٥ / ٦).

(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٥٠ / ٦).

(٥) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (٣٠٢ / ٤)، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، للرحياني، (٣٩٠ / ٤).

رابعاً: الترجيح:

الراجح -والله أعلم- القول الثاني القائل بصحة تصرف الصبي المميز فيما فيه نفع محض إذا أذن له وليه؛ لأن الصبي يظل قاصراً عن التفريق بين التصرفات النافعة والضارة، التي قد تؤدي إلى ضياع ماله، فاشتراط إذن الولي لصحة تصرفه، إنما هو لحفظ ماله، وضمنان حقه.

المسألة الثانية: حكم تصرف الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر:

أولاً: صورة المسألة:

هل تصح تصرفات الصبي المميز في المعاملات التي تدور بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة؟ أم لا بد من إذن وليه؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تصرف الصبي المميز لما هو متردد بين النفع والضرر على قولين:

القول الأول: يصح تصرفه بإذن وليه، وهذا قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣٥/٥)، تبيين الحقائق، للزيلعي (٢١٩/٥)، مجمع الأنهر، لداماد أفندي، (٤٥٤/٢).

(٢) ينظر: مختصر خليل، ص: ١٧٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، (٢٩٤/٣)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، للصاوي، (١٣٨/٢).

(٣) ينظر: المغني، لابن قدامة، (١٨٥/٤)، الإنصاف، للمرداوي، (٤١٢/١٣)، الإقناع، للحجاوي، (٥٨/٢)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٢٥٣/٢).

القول الثاني: لا يصح تصرف الصبي مطلقاً أذن له وليه أو لم يأذن، وهذا قول الشافعية^(١).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه أمر باختبار رشدهم، والاختبار يكون بالإذن لهم بالتصرف ببيع أو شراء؛ حتى يُعرف حالهم، وهذا فيه دلالة على أن الصبي يصح تصرفه فيما هو متردد بين النفع والضرر إذا أذن له وليه^(٣).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَأَنؤا الْيَتَامَىٰ أَمْؤَالَهُمْ﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه أمر بأن تُدفع إليهم أموالهم، والدفع تمكين له من التصرف، فدل على صحة التصرف، واعتباره شرعاً^(٥).

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب، للنووي، (١٥٦/٩)، حاشية الجمل على شرح المنهج، للجمل (١٦/٣).

(٢) سورة النساء، آية: ٦.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي، (٢١٩/٥)، المغني، لابن قدامة، (١٨٥/٤).

(٤) سورة النساء، آية: ٢.

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢١/٢٥)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (٢١٩/٥).

الدليل الثالث: قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** عندما رأى عبد الله بن جعفر ^(١) **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** يبيع لعب الصبيان في صغره: «بارك الله لك في صفقتك» ^(٢).

وجه الاستدلال: إقراره **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** على هذا البيع فيه دلالة على صحة تصرف الصبي في ماله من بيع أو شراء ^(٣).

الدليل الرابع: القياس على العبد المأذون، فكما أن العبد المأذون يصح تصرفه فيصح تصرف الصبي المأذون كذلك؛ بجامع أن كلاهما: عاقل، ومميز، ومحجور عليه، فصح تصرفه بإذن وليه ^(٤).

نوقش: بأنه قياس مع الفارق، وذلك من وجهين:

الأول: أن العبد مكلف فصح عقده، بخلاف الصبي فهو غير مكلف فلا يصح عقده.

(١) هو: عبد الله بن جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي، أبو جعفر المدني، من صغار الصحابة، أول مولود في الإسلام في الحبشة، سكن المدينة، جواد ابن جواد، استشهد أبوه يوم مؤتة، فكلفه النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** ونشأ في حجره، هو آخر من رأى النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** وصحبه من بني هشام، توفي سنة ٨٠هـ في المدينة، ينظر: سير أعلام النبلاء، الذهبي، (٣/٤٦٥)، الأعلام، للزركلي، (٤/٧٦).

(٢) أخرجه أبي يعلى في مسنده، (٣/٤٧)، رقم: ١٤٦٧، وقال الهيثمي: أخرجه أبي يعلى والطبراني ورجاهما ثقات، ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، (٩/٢٨٦)، رقم: ١٥٥٤٠، وقال ابن حجر: «إسناده حسن على شرط أبي داود»، ينظر: المطالب العالمة بزوائد المسانيد الثمانية، (١٦/٤١٦)، رقم: ٤٠٤٤.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي، (٢٥/٢١).

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٥/٢٢)، المغني، لابن قدامة، (٤/١٨٥).

الثاني: أن العبد محجور عليه لحظ غيره - وهو الولي - فلما أذن له زال الحجر، بخلاف الصبي الذي هو محجور لحظ نفسه^(١).

الدليل الخامس: قالوا: لأن تصرفه مشروع، صادر من أهله، عن ولاية شرعية^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه نهى عن دفع المال إلى السفهاء، والصبي يعتبر سفيه فلا يدفع إليه^(٤).

نُوقش: بأن المراد بالسفهاء هم الذين لا يعقلون، وأما الصبي المميز فهو عاقل^(٥).

الدليل الثاني: قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٦).

(١) ينظر: الحاوي الكبير، للهاوردي، (٣٦٩/٥).

(٢) أما كونه مشروعاً؛ فلأن الله أحل البيع من غير فصل بين البالغ وغيره، وأما كونه صادراً من أهله؛ فلأن الصبي عاقل مميز يعلم بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له، وأما كونه عن ولاية شرعية؛ فلأنه صدر بإذن وليه، والولي له التصرف فكذا من أذن له، ينظر: العناية شرح الهداية، للباقرتي، (٣١١/٩).

(٣) سورة النساء، آية: ٥.

(٤) ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، لابن رفة، (٤٣/١٠).

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٥/٢٢).

(٦) سورة النساء، آية: ٦.

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه جعل لصحة دفع أموالهم إليهم البلوغ والرشد، والصبي المميز ليس ببالغ، فلا يُدفع إليه^(١).

يمكن أن يناقش: بأن هذا خارج محل النزاع؛ لأن البلوغ والرشد شرط لانفكك الحجر عنهم، لا شرط لتصرفهم بإذن أوليائهم فهذا يكون في حجرهم.

الدليل الثالث: عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رفع

القلم عن ثلاثة» وذكر منهم «... وعن الصبي حتى يكبر»^(٢).

وجه الاستدلال: مقتضى الحديث إسقاط أقوال الصبي وأفعاله

حتى يبلغ^(٣).

(١) ينظر: حيلة العلماء في معرفة مذهب الفقهاء، للشاشي، (٤/١٠)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، (٢/١٢٦).

(٢) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب أحداً، (٤/١٣٩)، رقم الحديث: ٤٣٩٨، واللفظ له، والترمذي في سننه، كتاب: أبواب الحدود، باب: ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، (٤/٣٢)، رقم الحديث: ١٤٢٣، والنسائي في سننه، كتاب: الطلاق، باب: من لا يقع طلاقه من الأزواج، (٥/٢٦٥)، رقم الحديث: ٥٥٩٦، وابن ماجه في سننه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم، (١/٦٥٨)، رقم الحديث: ٢٠٤١، قال الحاكم: «حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، ينظر: المستدرک على الصحيحين، (٢/٦٧)، رقم: ٢٣٥٠.

(٣) ينظر: حيلة العلماء، للشاشي، (٤/١٠)، المجموع، للنووي، (٩/١٥٦).

نُوقش: بأن الحديث محمول على رفع الإثم، والتكليف حتى بلوغ الصبي، وليس المراد إبطال تصرفاته^(١).

الدليل الرابع: قالوا: إن مقتضى الولاية على الصبي أمران: حفظ ماله، وتولي عقوده، فلما لم يجز للولي أن يرد للصبي حفظ ماله، لم يجز له أن يرد إليه تولي عقوده^(٢).

يمكن أن يناقش: بأن اشتراط إذن الولي لتصرف الصبي جاء لحفظ ماله وعقوده، فلا إشكال إذن؛ لعدم رد العقود إلى الصبي استقلالاً.

الدليل الخامس: قالوا: إن علة الحجر وهي عدم صحة التصرف قائمة على الصبي فلا تزول بالإذن^(٣).

نُوقش: بأنه يستدل بإذن الولي على ثبوت هدايته إلى التصرف، فتزول العلة، ولكن يبقى الحجر؛ لاحتمال تبدل حاله^(٤).

الدليل السادس: قالوا: إنه غير مكلف فوجب عدم صحة تصرفه كالمجنون والصبي غير المميز^(٥).

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة، (١٠٩/٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير، للهاوردي، (٣٦٩/٥).

(٣) ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، لابن رفة، (٧/١٠).

(٤) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٢١٩/٥).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير، للهاوردي، (٣٦٩/٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي،

للعمراني، (١٢/٥).

الدليل السابع: قالوا: إن العقل لا يمكن الاطلاع عليه لمعرفة الحد الذي يصلح به التصرف؛ لخفائه، وقد جعل الشارع ضابطه البلوغ، فلا يصح تصرفه قبله^(١).

نُوقش: بأنه يُعرف ذلك بتصرفاته وآثارها، كما يُعرف رشد السفية بتصرفاته^(٢).

رابعاً: الترجيح:

الراجع - والله أعلم - القول الأول القائل بصحة تصرف الصبي فيما تردد بين النفع والضرر إذا أذن له وليه، وذلك؛ لأنه يتوافق مع مبدأ الشارع الحكيم في تدرج الأحكام، فانفكاك بعض الحجر للصبي قبل بلوغه، تمهيداً وتدريباً لانفكاكه كله بعد بلوغه، فيحسن التصرف في ماله.

(١) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٤ / ١٨٥)، ذكره في سياق الخلاف.

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٤ / ١٨٥).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو أخ المولى عليه -:
 بعدم اتزان المولى عليه وأنه بحاجة إلى ولي يرفع شؤون حياته،
 أنكرت المدعية - وهي زوجة المولى عليه - ذلك، وحضر المولى عليه
 وأنكر الدفع، جرت إحالة المولى عليه إلى لجنة طبية لتقدير أهليته
 المعتبرة شرعاً، فوردت الإجابة لتوافق ما جاء في دفع المدعى عليه
 بعدم اتزان المولى عليه، وحاجته إلى الولاية، فحكم القاضي برد
 الدعوى بناء على قوة الدفع؛ وذلك لثبوته^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد أن ثبت
 طبيياً عدم اتزان المولى عليه؛ لوجود إعاقة ذهنية بسيطة، قبل الدفع
 وتم لموجبه رد لدعوى، وجاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في
 المطلب الثاني من المبحث: من ثبوت الولاية على من كان به إعاقة
 ذهنية بسيطة؛ وذلك لعدم قدرته على إدارة أمره، ورعاية شأنه.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بعدم اتزان المولى عليه يُقبل
 قضاء، إذا ثبت طبيياً عدم اتزانه، وحاجته إلى من يرفع أمره؛ وذلك

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٠٢-٤٠٤).

عملاً بقول أهل الخبرة، ولما قرره الفقهاء من ثبوت الولاية على من ثبتت به إعاقة ذهنية كالمعتوه، والمجنون.

وأما إذا قررت اللجنة الطبية اتزانه وعدم حاجته لولي يرعى شأنه، فيُرد الدفع؛ لعدم حاجته للولاية، ولقدرته على القيام بأمر نفسه بنفسه، ولأنه بذلك يكون ذا أهلية كاملة فلا تثبت عليه الولاية.

المبحث الثالث
الدفع بأن الولاية على المال فقط

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليه طالبة عزله من الولاية على زوجها وإقامة ولي آخر عليه، وذلك لأن المدعى عليه لا يتصرف إلا بالشؤون المالية لأخيه المولى عليه، ولا يراعي حاجاته الضرورية كالذهاب به للمستشفى وغير ذلك، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر تقصيره في واجبات الولاية ودفع بأن ولايته على المال فقط، فنظراً لأن ولاية المدعى عليه على أخيه هي ولاية مال وموردها الأمانة والافتقار، ولأن المدعية لم تطعن في أمانة المدعى عليه أو دينه، ولعدم ظهور ما يقدح في أمانته، ولأنه سبق رد اعتباره من سابقة تعاطي المسكر، ولأنه ثبت سابقاً بالبينة المعدلة شرعاً صلاحية الولي بموجب صك الولاية، لذا فقد حكم القاضي برد الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بأن ولايته على المال فقط؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٠٥-٤١٢).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتناول هذا الدفع: مسألة حكم اقتصار الولاية على المال فقط دون غيرها.

وبيان ذلك كالتالي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح أن يقتصر الولي على التصرف ببيع وشراء وحفظ لمال المولى عليه، دون الإشراف على شؤون المولى عليه غير المالية كتعليم وعلاج وغيرها؟

ثانياً: الحكم الفقهي في المسألة:

تنقسم الولاية على المحجور عليه إلى قسمين:

القسم الأول: الولاية على النفس: وهي القيام على شؤون القاصر غير المالية، كالتربية والرعاية والعلاج والتعليم والتزويج^(١)، وهي تثبت: لسائر الأولياء^{(٢)(٣)}.

(١) ينظر: معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس وحامد صادق، ص: ٥١٠.

(٢) وينبه إلى: وجود خلاف بين الفقهاء في ترتيب وتقسيم الأولياء، وهذا خارج محل البحث.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٤/١٧٨)، فتح القدير، لابن الهمام، (٣/٢٥٥)، (٤/٣٦٧-٣٧٠)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، لملا خسرو، (٢/٩٤)، شرح =

القسم الثاني: الولاية على المال وهي: التصرف بمال القاصر بما ينميّه ويحفظه^(١)، واتفق الفقهاء على ثبوتها: للأب^(٢)، ثم وصيه^(٣)، ثم الحاكم^(٤)، واختلفوا في ثبوتها للأم^(٥)، وللجد^(٦).

وزاد الحنفية قسماً ثالثاً وهو: الولاية على النفس والمال معاً وهي: الإشراف والتصرف بأمور القاصر المالية وغيرها، وتعتبر أقوى الولايات، وتثبت للأب والجد والحاكم^(٧).

= مختصر خليل، للخرشي، (٣/١٧٧-١٨١)، حاشية الدسوقي، (٢/٢٢٢-٢٢٦)، (٥٢٧-٥٢٨)، (٤/٢٠٧-٢١٠)، منح الجليل، لعليش، (٤/٤٢١)، روضة الطالبين، للنووي، (٧/٥٣-٦٢)، (٩/١٠٨-١١٤)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لذكريا الأنصاري، (١/٢٥٨)، مغني المحتاج، للشربيني، (٤/٢٤٩-٢٦٠)، (٥/١٩١-١٩٥)، الفروع وتصحيح الفروع، لابن مفلح، (١/٤١٣)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٧٢)، (٤/١٥٧)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٤/٦٦-٤٧١).

- (١) ينظر: معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس وحامد صادق، ص: ٥١٠.
 (٢) ينظر: الإجماع، لابن المنذر، ص: ٨٨، رقم: ٣٤٨.
 (٣) ينظر: مراتب الإجماع، لابن حزم، ص: ١١٠-١١١، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن القطان، (٢/٨٢)، رقم: ٢٦٠٨، وينبه إلى وجود خلاف في تقديمه على الجد.
 (٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٥/٢٥٢)، حاشية الدسوقي، (٢/٥٣١)، روضة الطالبين، للنووي، (٤/١٨٧)، الشرح الكبير على المقنع، لابن قدامة، (١٣/٣٦٨).

- (٥) سبق بيانه في المبحث الأول من هذا الفصل، ص: ٥٥.
 (٦) ذهب الحنفية والشافعية إلى ثبوت ولاية المال للجد، خلافاً بذلك للملكية والحنابلة، ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٤/٢١٩)، المهذب، للشيرازي، (٢/١٢٦)، الذخيرة، للقرافي، (٧/١٥٨)، الإنصاف، للمرداوي، (١٣/٣٦٩).

- (٧) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢/٦٣)، فتح القدير، لابن الهمام، (٣/٢٧٨)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/٣٥١)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (٦/١٠٨)، حاشية ابن عابدين، (٣/٥٥).

فبناء على التقسيم السابق يتضح أن من الأولياء من تثبت له ولاية دون أخرى، فمن تثبت له ولاية النفس فقط لا يُطالب بولاية المال؛ لأن ولاية النفس عامة تثبت لجميع الأولياء، بخلاف ولاية المال التي تعتبر خاصة لبعض الأولياء، وفي الغالب من تثبت له ولاية المال يُطالب بولاية النفس إذا تثبت له، فالأب، والأم والجد^(١)، والحاكم تثبت لهم الولايتان فيطالبون بهما جميعاً، ولا يصح اقتصارهم على ولاية دون أخرى إذا تثبت لهما الولايتان، وأما الوصي فينقسم قسمين:

القسم الأول: الوصي المطلق: وهو الذي أوصي له بتولي ولايتي النفس والمال معاً، وقد اتفق الفقهاء^(٢) على ثبوت الولايتين له، فيطالب بهما جميعاً.

القسم الثاني: الوصي المقيد: وهو الذي أوصي له بتولي نوع معين من الولاية على وجه مخصوص، وهذا اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول: أنه يكون ولياً في جميع أمره، فيثبت له مطلق الولاية، إلا إذا كان من قبل الحاكم فيثبت له ما عيّن له، وهذا قول الحنفية^(٣).

(١) بناء على من قال بصحة ولاية الأم والجد للمال.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٦/١٣٥)، المدونة، للإمام مالك، (٤/٣٣٢)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٧/٩١)، الفروع، لابن مفلح، (٧/٤٩٢)، مراتب الإجماع، لابن حزم، (١/١١٣).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٨/٢٦)، (١٥/٤٢)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٢٢).

القول الثاني: أنه يثبت له ما عيّن من ولاية دون غيرها، وهذا قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: القياس على الجد، فكما أن الجد تثبت له مطلق الولاية؛ لأنه قائم مقام الأب عند عدمه، فكذلك الوصي؛ لتصرفهما بولاية منتقلة إليهما^(٤).

نوقش: بأن هذا قياس مع الفارق، فالجد تثبت له الولاية من الشرع فتكون له الولاية المطلقة، بخلاف الوصي التي تثبت له الولاية عن طريق الوصي فيملك التخصيص^(٥).

الدليل الثاني: أن الإيضاء المطلق يصح بقوله: أوصيت إليك مطلقاً، فدل هذا على ثبوت الولاية له بطريقة الخلافة، فلو قبل التخصيص لم يصح الإيضاء المطلق إذ لا بد من أن يخصص^(٦).

(١) ينظر: المدونة، للإمام مالك، (٣٣٢/٤)، منح الجليل، لعليش، (٥٧٧/٩).

(٢) ينظر: منهاج الطالبين، للنووي، (١٩٤/١)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٩١/٧).

(٣) ينظر: منتهى الإرادات، لابن النجار، (٤٩٧/٣)، الإنصاف، للمرداوي، (٤٨٦/١٧).

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٦/٢٨).

(٥) ينظر: المجموع، للنووي، (٥١٤/١٥)، المغني، لابن قدامة، (٢٤٣/٦).

(٦) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٦/٢٨).

الدليل الثالث: لو قلنا بصحة التخصيص لكان في ذلك ضرر على الموصي؛ لأن الموصي يوصي غالباً بما يحتاجون إليه، والحاجة تتجدد في كل وقت، وإنما كان التخصيص على سبيل ذكر الأهم، لا على سبيل التعيين والإلزام^(١).

يمكن أن يناقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأنه يُعلم وقت الإيضاء ما إذا كان الموصي قصد التخصيص أو ذكر الأهم.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أنه لا تبديل أكثر من تعدي الوصي لغير ما وصي به^(٣).

الدليل الثاني: القياس على الوكالة، بجامع التفويض، فالوكيل لا يتصرف إلا بما أذن له فكذلك الوصي؛ لأن الإيضاء مبني على إذن الموصي^(٤).

نُوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأمرين:

- (١) ينظر: المرجع السابق.
- (٢) سورة البقرة، آية: ١٨١.
- (٣) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، (١٠١٦/٢).
- (٤) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، (١٠١٦/٢)، كشف القناع، للبهوتي، (٣٩٨/٤).

الأول: أن الوصية تصح مطلقة فيصح أن يقول: «أوصيت إليك مطلقاً»، بخلاف الوكالة التي لا بد فيها من التخصيص، فلو قال: «وكلتك بمالي» لا يملك التصرف، فدل هذا على أن الوصية تثبت بطريق الخلافة، لا بطريق التفويض؛ لأن التفويض يلزم معه التخصيص.

الثاني: لو سُلم بأن الوصية تفويض، فالوصية تكون بعد موت الموصي وعجزه عن النظر بأمره، بخلاف الوكالة التي تكون في حياة الموكل فيشرف عليها^(١).

الدليل الثالث: القياس على القضاء، فكما أن الحاكم لا يملك النظر إلا بما تناولته الولاية، فكذلك الوصي؛ لأن الولاية تثبت له بالتولية^(٢).

نُوقش: بما نُوقش به الدليل السابق؛ فولاية القضاء لا بد من التخصيص، كما أن رأي القاضي قائم ومعتبر، بخلاف الوصية^(٣).

الدليل الرابع: أن الموصي يعلم من هو الأقدر على أداء حوائجه، فقد يرضى بالمال ما لا يرضى بالنفس، فوجب الالتزام بما خصص^(٤).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن الوصي المقيد يثبت له النوع الذي خصص به، ولا يثبت معه غيره؛ لأن الموصي أعرف بحاجته، فيرى أن

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٨/٢٦).

(٢) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، (١٠١٦/٢).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٨/٢٦).

(٤) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، (١٠١٦/٢).

هذا الوصي يؤتمن في نوع دون آخر، فيوصي إليه بهذا النوع، فالقول بثبوت مطلق الولاية قد تضر بالموصي من هذا الوجه إذ جعل من لا يؤتمن أميناً.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو أخ المولى عليه - بأن ولايته على المال فقط، وأثبت ذلك بصك الولاية، قدحت المدعية - وهي زوجة المولى عليه - بعدالة المدعى عليه بقصد إبطال الدفع، فجرى سؤالها عما تقدم به، فشهدت على دينه وأمانته، وادعت تقصيره في النفقة الكافية، أنكر المدعى عليه التقصير، وأثبت عكسه، حكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت الدفع، ولثبوت صلاحية المدعى عليه وذلك بالبيننة المعدلة شرعاً، وإقرار من المدعية، ولأن الأولى بالولاية هو الأب ثم الوصي ثم الحاكم^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت اقتصار الولاية بالصك الصادر مسبقاً، ولعدم وجود ما يقدر في صلاحية المدعى عليه لولاية المال، قبل الدفع وتم لموجبه رد الدعوى، وجاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أنه لا يطالب من ثبتت له ولاية المال فقط بولاية النفس، أو العكس، إلا إذا كان الولي ممن يثبت له مطلق الولاية، كالأب، أو الوصي المطلق مثلاً فيطالب بهما جميعاً.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٧/ ٤٠٥-٤١٢).

ويتبن - والله أعلم - بأن الدفع بأن الولاية على المال فقط يُقبل قضاءً، إذا ثبت اقتصار الولي على هذه الولاية؛ لأن كونه ولياً على المال لا يلزم منه أن يكون ولي على النفس؛ فمن يؤتمن على نوع قد لا يؤتمن على آخر.

وأما إذا كان الولي ممن يثبت له مطلق الولاية، فيرد الدفع؛ لكونه مُطالب بهما جميعاً، وينظر في السبب الذي جعله يختص بولاية دون أخرى؛ لأن اختصاص الولي المطلق بنوع معين محل تهمة، فقد يكون لجهل أو لتقصير أو لغير ذلك، فيُرجع في عزله وصلاحيته للولاية إلى القاضي بما تقتضيه المصلحة.

المبحث الرابع الدفع بالتوبة عن السوابق

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليه طالبة فسخ ولايته على أخويها القاصرين سناً وإقامتها ولية بدلاً منه، وذلك لأنه غير صالح للولاية؛ لكونه قد استولى على أموال القاصرين، ولأنه من أرباب السوابق، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بولايته على أخويه غير الشقيقين، وأنكر استيلاءه على شيء من أموالهما، ودفع بأنه تاب من سوابقه الجنائية وأنه صالح للولاية على القاصرين وبطلب البينة من المدعية طلبت الكتابة للأدلة الجنائية، فأفادت بوجود سوابق جنائية للمدعى عليه، وبعد أن طلب القاضي من المدعية بينة على صلاحيتها للولاية، أحضرت شاهدين معدلين شرعاً فشهدا بصلاحيتهما، ونظراً لأن مبنى الولاية على الأصلح، ولأن قرب الولي من المولى عليه أصلح لشأنه، لذا فقد حكم القاضي بعزل المدعى عليه عن الولاية على أخويه القاصرين وأقام المدعية ولية عليهما»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بالتوبة عن السوابق؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٣٨-٤٤٣).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتناول هذا الدفع: مسألة حكم ولاية الفاسق؟ وحكم استمرار ولايته بعد توبته؟

وبيان ذلك كالتالي:

الفرع الأول: تعريف الفاسق:

أولاً: تعريف الفاسق في اللغة:

الفاسق في اللغة هو: الخارج عن الطاعة^(١).

ثانياً: تعريف الفاسق في الاصطلاح:

الفاسق في الاصطلاح هو: من فعل كبيرة، أو أصر على صغيرة^(٢).

الفرع الثاني: حكم ولاية الفاسق على المحجور عليه:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح أن يتولى الفاسق الولاية؟ فيتصرف في الشؤون المالية وغيرها للمحجور عليه!

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس، (٤/٥٠٢)، لسان العرب، لابن منظور، (٣٠٨/١٠)، مادة: فسق.

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٦/٢٨٤)، حاشية الدسوقي، (٤/١٦٥-١٦٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٧/٦٥)، الإقناع، للحجاوي، (١/١٦٦).

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

في البداية لابد من الإشارة إلى أن حكم المسألة يختلف بناء على اختلاف نوع الولاية، وقد سبق^(١) بيان أن الولاية تنقسم إلى قسمين: ولاية على النفس، وولاية على المال، وبيان ذلك كالتالي:

القسم الأول: ولاية الفاسق على النفس:

تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(٢) على أن ولاية التريبة لا تكون لفاسق.

(٢) واختلف الفقهاء في ولاية الفاسق للنكاح.

أ- الدراسة الفقهية المقارنة للمسألة:

المسألة: حكم ولاية الفاسق للنكاح:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح أن يُزوج الفاسق من هن تحت ولايته؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم ولاية الفاسق للنكاح على قولين:

(١) ينظر: المبحث الثالث من هذا الفصل.

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٤/١٨١)، منح الجليل، لعليش، (٤/٤٢٦)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكري الأنصاري، (٣/٤٤٨)، الإقناع، للحجاوي، (٤/١٥٨).

القول الأول: صحة ولاية الفاسق للنكاح، وهذا قول الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢).

القول الثاني: عدم صحة ولاية الفاسق للنكاح، وهذا قول
الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ
وَأِيمَائِكُمْ﴾^(٥).

وجه الدلالة: جاءت الآية عامة من غير تفصيل لحالة الأولياء، فدل

على صحة ولاية الفاسق للنكاح^(٦).

- (١) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٣٢٣/٩)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٣٩/٢).
- (٢) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، (٦٩١/٢)،
التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، للجندي، (٥٦٩/٣)، شرح مختصر خليل،
للخرشي، (١٨٧/٣).
- (٣) ينظر: البيان، للعمرائي، (١٧٠/٩)، كفاية النبيه، لابن الرفعة، (٩٧/٩).
- (٤) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٦٤٠/٢)، كشاف القناع، للبهوتي،
(٥٤/٥).
- (٥) سورة النور: ٣٢.
- (٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٣٩/٢)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف،
للقاضي عبد الوهاب، (٦٩١/٢).

الدليل الثاني: عن جابر بن عبد الله^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تُنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء»^(٢).

وجه الدلالة: جاء خطاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عام لسائر الأولياء

بمختلف أحوالهم دون تفصيل في ذلك، فدل على صحة ولاية الفاسق للنكاح^(٣).

يمكن أن يناقش: بأن الحديث ضعيف، فلا يصح الاحتجاج به^(٤).

الدليل الثالث: إجماع الأمة، فقالوا: «ولنا إجماع الأمة؛ فإن الناس

عن آخرهم، عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى

يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد»^(٥) دون تخصيص

الولي بصفات معينة.

(١) هو الصحابي الجليل: جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري، ثم السلمي، أبو عبد الله ويقال أبو عبد الرحمن، ويقال أبو محمد المدني، شهد بيعة الرضوان، وآخر من شهد بيعة العقبة الثانية موتاً، وشهد بدرًا، كان مفتي المدينة في زمانه، توفي سنة ٧٨هـ، وعمره: ٩٤ سنة، ينظر: سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/ ١٨٩-١٩٤).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: النكاح، باب: المهر، (٤/ ٣٥٨)، رقم: ٣٦٠١، واللفظ له، والبيهقي في السنن الصغرى، كتاب: النكاح، باب: اعتبار الكفاءة، (٧/ ٢١٥)، رقم: ١٣٧٦٠، وقال: حديث ضعيف.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/ ٢٣٩).

(٤) كما سبق بيان ذلك في تحريجه.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/ ٢٣٩).

- يمكن أن يُناقش: بنفي الإجماع على هذا، فلا يصح الاحتجاج به^(١).
- الدليل الرابع: قالوا: إن هذه ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه، وهو الشفقة، ولا يقدر في الوراثة، فلا يقدر إذن في الولاية، فهو كالعدل^(٢).
- الدليل الخامس: قالوا: إن الفاسق من أهل الولاية على نفسه، فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل^(٣).
- نُوقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأنه يحتمل في حق نفسه ما لا يحتمل في حق غيره؛ ولهذا يقبل إقراره على نفسه ولا تقبل شهادته لها^(٤).
- الدليل السادس: قالوا: إن الفاسق يعتبر من أهل ولاية الملك فيزوج أمته، فكذلك يعتبر من أهل ولاية القرابة فيزوج ابنته^(٥).
- الدليل السابع: قالوا: إن الفاسق عنده وازع طبيعي يمنعه أن يوقع وليته في دناءة، وهو أقوى من الوازع الديني^(٦).

- (١) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد، (٣/٣٩)، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، (١٦٧/٣).
- (٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/٢٣٩)، النكت على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، (٢/٦٩١).
- (٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/٢٣٩)، فتح القدير، لان الهمام، (٣/٢٠٢)، النكت على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، (٢/٦٩١).
- (٤) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني، (٤/٢٥٧).
- (٥) ينظر: التجريد، للقدوري، (٩/٤٣٢٤)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/٢٣٩).
- (٦) ينظر: توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام، للتوزري، (٢/٢٩).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا

نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد»^(١).

وجه الدلالة: إن المرشد اسم من أسماء المدح، والفاسق ليس من أسماء المدح، فدل ذلك على تخصيص الولي وعدم صحة ولاية الفاسق^(٢).

نُوقِشَ مِنْ وَجْهِهِ:

الأول: إن هذا الحديث لم يثبت عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلا يصح

الاحتجاج به^(٣).

الثاني: لو ثبت هذا الحديث فإنه لا يتعارض مع صحة ولاية

الفاسق للنكاح؛ لأن الفاسق مرشد لغيره لوجود آلة الإرشاد - وهو

العقل - فتثبت له الولاية^(٤).

(١) أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب: عشرة النساء، (٢١٩/١)، واللفظ له، والبيهقي في سننه، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في صفة الوضوء، (١٩/٣)، رقم: ٢٣٧٥، وقال: موقوف.

(٢) ينظر: البيان، للعمراني، (١٧٠/٩)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، (٢٥٥/٧)، المغني، لابن قدامة، (٢٢/٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٣٩/٢)، وكما سبق في تخريجه.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٣٩/٢-٢٤٠).

الثالث: قولهم: إن المرشد اسم مدح لا يدخل فيها الفاسق، فيقال: «أنه لا يمنع أن يمدح الإنسان برشاده لغيره، وإن ذم لنفسه؛ لأن الإنسان يمدح من وجه ويذم من وجه»^(١).

الدليل الثاني: قالوا: إن هذه ولاية في حق الغير، فوجب ألا تثبت للمسلم الفاسق، كولاية الحاكم الفاسق^(٢).

نُوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ فالولي إذا تاب عادت له الولاية، بخلاف الحاكم الفاسق إذا تاب فإنها لا تعود^(٣).

الدليل الثالث: القياس على ولاية المال، فكما أن الفاسق لا يلي المال فكذلك لا يلي النكاح؛ لكونهما ولاية نظرية^(٤).
نُوقش من وجهين:

الأول: إن مسألة ولاية الفاسق للمال غير متفق عليها، فالفاسق يلي المال عندنا، ما لم يعزله الحاكم، فلا يصح الاحتجاج بها^(٥).

(١) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٣٢٦/٩).

(٢) ينظر: البيان، للعمراني، (١٧٠/٩).

(٣) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٣٢٧/٩).

(٤) ينظر: المهذب، للشيرازي، (٤٢٨/٢)، كفاية النبيه، لابن رفة، (٤٧/١٣)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٦٤٠/٢)، كشاف القناع، للبهوتي، (٥٤/٥).

(٥) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٣٢٨/٩).

الثاني: لو سُلم بمنع الفاسق من ولاية للمال، فيقال: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الخيانة في المال خفية، فلا يؤمن الفاسق عليه، بخلاف النكاح فإنها ظاهرة، فيؤمن الفاسق عليها؛ لظهورها^(١).

الدليل الرابع: قالوا: إن القصد من الولي في النكاح، طلب الحظ للمرأة، ووضعها في كفاء، وهذا المعنى لا يوجد في الولي الفاسق^(٢).
نُوقش: بأن هذا غير مسلم به؛ لأن الفاسق لا ينافي ذلك؛ فهو غالباً يتشدد في الأنكحة وطلب الكفاءة والاستظهار في المهر، فلم يتهم في النكاح^(٣).

الدليل الخامس: القياس على الشهادة، فكما أن الفسق يقدر في الشهادة، فكذلك يقدر في الولاية^(٤).

نُوقش: بأن مسألة شهادة الفاسق مسألة غير متفق عليها، فالفاسق تقبل شهادته عند أصحاب القول الأول، فلا يصح الاحتجاج بها^(٥).

(١) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٣٢٨/٩).

(٢) ينظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، لأبي يعلى، (٨٣/٢).

(٣) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٣٢٩/٩)، المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضي عبد الوهاب، (٧٤٠/١).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٥٥٤/٧)، كفاية النبيه، لابن رفعة، (٤٧/١٣).

(٥) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٣٢٨/٩)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٣٩/٢).

رابعاً: الترجيح:

الراجع - والله أعلم - القول الأول فالفاسق تصح ولايته في النكاح؛ وذلك لعموم البلوى، ولكون الفاسق - غالباً - ما يكون حريصاً على طلب الأكفاء للمرأة، وهذا هو المقصد من ولاية النكاح.

القسم الثاني: ولاية الفاسق على المال:

أولاً: تصوير المسألة:

هل يصح أن يتولى الفاسق ولاية المال؟ فيتصرف في بيع وشراء وغيرها من المعاملات المالية؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن الفسق يعد سبباً للعزل في ولاية المال.

(٢) اختلف الفقهاء في صحة ولاية المال للفاسق.

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم ولاية المال للفاسق على قولين:

القول الأول: صحة ولاية الفاسق للمال، وهذا قول الحنفية^(٢)،

والمالكية^(٣).

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، للموصلي، (٦٧/٥)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٩٢/٨)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، للبعوي، (١٠٨/٥)، الإقناع، للحجاوي، (٧٨/٣).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٥/٢٨)، تبين الحقائق، للزيلعي، (٢٠٧/٦)، فتح القدير، لابن الهمام، (٢٦٨/٩)، حاشية ابن عابدين، (١٤٧/٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٩٢/٨)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، للعدوي، (٣٦٩/٢).

القول الثاني: عدم صحة ولاية الفاسق للمال، وهذا قول الشافعية^(١)،
والحنابلة^(٢).

رابعاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

أن الفاسق من أهل الولاية والخلافة إرثاً، وتصرفاً، وتصرفه نافذ^(٣).

دليل القول الثاني:

أن المقصد من الولاية هي الأمانة، والفاسق غير مأمون، وفي
تفويضها إليه تضييع للمال^(٤).

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، فلا يصح أن يلي الفاسق
ولاية المال؛ وذلك لأن مبنى هذه الولاية على الأمانة وحسن التصرف،
وهذا لا يتصور من فاسق، فيضر بذلك المولى عليه.

(١) ينظر: التهذيب، للبغوي، (١٠٨/٥)، البيان، للعمرائي، (١٧٠/٩)، روضة
الطالبين، للنووي، (٦٤/٧)، كفاية النبيه، لابن رفة، (٧/١٠)، تحفة المحتاج،
لهيثمي، (١٧٨/٥).

(٢) ينظر: الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (٣٦٨/١٣)، المبدع في شرح
المقنع، لابن مفلح، (٣٠٨/٤)، الإنصاف، للمرداوي، (٣٩٦/١٣).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٥/٢٨)، حاشية ابن عابدين، (١٤٧/٦).

(٤) ينظر: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، للحصني، ص: ٣٤٤، الشرح الكبير،
لشمس الدين ابن قدامة، (٣٦٨/١٣).

الفرع الثالث: حكم ولاية الفاسق بعد توبته^(١):

أولاً: صورة المسألة:

هل تصح ولاية الفاسق على النفس والمال بعد توبته؟ وهل تعود

له الولاية بالتوبة؟ أم لا بد من تفويض جديد؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

(١) اتفق الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) على أن ولاية النفس تصح وتعود

للفاسق بعد توبته.

(٢) اتفق الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) على أن ولاية المال تصح للفاسق

بعد توبته، ولا تعود إلا بتفويض جديد^(٦).

(١) ينبه هنا: إلى أن الحنفية والمالكية قالوا: بقبول ولاية الفاسق على النفس والمال، فمن باب أولى قبولها بعد توبته، ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٢٨ / ٢٥)، التجريد، للقدوري، (٩ / ٤٣٢٣)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٣ / ١٨٧)، (٨ / ١٩٢).

(٢) ينظر: التهذيب، للبخاري، (٥ / ٢٦١)، روضة الطالبين، للنووي، (٧ / ٦٥).

(٣) ينظر: الكافي، لابن قدامة، (٣ / ١٣)، الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المنقح، للبهوتي، (٣ / ٣٠٧).

(٤) ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (٦ / ٣١٢)، حاشية الجمل، للأزهري، (٤ / ٧١).

(٥) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣ / ٧٨)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢ / ٨٠).

(٦) استثنى الشافعية من ذلك الأب والجد فقالوا: بعودة ولاية المال لهم بلا تفويض جديد؛ لأن ولايتهم ولاية شرعية بخلاف غيرهم، ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (٦ / ٣١٢)، حاشية الجمل، للأزهري، (٤ / ٧١).

ثالثاً: مستند الاتفاق:

الاستناد على القاعدة الفقهية: «إذا زال المانع عاد الممنوع»^(١).

وجه الاستناد: أن الفسق لما كان مانعاً من الولاية في النفس والمال، كان زوال الفسق بالتوبة سبباً لصحة الولاية في النفس والمال، وسبباً لعودتها في النفس؛ لأن ولاية النفس لا تحتاج إلى تفويض كولاية المال التي هي محل للخيانة.

(١) ينظر: شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، ص: ١٩١.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو أخ المولى عليهما -: بالتوبة عن السوابق، وصالح حاله، أنكرت المدعية - وهي أخت المولى عليهما الشقيقة والتي تعيش معهما عند عمتهم - ذلك، وطالبت بالكتابة إلى قسم الأدلة الجنائية، فوردت الإجابة بوجود سوابق جنائية، وهي: حيازة واستعمال المخدرات، وفعل فاحشة الزنا، وأحضرت المدعية شاهدين، شهدوا على عدم صلاحية المدعى عليه للولاية، وشهدوا على صلاحيتها للولاية، فحكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لثبوت خلافه، ولأن الولاية مبنية على تقديم الأصلاح والأحسن وقد ثبت صلاحية المدعية للولاية، وثبت عدم صلاحية المدعى عليه للولاية بالبينة المعدلة شرعاً^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أن الدعوى كانت في ولاية المال؛ لأن القصر ليسوا في حضانة المدعى عليه، فيظهر بذلك أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت السوابق الجنائية، وإقرار المدعى عليه بها، ولطعن المدعية والشهود بصلاحيته للولاية، لم يقبل الدفع بالتوبة وتم العمل بما تضمنته الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥، (٧/٤٣٨-٤٤٣).

في المطلب الثاني من المبحث من أن الفسق يعد سبباً للعزل في ولاية المال بالاتفاق، وأن الولاية لا تعود له بالتوبة إلا بتفويض جديد.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بالتوبة عن السوابق، يُقبل قضاء، إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت التوبة بالبينة المعدلة شرعاً؛ لأنها أساس الدفع، فإذا لم تثبت توبته فالأصل بقاء حاله على الفسق الذي يعتبر قاذح يقدر في الولاية.

ثانياً: ثبوت تجديد الولاية له بعد التوبة في حال كانت ولايته على المال؛ وذلك لأن المال محل خيانة، فيلزم تجديد الولاية؛ لحفظه، وصيانتته، كما جاء في المطلب الثاني.

ثالثاً: عدم وجود الأصلاح منه؛ وذلك لأن الولاية مبنية على تقديم الأصلاح؛ مراعاة لحفظ مصلحة المولى عليه.

رابعاً: ثبوت مصلحة المولى عليه؛ وذلك لأن فيها تحقيقاً لمقصد الولاية.

أما إذا اختلفت أحد هذه الأمور، فيُرد الدفع، كمثل ما جاء في هذه الدعوى.

المبحث الخامس
الدفع بعدم صلاحية المدعي للولاية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقام المدعي دعواه ضد خاله المدعى عليه طالباً فسخ ولايته على والدته وإقامته ولياً عليها بدلاً منه؛ لكونه أولى منه بالولاية، وبعرض ذلك على المدعى عليه أقر بولايته على والدته المدعي، ودفع بعدم صلاحية المدعي للولاية عليها؛ وذلك لكونه قد هجرها منذ ستين، ولا ينفق عليها، ولا يعرف عنها شيئاً، ثم أحضر بنات المولى عليها فشهدوا بعدم صلاحية المدعي للولاية، وأن المدعى عليه أولى منه بها، ونظراً لسبق ثبوت صلاحية المدعى عليه في صك الولاية بشهادة شهود عدول، ولأن المدعي لم يقدم ما يثبت خلاف ذلك، لذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بعدم صلاحية المدعي للولاية؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٣٤-٤٣٧).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



تضمن هذا الدفع مسألة: هل يعتبر الفسق مانعاً من موانع الولاية التي تكون سبباً لعزل الولي وعدم صلاحيته للولاية. وقد سبق بيان هذه المسألة^(١)، وجملة ذلك: أن الفقهاء اتفقوا على أن الفاسق لا تثبت له ولاية التربية، وأن ذلك يعد سبباً للعزل في ولاية المال، واختلفوا في اعتباره مانعاً يقدر في ولاية النكاح. ويحسن الإشارة إلى بقية موانع الولاية، ويمكن أن تجمل في قسمين:

القسم الأول: الموانع التي تعود إلى أصل الولاية^(٢) في ولايتي النفس، والمال:
وهي كالتالي:

أولاً: أن يكون الولي أجنبياً، لم تثبت له الولاية مطلقاً^(٣).

- (١) سبق تفصيل هذه المسألة في المبحث الرابع من هذا الفصل.
- (٢) يقصد بذلك: الوصف الذي يعود على الولي من أصل استحقاقه للولاية، من عدمها.
- (٣) ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي، (٢/٢٢٩)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٥/١٥٥)، تبين الحقائق، للزيلعي، (٢/١١٧)، المعونة، للقاضي عبد الوهاب، ص: ٧٣٠، الكافي، لابن عبد البر، (٢/٦٢٥)، حاشية الدسوقي، (٣/٢٩٩)، التنبيه في الفقه الشافعي، للشيرازي، ص: ٢١١، بحر المذهب، للرويان، (٩/٩٤)، عجالة المحتاج، لابن الملقن، (٢/٧٩٥)، المبدع، لابن فلاح، (٤/٣٠٨)، الإقناع، للحجاوي، (٤/١٥٧)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٦٣٥-٦٣٦).

ثانياً: وجود الأقرب المستحق للولاية للمولى عليه^(١).

ثالثاً: أن يكون الولي عدواً للمولى عليه^(٢).

رابعاً: وجود مانع من الموانع التي تعود إلى أهلية الولي.

القسم الثاني: الموانع التي تعود إلى أهلية الولي^(٣) في ولايتي النفس والمال:

وهي كالتالي:

أولاً: الموانع التي تعود إلى أهلية الولي في ولاية النفس:

ولاية النفس يمكن أن تجمل بنوعين هما: ولاية التربية^(٤)، وولاية

النكاح، ولكلٍ منهما موانع خاصة تعود إلى أهلية الولي في الولاية.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، ٤/٢٢١، حاشية ابن عابدين، ٣/٥٦٣، (٦/١٧٤)، الذخيرة، للقرافي، (١٢/٣٩٤)، التوضيح، للجندي، (٥/١٧٥)، تحبير المختصر، للدويري، (٤/١٦٧-١٦٨)، نهاية المطلب، للجويني، (١٥/٥٥٢)، بحر المذهب، للرويان، (٩/٩٠)، منهاج الطالبين، للنووي، ص: ١٢٤، المبدع، لابن مفلح، (٦/١١٣)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٣٩٦)، الروض الندي شرح كافي المبتدي، للبعلي، ص: ٢٥١.

(٢) وهذا المانع، نص عليه فقهاء المالكية، والشافعية في ولايتي المال والتربية، ولم ينص عليه فقهاء الحنفية والحنابلة، ولكن إذا كان الولي الأقرب الأشفق يمنع من الولاية لمانع اعترافه، فمن باب أولى أن يمنع من الولاية من كان عدواً للمولى عليه، ينظر: التاج والإكليل، للمواق، (٨/٥٥٧)، توضيح الأحكام، للتوزري، (٢/١٧٥)، تحبير الفتاوى، لولي الدين، (٢/٤٤)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/٢١١).

(٣) يقصد بذلك: اتصاف الولي الذي استحق الولاية بصفة منعه من توليها.

(٤) ويقصد هنا بولاية التربية: كل ما يدخل تحت ولاية النفس غير النكاح فيدخل التعليم والتأديب والرعاية والعلاج... وغيرها.

فجملة الموانع التي تعود إلى أهلية الولي في ولاية التربية ستة موانع، منها ما هو متفق عليها بين الفقهاء^(١): كالصغر، والفسق، والجنون، والعجز، ومنها ما هو محل خلاف بينهم: كالكفر^(٢)، والرق^(٣).

وجملة الموانع التي تعود على أهلية الولي في ولاية النكاح ثمانية موانع، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء^(٤): كالكفر، والجنون، والصغر، والرق.

ومنها ما هو محل خلاف بينهم: كالفسق^(٥)، والسفه^(٦)،

- (١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (١٧٩/٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٢١١/٤) - (٢١٤)، الغرر البهية، للأنصاري، (٤٠١/٤ - ٤٠٣)، الإقناع، للحجاوي، (١٥٩/٤).
- (٢) اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال: فذهب الحنفية إلى صحة ولايته على من دون سبع سنوات، بينما ذهب المالكية: إلى صحة ولايته مطلقاً، وذهب الشافعية والحنابلة: إلى عدم صحة ولايته مطلقاً، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٤٢/٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٢١٢/٤)، روضة الطالبين، للنووي، (٩٨/٩)، الإقناع، للحجاوي، (١٥٨/٤).
- (٣) اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة: إلى عدم صحة ولايته، بينما ذهب المالكية إلى صحة ولايته، ينظر: حاشية ابن عابدين، (٥٥٧/٣)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٢٠٨/٤)، المهتمات في شرح الروضة والرافعي، للإسنوي، (١٢٢/٨)، الإقناع، للحجاوي، (١٥٨/٤).
- (٤) ينظر: النهر الفائق، لابن نجيم، (٢١٣-٢١٤)، مواهب الجليل، للحطاب، (٤٣٨/٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٥٥٣/٧)، المبدع، لابن مفلح، (١٠٩/٦).
- (٥) سبق بيان مسألة «حكم ولاية الفاسق للنكاح» في المبحث الرابع من هذا الفصل.
- (٦) اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال: ذهب الحنفية إلى صحة ولايته مطلقاً، وذهب المالكية والحنابلة إلى عدم صحة ولاية السفیه في العقد لا السفیه في المال، بينما ذهب الشافعية إلى عدم صحة ولاية السفیه المحجور عليه في المال للنكاح، =

..... والإحرام^(١)، وولاية المرأة^(٢).

ثانياً: الموانع التي تعود على أهلية الولي في ولاية المال:

جملة الموانع التي تعود على أهلية الولي في ولاية المال سبعة

موانع، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء: كالكفر^(٣)، والصغر^(٤)،
والجنون^(٥)، والسفه^(٦).

- = ينظر: النهر الفائق، لابن نجيم، (٢/٢١٣-٢١٤)، التاج والإكليل، للمواق، (٥/٧٢)، المجموع، للنووي، (١٦/٥٧)، الإنصاف، للمرداوي، (٢/١٨٣).
- (١) اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: فذهب الحنفية إلى صحة ولاية المحرم للنكاح، بينما ذهب الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة إلى عدم صحة ولاية المحرم للنكاح، ينظر: التجريد، للقدوري، (٤/١٨٣٣)، التوضيح، للجندي، (٣/٥٦٣)، الحاوي الكبير، للماوردي، (٩/١١٩)، الفروع، لابن مفلح، (٥/٤٧٣).
- (٢) اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: فذهب الحنفية إلى صحة ولاية المرأة للنكاح، بينما ذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى عدم صحة ذلك، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/٢٤٧)، الذخيرة، للقرافي، (٤/٢٠١)، روضة الطالبين، للنووي، (٧/٥٠)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٧٤، ١٧٢).
- (٣) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٨/٥٢٣)، المختصر الفقهي، لابن عرفة، (١٠/٥٠٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٦٨)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٨٠).
- (٤) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٧/٤٥٩)، المختصر الفقهي، لابن عرفة، (١٠/٥٠٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٦٨)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٨٠).
- (٥) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٧/٤٥٩)، المختصر الفقهي، لابن عرفة، (١٠/٥٠٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٦٨)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٨٠).
- (٦) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٥/٥٢٨)، المختصر الفقهي، لابن عرفة، (١٠/٥٠٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٢٦٩)، الإنصاف، للمرداوي، (٧/٢٨٧).

ومنها ما هو محل خلاف بينهم: كالرق^(١)، والفسق^(٢)، والعجز^(٣).

(١) اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: فذهب الحنفية، والشافعية: إلى عدم صحة ولاية الرقيق للمال، بنما ذهب المالكية والحنابلة: إلى صحة ولاية الرقيق للمال، ينظر: حاشية ابن عابدين، (٤٥٩/٧)، المختصر الفقهي، لابن عرفة، (٥٠٧/١٠)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٢٨/١٢)، الإنصاف، للمرداوي، (٤٦٥/١٧).

(٢) سبق بحث هذه المسألة «حكم ولاية الفاسق للمال»، في المبحث الرابع من هذا الفصل.

(٣) اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: ذهب الحنفية، والحنابلة: إلى صحة ولاية العاجز للمال ولكن يُضم إليه غيره، وذهب المالكية، والشافعية: إلى عدم صحة ولاية العاجز لولاية المال، ينظر: التجريد، للقُدوري، (٢٤٢/١)، التوضيح، للجندي، (٥٥٤/٨)، الشرح الكبير، للرافعي، (٢٦٩/٧)، الإقناع، للحجاوي، (٧٧/٣).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو أخ المولى عليها -:
 بعدم صلاحية المدعى للولاية؛ وذلك لكونه قد هجرها منذ أكثر من
 سنتين، ولأنه لا يعرف عنها شيئاً، ولا ينفق عليها، ولا يهتم بمصاريفها،
 ولا يعرف سكنها، ولكون المدعى قد استولى على أموال والده وحرّم
 أمه وأخته من المال، أنكر المدعى - وهو ابن المولى عليها - الدفع،
 فأحضر المدعى عليه بنات المولى عليها فشهدن على صحة الدفع،
 وعلى صلاحية المدعى عليه للولاية، حكم القاضي برد الدعوى بناء
 على الدفع؛ وذلك لثبوتها، وثبوت صلاحية المدعى عليه للولاية
 بالصك الصادر مسبقاً، ولعدم طعن المدعى بصلاحيته، ولأن الولاية
 للقاضي يعين من يراه الأصلح^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت
 عدم صلاحية المدعى للولاية؛ وذلك لثبوت فسقه بشهادة الشهود، قبل
 الدفع وتم لموجبه رد الدعوى، وجاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر
 في المطلب الثاني من المبحث من أنه يمنع من الولاية من وجد فيه
 مانع يعود على أهليته، والفسق أحد هذه الموانع.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٣٤-٤٣٧).

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بعدم صلاحية المدعي للولاية يُرجع في قبوله إلى القاضي، بما تتضمنه الدعوى من قرائن وشهود تدل على صلاحية الولي من عدمها للولاية.

فيكون الدفع دفعاً مقبولاً إذا ثبت عدم صلاحية المدعي للولاية، وذلك بوجود أحد موانع الولاية المتفق عليها: ككون الولي أجنبياً، أو عدواً للمولى عليه، أو بوجود الولي الأقرب، أو بوجود مانع يقدر في أهلية الولي كالفسق مثلاً في ولاية التربية، أو الجنون وغيرها؛ وذلك لاتفاق الفقهاء على كونها مانعاً يمنع من الولاية.

ويقبل الدفع -أيضاً- بوجود سبب للعزل كالفسق مثلاً في ولاية المال؛ وذلك لاتفاق الفقهاء على كون الفسق يُعد سبباً للعزل في ولاية المال.

أما إذا وُجد في الولي مانع من الموانع المختلف فيها كالسفه مثلاً، أو الفسق في ولاية النكاح، فيُرجع في قبول الدفع ورده إلى اجتهاد القاضي، بما يحقق المصلحة.

وفي حال انتفت هذه الموانع وثبتت صلاحية المدعي للولاية فيُرد الدفع ويقدم القاضي الأصلح للولاية؛ لأنها مبنية على هذا.

المبحث السادس
الدفع بأن مصلحة القاصر في بيع الهدية
وحفظ ثمنها حتى يكبر

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقام المدعي بصفته ولياً جبرياً على ابنه دعواه ضد المدعى عليه طالباً إلزامه بتسليمه سيارة حصل عليها ابن المدعي - القاصر سناً - كهدية باسمه، واحتفظ بها المدعى عليه بصفته خالاً لابن الذي يعيش في حضانة أمه، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها، ودفع بأن مصلحة الابن في بيع السيارة وحفظ ثمنها له حتى يكبر، وعليه حكم القاضي ببيع السيارة وحفظ ثمنها حتى بلوغ الطفل، فاعترض المدعي بلائحة اعتراضية، ثم لاحظت محكمة الاستئناف على الحكم بأن الأب هو الولي الشرعي على ابنه ولذا فقد رجع القاضي عما حكم به، وحكم أخيراً بتسليم السيارة للمدعي ليتصرف فيها بمصلحة الابن»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بأن مصلحة القاصر في بيع السيارة وحفظ ثمنها حتى يكبر؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٤٩-٤٥٢).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن هذا الدفع مسألة: حكم التصرف بمال المولى عليه؟

وتفصيل ذلك ما يلي:

في البداية يحسن الإشارة إلى أن التصرف بمال المولى عليه يكون لمن تثبت له ولاية المال، وولاية المال تثبت^(١) بالاتفاق: للأب، ثم لوصيه، ثم للحاكم، وفي ثبوتها للأم، وللجد خلاف.

ولا تثبت لغيرهم من الأقارب والأجانب، إلا في حال عدم الولي، فتنقل الولاية لهم^(٢).

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح أن يتصرف الولي بمال المولى عليه من بيع وشراء وتجارة وهبة وغيرها من التصرفات المالية؟ أم أنه يشترط فقط حفظ مال المولى عليه حتى تنفك عنه الولاية؟

(١) سبق بيان ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل.

(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٩٦/٥)، شرح الزرقاني على مختصر خليل، للزرقاني، (٥٣٧/٥)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، للبكري، (٨٦/٣)، غاية المنتهى، لمرعي، (٦٥٥/١).

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على وجوب مراعاة الولي للحظ والمصلحة في تصرفه بمال المولى عليه.

(٢) اتفق الفقهاء^(٢) على تحريم التصرفات التي فيها ضرر محض على مال المولى عليه، كالهبة من ماله مثلاً.

(٣) اتفق الفقهاء^(٣) على أن الأب له مطلق التصرف في المال المنقول للمولى عليه، فيبيع لنفسه، ويشترى من نفسه، وغيرها من التصرفات التي لا ضرر فيها.

(٤) اتفق الفقهاء^(٤) على أن للولي قبض الهبة وغيرها من التبرعات التي تكون للمولى عليه.

(١) ينظر: مراتب الإجماع، لابن حزم، (٥٨/١)، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن قطان، (١٧٨/٢)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٥٣/٥)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لابن شاش، (٧٩٩/٢)، روضة الطالبين، للنووي، (١٨٨/٤)، الإقناع، للحجاوي، (٢٢٣/٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣٥/٥)، التوضيح، للجندي، (٢٣٤/٦)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٢١٣/٢)، الإقناع، للحجاوي، (٢٢٣/٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٥٤/٥)، حاشية الدسوقي، (٢٩٩/٣)، روضة الطالبين، للنووي، (١٨٨/٤)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (٣٧١/١٣)، الإقناع، للحجاوي، (٢٢٣/٢).

(٤) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٩٦/٥)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١١١/٧)، الحاوي، للماوردي، (٥٣٧/٧)، الإقناع، للحجاوي، (٣١/٣).

(٥) اتفق الفقهاء^(١) على أنه لا يجوز لو وصي الأب، ولا لأمين الحاكم أن يبيعا شيئاً من مال المولى عليه لأنفسهما، أو أن يشتريا من أنفسهما^(٢).
(٦) اختلف الفقهاء في بيع عقار المولى عليه، وتفصيل ذلك فيما يلي:
أ- صورة المسألة:

هل يصح للولي أن يتصرف ببيع عقار المولى عليه مطلقاً؟ أم أنه لا يصح ويضمن؟
ب- تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(٣) على أن وصي الأب لا يجوز له بيع عقار المولى عليه إلا إذا وجدت حاجة لذلك^(٤).
(٢) اختلفوا في صحة بيع الأب لعقار المولى عليه، وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تصرف الأب ببيع عقار المولى عليه، على ثلاثة أقوال:

(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٦/٢١١-٢١٢)، ديوان الأحكام الكبرى، لأبي الأصبغ، ص: ٩٧-٩٨، أسنى المطال، للأنصاري، (٢/٢١٢)، الإنصاف، للمرداوي، (١٣/٣٧١).

(٢) اشترطت الحنفية، والمالكية: في بيع وصي الأب لنفسه أو شراءه من نفسه عدم وجود منفعة ظاهرة للمولى عليه، فإذا وجدت جاز، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٥/١٤٥)، ديوان الأحكام، لأبي الأصبغ، ص: ٩٧-٩٨.

(٣) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٦/٢١٢)، حاشية الدسوقي، (٣/٢٩٩)، روضة الطالبين، للنووي، (٤/١٨٨)، الإنصاف، للمرداوي، (١٣/٣٨٧).

(٤) ينه هنا: إلى أن الفقهاء اختلفوا في تحديد الحاجة التي لأجلها يبيع الوصي.

القول الأول: لا يصح بيع الأب لعقار المولى عليه، إلا إذا كان عدلاً، وكان البيع بمثل قيمته، أو كان الأب فاسقاً، وكان البيع بضعف القيمة، وهذا قول الحنفية^(١).

القول الثاني: يصح بيع الأب لعقار المولى عليه مطلقاً، وهذا قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣).

القول الثالث: يصح بيع الأب لعقار المولى عليه إذا وجدت مصلحة في ذلك، وهذا قول الحنابلة^(٤).

ثانياً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

أنه إذا باعه بهذه الصفات زالت التهمة عنه، ولم يعارض شفقة الأب معنى آخر، فكان يبيعه في محل نظر^(٥).

يمكن أن يناقش: بأن بيع العقار بأقل من ثمنه، لا يلزم أن يكون فيه ضرر؛ لأنه قد يكون مثلاً في مكان لا ينتفع به، أو لوجود عقار آخر أفضل منه، أو غيرها من الأسباب التي لا تتعارض مع شفقة الأب إلى جانب مصلحة العقار.

- (١) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي، (٢١٢/٦)، حاشية ابن عابدين، (٧١١/٦).
- (٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (١٧١/٧)، حاشية الدسوقي، (٢٩٩/٣).
- (٣) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٣٦٧/٥)، روضة الطالبين، للنووي، (١٨٨/٤).
- (٤) ينظر: المبدع، لابن مفلح، (٣١٣/٤)، الإنصاف، للمرداوي، (٣٨٧/١٣).
- (٥) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٣٥/٧)، حاشية ابن عابدين، (٧١١/٦).

دليل القول الثاني:

أن الأب غير متهم؛ لوفور شفقتة، فيصح بيعه مطلقاً^(١).

يمكن أن يناقش: بأن هذا يتعارض مع الاتفاق السابق على تحريم التصرفات التي فيها ضرر على مال المولى عليه، ووجوب مراعاة طلب الحظ والمصلحة للمولى عليه.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: أن المقصد من هذه الولاية هو طلب الحظ والمصلحة للمولى عليه، فمتى ما وجد جاز البيع، وإلا فلا^(٢).

الدليل الثاني: يمكن أن يستدل لهم بالاتفاق السابق: على أنه يجب على الولي مراعاة طلب الحظ والمصلحة في مال المولى عليه، وتحريم التصرفات التي تضر به.

ثالثاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثالث، فلا يصح بيع الأب لعقار ابنه إلا إذا وجدت مصلحة من ذلك؛ وذلك لقوة ما استدلوا به، فالمقصد الأساسي لهذه الولاية هو تحقيق المصلحة للمولى عليه بطلب الحظ له، فيجب مراعاة ذلك.

(١) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٧/ ١٧١)، روضة الطالبين، للنووي، (٤/ ١٨٨).

(٢) ينظر: الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٣/ ٣٨٥-٣٨٧)، الممتع، لابن المنجي، (٢/ ٦٥٨).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو خال المولى عليه - بأن المصلحة تقتضي بيع السيارة وحفظ ثمنها للابن حتى يكبر، أنكر المدعى - وهو أب المولى عليه - الدفع؛ وذكر أنه سيتصرف بما تقتضيه مصلحة ابنه، حكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لأن أصل الدفع - وهي الولاية - تثبت للمدعى بصفته أباً للمولى عليه وهو أحق بها، ولم يُقدح في أمانة وعدالة المدعي^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت صلاحية المدعي للولاية، ولكونه الولي الشرعي لابنه، فقد رُد الدفع، وتم العمل بما تقتضيه الدعوى من تسليم الهدية للمدعي بصفته أباً للمولى عليه، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث: من أن للأب مطلق التصرف بمال ابنه، فيبيع من مال ابنه لنفسه، ويشترى من مال ابنه لنفسه، وغيرها من التصرفات التي لا ضرر فيها، وأن للولي قبض الهبة وغيرها من التبرعات، وهذا بالاتفاق كما تقرر.

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٤٤٩-٤٥٢).

== الدفع بأن مصلحة القاصر في بيع الهدية وحفظ ثمنها حتى يكبر = (١٣٥)

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بكون مصلحة القاصر في بيع الهدية وحفظ ثمنها حتى يكبر، يُرجع في قبوله إلى القاضي، بما تتضمنه الدعوى.

فيكون الدفع دفعاً مقبولاً، إذا تحققت عدة أمور، أما إذا اختلف أحدها، فيُرد الدفع، وهي كما يلي:

أولاً: عدم وجود الولي الشرعي للمولى عليه؛ لأن الولي هو من يملك التصرف في مال المولى عليه.

ثانياً: أن تكون مصلحة البيع أولى من مصلحة الحفظ؛ لأن ذلك يختلف بحسب طبيعة الأموال، فبعضها يزداد ثمنها بمرور الوقت، فتكون مصلحة حفظها أولى من مصلحة بيعها، والعكس.

ثالثاً: أن تكون الهدية مالاً منقولاً؛ لأن العقار لا يبيعه غير الأب إلا إذا وجدت حاجة لبيعه.

الفصل الثاني

الدفع الموضوعية في دعاوى الوقف

وفيه خمسة عشر مبحث:

المبحث الأول: الدفع بأن الوقف يلزم بالتلفظ بإيجابه.

المبحث الثاني: الدفع بقول الجمهور في جواز الوقف على النفس.

المبحث الثالث: الدفع بتعيين الواقف للناظر.

المبحث الرابع: الدفع بالعرف في تحديد الأجر الذي يأخذه الناظر.

المبحث الخامس: الدفع بما عليه عمل الناظر السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً من المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف.

المبحث السادس: الدفع بعزل ناظر الوقف.

المبحث السابع: الدفع بأن تعمير الوقف كان من غلته.

المبحث الثامن: الدفع بأن العين الموقوفة تحتاج إلى ترميم.

المبحث التاسع: الدفع بعدم كفاية العين الموقوفة لسكن المدعي.

المبحث العاشر: الدفع بأن أجرة العين الموقوفة مقدرة من المحكمة.

المبحث الحادي عشر: الدفع بعدم الإجماع على تعيين مدة معينة لإيجار الوقف إذا لم يشترط الواقف.

المبحث الثاني عشر: الدفع بعدم ثبوت الوقف.

المبحث الثالث عشر: الدفع بطبقية الوقف.

المبحث الرابع عشر: الدفع بعدم توفر شرط الواقف في المدعي.

المبحث الخامس عشر: الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله.

المبحث الأول
الدفع بأن الوقف يلزم بالتلفظ بإيجابه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقام بعض الورثة دعوى على ناظر وقف والدهم، طالبوا بإلغاء صك الوقفية، وإعادة الأموال الموقوفة لهم ولبقية الورثة؛ وذلك لأن الوقف أتى على أكثر المال، وأن الموقف كان فاقد للأهلية الشرعية حال الوقف، وبعرض ذلك على المدعى عليه صادق على الوقف، ورفض طلب المدعين، وأنكر فقدان الموقف لأهليته الشرعية، وأثبت بشهادة الشهود والأوراق الموقعة من المدعين وغيرهم من بقية الورثة بأن الموقف كان في أهليته الشرعية حين أوقف الأوقاف المذكورة في الدعوى، كما أثبت علم المدعين وغيرهم من بقية الورثة بأن الموقف قد أوقف العقارات المذكورة، وأنهم موافقون عليها حال حياته، رجع المدعون وقرروا أن مورثهم كان في أهليته الشرعية حال الوقف، وطالبوا بإلغاء ما زاد عن الثلث من الوقف، دفع المدعى عليه بعدة دفعات من بينها: أن الوقف يلزم بالتلفظ بإيجابه، جرى مداولة بين الأطراف، وبعد اطلاع المحكمة على صك الوقفية وغيره من الصكوك المتعلقة في هذا الوقف، ولإقرار المدعين بأن الموقف كان في أهليته الشرعية حين أوقف الأموال، ولأن الوقف لا يلزم أن يكون بالثلث، ولأن الصحيح من أقوال أهل العلم أنه يجوز التصرف حال الحياة بكل المال بالوقف

الدفع بأن الوقف يلزم بالتلفظ بإيجابه = (١٤١)

أو الصدقة، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، والوقف ثابت بحكم شرعي، والاجتهاد لا ينقض بمثله، فقد ردت المحكمة الدعوى^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بأن الوقف يلزم بالتلفظ بإيجابه؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، (٩/٨٤-٢٣١).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن هذا الدفع مسألتين فقهييتين، هما إجمالاً:

- (١) حكم لزوم الوقف بمجرد التلفظ به؟
 - (٢) هل لإثبات الوقف في المحكمة المختصة أثر في اللزوم؟
- وتفصيل ذلك ما يلي:

المسألة الأولى: حكم لزوم الوقف بمجرد التلفظ به:

أولاً: صورة المسألة:

هل يعتبر الوقف عقداً لازماً بمجرد التلفظ به، فلا يملك صاحبه الرجوع عنه؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن عقد الوقف يعتبر من العقود اللازمة، التي لا يصح الرجوع فيها^(٢).

(١) ينظر: البناية، للعيني، (٧/٤٣٠)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٣٨)، المعونة، لقاضي عبد الوهاب، (١/١٥٩١)، عقد الجواهر الثمينة، لابن شاش، (٣/٩٧٢)، المجموع، للنووي، (١٥/٣٤٠)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٢/٣٧)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٧)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٨٢).

(٢) خلافاً لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ حيث قال: بأن الوقف عقد جائز إلا أن يحكم به حاكم، أو يخرج مخرج الوصية، واستدل على عدم لزوم الوقف بما روي عن =

(٢) اختلف الفقهاء في حكم لزوم الوقف بمجرد التلفظ به، ويان ذلك كما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم لزوم الوقف بمجرد التلفظ به، على قولين:
القول الأول: إن الوقف يكون عقداً لازماً بمجرد التلفظ به، وهذا قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: إن الوقف لا يكون عقداً لازماً بمجرد التلفظ به، بل يشترط القبض للزومه، وهذا قول المالكية^(٤).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن ابن عمر^(٥) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: أن عمر بن الخطاب

= النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا حبس عن فرائض الله»، أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب: الفرائض، (١١٩/٥)، وقال ضعيف، والبيهقي في السنن الصغير، كتاب: البيوع، باب: الوقف، (٣٣٦/٢)، وقال ضعيف لا يحتج به، وكذا قاله العيني في البناية، (٤٢٦/٧)، وكذا قال ابن الهمام في فتح القدير، (٢٠٦/٦)، وكذا قال ابن حجر العسقلاني في الدراية، (١٤٥/٢)، ينظر: الهداية، للمرغيناني، (١٥/٣)، حاشية ابن عابدين، (٣٣٨/٤).

(١) ينظر: البناية، للعيني، (٤٣٠/٧)، حاشية ابن عابدين، (٣٣٨/٤).

(٢) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٥١٤/٧)، المجموع، للنووي، (٤٣٠/١٥).

(٣) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٢٧/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٨٢/٣).

(٤) ينظر: المقدمات الممهدة، لابن رشد، (٤١٩/٢)، التوضيح، لخليل الجندي، (٢٨٩/٧).

(٥) هو الصحابي الجليل عبد الله ابن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي، أبو عبد الرحمن القرشي، أسلم وهو صغير، وهاجر مع أبيه، واستصغر يوم =

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أصاب أرضاً بخير، فأتى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخير لم أصب ما لا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها**» قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى وفي الرقاب، وفي سبيل الله^(١).

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الوقف يلزم بمجرد القول، ولا يشترط القبض فيه، من وجهين:

الأول: إنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يأمره بالقبض، وهذا يدل على عدم اشتراطه^(٢).

الثاني: إنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل التحييس إليه، وهذا يدل على عدم اشتراط القبض للزوم الوقف؛ لأنه يلزم من القبض أن لا يلي الواقف أمر وقفه، بل لا بد أن يقبضه غيره، وهذا يخالف ما ثبت^(٣) من أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ تولى أمر وقفه بنفسه^(٤).

= أحد، وأول غزواته الخندق، وهو ممن بايع تحت الشجرة، روى علماً كثيراً نافعاً عن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، توفي سنة: ٧٣ هـ بمكة، ينظر: مشاهير علماء الأمصار، للبستي، ص: ٣٧، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/ ٢٠٣-٢٣٩).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشروط، باب: الشروط في الوقف، (٣/ ١٩٨)، رقم: ٢٧٣٧، ومسلم في صحيحه، كتاب: الوصية، باب: الوقف، (٣/ ١٢٥٥)، رقم: ١٦٣٢، واللفظ له.

(٢) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٧/ ٥١٤)، كشف القناع، للبهوتي، (٤/ ٢٥٤).

(٣) ينظر: كشف المشكل من حديث الصحيحين، لابن الجوزي، (١/ ١٢٩).

(٤) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٧/ ٥١٤).

الدليل الثاني: القياس على العتق؛ لأنه أسقط ملكه لله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى**، فصار تبرعاً لا بيعاً، ولا يوهب، ولا يورث، فلزم بمجرد القول كالعتق^(١).
نُوقِش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن العتق إتلاف للرق، والإتلاف لا يتصور منه القبض، بخلاف الوقف الذي هو إيجاب للحق في مملوك فيقف على القبض^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: القياس على الهبة؛ لأنها من التبرعات كالوقف، والهبة لا تلزم إلا بالقبض فيقال عليها^(٣).

نُوقِش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الهبة تمليك مطلق، بخلاف الوقف الذي هو تحبيس للأصل وتسهيل للمنفعة، فلا تُملك الأصل^(٤).

ويمكن أن يناقش أيضاً: بأن القياس لا يصح؛ لأن مسألة لزوم الهبة بالقبض مسألة غير متفق عليها، فلا يصح الاحتجاج بها^(٥).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٣٣٨/٤)، الشرح الكبير، (٥١٨/١٦).

(٢) ينظر: التجريد، للقدوري، (٣٧٨٨/٨)، ذكره في سياقه للخلاف.

(٣) ينظر: المقدمات الممهدة، لابن رشد، (٤١٩/٢).

(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٥/٦).

(٥) اختلف الفقهاء في لزوم الهبة بالقبض، فذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، إلى اشتراط القبض للزوم الهبة، بينما ذهب المالكية إلى أن الهبة تلزم بالعقد بلا قبض، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١١٩/٦)، المجموع، للنووي، (٣٧٠/١٥)، الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر، (٩٩٩/٢)، المغني، لابن قدامة، (٤١/٦).

الدليل الثاني: القياس على الزكاة والصدقة؛ لأن الوقف حق لله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى**، ولا يتحقق مقصده من كونه قرابة إلا بتسليمه^(١).

نُوقِش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الحق الذي تعلقت به القرابة في الوقف هي المنفعة، وليست العين التي عقد الوقف عليها حتى يشترط قبضها، بخلاف الزكاة والصدقة فالحق متعلق بالعين^(٢).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، فالوقف يلزم بمجرد القول به، ولا يشترط القبض للزومه؛ وذلك لضعف أدلة المخالفين، ولأنه يلزم من اشتراط القبض أن لا يلي الواقف أمر وقفه، بل لابد أن يقبضه غيره، ولأن وجه القرابة المراد في الوقف لا تكمن في العين، بل في المنفعة.

المسألة الثانية: هل لإثبات الوقف في المحكمة المختصة أثر في اللزوم؟

أولاً: صورة المسألة:

هل يعد الوقف عقداً لازماً إذا تم توثيقه في المحكمة؟ وهل له أثر في لزومه؟

(١) ينظر: المقدمات، لابن رشد، (٢/٤١٩)، تبين الحقائق، للزيلعي، (٣/٣٢٥)، ذكره في سياقه للخلاف.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/١٦).

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن الوقف يلزم ولا يصح الرجوع فيه إذا حكم به حاكم.

(٢) اختلف الفقهاء في لزوم الوقف إذا لم يحكم به حاكم، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم لزوم الوقف إذا لم يحكم به حاكم، وهذه المسألة مبنية على ما قبلها من حكم لزوم الوقف بمجرد التلفظ به، فمن قال بلزومه الوقف بمجرد التلفظ به فلا أثر عنده في لزوم الوقف إذا لم يحكم به حاكم، ومن قال بخلافه فيشترط للزومه حكم الحاكم^(٢).

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، (٢١٨/٦)، تبين الحقائق، للزيلعي، (٣/٣٢٦)، الذخيرة، للقرافي، (٦/٣٢٢)، حاشية العدوي، (٣/٢٦٣)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٤٢)، جواهر العقود، للأسيوطي، (١/٢٥٣)، المبدع، لابن مفلح، (٥/١٨٥)، كشف القناع، للبهوتي، (٤/٢٩٢).

(٢) ينظر: المسألة الأولى في هذا المبحث.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف - بأن الوقف يلزم بمجرد التلفظ بإيجابه، وأبرز صك الوقفية المصدق من المحكمة، حاول المدعيين - بعض ورثة الواقف - إبطال أصل الدفع - وهو الوقف - والقدرح في أهلية الواقف أثناء وقفه، ثم رجعوا عن ذلك، وطالبوا بتصحيح أصل الدفع تصحيحاً شرعياً، حكم القاضي بقبول الدفع؛ وذلك لصحته، فالوقف يلزم بالقول أو الفعل الدال عليه من غير حكم حاكم، ولأن صك الوقفية ثبت في حياة الموقف وصحته، وحكم حاكم بثبوت وصحته، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف في المسائل الخلافية، ولا يُنقض الاجتهاد باجتهاد مثله^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الوقف في حياة الموقف وصحته، وثبوت صك الوقف من المحكمة، قُبِلَ الدفع وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث: من أن الوقف يلزم بمجرد التلفظ به؛ لأنه من العقود اللازمة التي لا يصح الرجوع فيها بالاتفاق كما تقرر، ومن كون الوقف قد تم توثيقه في المحكمة المختصة وحكم

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٨٤-٢٣١).

بصحته حاكم فيقتضي ذلك لزومه باتفاق الفقهاء كما تقرر في
المطلب الثاني.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بأن الوقف يلزم بمجرد التلفظ به
يُقبل قضاءً، إذا ثبت الوقف في حياة الموقِّف وصحته؛ وذلك لتحقيق
مقصد الموقِّف من كون الوقف قُرْبَةً لله سبحانه، ولمنع معارضته، أو
محاولة إغائه بعد وفاة الموقِّف.

أما إذا لم يثبت الوقف في حياة الموقِّف، فلا يُقبل الدفع؛ لأن من
شروط قبوله في مثل هذه القضية ثبوت الوقف، فيجتهد القاضي في
التحقق من ثبوت الوقف وعدمه، فإذا ثبت لديه الوقف يُقبل الدفع
وإلا فلا.

المبحث الثاني
الدفع بقول الجمهور في جواز الوقف
على النفس

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقام بعض الورثة دعوى على ناظر وقف والدهم، طالبوا بإلغاء صك الوقفية، وإعادة الأموال الموقوفة لهم ولبقية الورثة؛ وذلك لأن الوقف أتى على أكثر المال، وأن الموقف كان فاقد للأهلية الشرعية حال الوقف، وكان يسكن في الوقف قبل وفاته، وبعرض ذلك على المدعى عليه صادق على الوقف، ورفض طلب المدعين، وأنكر فقدان الموقف لأهليته الشرعية، وأثبت بشهادة الشهود والأوراق الموقعة من المدعين وغيرهم من بقية الورثة بأن الموقف كان في أهليته الشرعية حين أوقف الأوقاف المذكورة في الدعوى، كما أثبت علم المدعين وغيرهم من بقية الورثة بأن الموقف قد أوقف العقارات المذكورة، وأنهم موافقون عليها حال حياته، رجع المدعون وقرروا أن مورثهم كان في أهليته الشرعية حال الوقف، وطالبوا بإلغاء ما زاد عن الثلث من الوقف، دفع المدعى عليه بعدة دفعات من بينها الدفع بقول الجمهور في جواز الوقف على النفس، جرى مداولة بين الأطراف، وبعد اطلاع المحكمة على صك الوقفية وغيره من الصكوك المتعلقة بهذا الوقف، ولإقرار المدعين بأن الموقف كان في أهليته الشرعية حين أوقف الأموال، ولأن الوقف لا يلزم أن يكون بالثلث، ولأن الصحيح من أقوال أهل العلم أنه يجوز التصرف

الدفع بقول الجمهور في جواز الوقف على النفس = (١٥٣)

حال الحياة بكل المال بالوقف أو الصدقة، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، والوقف ثابت بحكم شرعي، والاجتهاد لا ينقض بمثله، فقد ردت المحكمة الدعوى^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بقول الجمهور في جواز الوقف على النفس؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، (٩/٨٤-٢٣١).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن هذا الدفع مسألة حكم الوقف على النفس.

وتفصيل ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح أن يقوم الشخص بالوقف على نفسه؟ بحيث يكون ريع الوقف له مدة حياته.

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الوقف على النفس، على قولين:

القول الأول: يصح الوقف على النفس^(١)، وهذا قول الحنفية^(٢).

(١) دفع المدعى عليه في الدعوى بهذا القول وذكر أنه قول الجمهور، والصحيح أن قول الجمهور خلافه، وأما هذا القول فقد ذهب إليه الحنفية، وذهب إليه في الرواية الثانية من المذهب الشافعية، والحنابلة، ولعل المدعى عليه قصد بقول الجمهور مذهب الحنفية والرواية الثانية من مذهبي الشافعية والحنابلة، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٣٢)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٨٤)، الشرح الكبير، للرافعي، (٦/٢٥٧)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣١٨)، الإنصاف، للمرداوي، (١٦/٣٨٧)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٣٧).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٣٢)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٨٤).

القول الثاني: لا يصح الوقف على النفس، وهذا قول المالكية^(١)،
والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «كان يأكل من صدقته»^(٤).

وجه الدلالة: أن المراد منها صدقته الموقوفة، ولا يحل للشخص أن يأكل منها ما لم يشترط، فدل ذلك على صحة الوقف على النفس^(٥).

يمكن أن يناقش: بضعف الرواية، فلا يصح الاحتجاج بها^(٦).

الدليل الثاني: عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

- (١) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٨٤ / ٧)، حاشية الدسوقي، (٨٠ / ٤).
- (٢) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٢٥٧ / ٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٣١٨ / ٥).
- (٣) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٥ / ٣)، غاية المنتهى، لمرعي، (٨ / ٢).
- (٤) أخرجه الزيلعي في نصب الراية، كتاب: الوقف، (٤٧٩ / ٣)، وقال عنه: «غريب»، وابن حجر في الدراية، كتاب: الوقف، (١٤٦ / ٢)، رقم: ٧٥٩، وقال عنه: «لم أجده قلت ويمكن أن يكون المراد أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يأكل من الأراضي التي قال فيها ما تركت بعدي فهو صدقة»، وابن مازة في المحيط البرهاني، كتاب: الوقف، باب: ما يتعلق بالشروط في الوقف، (١٢٢ / ٦)، وقال عنه: صحيح برواية زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٥) ينظر: الهداية، للمرغيناني، (١٩ / ٣)، المغني، لابن قدامة، (٨ / ٦).

(٦) كما هو موضح بالهامش في تخريجه.

«ما أنفق المرء على نفسه، وولده، وأهله، وذو رحمه، فهو له صدقة»^(١).

وجه الدلالة: أن ما صرف على النفس فهو صدقة وقربة -لله عَزَّوَجَلَّ-، فيدل على صحة الوقف على النفس؛ لأن المقصود من الوقف هو القربة، وهي متحققة^(٢).

يمكن أن يناقش: بضعف الرواية، فلا يصح الاحتجاج بها^(٣).

ويمكن أن يُجاب: بأنه قد وردت أحاديث صحيحة تدل على صحة الصدقة على النفس، منها: ما ثبت عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لرجل: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها»^(٤)، وحديث المقدم بن معدي كرب^(٥) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما أطعمت نفسك

(١) أخرجه الطبراني في معجمه، كتاب: الميم، باب: من اسمه محمد، (٧/ ٧٤)، رقم: ٦٨٩٦، واللفظ له، والبيهقي في الآداب، باب: ما يعطيه الإنسان من ماله صيانة لعرضه، ص: ٥٢، رقم: ١٢٨، قال الهيثمي: «وفيه مسور بن الصلت، وهو متروك» ينظر: مجمع الزوائد، (٣/ ١١٩).

(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٣/ ٣٢٩).

(٣) كما هو موضح بالهامش في تحريجه.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، (٣/ ٧٨)، رقم: ٩٩٧.

(٥) هو الصحابي الجليل: المقدم بن معدي كرب بن عمرو بن يزيد الكندي، أبو كريمة وقيل أبو يحيى، صاحب الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وروى عنه، نزل الشام وسكن حمص وتوفي بها سنة ٨٧هـ، وعمره: ٩١ سنة، ينظر: تاريخ دمشق، لابن عساکر، (٦٠/ ١٨٤-١٩٦)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/ ٤٢٨).

فهو لك صدقة»^(١).

الدليل الثالث: ما ثبت عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه أوقف، وقال: «لا جناح على من وليه أن يأكل»^(٢).

وجه الدلالة: أنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شرط في وقفه أن يأكل منها وليها، وكان هو الولي عليها حتى توفي، فدل على صحة الوقف على النفس^(٣).

نُوقِش: بأنه يحتمل أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شرط ذلك لغيره، ويحتمل أن يكون أكله بالشراء، أو بحق القيام^(٤).

الدليل الرابع: عن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من يشتري بئر رومة، فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين» فاشتراها عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٥).

وجه الدلالة: أنه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما أوقف بئر رومة قال: «دلوي فيها كالدلاء»، فدل على صحة الوقف على النفس^(٦).

(١) أخرجه أحمد في مسنده، كتاب: مسند الشاميين، باب: حديث المقدم بن معد يكرب، (٤٢٨/٢٨)، رقم: ١٧١٩١، والنسائي في الكبرى، كتاب: عشرة النساء، باب: الفضل في ذلك، (٢٧١/٨)، رقم: ٩١٤١، قال الهيثمي: «رواه أحمد، ورجاله ثقات»، ينظر: مجمع الزوائد، (١١٩/٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: إذا وقف أرضاً واشترط لنفسه، (١٣/٤)، رقم: ٢٧٧٨.

(٣) ينظر: التجريد، للقدوري، (٣٧٩٦/٨)، المغني، لابن قدامة، (٨/٦).

(٤) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٣١١/٦)، البيان، للعمراني، (٦٦/٨).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً، كتاب: المساقاة، باب: في الشرب، ومن رأى صدقة الماء...، (٢٠٩/٣).

(٦) ينظر: المتع، لابن المنجي، (١٦٠/٣).

نُوقش: بأن وقف عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان وقفاً عاماً فیدخل فيه ولو لم يشترط، واشترطه كان لأجل أن يُعلمهم أنه ليس خاص به دونهم، بل لعامة المسلمين^(١).

الدليل الخامس: القياس على الوقف العام؛ فكما أنه يصح أن ينتفع من الوقف العام كأن يوقف المساجد، والمقابر وغيرها، فكذلك يصح أن ينتفع بالوقف الخاص^(٢).

نُوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه يجوز أن يدخل في العموم ما لا يدخل في الخصوص؛ فقد كان صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يصلي في مساجد المسلمين، وفي المقابل لا يجوز أن يخص بالصدقة^(٣).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ملك مائة سهم في خبير اشتراها، فأتى رسول الله فقال: يا رسول الله إني أصبت ما لا لم أصب مثله قط، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»^(٤).

(١) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (٧/٢٢٣)، البيان، للعمرائى، (٨/٦٦).

(٢) ينظر: التجريد، للقدورى، (٨/٣٧٩٦)، المغنى، لابن قدامة، (٦/٨).

(٣) ينظر: الذخيرة، للقرافى، (٦/٣١١).

(٤) أخرجه الشافعى فى مسنده، كتاب: الوقف والعمرى والرقيبى، باب: تحبىس الأصل وتسبىل الثمرة، (٣/٥)، رقم: ١٠٦١، واللفظ له، والبيهقى فى سننه الكبرى، كتاب: الوقف، باب: وقف المشاع، (٦/٢٦٨)، رقم: ١١٩٠٤.

وجه الدلالة: أن الوقف يقتضي تحبب العين، وتسهيل المنفعة، فلا يكون له فيها حق؛ لأن ذلك يخالف معنى الوقف^(١).

يمكن أن يناقش: بالدليل الثالث لأصحاب القول الأول، فلو كان يخالف مقتضى الوقف لما اشترط عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ذلك.

الدليل الثاني: أن الوقف صدقة، ولا تصح صدقة الإنسان على نفسه^(٢).

يمكن أن يناقش: بالدليل الثاني وما أُجيب عن مناقشته، فقد ورد ما يدل على صحة الصدقة على النفس.

الدليل الثالث: القياس على البيع والهبة؛ لأن الوقف عقد يقتضي زوال الملك، فكما أنه لا يصح أن يبيع أو أن يهب على نفسه فكذلك الوقف^(٣).

يمكن أن يناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن العقد في البيع والهبة يقتضي زوال كامل الملكية في العين والمنفعة، بخلاف الوقف.

الدليل الرابع: القياس على الرق؛ فكما أنه لا يصح أن يستثنى في العتق أحكام الرق لنفسه كأن يشترط أن يخدمه - مثلاً - بعد العتق، فكذلك الوقف لا يصح أن يستثنى منافعه لنفسه^(٤).

(١) ينظر: المهذب، للشيرازي، (٣٢٤ / ٢)، بحر المذهب، للرويانى، (٧ / ٢٢٣).

(٢) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٧ / ٥٢٥).

(٣) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٦ / ٣١١)، البيان، للعمراني، (٨ / ٦٦).

(٤) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٦ / ٣١١)، الحاوي، للماوردي، (٧ / ٥٢٥).

يمكن أن يناقش: بما سبق في الدليل الثالث، فالعق يقتضي زوال كامل الملكية بخلاف الوقف.

الدليل الخامس: أن الغرض من الوقف هو إزالة ملك الواقف واستحدثائه إلى غيره، وهذا لا يتحقق إذا أوقفه على نفسه^(١).

نُوقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأن الغرض من الوقف هو إزالة الملك لله سبحانه على وجه القرية، فالوقف ينتقل ملكه لله سبحانه^(٢).

الدليل السادس: أن الواقف قد حجر على نفسه، وعلى ورثته بعد موته، وهذا لا يصح^(٣).

يمكن أن يناقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأنه لو أوقف على غيره لحجر على نفسه وورثته أيضاً.

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، فيصح الوقف على النفس؛ وذلك لضعف أدلة المخالفين، ولأن الوقف على النفس لا يخالف مقتضى الوقف من كون قرية لله **جَلَّ وَعَلَا**.

(١) ينظر: الإشراف، للقاضي عبد الوهاب، (٢/٦٧٣)، نهاية المطلب، للجويني، (٨/٣٧٣).

(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزبلي، (٣/٣٢٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٨٤)، حاشية الدسوقي، (٤/٨٠).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف -:
بجواز الوقف على النفس، وأبرز صك الوقفية المثبت في حياة الواقف،
حاول المدعيين - وهم بعض ورثة الواقف - الطعن بأصل الدفع - وهو
الوقف -، ولم يثبتوا ذلك، حكم القاضي بقبول الدفع؛ وذلك لصحته^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ إن القضاء أقر
هذا الوقف بعد ثبوته وهو وقف على النفس، وحكم لصالحه، ورد
لذلك الدعوى، وجاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب
الثاني من المبحث من صحة الوقف على النفس؛ وذلك لموافقته
لمقتضى الوقف من وجه كونه قربة لله سبحانه.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بجواز الوقف على النفس يُقبل
قضاء، إذا ثبت الوقف؛ لأنه بذلك يتحقق مقصد الواقف من كونه قربة
لله جَلَّ وَعَلَا.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٨٤ - ٢٣١).

المبحث الثالث
الدفع بتعيين الواقف للناظر

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقام المدعون دعواهم بصفتهم ورثة الواقف ضد إدارة الأوقاف طالبين عزل مديرها عن النظارة على وقف والدهم وإقامة أحدهم بدلا عنه، وبعرض الدعوى على مندوب الجهة المدعى عليه طلب إجراء الوجه الشرعي حيال الدعوى، ودفع بتعيين الواقف للناظر، وباطلاع القاضي على صك الوقفية وجد أن شرط الواقف يتضمن إقامة مدير الأوقاف ناظراً على الوقف بعد وفاة الواقف، ونظراً لكون الشرط ليس فيه مخالفة للشرع، ولأن المسلمين على شروطهم، لذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بتعيين الواقف للناظر؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٣٠٨-٣١١).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع

تضمن الدفع مسألة حكم تعيين الواقف لناظر الوقف.

وبيان ذلك تفصيلاً كما يلي:

الفرع الأول: تعريف ناظر الوقف:

أولاً: تعريف ناظر الوقف في اللغة:

الناظر في اللغة: هو الحافظ^(١)، والطالب لظهور الشيء بإدراكه^(٢)، وهو اسم فاعل من النظر، والنظر يراد به: التأمل والفحص^(٣).

ثانياً: تعريف ناظر الوقف في الاصطلاح:

ناظر الوقف في الاصطلاح: هو من يتولى القيام بشؤون الوقف، وحفظه، وعمارته، وتنفيذ شرط واقفه، ولا يتصرف إلا بما فيه مصلحة للوقف^(٤).

(١) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للجوهري، (٢/ ٨٣١)، لسان العرب، لابن منظور، (٥/ ٢١٨)، مادة: نظر.

(٢) ينظر: الفروق اللغوية، للعسكري، ص: ٧٥-٧٦، مادة: نظر.

(٣) ينظر: تاج العروس، للزبيدي، (١٤/ ٢٤٥)، مادة: نظر.

(٤) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (٢/ ٣٨٣-٣٨٤)، ولم أفر على تعريف خاص للناظر عند الفقهاء، بل تكلموا عن عمل ووظيفة الناظر، ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٦/ ١٤٩)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/ ٢٦٣)، الذخيرة، للقرافي، (١٠/ ٤٢٤)، حاشية الدسوقي، (٤/ ٨٨-٨٩، ٩٦-٩٧)، المجموع، للنووي، (١٥/ ٣٦٣-٣٦٤)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/ ٤١٧)، كشف القناع، للبهوتي، (٤/ ٢٦٨)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٤/ ٣٣٤).

الفرع الثاني: حكم تعيين الواقف لناظر الوقف:

أولاً: صورة المسألة:

هل يثبت للواقف الحق في تعيين ناظر الوقف؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(١) على صحة تعيين الواقف لناظر، ووجوب تعيين من عين.

ثالثاً: مستند الاتفاق:

الدليل الأول: فعل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** حيث قال: «... تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها...»^(٢).

وجه الدلالة: أنه **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** جعل النظر في وقفه لابنته أم المؤمنين حفصة **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا**، ثم إلى ذوي الرأي من أهلها، فدل على أن للواقف أن يعين الناظر، وعلى وجوب اتباع شرطه فيمن عين^(٣).

الدليل الثاني: أن الواقف هو المتقرب بصدقته فيتبع شرطه في تعيين الناظر كما يتبع في مصارفه^(٤).

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (١٣٤/٦)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٢١)، القوانين الفقهية، لابن جزي، ص: ٢٤٤، حاشية الدسوقي، (٤/٨٨)، الحاوي الكبير، للماوردي، (٧/٥٣٣)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٢/٥٩)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٥٣).

(٢) سبق تخريجه في المبحث الأول من الفصل الأول، ص: ٥٨.

(٣) ينظر: كفاية النبيه، لابن رفة، (١٢/٥٦)، المغني، لابن قدامة، (٦/٣٩).

(٤) ينظر: أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/٤٧١)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٦/٤٥٦).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه -وهي إدارة الأوقاف-: بتعيين الواقف للناظر، وأثبت ذلك بصك الوقفية المتضمن شرط الواقف، حكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لصحته، فشرط الواقف يجب العمل به إذا لم يخالف الشرع، وقد اشترط الواقف أن يليه بعد وفاته مدير الأوقاف في مكة^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت شرط الواقف في تعيين الناظر، قبل الدفع وتم لموجه رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أنه يجب بالاتفاق العمل بشرط الواقف إذا عيّن ناظراً للوقف.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بتعيين الواقف للناظر، يُقبل قضاء، إذا ثبت ذلك، وثبتت صلاحية الناظر للنظارة؛ وذلك لأن العمل بشرط الواقف في تعيين الناظر يجب بالاتفاق، لأنه لو لم يُعمل بشرطه لما كان لاشرطه فائدة، ولأن الواقف يكون حريصاً على اختيار الأصلح لنظارة وقفه.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٣٠٨-٣١١).

المبحث الرابع
الدفع بالعرف في تحديد الأجر الذي
يأخذه الناظر

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقام أحد مستحقي وقف دعواه ضد ناظر الوقف، طالباً تخفيض الجعل الذي يأخذه مقابل النظارة لتكون اثنين ونصف بالمئة من غلة الوقف، وبعرض ذلك على المدعى عليه دفع بأن المتعارف عليه في الجعل^(١) الذي يستحقه الناظر هو عشر غلة الوقف ولذلك فهو يأخذ عشرة بالمئة من الغلة، وقد جرت الكتابة لهيئة الخبراء لتقدير ما يستحقه المدعى عليه من جعل لقاء قيامه بوظيفة الناظر على الوقف، فورد

(١) يحسن الإشارة إلى مسألة تسمية الأجر الذي يأخذه الناظر، هل يسمى جعلاً، أم أجرة؟ في البداية تتفق الجعالة مع الإجارة في كون العوض معلوماً، وتختلف الإجارة عن الجعالة بأمر منها: الأول: من حيث لزوم العقد، فالإجارة عقد لازم، والجعالة عقد جائز، والثاني: من حيث معلومية العمل وجهالته، فالإجارة يشترط فيها أن يكون العمل معلوماً، بخلاف الجعالة فلا يشترط ذلك، والثالث: من حيث تعيين العامل، فالإجارة يشترط فيها تعيين العامل، بخلاف الجعالة فلا يشترط ذلك، والرابع: من حيث تعيين المدة، فالإجارة يشترط فيها تعيين المدة، بخلاف الجعالة، فلا يشترط، فيتضح من خلال ما سبق صحة التسمية بكليهما، فيكون الأجر جعلاً إذا كان الناظر متبرعاً من غير تعيين له، ويكون الأجر أجرة إذا كان الناظر معيناً غير متبرعاً، وفي هذه الدعوى يسمى الأجر أجرة؛ لأن الناظر معين من قبل الواقف، وعمله معين، والمدة معينة، ينظر: مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل، للرجراجي، (٧/ ٢٨٠)، البيان، للعمرائي، (٧/ ٤٠٧)، المغني، لابن قدامة، (٦/ ٩٦).

جوابها محدداً لها بعشرة بالمئة من غلة الوقف، كما أحضر المدعى عليه بينة معدلة شرعاً على مناسبة ذلك الجعل للنظارة وأنه متعارف عليه في الأوقاف، ولذا فقد حكم القاضي بفرض جُعل مقدره عشرة بالمئة من غلة الوقف بعد إصلاحه وترميمه للمدعى عليه، ولكون الحكم على وقف جرى عرضه على محكمة الاستئناف فقررت تصديقه^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بالعرف في تحديد الأجر الذي يأخذه الناظر؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/٢٢٦-٢٣١).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة فقهية، وهي: مقدار أجره الناظر.

وبيان ذلك تفصيلاً كما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل للناظر أجره مقدرة شرعاً؟ وما هو مقدارها؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أنه يجب العمل بمقدار أجره الناظر إذا كانت مشروطة من جهة الواقف.

(٢) اختلف الفقهاء في مقدار أجره الناظر إذا لم يشترطها الواقف، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي في المسألة:

اختلف الفقهاء في تحديد مقدار أجره الناظر إذا لم يشترطها الواقف، على قولين:

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (١٤٩/٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٦٤/٥)، التاج والإكليل، للمواق، (٦٥٠-٦٤٩/٧)، حاشية الدسوقي، (٨٨/٤)، المجموع، للنووي، (٣٦٤/١٥)، مغني المحتاج، للشربيني، (٥٥٤/٣)، الإنصاف، للمرداوي، (٥٨/٧)، الإقناع، للحجاوي، (١٦-١٥/٣).

القول الأول: أنه يقدر للناظر أجره المثل، وهذا قول الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: أنه يقدر للناظر الأقل من النفقة، وأجره مثله، وهذا
قول الشافعية^(٤).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: فعل الأئمة، فقد ثبت عن أمير المؤمنين عمر بن
الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنه أوقف، وقال: «ولا جناح على من وليه أن يأكل
منه بالمعروف»^(٥).

وجه الدلالة: دل على أن للناظر أجره المثل، لأنها المتعارف عليها^(٦).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/ ٢٦٤)، قره عين الأختار لتكملة رد المحتار،
لابن عابدين، (٨/ ٥١٢).

(٢) ينظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة، (٨/ ٤٩١)، مواهب الجليل، للحطاب،
(٦/ ٤٠).

(٣) ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (٧/ ٦٤)، الإقناع، للحجاوي، (٣/ ١٦).

(٤) ينظر: المجموع، للنووي، (١٥/ ٣٦٤)، تحفة المحتاج، للهيتمي، (٦/ ٢٩٠).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: وما للوصي أن يعمل في مال
اليتيم وما يأكل منه بقدر عمله، (٤/ ١٠)، رقم: ٢٧٦٤، واللفظ له، ومسلم في
صحيحه، كتاب: الوصية، باب: الوقف، (٣/ ١٢٥٥)، رقم: ١٦٣٢.

(٦) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٦/ ٤٠).

الدليل الثاني: أن المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً^(١)، فيأخذ أجرة ما تعارف عليه الناس^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن ذلك هو الأحوط للوقف؛ فلا يظلم المستحقين حينئذ^(٣).

يمكن أن يناقش: بأن ذلك ظلم للناظر، فهو العامل والحافظ لهذا الوقف فيعطى أجر مثله.

الدليل الثاني: القياس على ولي اليتيم؛ فكما أن ولي اليتيم يأخذ الأقل من النفقة، فكذلك الناظر، بجامع أن كلاهما ولاية على الغير^(٤).

يمكن أن يُناقش: بأن مسألة أخذ ولي اليتيم الأجر على ولايته محل خلاف بين الفقهاء^(٥)، فلا يصح الاحتجاج بها.

(١) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص: ٨٤.

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٦٤)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤/٢٧١).

(٣) ينظر: تحفة المحتاج، للهيتمي، (٦/٢٩٠).

(٤) ينظر: تحفة المحتاج، للهيتمي، (٦/٢٩٠).

(٥) اختلف الفقهاء في حكم أخذ ولي اليتيم الأجر على ولايته، على قولين: ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز أن يأخذ من مال اليتيم شيئاً غنياً كان أو فقيراً، وذهب الجمهور: إلى جواز ذلك، واختلفوا في مقدار ما يأخذه على قولين: فذهب المالكية إلى أنه يستحق أجر مثله، وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه يستحق الأقل من أجرة مثله، ينظر: شرح مختصر الطحاوي، (٤/٢٠١)، التجريد، للقُدوري، (٦/٢٩٣٨)، الذخيرة، للقرافي، (٧/١٧٨)، مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٣٩٩)، البيان، للعمرائي، (٦/٢١٧)، كفاية النبيه، لابن الرفعة، (١٠/٢٦)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٢/٥٠٨)، غاية المنتهى، لمرعي، (١/٦٦٠).

خامساً: الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول؛ وذلك لضعف أدلة المخالفين، فالناظر يستحق أجره المثل؛ وذلك لما ثبت عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وعملاً بما تعارف عليه الناس، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً، ولأنه الأصلح والأحوط للوقف، فالناظر هو من يعمل ويشرف على الوقف، فإعطاؤه أقل من أجره مثله فيه ظلم وإجحاف بحقه، مما قد يجعله لا يجتهد في نمائه، فيجب مراعاة مصلحة الوقف، وحفظه.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف - بالعرف في تحديد الأجر الذي يأخذه الناظر، أنكر المدعي - وهو أحد مستحقي الوقف - الدفع، وذكر أن الوقف لم يسم شيئاً للناظر، تقرر الكتابة إلى هيئة الخبراء للتأكد من صحة الدفع، فوردت الإجابة موافقة لما دفع به المدعى عليه، بأن هذه النسبة هي التي يأخذها الناظر عرفاً، وأحضر المدعى عليه شاهدين شهدوا على هذا العرف، واستحقاق المدعى عليه لهذه النسبة، حكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت صحته، وقد قرر الفقهاء بأن للناظر أجره المثل إذا لم يسم له الوقف شيئاً^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت ما يستحقه الناظر عرفاً من الغلة بالبينه المعدلة شرعاً، وثبوت استحقاقه العشر بتقدير هيئة الخبراء، قبل الدفع وتم لموجبه رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أن الناظر إذا لم يعين له الوقف أجره نظارته، فيثبت له أجره المثل؛ عملاً بما تعارف عليه الناس فالمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/٢٢٦-٢٣١).

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بالعرف في تحديد الأجر الذي يأخذه الناظر يُقبل قضاءً، إذا ثبت ما يلي:

الأول: أن يكون الواقف لم يعين للناظر أجرة معينة؛ لأنه إذا عيّن له أجرة معينة فيجب العمل بما شرط الواقف.

الثاني: ثبوت العرف، وذلك إما بسؤال أهل الخبرة، أو بشهادة الشهود على صحة العرف؛ لأن عدم ثبوته لا يجعله عُرفاً، فلا يُعمل به، ولا يصلح أن يكون مرجعاً.

الثالث: ثبوت استحقاق الناظر لهذا الأجر بناء على عمله؛ لأن طبيعة عمل الناظر تختلف من شخص لآخر، ويرجع في ذلك إلى ما تعارف عليه الناس، أو بتقدير من لجنة من الخبراء في ذلك.

المبحث الخامس
الدفع بما عليه عمل النظار السابقين في
قسمة نصيب من مات عقيماً من
المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقام رجل دعواه على ناظر الوقف يطالبه بإعطائه جزءاً من نصيب أحد المستحقين من الطبقة الأولى لوفاته، صادق المدعى عليه على الدعوى ورفض طلب المدعي، [ودفع بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً من المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف]، وذكر أن هذا الوقف على ثلاثة فروع والمدعي من أولاد أحد هذه الفروع، والمتوفي هو أحد الفروع وهي امرأة عقيم، والناظر السابق كان يقسم بين أولاد الظهور والبطون بالسوية، ومن مات بغير ولد رجوع نصيبه لإخوته، وأن صك الوقف لم يتطرق للعقماء، وأن نصيب المرأة العقيم التي هي أحد الفروع يعطى لأخيها الشقيق، والمدعي يطالب بإرجاعه إلى الأصل فيكون الوقف على فرعين فقط لا ثلاثة... وبعد اطلاع المحكمة على صك الوقف تبين عدم وجود شرط للواقف، وأن الغلة تقسم أثلاثاً، وأن حصة كل مستحق تنتقل لأولاده بعد وفاته، ولأن الناظر قرر أن النظار السابقين كانوا مضطربين في حصة من توفى عقيماً، فأحياناً يقسمونها بين الورثة، وأحياناً يعيدونها إلى أصل الغلة، ولأن الراجح عند العلماء أن الوقف إذا لم يعثر له على شرط واقف يرجع إليه عند الاختلاف فإن حصة من توفى من غير ولد تعود إلى أصل

== الدفع بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً = (١٨١)

الغلة، وبناء عليه حكمت المحكمة بأن حصة من مات بغير ولد من المستحقين تعود إلى أصل الغلة، ويعاد قسمتها بين جميع المستحقين»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً من المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/٣٠-٥٦).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألتين:

المسألة الأولى: حكم العمل باجتهد النظار السابقين، إذا لم يكن للواقف شرط فيه.

المسألة الثانية: حكم تصرف الناظر بنصيب من مات من المستحقين من غير ولد إذا لم يكن للواقف شرط.

وبيان ذلك تفصيلاً ما يلي:

المسألة الأولى: حكم العمل باجتهد النظار السابقين إذا لم يكن للواقف شرط فيه:

أولاً: صورة المسألة:

هل عمل النظار السابقين حجة؟ فيعمل به عند جهالة شرط الواقف أو عدمه.

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

تكلم الفقهاء عن حكم العمل بعمل النظار السابقين، فقال ابن عابدين^(١) رَحِمَهُ اللهُ:

(١) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد عابدين الدمشقي، ولد في دمشق، فقيه الديار الشامية، والمصرية، المفسر، المحدث، الفقيه، النحوي، النبيه، حفظ القرآن، وتلقى القراءات بأوجهها وطرقها، مهر في فن الأصول، والحديث، =

«سئل شيخ الإسلام^(١) عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر ما يصرف إلى مستحقيه، قال: ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان أن قوامه كيف يعملون فيه؟... فيبني على ذلك؛ لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف، وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك»^(٢).

وقال الأنصاري^(٣) نقلاً عن النووي^(٤) رَحِمَهُمَا اللهُ:

= والتفسير، والمعقول، وإمام الحنفية في عصره، توفي في دمشق عام: ١٢٥٢هـ، وعمره: ٥٤، ينظر: حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، لليطار، ص: ١٢٣٠-١٢٣٩، الأعلام، للزركلي، (٤٢/٦).

(١) هو علي بن محمد بن إسماعيل، بهاء الدين الأسبيجاني السمرقندي، فقيه حنفي، يسمى بشيخ الإسلام، من أهل سمرقند، لم يكن أحد يعرف المذهب الحنفي في عصره مثله، طال عمره في نشر العلم، توفي سنة: ٥٣٥هـ، ينظر: تاريخ الإسلام، للذهبي، (٦٣٦/١١)، الأعلام، للزركلي، (٣٢٩/٤).

(٢) حاشية ابن عابدين، (٤١١-٤١٢).

(٣) هو زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي المصري الشافعي، أبو يحيى، شيخ الإسلام، المفسر، من حفاظ الحديث، ولد في سنينكة، وحفظ القرآن وبعض المتون فيها، ثم تعلم في القاهرة، وكف بصره، تولى القضاء في مصر، واجتهد في عمارة الأوقاف، كان علامة، عابداً، متواضعاً، اشتغل بطلب العلم إلى أن توفي سنة: ٩٢٦هـ، ينظر: سلم الوصول إلى طبقات الفحول، لحاجي خليفة، (١١٣/٢)، الأعلام، للزركلي، (٤٦-٤٧).

(٤) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي، محيي الدين أبو زكريا، الإمام العلامة، شيخ الإسلام، معروف بالزهد، والقناعة، ومتابعة أهل السنة والجماعة، والمصابرة على الخير، حفظ القرآن، وتفنن في أصناف العلوم من الفقه، والحديث، واللغة، كان أماراً بالمعروف، ناهياً عن المنكر على الأمراء والملوك والناس عامة، توفي سنة: ٦٧٦هـ، ينظر: تاريخ الإسلام، للذهبي، (٣٢٤/١٥)، طبقات الشافعية الكبرى، للسبكي، (٣٩٥-٤٠٠).

«يرجع إلى عادة النظار إذا اتفقت عاداتهم... فلو اختلفوا لم يبعد اعتبار عادة الأكثر»^(١).

وقال الخطاب^(٢) رَحِمَهُ اللهُ:

«إن لم يعلم شرط الواقف، وثبت له عادة قديمة فيصرف الوقف على ما جرت به العادة القديمة إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي... وإذا لم يثبت لهم شرط ولا عادة وثبت أن الوقف على الذرية قسم بينهم... إلا أن يكون فيهم محتاج فللناظر أن يؤثره على غيره»^(٣).

وقال البهوتي^(٤) رَحِمَهُ اللهُ:

«إذا أمكن التأنس بصرف من تقدم، ممن يوثق به، رجع إليه... فإن تعذر وكان الوقف على عمارة أو اصلاح صرف بقدر الحاجة»^(٥).

(١) الغرر البهية، (٣/ ٣٨٤).

(٢) هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، أبو عبد الله، المعروف بالخطاب، فقيه مالكي، مغربي الأصل، الإمام، الحجة، الحافظ، الثقة، الورع، من كبار العلماء، جامع لفنون العلم من التفسير، والفقه، وأصوله، والحديث، واللغة، ولد واشتهر في مكة، وتوفي في طرابلس عام: ٩٥٤هـ، ينظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، للتبكتي، (٥٩٢-٥٩٤)، الأعلام، للزركلي، (٧/ ٨٥).

(٣) مواهب الجليل، للخطاب، (٦/ ٤٨).

(٤) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين حسن بن أحمد البهوتي الحنبلي، شيخ الحنابلة بمصر، كان عالماً، عاملاً، ورعاً، كريماً، حكيماً، بالغ الشهرة، متبحراً في العلوم، أصولياً، مفسراً، انفرد في عصره بالفقه، انتهى إليه الإفتاء، والتدريس، توفي بمصر سنة: ١٠٥١هـ، ينظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، للمحبي، (٤/ ٤٢٦)، النعت الأكمل لأصحاب الإمام أحمد بن حنبل، لكمال الدين الغزي، ص: ٢١٠.

(٥) كشف القناع، للبهوتي، (٤/ ٢٦٠).

= الدفع بما عليه عمل الناظر السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً = (١٨٥)

فالذي يظهر من كلام الفقهاء، أن حكم عمل الناظر السابقين، على قسمين:

الأول: أن يتفق غالبهم على عمل معين، فيكون هذا العمل حجة للناظر الحالي^(١)، ويجب العمل به؛ لأن الظاهر من تصرفهم أنه مستند إلى أصل من أصول الوقف، فيكون حجة؛ لترجحه، وقوته على غيره.

الثاني: أن يتفاوت اجتهادهم على عمل معين، فلا يكون عملهم حجة للناظر الحالي؛ وذلك لاختلافهم، وتفاوت اجتهادهم.

المسألة الثانية: حكم تصرف الناظر بنصيب من مات من المستحقين من غير ولد إذا لم يكن للواقف شرط:

أولاً: صورة المسألة:

إذا مات أحد المستحقين من غير ولد، ولم يكن للواقف شرط في ذلك، فما حكم تصرف الناظر بنصيبه؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم نصيب من مات عن غير ولد، إذا لم يكن للواقف شرط في ذلك، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن النصيب يعود إلى أصل الغلة، ويقسم بين جميع المستحقين بالسوية، وهذا قول الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣).

(١) إذ لم يخالف الشرع.

(٢) ينظر: الإسعاف، للطرابلسي، ص: ١٠٢، حاشية ابن عابدين، (٤/ ٤٧١-٤٧٢).

(٣) لم أقف على نص صريح في ذلك عند الشافعية، وإنما قيل بذلك تبعاً لمفهوم كلامهم، حيث قالوا: بأن الناظر يقسم الغلة بينهم بالسوية عند جهالة شرط =

القول الثاني: أن النصيب يؤثر فيه أهل الحاجة، على غيرهم من المستحقين، وهذا قول المالكية^(١).

القول الثالث: أن النصيب يعود إلى أعلى طبقة إذا كان مرتباً، ويعود على الجميع إذا كان مشتركاً، وهذا قول الحنابلة^(٢).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

أنه لا يوجد دليل على تقديم أو تفضيل بعض المستحقين على بعض^(٣).

يمكن أن يُناقش: بأن الوقف إذا كان مرتباً من الواقف، فترتيبه دليل على تفضيل بعضهم على بعض.

دليل القول الثاني(٤):

أن قصد الواقف: الإحسان والإرفاق، لذلك يقدم أهل الحاجة

= الواقف في ترتيب المستحقين، ينظر: كفاية النبيه، لابن رفة، (٧٣ / ١٢)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٢٥٩ / ٦).

(١) ينظر: النوادر، للقيرواني، (١٢ / ٣٣-٣٤)، البيان، لابن رشد، (١٢ / ٢٤٣).

(٢) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣ / ٢٢-٢٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣ / ٣٧٤-٣٧٥).

(٣) ينظر: أسنى المطالب، للأنصاري، (٢ / ٤٧٣).

(٤) ولم أقف على دليل لأصحاب هذا القول في هذه المسألة -بعد التبع-، ولكن وقفت على دليل في مسألة مشابهة، وهي مسألة: تقديم أهل الحاجة والعيال إذا كان الوقف على: من لا يحاط بهم، أو على قوم وأعقابهم، أو على ولده ولم يعينهم، ولعل مسألة البحث مبنية على هذه المسألة؛ لأن نصيب العقيم لم يعين.

== الدفع بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً = (١٨٧)

على غيرهم^(١).

يمكن أن يُناقش: بأن الوقف إذا كان عاماً لأهل الحاجة وغيرهم؛ فلا دليل على قصد الواقف.

دليل القول الثالث:

القياس على قسمة الواقف للوقف، فالتشريك يقتضي التسوية، والترتيب يقتضي تخصيص البعض دون غيرهم، فيعمل بمقتضى قسمة الواقف^(٢).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثالث؛ وذلك عملاً بقسمة الواقف، ولأن القسمة دليل على قصد الواقف لتفضيل بعض المستحقين على بعض إذا كان الوقف مرتباً.

(١) ينظر: شرح الزرقاني، (١٦٩/٧)، حاشية الدسوقي، (٩٦/٤).

(٢) ينظر: كشف القناع، للبهوتي، (٢٨٣/٤)، مطالب أولي النهى، للرحبياني،

(٣٥٢/٤).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه - وهو الناظر - بعمل الناظر السابق في قسمة نصيب من مات عقيماً من المستحقين، وذلك برجوع نصيبه إلى إخوته؛ لعدم وجود شرط للواقف في ذلك، وبعرض الدفع على المدعي - وهو أحد المستحقين - أنكر الدفع، وأصر على إعادة القسمة، فحكم القاضي برد الدفع، وإعادة النصيب إلى أصل الغلة، وذلك بناءً على ثبوت عدم وجود شرط للواقف، وثبوت تناقض النظائر السابقين، وعملاً بالراجح عند أهل العلم: «بأن حصة من مات عقيماً تعود إلى أصل الغلة إذا لم يعثر على شرط للواقف في ذلك»^(١).

ومن خلال ما سبق يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت عدم وجود شرط للواقف، وثبوت تناقض النظائر السابقين في ذلك، وعملاً بالراجح عند أهل العلم: «بعودة نصيب من مات عقيماً إلى أصل الغلة إذا لم يعثر على شرط للواقف»، فقد رُد الدفع، وعمل بما تقتضيه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث: حيث اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، على أن عمل النظائر السابقين لا يُحتج به إذا كان متفاوتاً،

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٣٠-٥٦).

= الدفع بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً = (١٨٩)

ولما قرره الحنابلة - وهو الراجح - من أن نصيب من مات عقيماً يرجع إلى أصل الغلة إذا لم يوجد شرط للواقف، ولم يكن الوقف مرتباً؛ وذلك للعدل بين المستحقين، ولعدم أولوية بعضهم على بعض.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً من المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف، يُقبل قضاء، إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت عدم وجود شرط للواقف، وإلا وجب اتباع شرطه.

ثانياً: ثبوت اتفاق الأغلب من النظار السابقين على القسمة المحتج بها؛ وذلك لأن اتفاقهم يدل على وجود مستند لذلك كما سبق بيانه في المطالب الثاني من هذا المبحث.

ثالثاً: أن يكون عمل النظار السابقين موافقاً للشرع؛ لأن المخالف للشرع يحرم اتباعه.

ويكون الدفع دفعاً مردوداً؛ إذا ثبت خلاف ذلك.

المبحث السادس
الدفع بعزل ناظر الوقف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: أقام المدعي دعواه بصفته أحد المشرفين على وقف ضد المدعى عليهما بصفتهما ناظرين على هذا الوقف، طالباً إلزامهما بدفع مستحقاته مقابل اشتراكه في الإشراف لعدة سنوات على الوقف، وبعرض الدعوى على المدعى عليهما، أنكرا استحقاق المدعي لأجرة الإشراف على الوقف ودفعا بأنه عزل عن النظارة؛ لعدم مباشرته الإشراف منذ فترة طويلة، أقر المدعي بعدم مباشرته الإشراف، وادعى بأن المدعى عليهما منعه من ذلك، إلا أنه لم يقم بينة على دعواه، وطلب يمينهما على نفيها، فأدياه طبق ما طلب منهما، ولأن المدعي لم يثبت دعواه، ولحلف المدعى عليهما اليمين، فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى^(١).

فما حكم دفع المدعى عليهما بعزل ناظر الوقف؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٢٣٢-٢٤٩).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألتين:

المسألة الأولى: حكم عزل ناظر الوقف لناظر آخر مشارك له في النظارة.

المسألة الثانية: عزل ناظر الوقف لإهماله النظارة.

وبيان ذلك تفصيلاً كما يلي:

**المسألة الأولى: حكم عزل ناظر الوقف لناظر آخر مشارك له في
النظارة:**

أولاً: صورة المسألة:

إذا كان على الوقف ناظران أو أكثر، فهل يملك أحد الناظرين عزل
الناظر الآخر المشارك له؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن الناظر الواقف يملك عزل الناظر الآخر^(٢).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٤٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٢١)،

أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/٤٧٢)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي،

(٦/٢٨٧)، مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٣٧)، حاشية الدسوقي، (٤/٨٨)،

الإقناع، للحجاوي، (٣/١٦)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٥٩).

(٢) سواء أكان الناظر موقوف عليه أو أجنبي.

(٢) اتفق الفقهاء^(١) على أن الناظر يملك عزل الناظر الذي نصبه^(٢)

إذا شرط له الواقف ذلك.

(٣) اختلف الفقهاء في حكم عزل الناظر للناظر الذي نصبه، إذ لم

يشترط الواقف ذلك، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يملك الناظر إذا كان مريضاً مرض الموت، أو موقوفاً

عليه معيّناً، عزل الناظر الآخر، وهذا قول الحنفية^(٣).

القول الثاني: يملك الناظر الموقوف عليه المعين عزل الناظر

الآخر، وهذا قول المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (١/٧٥٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٢٥)،

مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٣٨)، حاشية الصاوي، (٤/١١٩)، بداية المحتاج،

لابن قاضي شهبة، (٢/٤٧٤)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٦/٢٨٩)،

غاية المنتهى، لمرعي، (٢/١٩)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٤١٤).

(٢) الذي نصبه الناظر لا الواقف.

(٣) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٦/٢٤١)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٥٠-

٢٥١)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٢٦).

(٤) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٣٧)، حاشية الدسوقي، (٤/٨٨).

(٥) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/١٦)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٥٩-

٣٦١).

القول الثالث: يملك الناظر العام عزل الناظر الآخر لسبب، وهذا قول الشافعية^(١).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: القياس على الوكيل والوصي، فالناظر في حال الصحة يقاس على الوكيل؛ وذلك بالنظر إلى أنه استفاد الولاية من الواقف كالوكيل عنه، والوكيل لا يملك عزل من وكله، وفي مرض الموت يُقاس الناظر على الوصي؛ وذلك بالنظر إلى بقاء ما وكله الواقف لأجله بعد موته وهو الموقوف فأشبه الوصي، والوصي يملك العزل^(٢).

يمكن أن يناقش: بأن مسألة عزل الوكيل لمن وكله^(٣)، وعزل الوصي لمن وصى إليه^(٤)، محل خلاف بين الفقهاء، فلا يصح

(١) ينظر: المجموع، للنووي، (٣٦٥/١٥)، بداية المحتاج، لابن قاضي شهبة، (٢/٤٧٤).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٥٠)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٢٦).

(٣) اختلف الفقهاء في حكم عزل الوكيل لمن وكله، على قولين: ذهب الحنفية: إلى أن الوكيل لا يملك العزل، وذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى: أن الوكيل يملك العزل، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٧/١٧٥)، حاشية ابن عابدين، (٥/٥٢٨)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٦/٧٨)، حاشية الدسوقي، (٣/٣٨٨)، الشرح الكبير، للرافعي، (١١/٤٤)، روضة الطالبين، للنووي، (٤/٣١٣)، الإقناع، للحجاوي، (٢/٢٣٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٢/٥٢٤).

(٤) اختلف الفقهاء في حكم عزل الوصي لمن وصى إليه، على قولين، ذهب الحنفية، والمالكية، إلى: أن الوصي يملك التولية والعزل، وذهب الشافعية، والحنابلة، إلى: =

الاحتجاج بها.

الدليل الثاني: أن الناظر الموقوف عليه يملك العزل؛ لأن الحق له،

فيملك التصرف فيه^(١).

أدلة القول الثاني:

قالوا: إن الموقوف عليه يملك الولاية أصالة، فيقاس على تصرفين:

الأول: القياس على التصرف المطلق في الملك؛ فكما أن الشخص

له أن يتصرف في ملكه بوضع من يشاء عليه وعزل من يشاء، فكذلك

الموقوف عليه فهو يتصرف في ملكه الخاص^(٢).

الثاني: القياس على تصرف الحاكم في مال اليتيم، فكما أن الحاكم

له أن يعزل من ولاه على مال اليتيم، فكذلك الموقوف عليه؛ بجامع أن

كلاً منهما ولايته أصلية على ما ولي عليه، فيثبت لهما العزل^(٣).

= أن الوصي لا يملك التولية فلا يملك العزل، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥٣٠/٨)، حاشية ابن عابدين، (٤٢٦/٤)، (٧١٤/٦)، البيان، لابن رشد، (٢١١/٨)، الذخيرة، للقرافي، (١٦٧/٧)، الشرح الكبير، للرافعي، (٢٨٣/٧)، روضة الطالبين، للنووي، (٣١٤/٦)، الإقناع، للحجاوي، (٧٩/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٤٩٦/٣).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٥١/٥).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٤١٤/٢).

(٣) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٤١٤/٢)، مطالب أولي النهى، للرحبياني،

(٣٣٠/٤).

أدلة القول الثالث:

قالوا: إن الناظر العام يملك التصرف في قسمة الوقف، فكذلك

يملك العزل^(١).

خامساً: الترجيح:

الراجع -والله أعلم- هو القول الثالث؛ جمعاً للأقوال، ولكون الناظر العام يتولى جميع شؤون الوقف، ومن شؤون الوقف تولية النظائر عليه وعزلهم.

ويفهم من خلال ما سبق أن الناظر -غير الواقف- لا يملك عزل الناظر الآخر الذي ولاه الواقف، أو الحاكم، وإنما يملك عزل من ولاه؛ لأن له ولاية عليه، بخلاف غيره، فإنه يشاركه في الولاية على الوقف، ولا يُعزل إلا من واقف^(٢) أو حاكم^(٣).

(١) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٢٨٩/٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة، (١١٠/٣).

(٢) اختلف الفقهاء في حكم عزل الواقف للناظر إذا لم يشترط ذلك: ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، إلى: ثبوت ذلك للواقف، وذهب الحنابلة، إلى: عدم ثبوت ذلك له، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٤٩/٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٢١)، مواهب الجليل، للحطاب، (٣٧/٦)، حاشية الدسوقي، (٤/٨٨)، الشرح الكبير، للرافعي، (٦/٢٩١)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٤٩)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٦)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٥٩).

(٣) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٤٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٨٣)، مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٣٧)، حاشية الدسوقي، (٤/٨٨)، الغرر البهية، =

المسألة الثانية: عزل ناظر الوقف لإهماله النظارة:

في البداية يحسن الإشارة إلى أن إهمال الناظر لما وكل إليه من الإشراف على الوقف، يعتبر قادحاً في أمانته، وعدالته؛ وذلك لكونه قد فرط بالأمانة الملقاة على عاتقه من جهة، فأصبح بذلك خائناً، ولكونه قد خالف الوعد، وضيّع حقوق الوقف، والواقف، والمستحقين من جهة، فقدح ذلك في عدالته^(١).

فلذلك هل تعتبر الأمانة، والعدالة شرطاً لنظارة الوقف؟

أولاً: صورة المسألة:

هل يشترط في ناظر الوقف الأمانة والعدالة؟ بحيث يعزل إذا أخل بأحدهما.

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(٢) على أن الأمانة شرط في ناظر الوقف، وأن الخائن يعزل عن النظارة.

= للأنصاري، (٣/٣٧٧)، بداية المحتاج، لابن قاضي شهبة، (٢/٤٧٣)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٦)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٦٢).

(١) قال ابن عابدين **رَحْمَةُ اللَّهِ**: «نعم يفسق هذا الناظر بتهاديه على عدم العمارة، وتقديمه الصرف عليها، وتهاونه في استخلاص الريع...» ينظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، (١/٢٢٠).

(٢) ينظر: الإسعاف، للطرابلسي، ص: ٤٩، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٨٠)، البيان والتحصيل، لابن رشد، (١٢/٢٢٣)، التاج والإكليل، للمواق، (٧/٦٤٩)، =

(٢) اختلف الفقهاء في اعتبار العدالة شرط لناظر الوقف، وبيان

ذلك كالتالي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم اعتبار العدالة شرطاً من شروط النظارة

على الوقف، على أربعة أقوال:

القول الأول: إن العدالة شرط أولوية لا شرط صحة، بحيث إن

الناظر إذا فسق استحق العزل ولا ينعزل، وهذا قول الحنفية^(١).

القول الثاني: إن العدالة شرط لصحة نظارة الوقف، إلا إذا رضي

الموقوف عليه المالك لأمر نفسه بالفاسق، وهذا قول المالكية^(٢).

القول الثالث: إن العدالة شرط في ناظر الوقف، وهذا قول الشافعية^(٣).

القول الرابع: إن العدالة شرط في ناظر الوقف المعين من غير الواقف،

إذا كان من الموقوف عليهم^(٤)، أو كان أجنبياً، وهذا قول الحنابلة^(٥).

= الشرح الكبير، للرافعي، (٢٨٩/٦)، تحرير الفتاوى، لولي الدين، (٣٧٣/٢)، غاية

المنتهى، لمرعي، (٢٠/٢)، كشف القناع، للبهوتي، (٢٧٤/٤).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٤٤/٥)، حاشية ابن عابدين، (٣٨٠/٤).

(٢) ينظر: البيان، لابن رشد، (٢٢٣/١٢)، مواهب الجليل، للحطاب، (٣٧/٦).

(٣) ينظر: منهاج الطالبين، للنووي، (١٧٠/١)، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي،
للأنصاري، ص: ٩١.

(٤) بأن كان النظر من بعض الموقوف عليهم، لا إن كان النظر من جميع الموقوف
عليهم.

(٥) ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (٤٥٤/١٦)، الإقناع، للحجاوي، (١٥/٣).

رابعاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

القياس على القضاء، فكما أن العدالة تعتبر شرط أولوية لا صحة في القضاء، فكذا النظارة من باب أولى؛ لأن القضاء أشرف من النظارة، ويحتاط فيه أكثر^(١).

يمكن أن يناقش: بأن مسألة اشتراط العدالة في القضاء مسألة غير متفق عليها^(٢)، فلا يُقاس عليها، ولو سلّم بذلك لكان ذلك قياس مع الفارق؛ لأن القضاء ولاية عامة، والنظارة ولاية خاصة، ولكل منهما أحكام مختلفة، فلا تُقاس عليه.

دليل القول الثاني:

قالوا: إن الحق للموقوف عليه، وله أن يتصرف في ملكه^(٣).

يمكن أن يناقش: بأنه قد يضيع في تولية الفاسق الوقف، وقد يضيع مقصد الواقف من وجه كونه قربة لله سبحانه، فرضا الموقوف عليه، لا

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٤٤)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٨٠).

(٢) اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: ذهب الحنفية إلى كون العدالة شرط أولوية لا صحة فيمن يلي القضاء، بينما ذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى كون العدالة شرط صحة فيمن يلي القضاء، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٣/٧)، منح الجليل، لعليش، (٨/٢٥٨)، عجالة المحتاج، لابن الملقن، (٤/١٧٩٩)، الإنصاف، للمرداوي، (٢٨/٣٠٠).

(٣) ينظر: البيان، لابن رشد، (١٢/٢٢٣).

يعد سبباً كافياً لعدم اشتراط العدالة؛ لأن الفاسق غير مؤتمن فقد يصرف في غير مقصده، أو قد يدخل فيه ما لا يرضى الواقف، فيجب حفظ أصل الوقف ومقصده من الضياع.

دليل القول الثالث:

القياس على الوصي والقيّم، فكما أن الوصي يشترط فيه العدالة، فكذلك النظارة؛ لأنها ولاية على الغير^(١).

دليل القول الرابع:

قالوا: إن الناظر إذا كان معيّناً من غير الواقف فهو ينظر على مال غيره فتشترط عدالته، وأما إذا كان معيّناً من الواقف فلا تشترط عدالته؛ عملاً بشرط الواقف، وحفظاً للوقف، وكذا إذا كان النظر للموقوف عليهم جميعاً فلا تشترط العدالة؛ لأنهم ينظرون لأنفسهم^(٢).

يمكن أن يناقش: بما نُوقش به دليل القول الثاني.

خامساً: الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الثالث، فالعدالة تشترط في ناظر الوقف؛ وذلك لكون النظارة ولاية على الغير، ولكون الفاسق لا يؤتمن على حفظ الوقف، ولا على نمائه، فقد يدخل فيه حراماً، أو يصرفه في

(١) ينظر: النجم الوهاج، للدميمري، (٥/ ٥٢١)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، للأنصاري، (١/ ٣٠٩).

(٢) ينظر: الفروع، لابن مفلح، (٧/ ٣٥٠)، الإنصاف، للمرداوي، (١٦/ ٤٥٤).

غير أوجه البر، أو في غير مقصد الواقف، فيختل بذلك مقصد الوقف من وجه كونه قُرْبَةً لِلَّهِ سُبْحَانَهُ.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليهم: بأن المدعي عُزل عن النظارة؛ وذلك لتخلفه عن الإشراف، وإهماله النظارة، وأسندوا الدفع على ما ورد في صك النظارة: «بأن إهمال الناظر للنظارة، وتخلفه عن الإشراف يعرضه للعزل، ولا يعطى شيئاً من مستحقاته»، وأقر المدعي بإهماله وتخلفه عن الإشراف، فحكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت صحة الدفع^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت تخلف المدعي عن الإشراف وذلك بإقراره، قُبل الدفع وتم لموجبه رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث، حيث اتفق الفقهاء على أن الناظر إذا ثبت إهماله وتخلفه فإنه يُعزل عن النظارة؛ وذلك لإخلاله بالأمانة الملقاة على عاتقه، ولما في ذلك من القدح في عدالته.

ويتبن -والله أعلم- بأن الدفع بعزل ناظر الوقف يُقبل قضاء، إذا

تحقق ما يلي:

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٢٣٢-٢٤٩).

أولاً: ثبوت عزل الناظر؛ وذلك لأن الناظر لا يملك عزل الناظر المساوي له، وإنما يملك عزل من ولاه، وفي هذه الدعوى عزل الناظر بموجب مخالفته صكاً صادراً من القاضي، فلم يكن العزل من الناظر، فثبت العزل.

ثانياً: ثبوت سبب عزل الناظر، كعزله؛ لعدم مباشرته أعمال النظارة؛ لأنه بذلك خان الأمانة، وأخلف الوعد، وضيّع حقوق الوقف والواقف والمستحقين، فالأمانة والعدالة شرط لنظارة الوقف، وإهماله بعدم مباشرته لأعمال النظارة إخلال بهما، فيثبت بذلك حقيقة عزله. أما إذا لم يثبت ذلك فيرى القاضي مدى صلاحيته للولاية.

المبحث السابع
الدفع بأن تعميم الوقف كان من غلته

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى: حيث «أنهى المنهي بصفته ناظر وقف طالباً قسمة تعويض نزع ملكية عقار الوقف بينه وبين المستثمر، لكون العقار مأذون باستثماره، كما حضر المستثمر وطالب بما طلبه المنهي، وقد تحقق القاضي من مطابقة صكوك العقار والوقفية والاستثمار لسجلاتها وسريان مفعولها، كما ورد قرار قسم الخبراء متضمناً قسمة التعويض بين الطرفين بأن يكون كامل التعويض عن الأرض من استحقاق الوقف وكامل التعويض عن المباني من استحقاق المستثمر، ثم حضر بعض المستحقين للوقف وقرروا اعتراضهم على تلك القسمة، [ودفعوا] بأن تعمیر الوقف كان من غلته، وبعرض ذلك على المنهي أحضر شاهدين معدلين شرعاً فشهدا بأن بناء أرض الوقف كان من المستثمر وأن نزع ملكيتها حصل قبل تمام الإنشاء، ولذا فقد حكم القاضي بقسمة التعويض حسبما جاء في قرار قسم الخبراء، وقرر حفظ مبلغ الوقف في الحساب المخصص لذلك لحين شراء البديل الصالح للوقف، فاعترض بعض المستحقين»^(١).

فما حكم دفعهم بأن تعمیر الوقف كان من غلته؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥، (٧/٩٢-٩٩).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم تعمير الوقف من غلته.
وبيان ذلك كالتالي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح أن يعمّر الوقف من غلته؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تعمير الوقف من غلته، على ثلاثة أقوال:
القول الأول: لا يعمّر الوقف من غلته إلا إذا كان الوقف على غير
معين، وهذا قول الحنفية^(١).

القول الثاني: يعمّر الوقف من غلته إذا كان له غلة، وهذا قول
المالكية^(٢).

القول الثالث: يعمّر الوقف من غلته إذا لم يشترط الواقف التعمير
من غيره، وهذا قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (١٣٧/٦)، البحر الرائق، لابن نجيم،
(٢٢٥/٥).

(٢) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، ص: ٤٠٠، حاشية الصاوي،
(١٢٤/٤).

(٣) ينظر: المهذب، للشيرازي، (٣٣١/٢)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٤٧٣/٢).

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (١٣/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٦٧/٣).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

قالوا: إن غير المعين لا يمكن مطالبتهم بتعمير الوقف؛ لكثرتهم، فتكون الغلة أقرب أموالهم فيعمّر منها، وأما المعين فيمكن مطالبتهم بتعمير الوقف، فتأخذ من أموالهم لا من الغلة؛ لأن الغرم بالغنم^(١).

دليل القول الثاني:

قالوا: لأن في ذلك بقاءً وحفظاً لأصله من الضياع^(٢).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: أن الوقف هو تحييس الأصل وتسييل المنفعة، ولا يمكن الانتفاع به إلا بتعميره، فإذا لم يشترط الواقف جهة تعميّره فيعمّر من غلته؛ لأنها الأولى بذلك، ولضرورة حفظه وبقائه، أما إذا اشترط جهة تعميّره، فيجب العمل بما شرط^(٣).

الدليل الثاني: العرف، فقد تعارف الناس على أن الوقف يعمّر

من غلته^(٤).

(١) ينظر: العناية، للبارقي، (٢٢٢/٦)، درر الحكام، لملا خسرو، (١٣٧/٢).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي، (٩٠/٤).

(٣) ينظر: المهذب، للشيرازي، (٣٣١/٢)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (٢١٤/٦).

(٤) ينظر: الممتع، لابن دهب، (١٧٣/٣).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، فإذا كان للوقف غلة، فيعمّر من غلته؛ لأنها الأولى بتعميره، فبقاؤها من بقاء أصلها، ولضمان منفعتها وحفظه، ولتعارف الناس على ذلك.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها بعض المستحقين للوقف: بأن تعمیر الوقف كان من غلته التي جمعها الناظر لمدة عشر سنوات، أنكر الناظر الدفع، وأثبت بالبينة المعدلة شرعاً بأن التعمير كان من المستثمر وليس من الغلة، فحكم القاضي برد الدفع، وقسمة كامل مبلغ التعويض بين الوقف والمستثمر، وذلك بناءً على ثبوت عدم صحة الدفع^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ما ثبت أن تعمیر الوقف واستثماره كان من قبيل المستثمر ولم يكن من غلة الوقف، رُد الدفع وعُمل بما تقتضيه الدعوى، ويظهر من خلال الدعوى مدى صحة تعمیر الوقف من غلته، إذ طُلب بعد الدفع بذلك البينة على تعمييره من غير غلته، فيظهر بذلك اتفاق الحكم القضائي لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث والذي ذهب إليه المالكية - وهو الراجح - من أن الوقف إذا كان له غلة فإن تعمييره يكون من غلته؛ لأنها الأولى بذلك، ولما تعارف عليه الناس في ذلك.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بتعمير الوقف من غلته يُقبل قضاء: إذا ثبت حقيقة أن الوقف قد عُمّر من غلته؛ لأن تعمیر الوقف من غلته

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥، (٧/ ٩٢-٩٩).

يصح كما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث؛ فبقاء الغلة من بقاء أصلها، فتكون الغلة هي الأولى بتعمير الوقف.

أما إذا ثبت خلاف ذلك، بأن كان التعمير من مستثمر اتفق على ربح معين، أو كان التعمير بدين معين، أو غير ذلك مما يتعلق به حقوق الغير، فإن الدفع يرد؛ حفظاً لحقوق الغير من الضياع، وحفظاً للوقف من دخول ما يشوبه من حرام.

المبحث الثامن
الدفع بأن العين الموقوفة تحتاج إلى ترميم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقام المدعون دعواهم بصفتهم مستحقين في وقف ضد ناظره طالبين عزله عن النظارة؛ لإهماله العين الموقوفة مدة طويلة، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر إهمال الوقف، ودفع بحاجته إلى الترميم، وأنه طلب من المستحقين تشكيل لجنة لذلك، وبطلب البينة من المدعين أحضروا شاهدين معدلين شرعاً فشهدا بإهمال العين لمدة عشر سنوات، ونظراً للتقصير البيّن من المدعى عليه بإهماله العين الموقوفة مدة عشر سنوات؛ لذا فقد حكم القاضي بعزل المدعى عليه عن النظارة على الوقف، فاعترض المدعى عليه، وأعيدت المعاملة من محكمة الاستئناف لترشيح ناظر بديل حتى لا تضيع حقوق الوقف، وقد أحضر المدعون مرشحين للنظارة، كما أحضروا شاهدين معدلين شرعاً فشهدا على صلاحيتهما لذلك؛ ونظراً لثبوت صلاحية المرشحين للنظارة؛ لذا فقد حكم القاضي أيضاً بإقامة المرشحين ناظرين على الوقف»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بأن الوقف يحتاج إلى ترميم؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/ ٢٨٥-٢٩٤).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم ترميم الوقف.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يجب على ناظر الوقف ترميم الوقف إذا احتاج إلى ذلك؟
وهل يقدم الترميم على غيره؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على وجوب ترميم الوقف إذا احتاج ذلك.

(٢) اتفق الفقهاء^(٢) على وجوب تقديم ترميم الوقف على غيره^(٣)

إذا اشترط الواقف ذلك، أو أطلق فلم يشترط أمراً، أو كان تركه يؤدي إلى هلاكه.

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٢١/٦)، الهداية، للمرغيناني، (١٩/٣)،
تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، (٤٠٠/١)، حاشية الدسوقي،
(٩٠/٤)، البيان، للعمراني، (١٠٠/٨)، المجموع، للنووي، (٣٦٠/١٥)، الإقناع،
للحجاوي، (١٣/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٦٨/٣).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٢٥، ٢٣٣/٥)، بدائع الصنائع، للكاساني،
(٢٢١/٦)، شرح مختصر خليل، للخرشلي، (٩٣-٩٤)، حاشية الدسوقي،
(٩٠/٤)، البيان، للعمراني، (١٠٠/٨)، المجموع، للنووي، (٣٦٠/١٥)، منتهى
الإرادات، لابن النجار، (٣٦٧-٣٦٨/٣)، كشف القناع، للبهوتي، (٢٦٦/٤).

(٣) أي: يقدم على غيره من وظائف الناظر، كتقسيم الغلة على المستحقين مثلاً.

(٣) اختلف الفقهاء في حكم تقديم ترميم الوقف على غيره إذا اشترط الواقف خلافه، ولم يؤدي تركه إلى هلاكه، وبيان ذلك كما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن إصلاح الوقف وترميمه يقدم على غيره مطلقاً، وهذا قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣).

القول الثاني: أنه يعمل بما اشترطه الواقف فلا يقدم إصلاح الوقف وترميمه على غيره إذا اشترط الواقف خلافه، وهذا قول الحنابلة^(٤).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن في ذلك حفظاً لأصل الوقف؛ لأن عدم تقديم ترميمها يؤدي إلى بطلان الوقف^(٥).

-
- (١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٢٥)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/٢٢١).
 - (٢) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٣)، حاشية الدسوقي، (٤/٩٠).
 - (٣) ينظر: أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/٤٦١)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٦/٢٨٤).
 - (٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/١٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٦٨).
 - (٥) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٣)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/٤٧٥).

الدليل الثاني: أن في ذلك بقاءً لمنفعة الوقف واستمرارها فيتحقق بذلك مقصد الواقف من كونها صدقة جارية^(١).

دليل القول الثاني:

أن شرط الواقف يجب اتباعه وعدم إهماله^(٢).

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، فيجب تقديم ترميم الوقف على غيره مطلقاً؛ لما في ذلك من تحقيق مقصود الواقف من بقاء أصلها وزيادة نمائها، فيحصل بذلك الحظ الوفير للوقف ومستحقه.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٣٢ / ١٢)، المجموع، للنووي، (١٥ / ٣٦٠).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢ / ٤١٧)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للرحياني، (٤ / ٣٤٢).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه -وهو ناظر الوقف- بأن العين الموقوفة تحتاج إلى ترميم، أنكر المدعون الدفع، وأحضرُوا البينة على الدعوى، فحكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لضعفه، حيث لا يُعد سبباً كافياً لتبرير تقصيره في العين الموقوفة، ودفع عزله لإهماله الواضح^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت إهمال ناظر الوقف للعين الموقوفة، ودفعه بحاجتها إلى الترميم، لم يُقبل الدفع، وتم العمل بما تتضمنه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقدم تقريره في المطلب الثاني من هذا المبحث، حيث أجمع الفقهاء على وجوب ترميم الوقف عند الحاجة لذلك، ووجوب تقديم ترميمه على غيره، والناظر في هذه الدعوى أهمل ترميم الوقف حتى تعطل، فخالف بذلك إجماع الفقهاء، واستحق العزل.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بكون الوقف يحتاج إلى ترميم، يُقبل قضاء: إذا كان الناظر قائماً بأعمال النظارة على الوجه الشرعي، فامتنع عن بذل الريع لمستحقه، ودفع بهذا الدفع، فيقبل دفعه بعد

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٢٨٥-٢٩٤).

التحقق من صحة حاجة الوقف إلى الترميم؛ لوجوب تقديم الترميم على غيره كما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث.

أما في حال كان الناظر مفرطاً، أو مهملاً للوقف إهمالاً واضحاً، وثبت ذلك، كما هي الحال في مثل هذه الدعوى، ودفع بهذا الدفع، فلا يقبل دفعه؛ لكونه أضعف من الدعوى، حيث وجب عزله؛ لإهماله الثابت.

المبحث التاسع
الدفع بعدم كفاية العين الموقوفة
لسكن المدعي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليها أصيلة عن نفسها، وولية على أولادها؛ طالباً إلزامهم بتمكينه من السكنى في عقار أوقفه والده على المحتاج للسكنى من ذريته، وبعرض الدعوى على المدعى عليها رفضت سكنى المدعي معهم؛ [ودفعت بعدم] كفاية العقار، وقد ورد قرار قسم الخبراء متضمناً كفاية العقار للطرفين وإمكانية قسمته بينهم، وحاجة المدعي للسكنى فيه، كما أحضر المدعي شاهدين معدلين شرعاً فشهدا على حاجته للسكنى في العقار المذكور، ثم تحقق القاضي من شرط الواقف فوجده مطابقاً لما جاء في الدعوى، كما تحقق من سريان مفعول صكي الملكية والوقفية؛ ولذا فقد حكم القاضي بأن يسكن المدعي في الفيلا الموقوفة من قبل والده، ويكون سكنه في الدور الأرضي، ويكون سكن المدعى عليهم في الدور العلوي»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليها بعدم كفاية العين الموقوفة لسكن المدعي؟

وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/ ٣٧٠-٣٧٨).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم تقديم بعض المستحقين على بعض إذا ضاقت العين الموقوفة للسكنى.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح تقديم بعض المستحقين على غيرهم إذا لم تكف العين الموقوفة لسكنى جميع المستحقين للوقف.

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على وجوب اتباع شرط الواقف إذا شرط تقديم بعض المستحقين على غيرهم.

(٢) اتفق الفقهاء^(٢) على أنه يجوز تفضيل بعض المستحقين على بعض، إذا كان الوقف على غير محصورين كالفقراء.

(١) ينظر: الإسعاف، للطرابلسي، ص: ١١٢، البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٦٠)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٢)، حاشية الدسوقي، (٤/٨٨)، المجموع، للنووي، (١٥/٣٤٧)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٢/٦٦)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٠)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٥١).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٦٠)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٦٨)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠٠)، حاشية الدسوقي، (٤/٩٧)، الشرح =

(٣) اختلف الفقهاء في حكم تقديم بعض المستحقين على غيرهم إذا كان الوقف على من يمكن حصرهم إذا ضاق الوقف عن مستحقه، ولم يشترط الواقف في ذلك شيئاً، أو جهل شرطه، وبيان ذلك كما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يجب المساواة بين المستحقين، ولا يقدم بعضهم على بعض إطلاقاً، وهذا قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: أنه يقدم الأقرب فالأقرب للواقف، وهذا قول المالكية^(٤).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن تخصيص بعضهم دون بعض لا يجوز؛ إذ لا مزية لأحدهم على الآخر^(٥).

= الكبير، للرافعي، (٢٥٩/٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٣٢٠/٥)، الإقناع،

للحجاوي، (٢٦/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٨٠/٣).

(١) ينظر: النهر الفائق، لابن نجيم، (٣٢١/٣)، حاشية ابن عابدين، (٣٥٤،٣٦٨/٤).

(٢) ينظر: كفاية النبيه، لابن رفعة، (٧٣/١٢)، حاشية قليوبي، (١١١/٣).

(٣) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (١٠/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٥٤/٣).

(٤) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٩٠/٧)، حاشية الدسوقي، (٨٦/٤).

(٥) ينظر: حاشية القليوبي، (١١١/٣)، المبدع، لابن مفلح، (١٨٣/٥).

الدليل الثاني: أنه يجب على الناظر أن يلتزم بنص الواقف، فإذا فضّل بعضهم على بعض فقد أحدث وظيفة لم يشترطها الواقف، وهذا مما يقدر في عدالته، ويعزل لأجله^(١).

أدلة القول الثاني:

لم أقف على دليل ظاهر لمن قال بأنه يقدم الأقرب فالأقرب للواقف، فقد قال الخرخشي^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: «فإن كان الذكور أقرب قدموا على الإناث... وإن كانوا متساوين فيشترك الكل سعةً وضيقاً على المعتمد، وإن كنا الإناث أقرب اشترك الكل في السعة، وعند الضيق تقدم البنات»^(٣)، وقال الدردير^(٤) رَحِمَهُ اللهُ: «واعلم أن الأقسام ثلاثة: مشاركة في الضيق والسعة إذا تساوى النساء مع العصابة كأخ وأخوات، وعدم

(١) ينظر: حاشية القليوبي، (٣/١١١).

(٢) هو محمد بن عبد الله الخراشي المالكي، أبو عبد الله، إمام مالكي، أولى من تولى مشيخة الأزهر، ذو العلوم، والأخلاق، الفقيه، الورع، المتفق على فضله، وولايته، وحسن سيرته، ألف مؤلفات عديدة، اشتهر بالرفع. أقام وتوفي بالقاهرة سنة: ١١٠١ هـ، ينظر: سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر، للمراي، (٤/٦٣)، الأعلام، للزركلي، (٦/٢٤٠-٢٤١).

(٣) شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٠).

(٤) هو أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهرى الخلوئي، أبو البركات، المعروف بالدردير، شيخ مالكي، ولد في بني عدي في مصر، وتعلم بالأزهر، عالم وقته، برز في الفنون العقلية والنقلية، حفظ القرآن وجوده، سليم الباطن، كريم الأخلاق، لا تأخذه في الله لومة لائم، توفي في القاهرة سنة: ١٢٠١ هـ، ينظر: حلية البشر، للبيطار، ص: ١٨٥-١٨٨، الأعلام، للزركلي، (١/٢٤٤).

مشاركة في الضيق والسعة إذا كان النساء أبعد من العاصب كأخ وعمة، ومشاركة في السعة دون الضيق إذا كان النساء أقرب»^(١).

يفهم من كلامهم أنهم قاسوا بعض ذلك على الحجب في الميراث، فحجبوا الأبعد بوجود الأقرب كالإرث، وخالفوا الحجب بالميراث في مسألة: حجب الذكر الأبعد بالأنثى الأقرب هنا.

يمكن أن يناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ فالحق في الإرث انتقل إلى جميع أصحابه بمخصص شرعي، بخلاف الوقف هنا فالحق انتقل إلى بعض أصحابه بلا مخصص شرعي.

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول القائل بوجود التسوية بين المستحقين وعدم تفضيل بعضهم على بعض؛ لأن ذلك يؤدي إلى أكل مال الغير بالباطل، ويُعد ذلك ظلماً لبقية المستحقين إذ لا مزية يختص بها من قدم عن غيرهم، ولأن نص الواقف قد أُطلق فيأخذ بإطلاقه ولا مخصص له.

(١) حاشية الصاوي، (٤/١٢١).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفعت بها المدعى عليها بعدم كفاية العين الموقوفة -التي جعلها الواقف وقفاً للمحتاج من الذرية- لسكن المدعي الذي أقرت بحاجته للسكنى، أرسلت المحكمة هيئة الخبراء للتحقق من صحة الدفع، فوردت الإجابة بعدم صحته، وثبتت كفاية العين الموقوفة لكل من المدعي، والمدعى عليها، فحكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لعدم ثبوته، وثبتت خلافه^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت كفاية العين الموقوفة لكلا الطرفين، بتقرير هيئة الخبراء، لم يقبل الدفع بعدم كفاية العين الموقوفة لسكن المدعي، وتم العمل بما تضمنه قرار الخبراء بالمحكمة، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقدم في المطلب الثاني من هذا المبحث من اتفاق الفقهاء على أن الواقف إذا اشترط تقديم بعض المستحقين على بعض فيعمل بما شرط، والواقف هنا اشترط تقديم المحتاج من المستحقين للسكن في العين الموقوفة، وقد ثبتت حاجة كل من المدعي والمدعى عليها للسكن في العين الموقوفة، وتقدم أن الوقف إذا ضاق وجُهل شرط الواقف في ذلك فيساوى بين المستحقين، ولا يُقدم بعضهم على بعض.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٣٧٠-٣٧٨).

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بعدم كفاية العين الموقوفة لسكن المدعي لا يقبل مطلقاً إذا كان الوقف على محصورين ولم يثبت تقديم الواقف لبعض المستحقين، بل يتحقق القاضي من ذلك بوسائل الإثبات المناسبة، كالرجوع إلى أهل الخبرة في ذلك كما أجراه القاضي في هذه القضية.

وبناء على ذلك يكون الدفع دفعاً مقبولاً إذا تحقق أمران:

الأول: ثبوت استحقاق من قُدّم للسكنى بشرط الواقف؛ لأنه يجب أن يساوى بين المستحقين، إلا إذا ثبت شرط الواقف بتقديم بعض المستحقين على بعض.

الثاني: ثبوت عدم كفاية العين الموقوفة لسكن المدعي؛ لأنه إذا ثبتت كفايتها وجبت قسمتها كما في هذه القضية، وإذا لم تثبت ينظر القاضي في أمرها بما تقضيه مصلحة المستحقين.

وأما إذا ثبت استحقاق المدعي والمدعى عليه، وثبت إمكانية قسمة الوقف، فيُرد الدفع وتقسّم بينهما؛ وذلك لوجوب المساواة بين المستحقين وعدم تقديم بعضهم على بعض.

المبحث العاشر
**الدفع بأن أجره العين الموقوفة مقدره
من المحكمة**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى حيث: «أقام المدعي دعواه بصفته مستحقاً في وقف ضد ناظره، طالباً عزله عن النظارة؛ لكبر سنه وتفريطه في مصلحة الوقف بتأجيله بأجرة زهيدة، وبعرض الدعوى على المدعي عليه أنكر صحتها؛ ودفع بأن الأجرة مقدرة من هيئة النظر في المحكمة، وأن المدعي رضي بها واستلم نصيبه من ريع الوقف، كما قدم دفاتر محاسبة متضمنة توقيع المدعي على استلامه لنصيبه، وأحضر شاهدين من المستحقين للوقف شهدا برضا المدعي عن أجرة الوقف وجرى تعديلهما شرعاً، ولذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى، فاعترض المدعي»^(١).

فما حكم دفع المدعي عليه بأن أجرة العين الموقوفة مقدرة من المحكمة؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٢٩٥-٢٩٩).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: مقدار أجره العين الموقوفة.

وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل للعين الموقوفة إذا أجزت قدر معين من الأجرة؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن أجره المثل^(٢) هي الأصل في مقدار أجره العين الموقوفة.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم تأجير العين الموقوفة بأقل من أجره المثل، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تأجير العين الموقوفة بأقل من أجره

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٥٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٢)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٩)، حاشية الدسوقي، (٤/٩٥)، المجموع، للنووي، (١٥/٣٦٦)، تحفة المحتاج، لابن حجر الهيتمي، (٦/٢٩٥)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٦٥).

(٢) أجره المثل هي: «الأجرة التي قدرها أهل الخبرة ممن لا غرض لهم» ينظر: التعريفات الفقهية، للبركتي، ص: ١٧.

المثل^(١)، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يصح أن تؤجر العين الموقوفة بأقل من أجره المثل،

إلا للضرورة^(٢)، وهذا قول الحنفية^(٣).

القول الثاني: يصح تأجير العين الموقوفة بأقل من أجره المثل لكن

يضمن الناظر النقص^(٤)، وهذا قول المالكية^(٥)، والحنابلة^(٦).

القول الثالث: لا يصح أن تؤجر العين الموقوفة بأقل من أجره

المثل مطلقاً، إلا إذا كان المستحق هو الناظر، وهذا قول الشافعية^(٧).

(١) استثنى الحنفية والحنابلة النقص الذي يتغابن فيه الناس عادة، فقالوا: بصحة تأجير العين الموقوفة بأقل من أجره المثل فيما يتغابن فيه عادة، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (١٥٦/٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٧)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٤١٦)، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، لابن أبي تغلب، (٢/٢١).

(٢) قالوا: «إذا نابتة نائبة أو كان دين»، ينظر: حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٢).

(٣) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (١٥٦/٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٢).

(٤) استثنى الحنابلة من ذلك: ما إذا كان الناظر هو المستحق فلا ضمان، ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٤١٦)، مطالب أولي النهى، للرحبياني، (٤/٣٤٠).

(٥) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٩)، ضوء الشموع في شرح المجموع، لمحمد الأمير، (٤/٤٦).

(٦) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/١٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٦٥).

(٧) ينظر: المجموع، للنووي، (١٥/٣٦٦)، الغرر البهية، للأنصاري، (٣/٣٤٠)، مغني المحتاج، للشربيني، (٣/٥٦٦، ٤٨٥).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن هذا النقص يلحق الضرر بالمستحقين، ويلحق الضرر بالوقف^(١).

الدليل الثاني: أن الناظر مأمور بطلب الأصلح للوقف، وتأجيره بأقل من أجره المثل يخالف ذلك^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن عقد الإجارة من العقود اللازمة فلا يفسخ إذا وقع بأقل من أجره المثل^(٣).

الدليل الثاني: القياس على الوكيل، فكما أن الوكيل يصح أن يبيع أو يؤجر بأقل من أجره المثل فكذلك الناظر؛ لأنهما يتصرفان في مال الغير على وجه الحظ فيضمنان ما نقص بعقدهما^(٤).

يمكن أن يناقش: بأن مسألة بيع أو تأجير الوكيل بأقل من أجره المثل مسألة مختلف فيها^(٥)، فلا يُقاس عليها.

- (١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٥٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٣).
- (٢) ينظر: نهاية المطالب، للجويني، (٨/٤٠٤)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤/٢٦٩).
- (٣) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (٤/٢٦٩).
- (٤) ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (٧/٧٣)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٤١٦).
- (٥) اختلف الفقهاء في حكم مسألة بيع أو تأجير الوكيل بأقل من المثل على ثلاثة أقوال: فذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز للوكيل أن يبيع أو يؤجر بأقل من المثل، بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى صحة ذلك ولكن مع ضمان الوكيل للنقص، =

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: أن الناظر مأمور بطلب الأصلح للوقف، وتأجيرها بأقل من أجره المثل يخالف ذلك، أما إذا كان الناظر هو المستحق للوقف فيصح ذلك؛ لأنه يتصرف في حقه الخاص فملكية المنافع في للوقف هي للموقف عليه، وما كان مملوكاً له صح تصرفه فيه^(١).

الدليل الثاني: القياس على جواز إعاره العين الموقوفة للمستحقين فمن باب أولى جواز تأجيرها بأقل من أجره المثل للمستحقين^(٢).

يمكن أن يناقش: بأن مسألة إعاره العين الموقوفة مسألة مختلف فيها^(٣)، فلا يُقاس عليها.

= وذهب الشافعية إلى التفريق بين البيع والإجارة فقالوا بعدم صحة ذلك في البيع وصحته في الإجارة، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٧٧/٤)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (٢٧٠/٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٢٧٢/٣)، حاشية الدسوقي، (٣٨٣/٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٥٧٠/٧)، المجموع، للنووي، (٣٦٦/١٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٥٣٢/٢)، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، لابي ابن تغلب، (٢١/٢).

(١) ينظر: نهاية المطلب، للجويني، (٤٠٤/٨).

(٢) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني، (٥٦٦/٣).

(٣) اختلف الفقهاء في حكم إعاره العين الموقوفة للمستحقين: فذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى صحة إعاره العين الموقوفة، بينما ذهب الحنابلة إلى عدم صحة ذلك، ينظر: حاشية ابن عابدين، (٣٥٢/٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧٩/٧)، الغرر البهية، للأنصاري، (٢٣٣/٣)، كشف القناع، للبهوتي، (٦٤/٣).

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، فلا يصح تأجير العين الموقوفة بأقل من أجره المثل إلا للضرورة؛ وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين، فالناظر مأمور بطلب الأصلح للوقف وتأجيره بأقل من المثل يخالف ذلك، ويضر بالوقف ومستحقه.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف - بأن الأجرة مقدرة من المحكمة، أنكر المدعي الدفع، وأقام المدعى عليه البينة على صحة الدفع، حكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت صحته^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت اتفاق جميع المستحقين على قدر الأجرة المقدرة من المحكمة بالبينة المعدلة شرعاً، قبل الدفع وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث، من اتفاق الفقهاء على أن الأصل في مقدار أجرة العين الموقوفة هي أجرة المثل، بناء على أن الأجرة التي قدرتها المحكمة للوقف هي أجرة المثل، أما إذا كانت الأجرة التي قدرتها المحكمة دون المثل فقد وافق الحكم القضائي ما ثبت من الأقوال في المبحث من صحة تأجير الوقف دون أجرة المثل إذا كان الناظر هو المستحق للوقف؛ ولعل ذلك مراعاة للمصلحة، ولاتفاق جميع المستحقين ورضاهم بقدر الأجرة.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٢٩٥-٢٩٩).

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بكون أجره العين الموقوفة مقدره من المحكمة، يتوقف قبوله على إثباته إذا كانت الأجره المقدره هي أجره المثل؛ لاتفاق الفقهاء على كونها الأصل في الأجره.

أما إذا كانت الأجره المقدره دون المثل فيقبل الدفع إذا تحقق بذلك أمور:

أولاً: ثبوت كون هذه الأجره مقدره من المحكمة؛ لأنه لو ثبت خلاف ذلك لأعيد النظر في تقديرها، ورُد الدفع.

ثانياً: ثبوت كون الناظر مستحقاً للوقف، واتفاق جميع المستحقين على هذه الأجره؛ لأنهم بذلك قد رضوا وأسقطوا حقهم، أما إذا ثبت خلاف ذلك فيُرد الدفع؛ لأن الناظر إذا لم يكن مستحقاً فهو يتصرف في ملك غيره وهو مأمور بطلب الأصلح للوقف، وعدم ظلم المستحقين وإعطائهم حقهم.

ثالثاً: وجود المصلحه وأمن الضرر في ذلك؛ لأن الناظر مأمور بطلب الأصلح للوقف والمحافظة عليه، وإلا رُد الدفع إذا لم يُأمن الضرر؛ لأن أحد مقاصد الوقف هو بقاءه واستمراره.

المبحث الحادي عشر
الدفع بعدم الإجماع على تعيين مدة معينة
لإيجار الوقف إذا لم يشترط الواقف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى حيث: «أقام المدعي دعواه بصفته أحد مستحقي وقف ضد المدعى عليهما بصفة أحدهما ناظر الوقف والآخر مستأجر لعقار تابع للوقف؛ طالباً فسخ عقد إجازة العقار؛ وذلك لوجود غبن فاحش في الأجرة مع طول مدة الإجازة، كما طلب ضمان الناظر للنقص، وبعرض الدعوى على المدعى عليهما قررا أن شرط الواقف لم يتضمن تحديد مدة لأجرة العقار [وأنه لا يوجد إجماع من المذاهب على تحديد مدة معينة لإيجار الوقف]، وأن مناط ذلك هو مصلحة الوقف، كما دفعا بأن سبب نقص الأجرة هو تحمل المستأجر لترميم كامل العقار، وقد ورد قرار قسم الخبراء متضمناً أن عقد الإجازة لا يحقق الغبطة والمصلحة للوقف؛ ونظراً لأن الإجازة عقد لازم، ولعدم اشتغال صكي الوقفية والنظارة على شرط يتعلق بمدة الأجرة، ولأن مناط ذلك هو مصلحة الوقف، لاسيما مع الاشتراطات الترميمية التي ألزم المستأجر بعملها، وثبوت تملك العقار مما ينفي الخشية عليه من الضياع؛ لذا فقد حكم القاضي برد الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليهما بعدم الإجماع على تعيين مدة معينة لإيجار الوقف إذا لم يشترط الواقف؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/٣٩٠-٤١٣).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: تحديد مدة إيجار الوقف إذا لم يشترط الواقف مدة معينة.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

إذا لم يشترط الواقف مدة معينة لإيجار الوقف، فما حكم تحديد إيجار الوقف بمدة معينة؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن الواقف إذا لم يشترط مدة معينة لتأجير الوقف، فإنه يصح تأجيره مدة طويلة إذا وجدت مصلحة لذلك.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم تحديد المدة التي يصح فيها تأجير الوقف إذا لم يشترط الواقف مدة معينة، وجُهلّت المصلحة، وبيان ذلك ما يلي:

(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (١٠٦/٥)، العناية، للبارقي، (٦٤/٩)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٠٠/٧)، حاشية الدسوقي، (٩٥/٤)، الشافعية والحنابلة يرون جواز ذلك مطلقاً، ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٣٣٧/١٢) - (٣٣٨)، روضة الطالبين، للنووي، (١٩٦/٥)، المبدع، لابن مفلح، (٤٢٥/٤)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢٥٥/٢).

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يجب تحديد مدة تأجير الوقف بمدة معينة^(١)، وهذا قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣).

القول الثاني: أن المدة لا تحدد بل يُؤجر الوقف مدة يغلب على الظن بقاؤه فيها، وهذا قول الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

رابعاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

استدل من قال بأنه يجب تحديد مدة تأجير الوقف بمدة معينة،

(١) اختلف الحنفية والمالكية في مقدار المدة، فذهب الحنفية إلى أنه: لا يزيد عن ثلاث سنين في الأراضي، ولا يزيد عن سنة في غير الأراضي، بينما ذهب المالكية إلى أنه: لا يزيد عن سنة في الدار مطلقاً، وفي الأراضي لا يزيد عن ثلاث سنين إذا كان الوقف على معين، ولا يزيد عن أربع سنين إذا كان الوقف على غير معين، واستثنى المالكية ما إذا كان عقد الإجارة من مستحق للوقف على من يرجع إليه الوقف فجاز أن يؤجر الدار أو الأرض إلى عشر سنوات ولا يزيد عليها، وصورتها: أن يوقف الواقف وقفه على زيد ثم على عمر، فيؤجر زيد الوقف على عمر، ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (١٠٦/٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٠)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٩-١٠٠)، حاشية الدسوقي، (٤/٩٥).

(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (١٠٦/٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٩٩-١٠٠)، حاشية الدسوقي، (٤/٩٥).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (١٢/٣٣٧-٣٣٨)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/١٩٦).

(٥) ينظر: المبدع، لابن مفلح، (٤/٤٢٥)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٢٥٥).

بأن المستأجر قد يدعي ملكها إذا طالت المدة، فيندرس الوقف وتضيع حقوقه^(١).

يمكن أن يناقش: بأن دعوى الملكية في الوقت الحالي لا يُتصور؛ لأن الملكية موثقة بصكوك شرعية.

دليل القول الثاني:

استدل من قال بأن المدة لا تحدد بل يُوجر الوقف مدة يغلب على الظن بقاؤه فيها، بأن المعتبر إمكانية استيفاء المستأجر المنفعة من العين الموقوفة غالباً^(٢).

يمكن أن يناقش: بأن في هذا ضرراً على الوقف من جهة تغير أجرة المثل، ومن جهة انتقاله إلى المستحقين.

خامساً: الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الأول، فيجب تحديد المدة التي يُوجر فيها الوقف إذا جهلت بذلك المصلحة حتى يتبين للناظر مدى وجودها من عدمها، فيجب على الناظر أن يتحراها، ويرجع في مدة تأجيرها إلى ما تقتضيه المصلحة غالباً، وما تعارف عليه الناس؛ وذلك منعاً للضرر الذي قد يحصل على الوقف من جهة تغير أجرة المثل،

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٤/٤٠٠)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠٠).

(٢) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٢٥٥).

ومن جهة انتقاله إلى المستحقين، فهذا من باب الحفاظ على الوقف وأجرته، وطلباً لمصلحة مستحقه.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف - بعدم الإجماع على تعيين مدة معينة لإيجار الوقف إذا لم يشترط الواقف في ذلك أمراً، حكم القاضي ببرد الدعوى وقبول الدفع؛ وذلك لصحة الدفع، ولموافقته ما جاء في نظام المرافعات الشرعية ذي الرقم م/ ١ في الفقرة الثانية من المادة الثالثة والعشرين بعد المئتين: «إذا اقتضت المصلحة التصرف في الوقف الأهلي ببيعه، أو استبداله، أو نقله، أو رهنه، أو الاقتراض له... أو تأجيله لمدة تزيد على عشر سنوات...»^(١).

ومن خلال ما سبق يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت عدم اشتراط الواقف مدة معينة في صك النظارة وصك الوقف، وبعد ثبوت انتفاء ما خيف عليه من ضياع الوقف إذا لم تقدر بمدة معينة، وبموجب ما جاء في نظام المرافعات من أنه متى ما وجدت المصلحة في تأجيل الوقف لمدة عشر سنوات عمل بها، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث من اتفاق الفقهاء على صحة إيجار الوقف مدة طويلة إذا لم يشترط الواقف مدة معينة إذا

(١) ينظر مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ، (٦ / ٣٩٠-٤١٣).

وجدت مصلحة لذلك؛ وذلك لأن الأصل في الوقف هو طلب الغبطة والمصلحة له.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بعدم الإجماع على تحديد مدة معينة على إجارة الوقف إذا لم يشترط الواقف في ذلك أمراً، يُقبل قضاءً؛ وذلك لصحته، فلم يرد إجماع من الفقهاء على ذلك، بل جاء خلافه كما ورد تفصيله في المطب الثاني.

المبحث الثاني عشر
الدفع بعدم ثبوت الوقف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى حيث «أقامت وزارة الشؤون الإسلامية دعوى على رجل قام بهدم جزء من مسجد في مزرعته فتعطلت الصلوات فيه وطالبت المدعى عليه بإعادة بناء المسجد وإفراغه وملحقاته لصالح وزارة الشؤون الإسلامية، بعرض الدعوى على المدعى عليه أفاد بأن المسجد المذكور هو مسجد عائلي وداخل مزرعته وأنه اشترى المزرعة ومن ضمنها المسجد المذكور وأنه قام ببعض التعديلات الخاصة في مزرعته أدت إلى إزالة بعض جدران المسجد ودورات المياه فتعطل المسجد ورفض إفراغ المسجد وملحقاته لوزارة الشؤون الإسلامية، ثم سألت المحكمة هل كان المسجد قائماً عند شراءه للمزرعة أجاب قائلاً نعم وأن الذي بناه المالك السابق، فجرى اطلاع المحكمة على إقرار المالك السابق للتنازل عن المسجد وتسليمه للأوقاف، كما طلبت المحكمة أساس صك العقار فرفض المدعى عليه تسليمه، ثم سألت المحكمة وزارة الشؤون الإسلامية عن حدود المسجد وأطواله فحددها الوزارة، ثم رجع المدعى عليه وقال إن السبب إزالته لبعض أجزاء المسجد وتعطيله تصرفات بعض مريدي المسجد التي أساءت له حيث أصبحوا يكشفون منزله، ولإقرار المدعى عليه لدى المحكمة بأن المسجد المذكور كان

قائماً قبل شرائه للمزرعة تصلى فيه الصلوات الخمس وأن الذي بناه المالك السابق الذي أقر بوقفيته، ولأنه يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة، ولأنه يجوز بيع الأوقاف، ولأن النظام جعل لوزارة الشؤون الإسلامية الحق في الإشراف على المساجد، فقد ثبت وقفية المسجد المذكور في الدعوى، وأفهمت المحكمة المدعى عليه بأن له الرجوع على من باعه إن كان قد غره»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بعدم ثبوت الوقف؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤هـ، (٩ / ٥٧ - ٦٨).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: حكم بيع وشراء العقار المتنازع على وقفيته.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

إذا تم بيع العقار، ثم تنازع البائع والمشتري حول وقفية جزء منه، فدفع المشتري بعدم ثبوت الوقفية، فما حكم بيع العقار على هذه الصفة؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن البيع لا يُفسخ إذا لم توجد للبائع بينة على الوقف.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم فسخ البيع عند وجود بينة للبائع على الوقف، وبيان ذلك ما يلي:

(١) ينظر: الجوهرة النيرة، للحدادي، (١/٣٣٤)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٣٠)، مواهب الجليل، للحطاب، (٦/٢٢٥)، منح الجليل، لعليش، (٨/٣٣١، ٥٧٥)، الشرح الكبير، للرافعي، (١٣/٢٨٩)، روضة الطالبين، للنووي، (١٢/٧٩)، الإقناع، للحجاوي، (٤/٤٦٨-٤٦٩)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٥/٤٠٦).

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين:

القول الأول: أن البيع يُفسخ إذ وُجدت البينة، وهذا قول الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢).

القول الثاني: التفصيل، إن أقر البائع بالملكية وقت البيع، لا يُفسخ
البيع ولا تقبل البينة، وإن كان لم يُقر يُفسخ البيع وتقبل البينة، وهذا
قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

رابعاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

استدل من قال بأن البيع يُفسخ عند وجود البينة، بأن البينة دليل
على إثبات أصل الوقف، والوقف لا يصح بيعه^(٥).

(١) ينظر: الجوهرية النيرة، للحدادي، (١/٣٣٤)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٣٠).

(٢) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٥/٣٠٢)، (٦/٢٢٥)، منح الجليل، لعليش،
(٧/١٧٣)، (٨/٣٣١)، (٥٧٥).

(٣) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (١٣/٢٨٩)، روضة الطالبين، للنووي، (١٢/٧٩).

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٤/٤٦٨-٤٦٩)، منتهى الإيرادات، لابن النجار،
(٥/٤٠٦).

(٥) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٠٧)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤١٠).

دليل القول الثاني:

استدل من قال بالتفصيل في ذلك، بأن إقراره بالملكية وقت البيع دليل على تناقضه وتكذيبه للبينة؛ لأنها تشهد بخلاف ما أقربه، وأن عدم إقراره بالملكية وقت البيع ليس فيه تكذيب للبينة؛ لأنه في الظاهر لم يصدر منه ما يقتضي تكذيبها^(١).

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن البينة دليل على إثبات أصل الوقف، والوقف لا يصح بيعه باتفاق الفقهاء^(٢)، فيفسخ عقد البيع؛ لعدم صحته.

(١) ينظر: مطالب أولي النهى، للرحياني، (٣/ ٣٣٠)، حاشية الروض المربع، لابن قاسم، (٧/ ٦٤٥).

(٢) ينظر: الجوهرة النيرة، للحدادي، (١/ ٣٣٦)، حاشية ابن عابدين، (٥/ ٥٧)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/ ٧٩)، حاشية الصاوي، (٤/ ١٢٦)، البيان، للعمراني، (٨/ ١٠١)، روضة الطالبين، (٤/ ٤٠)، الإقناع، للحجاوي، (٣/ ٢٧)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/ ٣٣٣).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو مشتري العقار الذي فيه الوقف - بعدم ثبوت وقفية المسجد الذي اشتراه، وبعرض على ذلك على المدعي - وهو مندوب وزارة الشؤون الإسلامية -، أنكر الدفع، وأحضر لذلك إقراراً بثبوت الوقف من المالك السابق للأرض، وجرى سؤال المدعى عليه عن كون المسجد تقام فيه الصلوات الخمس فأقر بذلك، وحضر المالك السابق للأرض وأقر بأنه باعه الأرض واشترط عدم دخول المسجد في البيع؛ لأنه أوقفه وسلمه للشؤون الإسلامية، فحكم القاضي برد الدفع، والعمل بما تقتضيه الدعوى؛ وذلك لعدم ثبوت صحة الدفع^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت وقفية المسجد المذكور بإقرار من الواقف، وثبوت كونه قائماً تصلى فيه الصلوات الخمس، لم يُقبل الدفع بعدم ثبوت وقفية المسجد، وعُمل بما تتضمنه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أنه إذا وجدت بينة للبائع فإنه يُعمل بها ويفسخ البيع؛ وذلك للمحافظة على أصل الوقف، ومن أنه لا يصح

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٥٧-٦٨).

بيع الوقف باتفاق الفقهاء؛ وذلك لكونه وقف لله سبحانه والوقف لا يباع ولا يبتاع.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بعدم ثبوت الوقف، يُرجع في قبوله إلى مدى ثبوت الوقف، فإذا ثبت الوقف إما بإقرار من الواقف أو كونه مسجداً مأذوناً بالصلاة فيه، لم يُقبل الدفع وعمل بما تقتضيه الدعوى.

المبحث الثالث عشر
الدفع بطبقية الوقف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى، حيث «أقام المدعون دعواهم ضد المدعى عليه بصفته ناظراً على وقف طالبين إلزامه بصرف استحقاقهم من ريع الوقف، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر استحقاقهم من ريع الوقف لكونه وقفاً طبقياً والمدعون محجوبون بالدهم الذي ما زال قيد الحياة، كما دفع بأن شرط الواقف لا ينطبق عليهم لكونهم غير فقراء، وقد جرى من القاضي الاطلاع على صك الوقفية فوجده يتضمن أن مصرف الوقف على أولاد الظهور ثم على الفقراء والمساكين، كما اطلع على حكم سابق ثبت فيه انقراض أولاد الظهور، وانتقال الاستحقاق إلى أولاد البطون من الفقراء دون اشتراط الطبقة، وقد أثبت المدعون فقرهم بالمعنى الجاري عليه عمل النظارة؛ ولذا فقد حكم القاضي بثبوت استحقاقهم من غلة الوقف، وألزم المدعى عليه بالصرف لهم من تاريخ الحكم»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بطبقية الوقف؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٦/٣٣٦-٣٤٤).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: ترتيب المستحقين للوقف.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

إذا عيّن الواقف المستحقين للوقف، فهل يكون الاستحقاق مبنياً على الطبقات بحيث يشترط لاستحقاق الطبقة الثانية موت جميع الطبقة الأولى، أم أنه يكون مبنياً على الأصل وفرعه بحيث يستحق الفرع الغلة بموت أصله فقط؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن الواقف إذا اشترط أو حدد صفة معينة^(٢)

في ترتيب المستحقين للوقف فإنه يعمل بها.

(١) ينظر: مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (٧٣٧/١)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٦٩)، التبصرة، للخمّي، (٧/٣٦٤٤)، حاشية الدسوقي، (٤/٨٦)، المجموع، للنووي، (١٥/٣٥٨)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/٤٦٩)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٣/٣٧٣) الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٠).

(٢) كأن يقول: «وقفت على أولادي ثم أولادهم وإن نزلوا على أن من مات منهم يكون نصيبه لولده».

- (٢) اتفق الفقهاء^(١) على أن الواقف إذا لم يحدد صفة معينة في ترتيب المستحقين غير المحصورين فإنه يجوز للنظر أن يفاضل بينهم بلا ترتيب.
- (٣) اختلف الفقهاء في عدم تخصيص الواقف صفة معينة^(٢) في ترتيب المستحقين المحصورين، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم عدم تخصيص الواقف صفة معينة في ترتيب المستحقين المحصورين، على قولين:

القول الأول: أنه يفرق بين حروف العطف فإذا كان الواقف عطف بحرف الواو فمقتضاه الجمع دون الترتيب، وإذا كان العطف بـ"ثم" أو بالفاء فإن الترتيب يكون مبنياً على الطبقات، فيشترط لاستحقاق الطبقة الثانية انقراض الطبقة الأولى، وهذا قول الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٦٠)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٦٨)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠٠)، حاشية الدسوقي، (٤/٩٧)، الشرح الكبير، للرافعي، (٦/٢٥٩)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٢٠)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٦)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٨٠).

(٢) كأن يقول: «وقفت على أولادي ثم أولادهم وإن نزلوا» ثم يسكت دون تحديد لصفة ترتيب المستحقين.

(٣) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٩٣)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٦٩).

(٤) ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٣٥)، الشرح الكبير، للرافعي، (٦/٢٧٦-٢٧٧).

(٥) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٠-٢١)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٧٤، ٣٧٢).

القول الثاني: أن الترتيب يكون مبنياً على الأصل وفرعه دون تفريق بين حروف العطف، فيستحق الفرع الغلة بموت أصله فقط دون غيره، وهذا قول المالكية^(١).

رابعاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

استدل من قال بالتفريق بين حروف العطف، بأن الوقف ثبت بقول الواقف فيتبع فيه مقتضى كلامه، ويُرجع في ذلك إلى الدلالة اللغوية لهذه الحروف، فالواو في اللغة تقتضي الجمع دون الترتيب^(٢) فيستوي الجميع في الاستحقاق دون تفضيل بعضهم على بعض، وثم والفاء تقتضي الترتيب دون الجمع^(٣) ويكون الترتيب ترتيب جملة فجملة فلا يستحق من في الجملة الثانية الغلة قبل انقراض من في الجملة الأولى^(٤).

- (١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٣١ / ٦)، حاشية الدسوقي، (٨٦ / ٤).
- (٢) ينظر: المقتضب، للمبرد، (١٠ / ١)، شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، لابن عقيل، (٢٢٦ / ٣).
- (٣) ينظر: المقتضب، للمبرد، (١٠ / ١)، شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، لابن عقيل، (٢٢٧ / ٣).
- (٤) ينظر: بداية المحتاج، لابن قاضي شهبة، (٤٦٤ / ٢)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للشربيني، (٣٦٣ / ٢)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٤١٩ / ٢)، مطالب أولى النهى، للرحياني، (٣١١ / ٤).

نُوقش: يُسلم أن الترتيب في قول الواقف «أولادي ثم أولادهم» قد يقتضي ترتيب جملة على جملة، ولكن قد يقتضي أيضاً أن يكون ترتيب فرد على فرد، وكلا الاحتمالين قويين، ولكن يترجح الثاني لأسباب:

أولاً: العرف، فأكثر الواقفين يجعلون نصيب كل والد إلى ولده، والكثرة هنا تقوي ترجيح المعنى الثاني.

ثانياً: أن مقصد الواقف غالباً من الوقف على الأولاد يكون بمنزلة الموروث لكن بضمنان أصله وعدم بيعه، فيستمر نفعه على ذريته، فأشبهه هنا الوقف الإرث من جهة عدم استحقاق الولد بوجود والده، فيترجح لذلك المعنى الثاني.

ثالثاً: قوله «ثم أولادهم» يُحال أن يُضاف كل ولد إلى كل من في الطبقة الأولى، فأولاد زيد لا يضافون إلى عمر، وأولاد عمر لا يضافون إلى زيد وهكذا، فيكون مقتضى هذه العبارة توزيع كل ولد على والده فيستحق الولد الغلة بموت والده، فيترجح المعنى الثاني لذلك^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل من قال بأن الترتيب يكون مبنياً على الأصل وفرعه دون تفريق بين حروف العطف، بما يلي:

(١) ينظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، (٤/ ٣١٠-٣١١).

الدليل الأول: إذا صرح الواقف بدخول الأولاد مع آباءهم فلا يشك بدخولهم بعد موت آباءهم مباشرة من باب أولى^(١).

الدليل الثاني: أن قول الواقف أولادي ثم أولادهم يعتبر من باب الكلية^(٢) لا من باب الكل^(٣)، فيستحق كل واحد على حدته دون جمع بين الطبقات^(٤).

الدليل الثالث: أن ألفاظ الواقف تبنى على العرف، والعرف يقتضي أن يكون الترتيب ترتيب أصل وفرع بناء على أن أكثر الواقفين يجعلون نصيب الولد بعد والده مباشرة^(٥).

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لقوة أدلتهم، فيكون الترتيب عند عدم تخصيص الواقف صفة معينة لترتيب المستحقين ترتيب أصل وفرع، فيستحق الفرع الغلة بموت أصله مباشرة؛ وذلك لما تعارف عليه أكثر الناس من أن نصيب الوالد يذهب إلى ولده مباشرة، ولأن ذلك يكون أقرب إلى مقصد الواقف من استمرار النفع للمستحقين.

(١) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٣١ / ٦).

(٢) هي: «ما تقتضي الحكم على كل فرد من أفراد الحقيقة»، ينظر: تقريب الوصول إلى علم الأصول، لابن جزى الكلبي، ص: ١٤٦، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ص: ٢٩٧-٢٩٨.

(٣) هو: «المجموع بجملته كأسماء الأعداد» فالحكم فيه يكون على المجموع لا على كل فرد بانفراده، ينظر: تقريب الوصول، للكلبي، ص: ١٤٦، التمهيد، للإسنوي، ص: ٢٩٨.

(٤) ينظر: حاشية الصاوي، (١٢٢ / ٤).

(٥) ينظر: منح الجليل، لعليش، (١٤٢ / ٨)، الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، (٣١٠ / ٤).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف - بتطبيقية الوقف، أنكر المدعين الدفع، وعلى ذلك جرى الرجوع إلى الصكوك ومن ضمنها صك الوقف المتضمن: «أن الوقف على أولاده، ثم على أولاد أولاده أولاد الظهور دون أولاد البطون، ثم الفقراء والمساكين، وقد انقرض أولاد الظهور وآل الوقف بانقراضهم إلى الفقراء، وقد صدر أمر رئاسة القضاء ذو الرقم ٤٤٥ في ٢٣ / ١٣٥٣ هـ بالبحث عن أقرباء الواقف الفقراء وحصرهم وقد قامت المحكمة بحصرهم وقد صدر الصك ذو الرقم ٧٨ في ١١ / ١١ / ١٣٣٥ هـ»، والاطلاع على صك صادر عام ١٣٦٧ هـ تضمن إجمالاً أن على الناظر تعميم الفقراء منهم بغلته دون النظر إلى الدرجات وعدد الرؤوس، وبناء على ذلك حكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لعدم ثبوت انطباقه على المستحقين الذين آل إليهم الوقف^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الوقف، وثبوت كونه طبقي لأول مستحقه دون آخرهم، وبعد ثبوت استحقاق المدعين لغلة الوقف، لم يُقبل الدفع بتطبيقية الوقف، وعُمل

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/٣٣٦-٣٤٤).

بما تتضمنه الدعوى من إثبات استحقاق المدعيين، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أن الواقف إذا اشترط صفة معينة للترتيب فإنه يُعمل بها، وإذا لم يشترط صفة معينة وكان المستحقون غير محصورين كما في هذه الدعوى فإنه يجوز للنظر أن يفاضل بينهم بلا ترتيب فيستحق الفرع مع وجود الأصل ولا يُحجب أحد بأحد؛ لأن ذلك أقرب لمقصد الواقف فإذا جعله مثلاً على المحتاجين فإن المقدم من المستحقين من هم أكثر حاجة دون النظر إلى الترتيب بين الأصل والفرع.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بطبقية الوقف يُقبل قضاء إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت الوقف؛ لأن ذلك هو الأصل في الدعوى.

ثانياً: ثبوت شرط الطبقة؛ لأن الواقف قد حدد بذلك الصفة التي يُرتب فيها المستحقين فيُعمل بما اشترط، فإذا لم يثبت الشرط لم يُقبل الدفع ويُنظر في المستحقين، فإذا كانوا غير محصورين فلا ترتيب بينهم، وإذا كانوا محصورين فإن الأصل يحجب الفرع بناء على ما ترجح في المطلب الثاني من المبحث.

ثالثاً: ثبوت عدم استحقاق المدعيين وكونهم من الطبقة المحجوبة؛

لأنه لو ثبت خلاف ذلك لم يُقبل الدفع وينظر في مدى استحقاقهم.

المبحث الرابع عشر
**الدفع بعدم توفر شرط الواقف
في المدعي**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى، حيث: «أقام المدعيان دعواهما ضد ناظر على أحد الأوقاف طالبين إثبات استحقاقهما لغلة الوقف، وإلزام المدعى عليه بالصرف لهما من ضمن المستحقين، وبعرض الدعوى على المدعى عليه طلب أن يقدم ما يثبت انتسابهم لمستحقي الوقف، وكونهم فقراء، وقد جرى الاطلاع على صك الوقفية فتبين أن شرط الواقف هو تخصيص جزء من الوقف للسادة العلويين الفقراء القاطنين بمكة، وأضاف المدعى عليه وكالة أن المدعين ليسا فقيرين، ولا قاطنين بمكة، وبعرض ذلك على المدعين صادقاً على عدم سكناهما بمكة؛ ونظراً لعدم انطباق شرط الواقف عليهما فقد حكم القاضي بصرف النظر عن دعواهما»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بعدم توفر شرط الواقف في المدعين؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٣١٩-٣٢٣).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: العمل بشرط الواقف في المستحقين.
وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل للواقف أن يشترط في المستحقين ما شاء من الشروط والأوصاف؟ وهل يجب اتباع شرطه؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن للواقف أن يقف على أشخاص محصورين كأولاده، وغير محصورين كالفقراء.

(٢) اتفق الفقهاء^(٢) على أن الواقف إذا اشترط أو حدد صفة معينة في ترتيب المستحقين للوقف فإنه يعمل بها.

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (١٥٢، ١٨٨/٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٣٩، ٢٦٧/٥)، مواهب الجليل، للحطاب، (٢٢/٦)، حاشية الدسوقي، (٧٦-٧٧، ٩٢)، الشرح الكبير، للرافعي، (٢٥٩، ٢٥٥/٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٣١٧، ٣١٩/٥)، الإقناع، للحجاوي، (٤/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٣٥/٣).

(٢) ينظر: مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (٧٣٧/١)، حاشية ابن عابدين، (٤٦٩/٤)، التبصرة، للخمي، (٣٦٤٤/٧)، حاشية الدسوقي، (٨٦/٤)، المجموع، للنووي، (٣٥٨/١٥)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٤٦٩/٢)، الإقناع، للحجاوي، (٢٠/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٧٣/٣).

(٣) اتفق الفقهاء^(١) على أن للواقف أن يقف على ذمي^(٢) معيّن.

(٤) اتفق الفقهاء^(٣) على أن الحربي^(٤) لا يوقف عليه.

(٥) اتفق الفقهاء^(٥) على أن للواقف أن يشترط صفة في المستحقين

يُراد بها قرابة^(٦).

(٦) اتفق الفقهاء^(٧) على أنه ليس للواقف أن يشترط صفة في

(١) ينظر: الجوهرة النيرة، للحدادي، (١/٣٣٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٤٢)، التاج والإكليل، للمواق، (٧/٦٣٣)، حاشية الدسوقي، (٤/٧٧)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٢٠)، المجموع، للنووي، (١٥/٣٢٦)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٤)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٣٦).

(٢) أهل الذمة: «هم الكفار الذين أقروا في دار الإسلام على كفرهم بالتزام الجزية ونفوذ أحكام الإسلام فيهم»، ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (٧/١٠٤).

(٣) ينظر: النهر الفائق، لابن نجيم، (٣/٣١٣)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٤٢)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٨٢)، حاشية الدسوقي، (٤/٧٨)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٢٠)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣١٧)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٣٧).

(٤) الحربيون: «هم غير المسلمين الذين لم يدخلوا في عقد الذمة، ولا يتمتعون بأمان المسلمين ولا عهدهم»، ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (٧/١٠٤).

(٥) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢٦٧)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٥٧)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠١)، حاشية الدسوقي، (٤/٩٧)، الشرح الكبير، للرافعي، (٦/٢٦١)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٢١)، الإقناع، للحجاوي، (٣/١٧)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٨).

(٦) كالفقر، أو العلم.

(٧) ينظر: الجوهرة النيرة، للحدادي، (١/٣٣٥)، حاشية ابن عابدين، (٤/٤٥٧)، تحبير المختصر، للدميمري، (٤/٦٤٣-٦٤٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/٨٢)، الشرح الكبير، للرافعي، (٦/٢٦٠)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٢٠)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٥)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٨).

المستحقين يُراد بها معصية^(١).

(٧) اختلف الفقهاء في حكم وقف الواقف على نفسه^(٢).

(٨) اختلف الفقهاء في حكم الوقف على أهل الذمة والكفار عامة^(٣).

(٩) اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الواقف في المستحقين صفة

لا يُراد بها قرابة.

وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

صورة المسألة:

هل يصح للواقف أن يشترط في المستحقين صفة لا يُراد بها قرابة؟

كاشتراط الواقف أن من تزوج من المستحقين أخرج، أو أن الذمي المعين إذا

أسلم أخرج، أو من سافر أخرج، هل تصح هذه الشروط؟ وهل هي معتبرة؟

(١) كشرب الخمر، أو قطع الطريق.

(٢) سبق دراسة هذه المسألة الفقهية في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(٣) وهذه المسألة خارجة عن موضوع البحث، لذا يحسن ذكرها باختصار، اختلف

الفقهاء في ذلك على قولين: فذهب الحنفية، والمالكية، إلى: صحة الوقف على

أهل الذمة والكفار عامة دون تعيين، وذهب الشافعية، والحنابلة، إلى: عدم صحة

الوقف على أهل الذمة والكفار مطلقاً إلا بتعيين من الواقف، ينظر: البحر الرائق،

لابن نجيم، (٥/٢٠٤)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٤٢-٣٤٣)، شرح مختصر

خليل، للخرشي، (٧/٨٠-٨١)، حاشية العدوي، (٢/٢٥٦)، روضة الطالبين،

للنووي، (٥/٣١٧)، حاشية البجيرمي على الخطيب، للبجيرمي، (٣/٢٠٣)،

الإنصاف، للمرداوي، (٧/١٦)، الروض المربع، للبهوتي، (٢/٤٧٣).

الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الواقف صفة لا يُراد بها قرابة، على قولين:
القول الأول: أن شرطه صحيح ومعتبر، وهذا قول الحنفية^(١)،
والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣).

القول الثاني: أن شرطه لا يصح ولا يُعتبر، وهذا قول الحنابلة^(٤).

أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

استدل من قال بصحة اشتراط الواقف صفة لا يُراد بها قرابة، بأن
شروط الواقف معتبرة ويجب اتباعها ما لم تخالف الشرع، ومثل هذه
الأوصاف لا تخالف الشرع وتعتبر مباحة فيجب اتباعها^(٥).

دليل القول الثاني:

استدل من قال بأن اشتراط الواقف صفة لا يُراد بها قرابة لا يصح،
بأنه يشترط لاعتبار الأوصاف أن تظهر فيها القرابة، لكيلا يخرج الوقف
عن أصل كونه قرابة^(٦).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٦٦/٥)، حاشية ابن عابدين، (٤٥٢/٤).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي، (٩٥/٤)، لوامع الدرر، للمجلسي، (٣٩٦/١١).

(٣) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٢٨١/٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٣٨-٣٣٩).

(٤) ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (١٣/٧) غاية المنتهى، لمرعي، (٨/٢).

(٥) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٦٦/٥)، حاشية الدسوقي، (٩٥/٤)، روضة
الطالبين، للنووي، (٥/٣٣٨).

(٦) ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (١٣/٧)، حاشية ابن قائد، (٣/٣٥٢)، مطالب أولي
النهي، للرحبياني، (٤/٢٨٣).

يمكن أن يناقش: بأن مثل هذه الأوصاف لا تُخرج الوقف عن أصل كونه قربة، فالوقف -مثلاً- على الأعزب أو الذمي أو المقيم إذا كان قريباً أو فقيراً قربة يثاب عليها، واشتراط مثل هذه الأوصاف يكون من باب حصرهم وتعيينهم، لا من باب تمييز أوصافهم.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، فيصح اشتراط الواقف صفة لا يُراد بها قربة؛ وذلك لوجوب اتباع شرط الواقف ما لم يخالف الشرع، والأوصاف التي لا يُراد بها قربة مباحة فيباح اشتراطها، ولا تُخرج الوقف عن أصله ومقصده.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف - بعدم توفر شرط الواقف في المدعين، أقر المدعين بذلك، حكم القاضي بقبول الدفع، ورد الدعوى؛ وذلك لثبوت صحة الدفع^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت شرط الواقف بالصك الصادر مسبقاً، وثبوت عدم توفره في المدعين، قبل الدفع بعدم توفر شرط الواقف في المدعين، وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من وجوب اتباع شرط الواقف إذا اشترط صفة في المستحقين يُراد بها قربة، والواقف في هذه الدعوى اشترط أن يكون وقفه على من كان فقيراً وسكن مكة وهذه الأوصاف يُراد بها التقرب لله سبحانه، فيجب اتباع شرطه.

ويتبين - والله أعلم - من أن الدفع بعدم توفر شرط الواقف في المدعي، يُقبل قضاء إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت الوقف وثبوت شرطه؛ لأنه أساس الدعوى.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ٣١٩-٣٢٣).

الدفع بعدم توفر شرط الواقف في المدعي = (٢٧٣)

ثانياً: كون شرط الواقف من الشروط الصحيحة التي يجب العمل بها؛ لأن غيرها من الشروط تُلغى ولا يُعمل بها، فيرد الدفع لذلك.

ثالثاً: ثبوت عدم توفر شرط الواقف في المدعي؛ لأن توفر الشرط فيه يجعله من المستحقين للوقف، فيرد الدفع لذلك.

المبحث الخامس عشر
**الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف
جميع ماله**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى حيث: أقام بعض الورثة دعوى على ناظر وقف والدهم، طالبوا بإلغاء صك الوقفية، وإعادة الأموال الموقوفة لهم ولبقية الورثة؛ وذلك لأن الوقف أتى على أكثر المال، وأن الموقوف كان فاقد للأهلية الشرعية حال الوقف، وأن صك الوقف صادر من المحكمة الكبرى بالباحة، وأكثر العقارات توجد في منطقة مكة والموقف كان يسكن فيها قبل وفاته، وبعرض ذلك على المدعى عليه صادق على الوقف، ورفض طلب المدعين، وأنكر فقدان الموقوف لأهليته الشرعية، وأثبت بشهادة الشهود والأوراق الموقعة من المدعين وغيرهم من بقية الورثة بأن الموقوف كان في أهليته الشرعية حين أوقف الأوقاف المذكورة في الدعوى، كما أثبت علم المدعين وغيرهم من بقية الورثة بأن الموقوف قد أوقف العقارات المذكورة، وأنهم موافقون عليها حال حياته، رجع المدعون وقرروا أن مورثهم كان في أهليته الشرعية حال الوقف، وطالبوا بإلغاء ما زاد عن الثلث من الوقف، دفع المدعى عليه بعدة دفعات من بينها الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله أو أكثره، جرى مداولة بين الأطراف، وبعد اطلاع المحكمة على صك الوقفية وغيره من الصكوك المتعلقة في هذا الوقف، ولإقرار المدعين بأن الموقوف كان في أهليته الشرعية حين

أوقف الأموال، ولأن الوقف لا يلزم أن يكون بالثلث، ولأن الصحيح من أقوال أهل العلم أنه يجوز التصرف حال الحياة بكل المال بالوقف أو الصدقة، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، والوقف ثابت بحكم شرعي، والاجتهاد لا ينقض بمثله، فقد ردت المحكمة الدعوى^(١).

**فما حكم دفع المدعى عليه بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله؟
وما أثره القضائي؟**

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، (٩/٨٤-١٠٥).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: حكم وقف جميع المال.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح للواقف أن يقف جميع ماله؟ وهل يكون لازماً؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن الواقف إذا أوقف جميع ماله في مرض موته فإنه لا يلزم إلا الثلث.

(٢) اتفق الفقهاء^(٢) على صحة وقف الواقف لجميع ماله في حال صحته.

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥/٢١١)، حاشية ابن عابدين، (٤/٣٧٤)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠٣)، حاشية الصاوي، (٢/٣٠١)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٣١)، روضة الطالبين، للنووي، (٦/١١٤)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٣٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٤٠٧).

(٢) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٦/٢٠٨)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/٢٢١)، ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٣/٩٤)، حاشية الدسوقي، (٢/١٦٤)، ينظر: المهتمات، للإسنوي، (٧/٣١١)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٢/٢٩٩)، الهداية على مذهب الإمام أحمد، لأبو الخطاب الكلذاني، ص: ٣٤٢، الإقناع، للحجاوي، (٤/٣٩٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٥/٢٥٤).

(٣) اختلف الفقهاء في حكم لزوم جميع المال إذا أوقف الواقف جميع ماله في حال صحته، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم لزوم الوقف بجميع المال إذا أوقف الواقف جميع ماله في حال صحته، على أربعة أقوال:

القول الأول: يلزم الوقف بجميع ماله من الأموال التي تجب فيها الزكاة^(١) دون غيرها^(٢)، فإذا كان ذلك كل ما يملك فيبقى عنده ما يكفي حاجته ثم يتصدق بمثله^(٣) إذا اغتنى، وهذا قول الحنفية^(٤).

القول الثاني: إذا كان الوقف على شخص معين^(٥)، أو عين مأل له هو كل ماله^(٦) فإن الوقف يلزم بجميع ماله، وإذا كان الوقف في مال غير معين وكان الجهة عامة فإنه يلزم بالثلث فقط، وهذا قول المالكية^(٧).

(١) وهي خمسة: السائمة، والتقدين، وعروض التجارة، والزروع والشمار، والمعادن، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/١٦، ٥٣، ٦٥).

(٢) كالعقار والرقيق، ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٤/٢٠٣).

(٣) بمثله: أي بمثل الذي أبقاه عنده؛ لأن الوقف لزم في جميع ماله الذي كان ملكه وقت الوقف.

(٤) ينظر: فتح القدير، لابن الهمام، (٦/٢٠٨)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/٢٢١).

(٥) كأن يقول الواقف: جميع مالي وقف لزيد.

(٦) كأن يقول الواقف: أرضي أو فرسي وقف على الفقراء، وليس له إلا هذه الأرض أو هذه الفرس.

(٧) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٣/٩٤)، حاشية الدسوقي، (٢/١٦٤).

القول الثالث: يلزم الوقف بجميع ماله مطلقاً، وهذا قول الشافعية^(١).

القول الرابع: يلزم الوقف بالثلث فقط، وهذا قول الحنابلة^(٢).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى**، فينصرف إيجاب الواقف إلى ما أوجب الشارع الصدقة فيه من المال وهي أموال الزكاة^(٣).

يمكن أن يناقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأن الأموال التي تجب فيها الزكاة لا تُخرج جميعها وإنما يخرج النصاب المحدد شرعاً، فلا دليل على إيجاب إخراجها جميعاً.

الدليل الثاني: أن الظاهر من قول الواقف هو الالتزام بفاضل ماله، وهو مال الزكاة^(٤).

يمكن أن يناقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأن ظاهر قول الواقف هو إيجاب ما لا يجب عليه، ونصاب الزكاة واجب عليه إخراجها، فلا ينصرف كلام الواقف إليه.

-
- (١) ينظر: المهات، للإسنوي، (٣١١ / ٧)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٢٩٩ / ٢).
 (٢) ينظر: الهداية على مذهب الإمام أحمد، لأبو الخطاب الكلوزاني، ص: ٣٤٢، الإقناع، للحجاوي، (٣٩٥ / ٤)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٢٥٤ / ٥).
 (٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٢١ / ٦).
 (٤) ينظر: اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني الميداني، (١٧٩ / ٢).

الدليل الثالث: أن الواقف لو تصدق بكل ماله لغيره لاحتاج لمن

يتصدق عليه، لذا يمسك قدر حاجته^(١).

أدلة القول الثاني:

لم أقف على دليل لمن قال بأنه إذا كان الوقف على شخص معين، أو عيّن مالاً له هو كل ماله فإن الوقف يلزم بجميع ماله، وإذا كان الوقف في مال غير معين وكان الجهة عامة فإنه يلزم بالثلث فقط، ولكن يمكن أن يستدل لهم: بأن الواقف إذا عيّن الجهة أو المال فإن اللفظ لا يحتمل غير ما عيّن، فيكون لازماً في المال كله، وإذا لم يعيّن ذلك فإن ظاهر لفظه قد يُحمل على ما فضل من ماله فيكون لازماً في الثلث لما ورد من الأدلة على تخصيص الصدقة والوصية بالثلث من المال فعن سعد بن أبي وقاص^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثلث، والثلث كثير»^(٣).

(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٤/٢٠٣).

(٢) هو الصحابي الجليل سعد بن أبي وقاص مالك بن أهيّب الزهري، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد السابقين الأولين، شهد بدر والحديبية، وأحد الستة أهل الشورى، وأول من رمى بسهم في سبيل الله، توفي سنة: ٥٢هـ في العقيق، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٣/١٠١-١١٠)، سيرة أعلام النبلاء، للذهبي، (١/٩٢-١٢٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خير، (٣/٤)، رقم: ٢٧٤٢.

دليل القول الثالث:

استدل من قال بأنه يلزم الوقف بجميع ماله مطلقاً، بظاهر اللفظ، فاللفظ يستغرق جميع المال ولا يُحمل على غيره، فيلزمه جميع المال^(١).

أدلة القول الرابع:

الدليل الأول: عن الحسين بن السائب بن أبي لبابة^(٢)، أن أبا لبابة بن عبد المنذر^(٣) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما تاب الله عليه، قال: يا رسول الله، إن من توبتي أن أهجر دار قومي وأساكنك، وأن أنخلع من مالي صدقة لله ولرسوله، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يجزئ عنك الثلث»^(٤).

(١) ينظر: البيان، للعمري، (٤/٤٧٧).

(٢) هو الحسين بن السائب بن أبي لبابة بن عبد المنذر الأنصاري الأوسي المدني، تابعي، ذكره ابن حبان في كتاب الثقات وقال: «يروى عن أبيه ويروي المراسيل»، روى له أبو داود، ينظر: تهذيب الكمال، للمزي، (٦/٣٧٨-٣٨٠).

(٣) هو الصحابي الجليل أبو لبابة بن عبد المنذر بن رفاعة بن زنبر بن أمية، اسمه بشير، استعمله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على المدينة في غزوة بدر وضرب له سهمه وأجره فكان كمنن شهدها، شهد سائر المشاهد مع الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وروى عدة أحاديث، توفي في خلافة علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٣/٣٤٨-٣٤٩)، تهذيب الكمال، للمزي، (٣٤/٢٣٢-٢٣٣).

(٤) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الأيمان والنذور، باب: فيمن نذر أن يتصدق بهاله، (٣/٣٩٧)، رقم: ٣٣١٩، وأحمد في مسنده، مسند المكين، حديث أبي لبابة، (٢٥/٤٨٨)، رقم: ١٦٠٨٠، واللفظ له، قال الذهبي: «حديث معلل الإسناد»، ينظر: المهذب في اختصار السنن الكبير، للذهبي، (٣/١٥٤١)، رقم: ٦٨٢٣، وقال ابن حجر: «منقطع»، ينظر: إتحاف المهرة، لابن حجر، (١٤/٣٤٧)، رقم: ١٧٨٠٨.

وجه الدلالة: أن أبا لبابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أتى بما يقتضي إيجاب الصدقة على نفسه؛ لأن الأجزاء غالباً يستعمل في الواجبات، فدل الحديث على أنه يجزئ من جميع المال الثلث فقط إذا أوجب على نفسه الصدقة بكل ماله ^(١).

يمكن أن يناقش: بضعف إسناد الحديث، فلا يصح الاحتجاج به ^(٢).

الدليل الثاني: أن الوقف صدقة، والتصديق بجميع المال مكروه، فأجزئ الثلث ^(٣).

يمكن أن يناقش: بأنه لا وجه لذلك، فالوقف عقد لازم لا يصح الرجوع فيه، والقول بإجزاء الثلث فيه رجوع عن أكثر الوقف وهذا لا يصح.

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثالث، فإذا أوقف الواقف جميع ماله في صحته لزم الوقف؛ لأن الوقف من العقود اللازمة التي لا يصح الرجوع فيها، ولأن لفظ الواقف يُحمل على ظاهره ما لم توجد قرينة تصرفه عن الظاهر، فإذا أوقف جميع ماله لزمه جميعه.

(١) ينظر: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٣/٤٥٧).

(٢) كما جاء في تحريجه.

(٣) ينظر: كشف القناع، للبهوتي، (٦/٢٧٨).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو ناظر الوقف - بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله، حكم القاضي بقبول الدفع؛ وذلك لصحته، فالراجح من أقوال أهل العلم صحة وقف جميع المال، ولأن صك الوقفية ثبت في حياة الموقف وصحته، وحكم حاكم بثبوت وصحته، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف في المسائل الخلافية، ولا يُنقض الاجتهاد باجتهاد مثله^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الوقف، وثبوت كون الواقف بكامل أهليته الشرعية عند وقفه، ولأن الراجح من أقوال أهل العلم صحة تصرف الواقف بوقف جميع ماله في حال صحته، فقد قبل الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله، وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من صحة وقف الواقف لجميع ماله في صحته باتفاق الفقهاء، ومن كون الوقف بجميع المال لازماً بناء على ما تقرر؛ وذلك لأن الواقف حر في تصرفه فيما يملك، ولأن الوقف في حال الصحة من العقود اللازمة التي لا يصح الرجوع فيها.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٨٤-٢٣١).

فيتبين - والله أعلم - بأن الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله، يُقبل قضاء إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت الوقف؛ لأنه أصل الدعوى، فإذا لم يثبت لم تسمع الدعوى.

ثانياً: ثبوت كون الواقف أوقف جميع ماله أو أكثره في حال صحته؛ لأنه لو ثبت أنه أوقف ذلك في مرضه المخوف، رُد الدفع ولزم الوقف في ثلث ماله فقط.

الفصل الثالث

الدفع الموضوعية في دعاوى الهبة

وفيه عشرة مباحث:

- المبحث الأول:** الدفع بأن الهبة تملك بالقبض.
المبحث الثاني: الدفع برغبة المورث للهبة وموته قبل هبتها.
- المبحث الثالث:** الدفع بأن الهبة كانت بمحض إرادة المدعية.
- المبحث الرابع:** الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة.
- المبحث الخامس:** الدفع بأن الهبة مشروطة بعدم الطلاق أو الخلع.
- المبحث السادس:** الدفع بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى.
- المبحث السابع:** الدفع بأن المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة.
- المبحث الثامن:** الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً.
- المبحث التاسع:** الدفع بأن الهبة كانت في مرض موت المورث.
- المبحث العاشر:** الدفع بأن المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة.

المبحث الأول
الدفع بأن الهبة تملك بالقبض

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى، حيث «حضر المدعي وادعى بأنه تم عقد نكاحه على موكلة المدعى عليه على مهر وقدره ثلاثون ألف ريال، وقدم لها أربعة أطقم ذهب بمبلغ ١٥٠, ٣٨ ريال، وساعتين رجالية بقيمة ٢٣٠, ١ ريال، وأسورة بقيمة ٢٢٩, ٣ ريال، وسلسلة بقيمة ٨٢٠ ريال، وسلسلة تليسة بقيمة ١٠٠, ٢ ريال، ودبلة ألماس بقيمة ٢٠٠, ٤ ريال، ليتم اختيار طقم واحد من قبل المدعي عليها ليناسب فستانها ثم تقوم بإرجاع الباقي لتقدمه بعد الزواج كالمعتاد، وقد استلمها أخوها المدعى عليه وكالة، وعتد مطالبته للأغراض؛ لأن معظمها لأهله، رفضت المدعية وبدأت باففعال المشاكل، وطلبت فسخ النكاح، فبناء على ذلك طلب المدعي إعادة كل ما ذكر سوى الطقم الرابع الذي تبلغ قيمته ٤٥٠, ٩ ريال فلا مانع لديه أن يبقى معها حسب العرف حتى يرى هل يتم الزواج أو لا، وبعرض الدعوى على المدعى عليها وكالة طلب صورة من الدعوى لعرضها على موكلته والإجابة عنها في الجلسة الثانية، وفي جلسة أخرى حضر الطرفان وبسؤال المدعي عليه وكالة عن جوابه، قدم جواباً محرراً أشير إليه في ضبط القضية، ومما جاء فيه مصادقة المرأة على عقد النكاح، وعلى المهر الذي ذكر وقد خلا بها عدة مرات

خلوة شرعية كاملة، وما ذكره بخصوص تقديم الأطقم الذهبية والأسورة والسلسلة، فإن المدعي لم يحرر فيها دعواه وقال إن معظمها لأهله فما هو الذي لأهله تحديداً، وما ذكره من تسليمه الأطقم والسلسلة وأسورة لاختيار ما يناسبها وتعيد الباقي فهذا غير صحيح، والصحيح أنه قدمها لها هدية زوج لزوجته كما في عرف البلاد من غير طلب منها، ولم يشترط ذلك عليها، ولم تكن من المهر المسمى في العقد، وقد قدم هذه الأغراض تبرعاً منه وهبة ملكتها المدعى عليها بالقبض، بدليل أن الأنواع مختلفة ومسمياتها مختلفة، وليست من جنس واحد، لاختيار ما يناسب الفستان، وهذه الأغراض في عرف المجتمع يقدمها الزوج لزوجته هدية زواج وتقدير ولو لم يقدمها الزوج لزوجته لم يؤثر هذا في زواجهما، ولا في عقد النكاح ولن تعيدها له، وأما الساعتين الرجالية فقد سلمها لأخيها المدعى عليه وكاله هدية منه لأبيها وأخيها وقد قبضها، وإذا كان له دعوى فليقدمها عليهما لا شأن لها في هذه الأغراض، وبعرض ذلك على المدعي أنكر الخلوة بالمدعى عليها وأن اللقاء يكون بحضور أمها، وأما ما ذكرته المرأة بخصوص تحديد الأطقم، فيقصد أن الأطقم منه ولكن المبلغ المشتري بها منه لأمه ولأخته، وما ذكرته من كون هدية زواج فغير صحيح، وما ذكرته من كون الساعتين هدية فليس بصحيح فقد جاء بها تلبية لطلبها لترها قبل مواعدها، وبسؤاله عن بيته بأن ما قدمه ليس هدية وينوي الرجوع به بعد المشاهدة، فأجاب بأنه لا بينة له ولكن العرف يقتضي

ذلك، جرت الكتابة لقسم الخبراء للإفادة عما لديهم من العرف الجاري في مثل هذه الحالة، فوردت الإجابة بأن العرف بين الناس أنه إذا قدم الرجل لمخطوبته هدية بدون شرط المرأة أو من أهلها، فإنها تعتبر هدية، وأنه قدمها قبل الزواج وهذا دليل على أنه قدمها ترغيباً لها في الزواج، وبعرض ذلك على المدعي قرر أنه لم يقدمها على أنها هدية، تم إفهام المدعي بأنه ليس له إلا يمين المدعى ليها، في جلسة أخرى حضرت المدعى عليها أصالة ولم يحضر المدعي رغم معرفته بالموعد، وتم عرض اليمين عليها بعد تخويفها بالله، فاستعدت فحلفت اليمين كما طلب منها، ونظراً لإنكار المدعى عليها، وعدم وجود بينة للمدعي، ولأداء المدعى عليها اليمين، ولقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وللقاعدة الفقهية: (العادة محكمة)، فقد صدر الحكم بصرف النظر عن الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليها بأن الهبة تملك بالقبض؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٢٦٥-٢٧٢).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: تملك الهبة بالقبض.

أولاً: صورة المسألة:

إذا وهب الواهب هبة لشخص معين، وقبض هذا الشخص هذه الهبة، فهل القبض يُعد تملكًا؟ بحيث يملك التصرف فيها ببيع أو غيره.

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) أجمع أهل العلم^(١) على أن الهبة تملك بالقبض إذا أذن الواهب بقبضها.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم تملك الهبة بالقبض إذا لم يأذن الواهب بقبضها.

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تملك الهبة بالقبض إذا لم يأذن الواهب بقبضها، على ثلاثة أقوال:

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر، ص: ١٢٠، الإقناع في مسائل الإجماع، لابن قطان، (٢/١٨٥).

القول الأول: يصح قبض الهبة بلا إذن الواهب في المجلس، ولا يصح بعده إلا بإذنه، وهذا قول الحنفية^(١).

القول الثاني: يصح قبض الهبة بلا إذن الواهب مطلقاً، وهذا قول المالكية^(٢).

القول الثالث: لا يصح قبض الهبة بلا إذن الواهب مطلقاً، وهذا قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: يصح قبض الهبة بلا إذن في المجلس؛ لأن الثابت دلالة كالثابت نصاً^(٥)، فلا يشترط الإذن في المجلس؛ لأن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة، فالإقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض؛ لأنه دليل على قصد التمليك، ولا ثبوت للملك إلا بالقبض، فكان الإيجاب إذن بالقبض^(٦).

- (١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٨٥ / ٧)، حاشية ابن عابدين، (٦٩٠ / ٥).
- (٢) ينظر: التاج والإكليل، للمواق، (١١ / ٨)، حاشية الدسوقي، (١٠١ / ٤).
- (٣) ينظر: البيان، للعمرائي، (١١٥ / ٨)، المجموع، للنووي، (٣٧٩ / ١٥).
- (٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣١ / ٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٩٥ / ٣).
- (٥) موسوعة القواعد الفقهية، لمحمد آل برونو، (٥٣٩ / ٢)، (٦٨ / ٩).
- (٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٤ / ٦).

نُوقش: بأن هذا لا يصح؛ لأن الواهب يملك الرجوع في المجلس وبعده، فلا يكون الإيجاب دليل على الإذن^(١).

الدليل الثاني: لا يصح القبض بعد المجلس بغير إذن الواهب، كالبيع، فالقياس على البيع، من وجهين:

الوجه الأول: فكما أن الإذن في القبض شرط لصحة القبض في البيع، فالهبة من باب أولى؛ لأن القبض شرط لصحتها بخلاف البيع، فلما كان الإذن شرط لصحة القبض فيما لا يتوقف القبض على صحته، فلأن يكون فيما يتوقف القبض على صحته شرط فيه أولى^(٢).

الوجه الثاني: فكما أن القبول في باب البيع لا يجوز بغير إذن البائع، فكذلك القبض في الهبة لا يجوز إلا بإذن الواهب؛ وذلك لأن القبض في الهبة يشبه القبول في باب البيع، فكلاهما إيجاب للعقد^(٣).

دليل القول الثاني:

أن الهبة تملك بالقول، لا بالقبض، فإذا قبضها من غير إذن الواهب صح ذلك؛ لأنه ملكها قبل القبض^(٤).

(١) ينظر: المجموع، للنووي، (٣٧٩/١٥)، المغني، لابن قدامة، (٤٢/٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٣-١٢٤/٦).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٥٧/١٢)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٤/٦).

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي، (١٠١/٤).

يمكن أن يناقش: بأن مسالة تملك الهبة بالقول محل خلاف بين الفقهاء، فلا يصح الاحتجاج بها^(١).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: لأنه سبب ينتقل به الملك من الواهب إلى الموهوب له، فلا يصح إلا برضاه وإذنه، فالعين باقية في ملك الواهب، وليس لأحد أن يقبض ملك غيره بغير إذنه، فإن قبضها كان متعديا بقبضه لا متملكاً^(٢).

الدليل الثاني: استدلوا بما استدل به أصحاب القول الأول، فقاوسا على الإذن بقبض المبيع، فالإذن في قبض الهبة أولى^(٣).

الدليل الثالث: القياس على الرهن؛ بجامع أن كلاهما من العقود التي يكون فيها التسليم أو القبض غير مستحق على الراهن أو الواهب، فلم يصح إلا بإذنها^(٤).

- (١) اختلف الفقهاء في حكم تملك الهبة بالقول على قولين: فذهب الحنفية، والشافعية، إلى: أن الهبة تملك بالقبض لا بالقول، بينما ذهب المالكية والحنابلة: إلى أن الهبة تملك بالقول لا بالقبض، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/١٢٤)، حاشية ابن عابدين، (٥/٥٧٣)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠٥)، حاشية الدسوقي، (٤/١٠١)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٢٧)، المجموع، للنووي، (٩/٢١٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٩٣)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٣٣).
- (٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٢/٥٧)، كفاية النبيه، لابن رفعة، (١٢/١٠٤).
- (٣) ينظر: كفاية النبيه، لابن رفعة، (١٢/١٠٤).
- (٤) ينظر: المجموع، للنووي، (١٥/٣٧٩)، منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٤٣١).

نُوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المرهون باقي في ملك الراهن حتى بعد الإذن والقبض^(١).

خامساً: الترجيح:

الراجع -والله أعلم- هو القول الثالث؛ وذلك لضعف أدلة المخالفين، فلا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب؛ لأن الواهب متبرع فأشترط رضاه، والإذن بالقبض دليل على الرضا.

(١) ينظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة، (٣٤٣/٦)، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، لابن غازي المكناسي، (٧٢٤/٢).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفعت بها المدعى عليها بأن الهبة تملك بالقبض، أنكر المدعي أصل الدفع -الهبة-، ولم يُقم البيئة على ذلك، جرى سؤال هيئة الخبراء عن العرف الجاري في صحة كون المعطى قبل الزواج هبة أم لا، فوردت الإجابة بأن العرف يقتضي كونه هبة من الزوج، أصر المدعي على تكذيبه لأصل الدفع، فحلفت المدعى عليها على عدم طلب المدعى فيه وأن المدعي قدمها على كونها هبة لها، فحكم القاضي بقبول الدفع، ورد الدعوى؛ وذلك لثبوت صحة كونها هبة، والهبة تملك بالقبض فصح الدفع^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الهبة، وثبوت لزومها، قبل الدفع بأن الهبة تملك بالقبض، وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرّر في المطلب الثاني من المبحث من أن الهبة تملك بالقبض إذا أذن الواهب بقبضها؛ وذلك لأنه المالك لهذه الهبة فيعتبر إذنه بالقبض دليل على صحة تملك الهبة، والقاضي في هذه الدعوى سأل المدعي عن بيئته بالرجوع، ولم يذكر المدعي البيئة، فدل ذلك على أنه أذن بقبض الهبة.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤هـ، (٩/ ٢٦٥-٢٧٢).

ويتبين - والله أعلم - من أن الدفع بتملك الهبة بالقبض، يُقبل قضاءً، إذا تحقق ما يلي:

الأول: ثبوت كون المعطى هبة لا غيره؛ لأنها أصل الدعوى.

الثاني: ثبوت قبض الهبة؛ لأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، وسيأتي ذلك.

الثالث: ثبوت إذن الواهب بقبض الهبة؛ لأن عدم الإذن لا يعتبر تملكاً كما تقرر في المطلب الثاني.

المبحث الثاني
الدفع برغبة المورث للهبة وموته
قبل هبتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى، حيث «أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه وهو أحد أعمامه طالباً إلزامه بتسليمه الأرض محل الدعوى بحجة أن جده المتوفى قد وهبها له بعلم المدعى عليه، وبعرض ذلك على المدعى عليه أنكر الدعوى، ودفع بأن المورث كان يرغب في هبة الأرض للمدعي إلا أنه لم يفعل حتى وفاته، ثم لم يقبل ورثته هبة الأرض للمدعي، وبطلب البينة من المدعي أحضر شاهداً فشهد شهادة غير موصلة لإثبات الدعوى، وقد طلب المدعي يمين المدعى عليه على نفي الدعوى فأداها كما طلب منه؛ ولذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى لعدم ثبوتها»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه برغبة المورث للهبة وموته قبل هبتها؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٤/١٤٨-١٥١).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: لزوم الهبة بمجرد رغبة الواهب.

أولاً: تعريف الرغبة:

في اللغة: مصدر رغب، وهي: الميل إلى الشيء، والإرادة له، يقال: رغبت في الشيء، أي: ملت إليه، وأردته^(١).

في الاصطلاح: لا تخرج عن المعنى اللغوي، فهي: إرادة الشيء والحرص عليه^(٢).

ثانياً: صورة المسألة:

إذا قال الواهب أرغب في أن أهبك، أو أرغب في أن أهب فلان، فهل تعد هذه الرغبة سبباً للزوم الهبة؟ أو سبباً لتملكها؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

هذه المسألة مبنية على حكم لزوم الهبة بمجرد القول، وبيان ذلك ما يلي:

صورة المسألة:

إذا قال شخص لآخر وهبتك هذه السيارة، فهل يعتبر هذا القول

(١) ينظر: جهرة اللغة، لابن دريد، (١/٣٢٠)، مادة: رغب، مجمل اللغة، لابن فارس، (١/٣٨٨)، مادة رغب.

(٢) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي، ص: ١٧٩.

سبباً للزوم الهبة؟ أم أنه يصح الرجوع فيها؟

الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم لزوم الهبة بمجر القول، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الهبة لا تلزم مطلقاً^(١)، وهذا قول الحنفية^(٢).

القول لثاني: أن الهبة تلزم بمجرد القول، وهذا قول المالكية^(٣).

القول الثالث: أن الهبة لا تلزم بمجرد القول، وإنما يشترط

للزومها القبض^(٤).

(١) استثنى الحنفية بعض الأمور التي تجعل الهبة عقد لازماً لا يصح الرجوع فيها، وهي: أن تكون بعوض، أن تكون الهبة على ذي رحم محرم، أن تكون بين الزوجين، أن يزيد الموهوب زيادة متصلة، أن يموت أحد الطرفين، أن تخرج عن ملك الموهوب له، أن تهلك العين الموهوبة، وقد جمعها شيخ الإسلام محيي الدين في نظم فقال:

«منع الرجوع من الواهب سبعة

فزيادة موصولة موت عوض

وخرجها عن ملك موهوب له

زوجية قرب هلاك قد عرض»

ينظر: ملتقى الأبحر، للحلبي، (١/٤٩٩-٥٠٣)، حاشية ابن عابدين، (٥/٦٩٩-٧٠٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/١٣٤)، حاشية ابن عابدين، (٥/٦٩٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشبي، (٧/١٠٦)، حاشية الدسوقي، (٤/١٠٣).

(٤) استثنى الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة، هبة الوالد لولده فقالوا بعدم لزومها مطلقاً، وبصححة رجوع الوالد فيما وهب لولده، خلافاً للحنفية فقالوا: يمنع ذلك؛ لأن الابن من ذوي الرحم المحرم، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/١٣٢-١٣٣)، شرح مختصر خليل، للخرشبي، (٧/١١٥)، روضة الطالبين، للنووي، (٥/٣٧٨)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٣٩).

وهذا قول الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا﴾^(٣).

وجه الدلالة: أن التحية تستعمل في معنى: السلام، والهدية بالمال، ومعناها الثاني أقرب؛ بدلالة قوله ﴿رُدُّوهَا﴾ والرد لا يكون إلا بالأشياء العينية؛ لأنه عبارة عن إعادة الشيء، فدللت الآية على أن الهبة عقد جائز يصح الرجوع فيه^(٤).

الدليل الثاني: عن أبي هريرة^(٥) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الواهب أحق بهبته ما لم يشب»^(٦).

(١) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٢٧/٧)، المجموع، للنووي، (٣٧٠/١٥).

(٢) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣١/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٩٦/٣).

(٣) سورة النساء، آية: ٨٦.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٨/٦).

(٥) هو الصحابي الجليل: عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني، أبو هريرة، من أحفظ الصحابة، وأكثرهم رواية وملازمة للرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، دعا له الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: بأن يجبه الله للمؤمنين من عباده، أسلم بخير، توفي سنة: ٥٩هـ، ينظر: مختصر تاريخ دمشق، لابن منظور، (٢٩/١٧٩-٢٠٧)، تهذيب الكمال، للمزي، (٣٤/٣٦٦-٣٧٨).

(٦) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الهبات، باب: من وهب هبة رجاء ثوابها، (٧٩٨/٢)، رقم: ٢٣٨٧، والبيهقي في الكبرى، كتاب: الهبات، باب: المكافأة في الهبة، (٣٠٠/٦)، رقم: ١٢٠٢٤، واللفظ له، وقال: ضعيف، وكذا قال ابن حجر العسقلاني، ينظر: الدراية، لابن حجر، (٢/١٨٤).

وجه الدلالة: أنه **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** جعل الواهب أحق بهبته ما لم يدخل العوض، فدل على أن الهبة عقد جائز يجوز الرجوع فيه ^(١).

يمكن أن يناقش: بضعف الحديث، فلا يصح الاحتجاج به ^(٢).

الدليل الثالث: إجماع الصحابة، فقد روي عن بعض الصحابة، كعمر بن الخطاب ^(٣)، علي بن أبي طالب ^(٤)، وابن عمر ^(٥) **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ**، على أن الهبة عقد جائز يصح الرجوع فيها، ولم يوجد لهم مخالف، فيكون إجماعاً ^(٦).

يمكن أن يناقش: بعدم صحة الإجماع؛ لوجود مخالف من الصحابة

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ^(٧).

- (١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٨/٦)، العناية، للبارتي، (٩/٣٩-٤٠).
- (٢) كما سبق بيانه في تحريجه.
- (٣) أخرجه الصنعاني في مصنفه، كتاب: المواهب، باب: الهبات، (٩/١٠٧)، رقم: ١٦٥٢٧، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، (٤/٤٢٠)، رقم: ٢١٧٠٠، قال ابن الملقن: محفوظ، ينظر: البدر المنير، (٧/١٤٦).
- (٤) أخرجه الصنعاني في مصنفه، كتاب: المواهب، باب: الهبات، (٩/١٠٦)، رقم: ١٦٥٢٦، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، (٤/٤٢٠)، رقم: ٢١٧٠٣، ولم أقف على حكمه.
- (٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، (٤/٤٢٠)، رقم: ٢١٧٠٥، والبيهقي في سننه الصغرى، كتاب: البيوع، باب: الرجوع في الهبة، (٢/٣٤٣)، رقم: ٢٢٥٣، وقال: هو المحفوظ.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٨/٦).

(٧) جاء في الدليل الثالث، من أدلة القول الثالث، ما يخالف الإجماع.

الدليل الرابع: عن عبد الرحمن بن علقمة الثقفي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(١)، قال: قدم وفد ثقيف على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومعهم هدية، فقال: «أهدية أم صدقة؟ فإن كانت هدية فإنما يتغى بها وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة، وإن كانت صدقة فإنما يتغى بها وجه الله عز وجل»، قالوا: لا بل هدية، فقبلها منهم، وقعد معهم يسألهم ويسألونه حتى صلى الظهر مع العصر^(٢).

وجه الدلالة: أن المقصود غالباً من الهبة للأجنب هو العوض والمقابل، فإذا فات المقصود فقد اختل العقد واحتمل الفسخ؛ لعدم الرضا، فيمنع العقد من لزومه؛ لأن المعروف كالمشروط^(٣).

يمكن أن يناقش: بضعف الإسناد، فلا يصح الاحتجاج به^(٤).

(١) هو عبد الرحمن بن علقمة الثقفي، وقيل ابن أبي علقمة، كوفي، مختلف في صحبته، روى له أبي داود والنسائي، ذكره ابن حبان في الثقات، كان أحد من وفد من ثقيف، ينظر: تهذيب الكمال، للمزي، (١٧/ ٢٩٠-٢٩٣)، معرفة الصحابة، لأبي نعيم، (٤/ ١٨٤٠)، الثقات، لابن حبان، (٣/ ٢٥٣).

(٢) أخرجه النسائي في سننه الصغرى، كتاب: العمري، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، (٦/ ٢٧٩)، رقم: ٣٧٥٨، واللفظ له، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يهدي إلى الرجل أو يبعث إليه، (٤/ ٤٤٥)، رقم: ٢١٩٧٠، قال البوصيري: إسناده ضعيف، وكذا قال الألباني، ينظر: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، للبوصيري، (١/ ٤٣٢)، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، للألباني، (١١/ ٢٣-٢٤).

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٢/ ٥٤)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/ ١٢٨)، العناية، للبارقي، (٩/ ٤٠).

(٤) كما سبق بيانه في تخريجه.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

وجه الدلالة: معنى العقد: هو الإيجاب والقبول، والله سبحانه أمر بالوفاء به، فدل ذلك على أن الهبة تلزم بالقول^(٢).

نُوقِش: بأن المراد بالآية: لازم العقود، ولزوم الهبة بالقبض لا بالعقد^(٣).

الدليل الثاني: عن ابن عباس^(٤) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»^(٥).

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الهبة عقد لازم، تلزم بالقول، لا يصح الرجوع فيها^(٦).

- (١) سورة المائدة، آية: ١.
- (٢) ينظر: المقدمات، لابن رشد، (٤٠٩/٢).
- (٣) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٥٣٦/٧)، بحر المذهب، للرويانى، (٢٣٥/٧).
- (٤) هو الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي، أبو العباس، حبر الأمة، وفقه العصر، وترجمان القرآن، من صغار الصحابة، ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات، كان ذكياً، وذو هيبة، دعاء له صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالحكمة وبالفهم وبالعلم، ولي البصرة، توفي في الطائف سنة ٦٨ هـ، ينظر: تاريخ دمشق، لابن عساکر، (٢٨٥-٢٨٩/٢٩)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣٥٩/٣).
- (٥) أخرجه البخاري ف صحاحه، كتاب: الحيل، باب: في الهبة والشفعة، (٢٧/٩)، رقم: ٦٩٧٥، واللفظ له، ومسلم في صحاحه، كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة، (٦٤/٥)، رقم: ٧/١٦٢٢.
- (٦) ينظر: الجامع، للصقلي، (٦١٨/١٩).

نُوقش من وجهين:

الأول: بأن الحديث محمول على إظهار قبح الفعل، لا على تحريم الفعل، فيصح الرجوع في الهبة^(١).

الثاني: بأن الحديث محمول على إرجاع الهبة بعد القبض لا قبله^(٢).

الدليل الثالث: عن طاووس^(٣) رَحِمَهُ اللهُ قَالَ: قَالَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا

يحل لأحد يهب هبة، ثم يرجع فيها إلا الوالد»^(٤).

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الهبة عقد لازم بالقول، لا يصح

الرجوع فيها^(٥).

نُوقش: بأن الحديث محمول على نفي الحل من حيث المروءة، لا

من حيث الحكم^(٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٨/٦).

(٢) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٥٣٦/٧)، بحر المذهب، للرويانى، (٢٣٥/٧).

(٣) هو طاووس بن كيسان الهمداني الخولاني، يكنى: بأبي عبد الرحمن، من خيار التابعين، من أبناء الفرس الذين سيرهم كسرى إلى اليمن، ومن فقهاء أهل اليمن، كان عالماً ورعاً، عابداً، بين عينيه أثر السجود، توفي في مكة سنة: ١٠٥هـ، ينظر: مشاهير علماء الأمصار، للبستي، ص: ١٩٨، تاريخ الإسلام، للذهبي، (٦٥/٣).

(٤) أخرجه النسائي في سننه، كتاب: الهبة، باب: ذكر الاختلاف على طاووس في الرجوع في هبته، (٢٦٨/٦)، رقم: ٣٧٠٤، واللفظ له، والبيهقي في الكبرى، كتاب: الهبات، باب: رجوع الوالد فيما وهب من ولده، (٢٩٦/٦)، رقم: ١٢٠٠٩، وقال: مرسل، وكذا قال الذهبي، ينظر: المهذب، (٢٣٢٦/٥)، وقال الدارقطني: إسناده محفوظ، ينظر: العلل الواردة في الأحاديث، للدارقطني، (٤٤١/١٢).

(٥) ينظر: الجامع، للصقلي، (٦١٨/١٩).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٢٨/٦).

الدليل الرابع: أن الهبة لو لم تنعقد بالقول، لم تلزم بالقبض؛ لأن القبض المجرد من القول لا يلزم الهبة، فيكون الاتفاق على لزوم الهبة بالقبض دليل على انعقادها بالقول^(١).

الدليل الخامس: القياس على العتق والوقف والوصية؛ بجامع أن الكل عطايا تلزم بالقول، ولا تفتقر إلى القبض^(٢).

نُوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن العتق إسقاط حق وليس تمليك كالهبة، ولأن الوقف إخراج الملك لله تعالى وليس تمليك بخلاف الهبة، ولأن الوصية تلزم في حق الوارث بخلاف الهبة فإنها لا تلزم الورثة^(٣).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: عن أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: أن أبا بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة، قال: «والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك، وإنني كنت نحللتك جاد عشرين وسقاً، فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله»^(٤).

(١) ينظر: المقدمات، لابن رشد، (٢/٤٠٩).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٦/٢٥٦).

(٣) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (٧/٢٣٥)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٧/١٦).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: ما لا يجوز من النحل، (٤/١٠٨٩)، رقم: ٢٧٨٣، واللفظ له، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: البيوع =

وجه الدلالة: يدل الأثر على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فإذا قبضت لزمّت ولا يصح الرجوع فيها، ولو كانت تلزم بالقول لما كان لقوله «فلو كنت جدديته واحتزتيه» أثر^(١).

نُوقش: بأن العقد كان صحيحاً وطراً عليه ما يبطله، وهو مرض الصديق **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**، فلا يدل على لزوم الهبة بالقبض^(٢).

الدليل الثاني: ما روي عن عمر **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: أنه قال: «لا تتم نحلة حتى يحوزها المنحول»^(٣).

وجه الدلالة: دل الأثر على أن الهبة لا تكون لازمة إلا إذا قبضت، فإذا قبضت لا يصح الرجوع فيها^(٤).

= والأفضية، باب: لا تجوز الصدقة حتى تقبض، (٢٨١/٤)، رقم: ٢٠١٣٥، قال ابن الملقن: الأثر صحيح، وكذا قال ابن حجر العسقلاني، ينظر: البدر المنير، لابن الملقن، (١٤٣/٧)، الدراية، لابن حجر، (١٣٨/٢).

(١) ينظر: البيان، للعمري، (١١٤/٨)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٠٢/١٢)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٧/١٥-١٦).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٦/٢٥٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة بنحوه في مصنفه، كتاب: البيوع والأفضية، باب: من قال: لا تجوز الصدقة حتى تقبض، (٢٨٠/٤)، رقم: ٢٠١٢٤، والبيهقي بنحوه في الكبرى، كتاب: الهبات، باب: يقبض للطفل أبوه، (٢٨٢/٦)، رقم: ١١٩٥٣، قال الألباني: إسناده صحيح، ينظر: إرواء الغليل، للألباني، (٦/٦٩)، ولم أقف على نص الأثر.

(٤) ينظر: البيان، للعمري، (١١٤/٨)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٠٢/١٢)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٧/١٦).

يمكن أن يناقش: بأنه لا خلاف في أن تمام الهبة يكون بالقبض، فالهبة قبل القبض قد تتعرض لما يبطلها كموت أو مرض الواهب، فالهبة تتم إذا قبضت، وتلزم من قول الواهب.

الدليل الثالث: إجماع الصحابة، فقد روي عن بعض الصحابة، كأبو بكر الصديق^(١)، عمر بن الخطاب^(٢)، وعثمان بن عفان^(٣)، وابن عباس^(٤)، وابن عمر^(٥) **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ**، أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، ولا مخالف لهم، فدل على أنه إجماع منهم على لزوم الهبة بالقبض وأنه لا يصح الرجوع فيها بعده^(٦).

- (١) سبق تخريجه في الدليل الأول، لأصحاب هذا القول.
- (٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب: إحياء الموات، باب: الهبة، (٥١/٩)، رقم: ١٢٣١٩، والذهبي في المهذب، كتاب: الهبة وفضلها، رقم: ٩٦٤٥، قال الألباني **رَحِمَهُ اللَّهُ**: صحيح، ينظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، (٩٦/٦).
- (٣) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: الوصية، باب: ما يجوز من النحل، (٧٧١/٢)، رقم: ٩، والبيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب: إحياء الموات، باب: الهبة، (٥١/٩)، رقم: ١٢٣٢٠، ولم أقف على حكمه.
- (٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب: إحياء الموات، باب: الهبة، (٥١/٩)، رقم: ١٢٣٢١، والذهبي في المهذب، كتاب: الهبة وفضلها، رقم: ٩٦٤٥، ولم أقف على حكمه.
- (٥) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب: إحياء الموات، باب: الهبة، (٥١/٩)، رقم: ١٢٣٢٢، والذهبي في المهذب، كتاب: الهبة وفضلها، رقم: ٩٦٤٥، ولم أقف على حكمه.
- (٦) ينظر: الحاوي، للهاوردي، (٥٣٥/٧)، البيان، للعمري، (١١٤/٨)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٥/١٧).

يمكن أن يناقش: بعدم صحة الإجماع؛ لوجود مخالف من الصحابة
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ^(١).

الدليل الرابع: القياس على القرض؛ بجامع أن كلاهما عقد إرفاق
مفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض^(٢).

يمكن أن يُناقش: بأن مسألة لزوم القرض بالقبض محل خلاف بين
الفقهاء، فلا يصح الاحتجاج بها^(٣).

الدليل الخامس: عن أم كلثوم بنت أبي سلمة^(٤) قالت: لما تزوج
رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قال لها: «إني قد أهديت إلى

- (١) فقد جاء في الدليل الثالث، من أدلة القول الأول، ما يخالف ذلك.
- (٢) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (٢٣٥/٧)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٠٢/١٢).
- (٣) اختلف الفقهاء في حكم لزوم القرض بالقبض، خلافاً للملكية الذين قالوا بأن القرض يلزم بالقول، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٣٩٦/٧)، حاشية ابن عابدين، (١٦٤/٥)، حاشية الدسوقي، (٢٢٦/٣)، منح الجليل، لعليش، (٤٠٧/٥)، الشرح الكبير، للرافعي، (٦٣/١٠)، بداية المحتاج، لابن قاضي شهبة، (١٤٠/٢)، الإقناع، للحجاوي، (١٤٧/٢)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٩٨/٢).

(٤) هي: أم كلثوم بنت أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومي، ربيبة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أمها أم المؤمنين أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قال الترمذي: لم تسمع عن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ينظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، (١٩٥٣/٤)، جامع التحصيل في أحكام المراسيل، للعلائي، ص: ٣١٩.

وأبوها هو الصحابي الجليل أبو سلمة عبد الله بن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله المخزومي، من السابقين إلى الإسلام، ذو الهجرتين، هاجر من الحبشة مع زوجته أم سلمه، ثم هاجر من مكة إلى المدينة، شهد بدر وأحد، توفي سنة: ٣هـ بعد أن جرح في غزوة أحد، وأغمض رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عيناه حين مات، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (١٨٠-١٨٣)، الاستيعاب، لابن عبد البر، (١٦٨٢/٤).

النجاشي حلة وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قدمات، ولا أرى إلا هديتي مردودة علي، فإن ردت عليّ فهي لك»، قال: كان كما قال رسول الله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، وردت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة^(١).

وجه الدلالة: لو كانت الهبة تلزم بالقول لما ردت الهدية إلى الرسول **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** بل صارت للورثة^(٢).

يمكن أن يناقش: بضعف الحديث، فلا يصح الاحتجاج به^(٣).

الدليل السادس: استدلو بما استدل به أصحاب القول الثاني، فعن طاووس **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** قال: قال **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «لا يحل لأحد يهب هبة، ثم يرجع فيها إلا الوالد»^(٤).

= وأما هي أم المؤمنين: هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله المخزومية، من المهاجرات الأول، تزوجها النبي **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** بعد وفاة أبي سلمة سنة: ٤ هـ، كانت من أجمل النساء، وأشرفهن نسباً، ومن الفقيهات، وآخر من مات من أمهات المؤمنين، روت جملة من الأحاديث، توفيت سنة: ٦١ هـ، ينظر: الطبقات، الكبرى، لابن سعد، (٨/ ٨٦-٩٦)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٢/ ٢٠١-٢١٠).

(١) أخرجه أحمد في مسنده، كتاب: مسند القبائل، باب: حديث أم كلثوم بنت عقبة، (٤٥/ ٢٤٦)، رقم: ٢٧٢٧٦، وابن حبان في صحيحه، كتاب: الهبة، باب: في أحكام الهبة، (١١/ ٥١٥)، رقم: ٥١١٤، قال ابن الملقن: ضعيف، وكذا قال الهيثمي، ينظر: مختصر استدراك الحافظ الذهبي على مستدرک الحاكم، لابن الملقن، (٢/ ٦٤٩)، مجمع الزوائد، للهيثمي، (٤/ ١٤٨)..

(٢) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (٧/ ٢٣٥)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١٢/ ١٠٢).

(٣) كما سبق في تخريجه.

(٤) سبق تخريجه في هذا المبحث، ص: ٣٠٩.

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الهبة عقد لازم لا يصح الرجوع فيها^(١).

نُوقش: بما نُوقش سابقاً، أن المراد نفي المروءة لا الحكم الشرعي^(٢).

الدليل السابع: أن الواهب لو مات قبل قبض الهبة لم يلزم الورثة تسليمها للموهوب على قول من قال بلزوم الهبة بالقول^(٣)؛ فدل ذلك على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض^(٤).

نُوقش: بأن العقود الصحيحة قد يطرأ عليها ما يبطلها، فلما مات الواهب سقط ملك الموهوب؛ لتعلق التهمة بالعقد، كما لو باع شيئاً يشترط فيه التقابض فمات أحدهما، فالتسليم لا يجب، والعقد باطل^(٥).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثالث؛ لأنه أوسط الأقوال، والجامع بينها، ولقوة أدلتهم، وضعف أدلة المخالفين، فالآثار الواردة عن الصحابة في لزوم الهبة بعد القبض صحيحة، بخلاف غيرها، ولأن القول بلزوم الهبة أو عدم لزومها مطلقاً يفضي إلى التنازع، والبغضاء، واختلال الأملاك، فالهبة عقد جائز قبل القبض، لازم بعد القبض.

(١) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (٧/٢٤٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/١٢٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠٧-١٠٨)، حاشية الدسوقي، (٤/١٠٣).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٧/١٥).

(٥) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٦/٢٥٦).

فبناء على ما سبق بيانه في المسألة، يتبين حكم لزوم الهبة بمجرد
رغبة الواهب:

فالهبة لا تكون لازمة بمجرد رغبة الواهب؛ لأن الهبة إذا كانت لا
تلتزم بالقول الصريح في تمليك الهبة للموهوب، فمن باب أولى ألا
تلتزم بمجرد الرغبة، بل لابد من قول وقبض حتى تلتزم، -والله أعلم-.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه: برغبة المورث لهبة المدعي وموته قبل هبتها، أنكر المدعي الدفع، وأحضر لذلك شهادة غير موصلة، فطلب يمين المدعى عليه بأن المورث لم يهب الأرض للمدعي، فحلف المدعى عليه على ذلك، فحكم القاضي بقبول الدفع، ورد الدعوى؛ وذلك لعدم ثبوتها^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد عدم ثبوت الهبة، ولأداء المدعى عليه اليمين، قبل الدفع، وتم لموجبه رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أن مجرد الرغبة بالهبة لا تجعل الهبة لازمة؛ لأن الهبة إذا كانت لا تلزم بالقول الصريح، فمن باب أولى ألا تلزم بالرغبة المجردة.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع برغبة المورث للهبة وموته قبل هبتها، يُرجع في قبولها إلى القاضي، بما تقتضيه الدعوى.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٤/١٤٨-١٥١).

فقبول الدفع ورده متعلق بنص الدعوى، فيكون الدفع دفعاً مقبولاً، إذا كانت الدعوى تنص على تسليم الهبة المرغوب هبتها، وثبت بالأدلة عدم لزوم الهبة، كم في هذه الدعوى.

ويكون الدفع دفعاً مردوداً، إذا كانت الدعوى تنص على عدم تسليم الهبة للمرغوب هبته، وثبت بالأدلة عدم لزومها.

المبحث الثالث
**الدفع بأن الهبة كانت بمحض
إرادة المدعية**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليه طالبة إلزامه بإعادة أرض كانت قد وهبتها له أو إعادة ثمن الأرض إليها بدعوى أنها لم تكن في وعيها أثناء الهبة، ثم لما أفاقت استحيت من الرجوع فيها فنقلت ملكية الأرض إليه رسمياً، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أنكر أن تكون المدعية وهبت الأرض له في غير وعيها، ودفع بأنها وهبتها له بمحض إرادتها دون إجبار أو إكراه»^(١)، وذهبت بنفسها إلى كتابة العدل لإثبات ذلك؛ ونظراً لأن المدعية أقرت بهبتها للأرض وتنازلها عنها عند كاتب العدل، ولأن الهبة بعد القبض لا عودة فيها؛ لذا فقد حكم القاضي بعدم ثبوت استحقاق المدعية لما تدعيه»^(٢).

(١) دفع المدعى عليه بعدم الإكراه، راجع إلى ادعاء المدعية أنها وهبت حياء، فالحياء نوع من أنواع الإكراه، وقد نص الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، على ذلك، فقالوا: أنه يجرم أخذ المال المعطى على وجه الحياء ويجب رده؛ وذلك لأن المقاصد في العقود معتبرة، والواهب مكره على ذلك، وخرجت منه هبة من غير طيب نفس، ولم أفد على نص عند الحنفية على هذه المسألة، ينظر: الدر الثمين والمورد المعين، لميارة، ص: ٥٧١، نهاية المحتاج، للرملي، (٥/٤٢٣)، غاية المنتهى، لمرعي، (٣٢/٢).

(٢) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام: ١٤٣٥هـ، (٤/١٨٣-١٨٦).

الدفع بأن الهبة كانت بمحض إرادة المدعية = (٣٢١)

فما حكم دفع المدعى عليه بأن الهبة كانت بمحض إرادة المدعية؟ وما أثره القضائي؟

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: هبة المكره.

أولاً: صورة المسألة:

إذا أكره الشخص على هبة شيء من ماله، فهل تصح هذه الهبة؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(١) على أن هبة المكره لا تصح، وأن الاختيار والرضا شرط لصحتها.

ثالثاً: مستند الاتفاق:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن الرضا شرط لصحة العقد المالي من بيع، أو هبة، أو غيرها، فعقد المكره في ماله بغير حق لا يصح^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٨٦/٧-١٨٧)، حاشية ابن عابدين، (١٣١/٦)، شرح الزرقاني، (١٥/٥)، لوامع الدرر، للمجلسي، (٢٩/٨)، فتح الوهاب، للأنصاري، (١٨٧/١)، نهاية المحتاج، للرملي، (٣٨٧/٣)، غاية المنتهى، لمرعي، (٣٧/٢)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٣٩٩/٤).

(٢) سورة النساء، آية: ٢٩.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج، للرملي، (٣٨٧/٣)، الفقه المنهجي، للخن، وللبغا، وللشربجي، (٢١٠/٧).

الدليل الثاني: قال **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(١).

وجه الاستدلال: أن جميع العقود المالية لا تلزم مع الإكراه، والهبة أحدها^(٢).

(١) أخرجه ابن ماجه بنحوه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي، (١/٦٩٥)، رقم: ٢٠٤٣، وابن حبان في صحيحه بنحوه، كتاب: إخباره **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** عن مناقب الصحابة، باب: فضل الأمة، (١٦/٢٠٢)، رقم: ٧٢١٩، قال الحاكم: «صحيح على شرط الشيخين»، وقال البيهقي: «رواته ثقات»، ينظر: المستدرک، للحاكم، (٢/٢١٦)، الخلافيات بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة، للبيهقي، (٥/٧٩)، قال الزيلعي وابن الملقن: أن الحديث تكرر في كتب الفقهاء بلفظ الرفع، وهذا اللفظ ضعيف، ينظر: نصب الراية، للزيلعي، (٢/٦٤)، البدر المنير، لابن الملقن، (٤/١٨٣).

(٢) ينظر: فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالک، لعليش، (٢/٢٨١) - (٢٨٢).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه، بأن الهبة كانت بمحض إرادة المدعية دون إجبار أو إكراه، أنكرت المدعية الدفع، وصادقت على الهبة، وذكرت أنها وهبت الأرض حياء، فحكم القاضي بقبول الدفع، ورد الدعوى؛ وذلك لثبوت صحة الدفع، بإقرار من المدعية بأنها وهبت الأرض للمدعى عليه وهي بكامل وعيها، ولثبوت عدم الإكراه في حقها؛ وذلك لتناقض كلامها في الدعوى، ولكون الهبة قد لزمّت بقبض المدعى عليه لها^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت ملكية الهبة للمدعى عليه، وإقرار المدعية بالهبة، وثبوت رضا المدعية بالهبة، وذلك لإفراغها الهبة بنفسها للمدعى عليه، ولأن المدعى عليه قد قبض الهبة، والهبة بعد القبض لا رجوع فيها، فقد قُبل الدفع، وتم رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرّر في المطلب الثاني من المبحث من أن الاختيار والرضا شرط لصحة الهبة؛ وذلك لما سبق من الأدلة.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٤/ ١٨٣-١٨٦).

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بكون الهبة بمحض إرادة المدعية، يُقبل قضاءً، إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت الهبة؛ لأنها أصل الدعوى.

ثانياً: ثبوت رضا الواهب وعدم إكراهه على الهبة؛ لأن هبة المكره لا تصح باتفاق الفقهاء كما تقرر في المطلب الثاني من المبحث.

ثالثاً: ثبوت قبض الهبة؛ لأن الهبة قبل القبض لا تلزم ويصح الرجوع فيها كما تقرر سابقاً.

فإذا لم يثبت رضا الواهب، أو قبض الهبة، يُرد الدفع، ويعمل بما تقتضيه الدعوى.

المبحث الرابع
**الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة
وليس معاوضة**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى، حيث «أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليها طالباً إلزامها برد باقي مبلغ سلمه لها لتشتري به شقة بعد أن اتفقا على الزواج، واشترطت عليه قبل إتمام العقد تسليمها المبلغ لشراء الشقة إلا أنها لم تف بما وعدت به من الزواج، وأعدت له جزءاً من المبلغ، وبعرض الدعوى على المدعى عليها أقرت بوعد الزواج، وبتسلم المبلغ، وأنكرت أن يكون ذلك لغرض شراء شقة، ودفعت بأنه هدية من المدعي بعد أن قرر عدم الزواج منها، وأن المبلغ الذي رده له هو سلفة منها له، وبطلب البينة منها على ما دفعت به قررت أنه لا بينة لها على ذلك، وقد حضر المدعي في جلسة لاحقة واستعد ببذل اليمين على صحة دعواه، ونفي ما دفعت به المدعى عليها إذا طلبتها إلا أنها لم تحضر الجلسة؛ ونظراً لأن طلب اليمين النافية حق للمدعى عليها، ولإقرارها بتسلم المبلغ المذكور، ودفعتها للدعوى بأن المدعي سلمها إياه على وجه الهدية، وإنكار المدعي لما جاء في دفعها المذكور؛ ولأنه في حال انعدام البينة فالقول قول مالك المال البازل له يمينه؛ لذا فقد حكم القاضي حضورياً على المدعى

الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة = (٣٢٩)

عليها بتسليم المدعي مبلغاً قدره مئة وسبعون ألف ريال، وللمدعي عليها حق طلب يمين المدعي متى رغبت فيها»^(١).

فما حكم دفع المدعي عليها بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٤/١٦٦-١٧١).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم إنكار الواهب للهبته، وادعائه عقداً آخر.

أولاً: صورة المسألة:

إذا قبض شخص من آخر مالاً على سبيل المعاوضة، فيأخذه القابض على أنه هبة، فما الحكم في هذه المسألة؟ ومن يقبل قوله؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على تقديم قول صاحب البينة في الهبة المختلف في هبتها.

(٢) اتفق الفقهاء^(٢) على أن الباذل إذا أنكر أصل المبدول^(٣)، ولم توجد بينة، فالقول قوله بيمينه.

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٥٤٨/٧)، البناية، للعيني، (١١٦/١٠)، شرح الزرقاني، (١٨٠/٧)، حاشية الدسوقي، (١٠٣/٤)، نهاية المحتاج، للرملي، (٤/١٦١)، إعانة الطالبين، للدمياطي، (٤٠٥/٣)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٣١)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٣٩٣).

(٢) ينظر: الأصل، للشيباني، (٣٠٩/٩)، البناية، للعيني، (١١٦/١٠)، النوادر، للقيرواني، (٢٤٥/١٢)، الجامع، للصقلي، (٦٥٤/١٩)، الحاوي، للهاوردي، (٥/٢٩٦)، المجموع، للنووي، (٨٠/١٣)، الإقناع، للحجاوي، (٤/٤٥٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٥/٣٨٤).

(٣) كأن يقول الموهوب له وهبتي كذا، فيقول الباذل: ما وهبتك، فأنكر الباذل أصل وجود العقد بينهما.

(٣) اتفق الفقهاء^(١) على عدم ثبوت الهبة المختلف في هبتها بعد يمين الباذل، فيما لو أنكر الباذل الهبة وادعى عقداً آخر^(٢).

(٤) اختلف الفقهاء فيمن يقبل قوله، فيما لو أنكر الباذل الهبة وادعى عقداً آخر، ولم توجد بينة، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي في المسألة:

اختلف الفقهاء فيمن يقبل قوله، فيما لو أنكر الباذل الهبة وادعى عقداً آخر، ولم توجد بينة، على قولين:

القول الأول: أن القول في الهبة المنكرة للباذل مع يمينه، ولا تثبت الهبة، وهذا قول الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤).

القول الثاني: أن كلاهما يحلفان على نفي ما يدعيه الآخر، ولا تثبت الهبة، وهذا قول الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

(١) ينظر: الأصل، للشيباني، (٣٠٩/٩)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، (٤٣٣/٢)، التفريع في فقه الإمام مالك، لابن الجلاب، (٣٦٨/٢)، الجامع، للصقلي، (٦٥٤/١٩)، الشرح الكبير، للرافعي، (١٦١/٩)، روضة الطالبين، للنووي، (٥٧٩/٣)، الإقناع، للحجاوي، (٣١/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٩٣/٣).

(٢) كأن يقول الموهوب له وهبتي كذا، فيقول الباذل: بل أعرتك، أو بعتك، فالباذل هنا أقر بوجود عقد بينهما ولكن أنكر كون العقد هبة.

(٣) ينظر: الأصل، للشيباني، (٣٠٩/٩)، البناية، للعيني، (١١٦/١٠).

(٤) ينظر: النوادر، للقيرواني، (٢٤٥/١٢)، الجامع، للصقلي، (٦٥٤/١٩).

(٥) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (١٦١/٩)، روضة الطالبين، للنووي، (٥٧٩/٣).

(٦) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣١/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٩٣/٣).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن إقرار الموهوب له بالهبة إقرار على ملكية الواهب للهبة، فتلزمه البينة؛ لأن الأصل عدم الهبة^(١).

الدليل الثاني: أن الواهب هو المالك لهذه الهبة؛ فيقدم قوله في صفة خروجها من يده^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن كلاهما يحلفان؛ لعدم اتفاقهما على عقد معين، والأصل عدم العقد بينهما، فيعمل بالأصل^(٣).

الدليل الثاني: يمكن أن يستدل لهم بما ثبت عن ابن عباس **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**، قال: قال **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**اليمين على المدعى عليه**»^(٤).

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٥٤٨/٧)، العناية، للبارقي، (٣٢٨/٧)، الجامع، للصقلي، (٤٩٨/١٥)، حاشية الدسوقي، (١٠٣/٤).

(٢) ينظر: الكافي، لابن قدامة، (١٦٠/٢).

(٣) ينظر: النجم الوهاج، للدميري، (٢٢٣/٤)، أسنى المطالب، للأنصاري، (١١٦/٢)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٠٣/١٥)، كشاف القناع، للبهوتي، (٣٠٠/٤).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: التفسير، سورة آل عمران، باب: إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً، (٣٥/٦)، رقم: ٤٥٥٢، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، (١٢٨/٥)، رقم: ١/١٧١١.

الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة = (٣٣٣)

وجه الدلالة: أن كلاً منهما صاحب دعوى، فيحلفان جميعاً على نفي ما يدعيه الآخر.

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لما ثبت عن النبي **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، ولأن كلاً منهما صاحب دعوى فالواهب منكر للهبة مدعي لعقد آخر، وكذا الموهوب له، فيحلف كلاً منهما على نفي ما يدعيه الآخر؛ لإبراء ذمتهما.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفعت بها المدعى عليها بأن المبلغ المقبوض هبة - أراد بها المدعي جبر خاطرها بعد وعده إياها بالزواج ثم عدوله عنه - وليس معاوضة، أنكر المدعي الدفع، ولم تُثبت المدعى عليها صحة ما دفعت به، واستعد المدعي لأداء اليمين على إنكار الدفع عند طلبه من المدعى عليها، فلم تطلبه، حكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لعدم ثبوت صحته، ولما قرره أهل العلم: أنه في حال انعدام البينة فالقول قول مالك المال البازل له يمينه^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد إنكار المدعي للهبة، ولعدم وجود البينة، ولا استعداد المدعي لأداء اليمين، رُد الدفع وعمل بما تقتضيه الدعوى من عدم ثبوت الهبة المذكورة، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث، من أن الهبة المختلف فيها إذا ادعى الواهب عقداً آخر، وطلب منه اليمين فإن الهبة المختلف فيها لا تثبت، وقد وافق الحكم القضائي أصحاب القول الأول، القائلين بأنه في حال أنكر الواهب الهبة وادعى

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (١٦٦-١٧١).

عقداً آخر فإن القول قول الواهب بيمينه؛ لأنه الباذل لهذا المال محل الدعوى.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة، يُقبل قضاء، إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت الهبة إما بإقرار من الواهب، أو بوجود البينة؛ لأن عدم ثبوتها يكون سبباً في رد الدفع.

ثانياً: ثبوت قبض الهبة؛ لأن الهبة كما سبق تلزم بالقبض، ولا يملك الواهب الرجوع فيها.

ويكون الدفع دفعاً مردوداً، إذا وجدت أمور:

الأول: إنكار الواهب لهذه الهبة؛ لأن إقراره بالهبة يعد هبة، وتحمل الدعوى على حكم الرجوع في الهبة.

الثاني: عدم وجود بينة للواهب؛ لأنه لو وجدت البينة عُمل بها.

الثالث: إقرار الموهوب له بهذه الهبة؛ لأنه إقراره يُعد تصديقاً على وجود عقد بينهما.

المبحث الخامس
الدفع بأن الهبة مشروطة بعدم الطلاق
أو الخلع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى، حيث «أقامت المدعية دعوها ضد مطلقها المدعى عليه، طالبة إلزامه بتسليمها ما تبقى في ذمته من مبلغ مالي وهبه لها، والتزم بتسليمه لها خلال مدة أقصاها ستة أشهر، ثم سلمها بعض المبلغ، وامتنع عن دفع الباقي، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بهبته المدعية المبلغ المذكور، ودفع بأنه علق ذلك على شرط وهو عدم الطلاق أو الخلع وأن له حق الرجوع عن هبته؛ لأن المدعية رفعت دعوى طلاق ضده، وطلب إلزامها برد المبلغ الذي تسلمته منه، وقد أنكرت المدعية أنها طالبت بطلاقها، وأقرت بأنها رفعت دعوى لإثبات طلاق صدر منه لها؛ ونظرًا لأن الطلاق حصل بين الزوجين؛ ولأن الهبة المشروطة لا تلزم -على القول بوجوبها قبل القبض- بمخالفة شرط الواهب، ولأن القبض شرط لثبوت العقد، وانتقال الملك في الهبة لذا فقد حكم القاضي برد دعوى المدعية لعدم ثبوت موجب الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بأن الهبة مشروطة بعدم الطلاق أو الخلع؟

وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٤/ ١٧٢-١٧٨).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم الهبة المشروطة بعدم الطلاق أو الخلع^(١).

أولاً: صورة المسألة:

إذا وهب أحد الزوجين الآخر، وشرط عدم الطلاق، أو الخلع، فما حكم هذا الشرط؟ وما حكم الرجوع في الهبة إذا نُكث الشرط؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الهبة المشروطة بعدم الطلاق أو الخلع بين الزوجين، على قولين:

القول الأول: أن الهبة صحيحة، وتبطل إذا نُكث الشرط، وهذا قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنابلة^(٤).

- (١) مثل أن يقول أحدهما: وهبتك هذا المال على أن لا تطلقني، أو على أن لا تخلعي.
- (٢) اشترطوا: أن يكون الطلاق، أو الخلع مؤقت بمدة، فإذا كان مطلقاً فلا رجوع، ينظر: المحيط البرهاني، (٦/٢٥٥-٢٥٦)، البناية، للعيني، (١٠/١٩٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٦/١٩٨).
- (٣) اشترطوا: أن يكون نكث الشرط قريباً من مدة الهبة، ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٣/٢٨٨)، حاشية الدسوقي، (٢/٣٢٤).
- (٤) ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (٨/٢٩٦)، كشاف القناع، للبهوتي، (٥/١٥٣).

القول الثاني: أن الهبة فاسدة، فلا تثبت، وهذا قول الشافعية^(١).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن الواهب لم يرض بهذه الهبة إلا بهذا الشرط، فإن فات الشرط، فقد فات الرضا، فتبطل الهبة؛ لعدم الوفاء بالشرط، وعدم رضا الواهب^(٢).

الدليل الثاني: القياس على الهبة بشرط الثواب؛ فكما أنه يجوز الرجوع فيها إذا لم يثبه الموهوب، فكذلك الهبة المشروطة، يجوز الرجوع فيها إذا نكث الشرط، بجامع أن كلاهما بمقابل^(٣).

الدليل الثالث: يمكن أن يستدل لهم بما روي عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

قال: قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون على شروطهم»^(٤).

(١) ينظر: البيان، للعمرائي، (١٢٢/٨)، التهذيب، للبغوي، (٥١٤/٥)، النجم الوهاج، للدميري، (٤٣٢/٤)، (٣٥٦/٧).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٢٥٦/٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (١٩٨/٦)، حاشية الصاوي، (٤٦٢/٢).

(٣) ينظر: مطالب أولي النهى، للرحياني، (٢١٥/٥).

(٤) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الأفضية، باب: في الصلح، (٤٤٦/٥)، رقم: ٣٥٩٤، واللفظ له، والترمذي في سننه، كتاب: أبواب الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب: ما ذكر عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس، (٢٨/٣)، رقم: ١٣٥٢، وقال: «حسن صحيح»، وقال الذهبي: ضعيف، وقال ابن الملقن: «كثير أجمعوا على ضعفه»، ينظر: تنقيح التحقيق، للذهبي، (٨٠/٢)، خلاصة البدر المنير، لابن الملقن، (٨٧/٢).

وجه الدلالة: يدل الحديث على وجوب الوفاء بالشرط، فتدخل في ذلك الهبة المشروطة، فيجب الوفاء بها.

يمكن أن يناقش: بضعف الحديث، فلا يصح الاحتجاج به^(١).

دليل القول الثاني:

أن هذا الشرط من الشروط الفاسدة التي تفسد الهبة؛ فقد حرم الشرط ما أحل الله وهو الطلاق، والخلع^(٢).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لقوة أدلتهم، وضعف أدلة المخالفين، فيصح هبة أحد الزوجين الآخر بشرط بقاء العقد، وتبطل الهبة إذا نُكث الشرط؛ لأن رضا الواهب مقترن بهذا الشرط، فإذا بطل الشرط بطلت الهبة.

(١) كما سبق بيانه في تحريجه.

(٢) ينظر: البيان، للعمراني، (١٢٢/٨)، التهذيب، للبغوي، (٥/٥١٤)، النجم الوهاج، للدميري، (٤/٤٣٢)، (٧/٣٥٦).

المطلب الثالث: ا

لدارسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه بأن الهبة مشروطة بعدم الطلاق أو الخلع وأن المدعية لا تستحق هذه الهبة؛ لأنها قد قامت برفع دعوى طلاق، أنكرت المدعية كون الطلاق من قبلها، وأثبت المدعى عليه صحة الدفع، وذلك بإحضار صورة من دعوى الطلاق التي رفعتها المدعية، وصورة من صك الطلاق، وأن المدعية قد قامت بتسليمه أصل وثيقة الهبة محل الدعوى، لتأكيد عدم رغبتها في الاستمرار بالزواج، حكم القاضي بقبول الدفع؛ وذلك لثبوت صحته، بالاطلاع على إقرار الهبة المتضمن اشتراط عدم الطلاق أو الخلع، ولأنه حصل طلاق بين الطرفين، فإن الهبة لا تلزم على من قال بوجوبها قبل القبض؛ لمخالفة شرط الواهب، ولأن القبض شرط لثبوت الهبة مطلقاً، وقد أجمع على ذلك الصحابة -رضوان الله عليهم-، ولأنه يجوز الرجوع في الهبة قبل القبض، وهذا قول الجمهور، فلذلك كله فقد ردت الدعوى^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الهبة، وثبوت شرط الواهب، وثبوت الطلاق، قبل الدفع وتم لموجبه

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٤/ ١٧٢-١٧٨).

رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث، من أنه إذا وهب أحد الزوجين هبة مشروطة بعدم الطلاق أو الخلع، فإن الهبة صحيحة، والشرط صحيح، فإذا نُكث الشرط فللواهب أن يرجع عن هبته؛ لأنه لم يرَضْ بهذه الهبة إلا بهذا الشرط.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بأن الهبة مشروطة بعدم الطلاق أو الخلع، يُقبل قضاء، إذا تبث ما يلي:

أولاً: ثبوت الهبة؛ لأنها أصل الدعوى.

ثانياً: ثبوت اشتراط الواهب في أصل الهبة؛ لأن الدفع متعلق به،
فإذا لم يثبت يُرد الدفع.

ثالثاً: ثبوت الطلاق أو الخلع؛ لأنه شرط فسخ الهبة، فثبتت الهبة
بعدم ثبوته.

ويكون الدفع مردوداً: إذا لم يثبت شرط الواهب، أو لم يثبت الطلاق أو الخلع، وكانت الهبة مقبوضة؛ لأنها تكون لازمة بالقبض، فلا يملك الواهب الرجوع فيها.

المبحث السادس
الدفع بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال الدعوى، حيث «حضر المدعي وادعى بأنه تم عقد نكاحه على موكلة المدعى عليه على مهر وقدره ثلاثون ألف ريال، وقدم لها أربعة أطقم ذهب بمبلغ ١٥٠, ٣٨ ريال، وساعتين رجالية بقيمة ٢٣٠, ١ ريال، وأسورة بقيمة ٢٢٩, ٣ ريال، وسلسلة بقيمة ٨٢٠ ريال، وسلسلة تلييسة بقيمة ١٠٠, ٢ ريال، ودبلة ألماس بقيمة ٢٠٠, ٤ ريال، ليتم اختيار طقم واحد من قبل المدعي عليها ليناسب فستانها ثم تقوم بإرجاع الباقي لتقدمه بعد الزواج كالمعتاد، وقد استلمها أخوها المدعى عليه وكالة، وعتد مطالبته للأغراض؛ لأن معظمها لأهله، رفضت المدعية وبدأت باففعال المشاكل، وطلبت فسخ النكاح، فبناء على ذلك طلب المدعي إعادة كل ما ذكر سوى الطقم الرابع الذي تبلغ قيمته ٤٥٠, ٩ ريال فلا مانع لديه أن يبقى معها حسب العرف حتى يرى هل يتم الزواج أو لا، وبعرض الدعوى على المدعى عليها وكالة طلب صورة من الدعوى لعرضها على موكلته والإجابة عنها في الجلسة الثانية، وفي جلسة أخرى حضر الطرفان وبسؤال المدعي عليه وكالة عن جوابه، قدم جواباً محرراً أشير إليه في ضبط القضية، ومما جاء فيه مصادقة المرأة على عقد النكاح، وعلى المهر الذي ذكر وقد خلا بها عدة مرات

خلوة شرعية كاملة، وما ذكره بخصوص تقديم الأطقم الذهبية والأسورة والسلسلة، فإن المدعي لم يحرر فيها دعواه وقال إن معظمها لأهله فما هو الذي لأهله تحديداً، وما ذكره من تسليمه الأطقم والسلسلة وأسورة لاختيار ما يناسبها وتعيد الباقي فهذا غير صحيح، والصحيح أنه قدمها لها هدية زوج لزوجته كما في عرف البلاد من غير طلب منها، ولم يشترط ذلك عليها، ولم تكن من المهر المسمى في العقد، وقد قدم هذه الأغراض تبرعاً منه وهبة ملكتها المدعى عليها بالقبض، بدليل أن الأنواع مختلفة ومسمياتها مختلفة، وليست من جنس واحد، لاختيار ما يناسب الفستان، وهذه الأغراض في عرف المجتمع يقدمها الزوج لزوجته هدية زواج وتقدير ولو لم يقدمها الزوج لزوجته لم يؤثر هذا في زواجهما، ولا في عقد النكاح ولن تعيدها له، وأما الساعتين الرجالية فقد سلمها لأخيها المدعى عليه وكاله هدية منه لأبيها وأخيها وقد قبضها، وإذا كان له دعوى فليقدمها عليهما لا شأن لها في هذه الأغراض، وبعرض ذلك على المدعي أنكر الخلوة بالمدعى عليها وأن اللقاء يكون بحضور أمها، وأما ما ذكرته المرأة بخصوص تحديد الأطقم، فيقصد أن الأطقم منه ولكن المبلغ المشتري بها منه لأمه ولأخته، وما ذكرته من كون هدية زواج فغير صحيح، وما ذكرته من كون الساعتين هدية فليس بصحيح فقد جاء بها تلبية لطلبها لترها قبل مواعدها، وبسؤاله عن بيته بأن ما قدمه ليس هدية وينوي الرجوع به بعد المشاهدة، فأجاب بأنه لا بينة له ولكن العرف يقتضي

ذلك، جرت الكتابة لقسم الخبراء للإفادة عما لديهم من العرف الجاري في مثل هذه الحالة، فوردت الإجابة بأن العرف بين الناس أنه إذا قدم الرجل لمخطوبته هدية بدون شرط المرأة أو من أهلها، فإنها تعتبر هدية، وأنه قدمها قبل الزواج وهذا دليل على أنه قدمها ترغيباً لها في الزواج، وبعرض ذلك على المدعي قرر أنه لم يقدمها على أنها هدية، تم إفهام المدعي بأنه ليس له إلا يمين المدعى ليها، في جلسة أخرى حضرت المدعى عليها أصالة ولم يحضر المدعي رغم معرفته بالموعد، وتم عرض اليمين عليها بعد تخويفها بالله، فاستعدت فحلفت اليمين كما طلب منها، ونظراً لإنكار المدعى عليها، وعدم وجود بينة للمدعي، ولأداء المدعى عليها اليمين، ولقوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وللقاعدة الفقهية: (العادة محكمة)، فقد صدر الحكم بصرف النظر عن الدعوى^(١).

فما حكم دفع المدعى عليها بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٢٦٥-٢٧٢).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: الهدايا غير المشروطة في المهر بعد العقد.

أولاً: صورة المسألة:

إذا قدم الزوج هدايا لزوجته تبرعاً من غير شرط، ثم حصلت الفرقة بينهما، فهل تدخل هذه الهدايا ضمن المهر، وهل يملك الزوج الرجوع فيما أهده لزوجته؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن ما يقدمه الزوج تبرعاً^(٢) من الهدايا بعد العقد لا تدخل في المهر.

(٢) اتفق الفقهاء^(٣) على أن الزوج لا يرجع فيما أهده تبرعاً لزوجته، إذا كانت الفرقة من قبله.

(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (١٥٩/٢)، حاشية ابن عابدين، (١٥٣/٣)، البيان، لابن رشد، (٧٠/٥)، مواهب الجليل، للحطاب، (٥٢٢/٣)، نهاية المحتاج، للرملي، (١٩٩/٧)، حاشية الجمل، (٤٩٥/٤)، الإقناع، للحجاوي، (٢٢١/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (١٥٦/٤).

(٢) ويدخل في ذلك ما تعارف عليه الناس، كهدايا يوم العيد، وصبح العرس.

(٣) ينظر: الأصل، للشيباني، (٣٦٨/٣)، البحر الرائق، لابن نجيم، (١١٨/٣)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٢٨٣/٣)، حاشية الدسوقي، (٣٢١/٢)، تحفة المحتاج، لابن حجر، (٤٢١-٤٢٢/٧)، حاشية الجمل، (٢٧٠/٤)، الإقناع، للحجاوي، (٢٢١/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (١٥٦/٤).

(٣) اتفق الفقهاء^(١) على أن ما يقدم تبرعاً من الهدايا، لا يُرجع فيها بعد الدخول.

(٤) اختلف الفقهاء في حكم رجوع الزوج فيما أهده تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره^(٢) قبل الدخول والخلوة.

(٥) اختلف الفقهاء في حكم رجوع الزوج فيما أهده تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره، بعد الخلوة وقبل الدخول.

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسائل:

المسألة الأولى: حكم رجوع الزوج فيما أهده تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره قبل الدخول والخلوة:

تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(٣) على أن الزوج يرجع بما كان باقياً على حاله فيما أهده تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره قبل الدخول والخلوة.

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، (٣٣/٤)، مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (٢/٣٦٢)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٣/٢٨٣)، حاشية الدسوقي، (٢/٣٢١)، حاشيتنا قليوبي وعميرة، (٣/٢١٦)، حاشية الجمل، (٤/١٢٩)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٤/١٥٧) الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٢١).

(٢) كالزوجة، أو وليها، أو لوجود مانع مثلاً.

(٣) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٢/١٥٩)، حاشية ابن عابدين، (٣/١٥٥، ١٥٣)، مواهب الجليل، للحطاب، (٣/٥٢٢)، حاشية الدسوقي، (٢/٣٢١)، تحفة المحتاج، لابن حجر، (٧/٤٢١-٤٢٢)، إعانة الطالبين، للدمياطي، (٣/٤٠٥)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٢١)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٤/١٥٧).

(٢) اختلف الفقهاء في حكم رجوع الزوج فيما هلك مما أهداه تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره قبل الدخول والخلو، وبيان ذلك ما يلي:
الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم رجوع الزوج فيما هلك مما أهداه تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره قبل الدخول والخلو، على قولين:
القول الأول: أنه ليس للزوج الرجوع فيما هلك، وهذا قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

القول الثاني: أن للزوج أن يرجع في كل ما أهداه حتى الهالك، وهذا قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

استدل من قال بأنه ليس للزوج الرجوع فيما هلك، بأن الهدية كالهبة في أحكامها، فإذا رجع الواهب يرجع بشرط عدم هلاك العين الموهوبة^(٥).

- (١) ينظر: تبين الحقائق، للزبلي، (١٥٩/٢)، حاشية ابن عابدين، (٣/١٥٥، ١٥٣).
- (٢) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٣/٥٢٢)، حاشية الدسوقي، (٢/٣٢١).
- (٣) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر، (٧/٤٢١-٤٢٢)، إعانة الطالبين، للدمياطي، (٣/٤٠٥).
- (٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٢١)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٤/١٥٧).
- (٥) ينظر: تبين الحقائق، للزبلي، (٢/١٥٩)، مواهب الجليل، للحطاب، (٣/٥٢٢).

أدلة القول الثاني:

استدل من قال بأن للزوج أن يرجع في كل ما أهداه حتى الهالك، بالقياس على هبة الثواب؛ فكما أنه يجوز الرجوع في هبة الثواب بكل ما وهب سواء أكان باقياً، أم هالكاً، إذا لم يُثاب عليها، فكذلك ها هنا فيجوز للزوج أن يرجع في كل ما أهداه لزوجته إذا حصلت الفرقة من غيره قبل الدخول والخلوة؛ لأنه ساق الهدية لأجل بقاء العقد، ففات المقصود منها لما فات العقد، فبطلت الهدية^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لأن الزوج إنما وهب لأجل مقصد دوام العقد، فإذا فات هذا المقصد فقد فاتت الهبة، فيرجع في جميع ما وهب لأجله.

المسألة الثانية: حكم رجوع الزوج فيما أهداه تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره، بعد الخلوة وقبل الدخول:

هذه المسألة مبنية على خلاف الفقهاء في حكم إلحاق الخلوة بأحكام الدخول، ولذا يحسن التطرق إليها، وبيان ذلك ما يلي:

صورة المسألة:

هل تأخذ الخلوة أحكام الدخول، كثبوت كامل مهر، وعدة عند الطلاق؟

(١) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر، (٤٢٢/٧)، كشاف القناع، للبهوتي، (١٥٣/٥).

الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم إلحاق الخلوة بأحكام الدخول على قولين:
القول الأول: أن الخلوة تأخذ أحكام الدخول، وهذا قول الحنفية^(١)،
والحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن الخلوة تأخذ أحكام ما قبل الدخول، وهذا قول
المالكية^(٣)، والشافعية^(٤).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ
وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَطْرًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا
مُمِينًا ۗ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ
مِيثَاقًا غَلِيظًا ۗ﴾^(٥).

وجه الدلالة: أن معنى الإفضاء في هذه الآية الخلوة؛ بدلالة أن
الإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو المكان الخالي، فدل على أن الخلوة
تأخذ أحكام الدخول^(٦).

(١) ينظر: النهر الفائق، لابن نجيم، (٢/٢٣٧-٢٣٨)، حاشية ابن عابدين، (٣/١٠٤).

(٢) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/٢٢١)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٢٢٣).

(٣) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٤/٣٧٥)، التاج والإكليل، للمواق، (٥/١٨٥).

(٤) ينظر: البيان، للعمراني، (١١/٧-٨)، الشرح الكبير، للرافعي، (٨/٢٥٠).

(٥) سورة النساء، آية: ٢٠-٢١.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢/٢٩٢)، المغني، لابن قدامة، (٧/٢٤٩).

الدليل الثاني: عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان^(١) رَحِمَهُ اللهُ، قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل بها»^(٢).

وجه الدلالة: أن هذا الحديث نص في الباب على أن الخلوة تأخذ حكم الدخول^(٣).

يمكن أن يناقش: بضعف الحديث، فلا يصح الاحتجاج به^(٤).

الدليل الثالث: إجماع الصحابة؛ فقد قضى الخلفاء الراشدون^(٥) بأن

- (١) هو محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان القرشي المدني، تابعي جليل، مولى بنى عامر بن لؤي، ومن ثقات أهل المدينة ومنتقبيهم، كثير الحديث، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٢٨٣/٥)، مشاهير علماء الأمصار، للبستي، ص: ١٢٧.
- (٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: النكاح، باب: المهر، (٤٧٣/٤)، رقم: ٣٨٢٤، واللفظ له، والبيهقي في الكبرى، كتاب: الصداق، باب: من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق، (٤١٨/٧)، رقم: ١٤٤٨٧، وقال: مرسل ومنقطع، وكذا قال الذهبي، ينظر: المهذب، للذهبي، (٢٨٢٨/٦).
- (٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٩٢/٢)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (١٤٢/٢).
- (٤) كما سبق بيانه في تحريجه.
- (٥) أخرجه الصنعاني في مصنفه، كتاب: النكاح، باب: وجوب الصداق، (٢٨٨/٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: النكاح، باب: من قال إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق، (٥٢٠/٣)، رقم: ١٦٦٩٥، والطحاوي في مشكل الآثار، (١٠٩-١١٣)، والبيهقي في الكبرى، كتاب: الصداق، باب: من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق، (٤١٧/٧)، رقم: ١٤٤٨٤، وقال: مرسل، والسيوطي في الجامع الكبير، (٤٢٢/١٨)، رقم: ٤/٢٥٠٧، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، عن عمر، وعلي، ومعاذ، وجابر، وابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، كتاب: النكاح، باب: من قال إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق، (٥١٩-٥٢٠)، رقم: ١٦٦٨٨-١٦٧٠٣، وأخرجه الدارقطني في سننه عن عمر وعلي رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، كتاب: النكاح، باب: المهر، (٤٧٢/٤)، رقم: =

الخلوة توجب المهر كاملاً كالدخول، ولم يوجد لهم مخالف، فكان إجماعاً منهم^(١).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فِرْصَةً فَرِصَةٌ مَا فَرَضْتُمْ﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن الآية عامة دون تفرقة بين ما إذا حصلت خلوة أم لا، والمس المراد بالآية هو الوطاء^(٣).

نُوقِشَ مِنْ وَجْهَيْنِ:

الأول: أن بعض أهل التأويل قالوا: إن المراد بالمسيس الخلوة، فلا تكون حجة.

الثاني: لو سلم بأنه لا يراد به الخلوة، فإيجاب نصف المفروض لا يعد إسقاطاً للنصف الباقي، فكان حكم الباقي مسكوتاً عنه حتى يقوم الدليل عليه، وقد قام الدليل على وجوبه^(٤).

= ٣٨١٩-٣٨٢٠، وأخرجه البيهقي في الكبرى، عن عمر، وعلي، وزيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، كتاب: الصداق، باب: من قال من أغلق باباً أو أرخى سترأفقد وجب الصداق، (٤١٦/٧)، رقم: ١٤٤٨٢، وقال: موصول عن عمر وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، (٤١٧/٧)، قال الألباني: صحيح عن عمر، وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ينظر: إرواء الغليل، للألباني، (٣٥٦-٣٥٧).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٩٢/٢)، المغني، لابن قدامة، (٢٤٩/٧)، شرح الزركشي، (٣١٣/٥).

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٧.

(٣) ينظر: المعونة، للقاضي عبد الوهاب، (٨٦٥/١)، كفاية النبيه، لابن رفة، (٢٤٥/١٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢٩٢/٢).

الدليل الثاني: أن ابن مسعود^(١)، وابن عباس^(٢) قضوا بأن الخلوة لا توجب كامل المهر عند الطلاق^(٣).

نُوقش: بأن الآثار الواردة عن ابن عباس، وابن مسعود **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا** ضعيفة ولا تصح^(٤).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين، فالخلوة تأخذ أحكام الدخول؛ لما ثبت من الآثار عن بعض الصحابة **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ** أنهم قضوا بذلك.

(١) أخرج البيهقي في الكبرى ذلك، كتاب: النكاح، باب: الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس، (٤١٦/٧)، رقم: ١٤٤٧٨، وابن أبي شيبة في مصنفه ذلك، كتاب: النكاح، باب: من قال: لها نصف الصداق، (٥٢٠/٣)، رقم: ١٦٧٠٤، وقال الذهبي: منقطع، وكذا قال ابن الملقن، ينظر: المهذب، للذهبي، (٢٨٢٧/٦)، البدر المنير، لابن الملقن، (٦٨٨/٧).

(٢) أخرج البيهقي في الكبرى ذلك، كتاب: النكاح، باب: الرجل يخلو بامرأته ثم يطلقها قبل المسيس، (٤١٥/٧)، رقم: ١٤٤٧٣، أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه ذلك، كتاب: النكاح، باب: من قال: لها نصف الصداق، (٥٢٠/٣)، رقم: ١٦٧٠٥، قال ابن الملقن: ضعيف منقطع، وقال ابن حجر العسقلاني: في إسناده ضعف، ينظر: البدر المنير، لابن الملقن، (٦٨٨/٧)، تلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني، (٤٠٧/٣).

(٣) ينظر: عيون المسائل، للقاضي عبد الوهاب، ص: ٣٢٦، الشرح الكبير، للرافعي، (٢٥٠/٨)، البيان، للعمراني، (٨/١١).

(٤) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٢٤٩/٧).

ومن خلال ما سبق يتضح مذهب الفقهاء في حكم رجوع الزوج فيما أهداه تبرعاً لزوجته، إذا حصلت الفرقة من غيره، بعد الخلوة وقبل الدخول، فتكون المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا رجوع للزوج مطلقاً بعد الخلوة؛ وذلك بالقياس على حكم رجوع الزوج بعد الدخول، وهذا قول الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن للزوج الرجوع بعد الخلوة فيما كان باقياً فقط، وهذا بالقياس على حكم رجوع الزوج قبل الدخول، وهذا قول المالكية^(٣).

القول الثالث: أن للزوج الرجوع مطلقاً بعد الخلوة، وهذا بالقياس على حكم رجوع الزوج قبل الدخول، وهذا قول الشافعية^(٤).

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن الخلوة تأخذ أحكام الدخول، فما يهديه الزوج تبرعاً إذا حصلت الفرقة منه أو من غيره بعد الدخول فلا يرجع فيها باتفاق الفقهاء كما سبق^(٥).

- (١) ينظر: مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (٣٦٢ / ٢)، حاشية ابن عابدين، (١٠٤ / ٣).
- (٢) ينظر: النوادر، للقيرواني، (٤٩٢ / ٤)، التاج والإكليل، للمواق، (١٨٥ / ٥).
- (٣) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٢٥٠ / ٨)، حاشيتا قليوبي وعميرة، (٢١٦ / ٣).
- (٤) ينظر: حاشية الخلوئي، (٤٥٨ / ٤)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٢١٥ / ٥).
- (٥) سبق ذكر الاتفاق في تحرير محل النزاع في بداية المبحث.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفعت بها المدعى عليها بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى، وأنه لا يحق له الرجوع فيها؛ وذلك للعرف الجاري، ولأنه خلا بها خلوة شرعية، أنكر المدعي الدفع، وأقر بالخلوة، وذكر أنها هي من طلبت هذه الأغراض، ولم يُقم البينة على ذلك، فجرى سؤال هيئة الخبراء عن العرف الجاري في صحة كون المعطى قبل الزواج هبة أم لا، فوردت الإجابة بأن العرف يقتضي كونه هبة من الزوج، أصر المدعي على تكذيبه لأصل الدفع، فحلفت المدعى عليها على عدم طلب المدعى فيه وأن المدعي قدمها على كونها هبة لها، فحكم القاضي بقبول الدفع، ورد الدعوى؛ وذلك لثبوت صحته^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الهبة غير المشروطة، وثبوت قبض الهبة، وثبوت الخلوة بإقرار من المدعي، وثبوت فسخ النكاح، قبل الدفع، وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث، من أن الهبة غير المشروطة لا تدخل في حكم مهر، وأنه إذا حصل فراق بينهما بعد الخلوة، فلا يملك الزوج الرجوع في جميع ما وهب؛ وذلك لأن الخلوة تأخذ أحكام الدخول على القول الراجح، وقد اتفق الفقهاء على أن الزوج لا يملك الرجوع بعد الدخول.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٢٦٥-٢٧٢).

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى، يُقبل قضاء، إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت كون الهبة غير مشروطة في العقد؛ لأن المشروطة تأخذ حكم المهر، فيملك الزوج الرجوع فيها.

ثانياً: ثبوت لزوم الهبة وذلك بالقبض؛ لأن غير المقبوضة لا تلزم، ويملك الواهب الرجوع فيها.

ثالثاً: ثبوت الفرقة بين الزوجين، ويختلف حكم الرجوع في ذلك بناء على حالتين:

الأولى: إذا كانت الفرقة طلاقاً من الزوج، فلا يملك الزوج الرجوع في جميع ما أهداه تبرعاً باتفاق الفقهاء؛ لأنه هو من فوّت على نفسه.

الثانية: إذا كانت الفرقة من غير الزوج، فهذه لا تخلو من ثلاث حالات:

أ- أن تكون الفرقة قبل الدخول والخلوة، فيرجع الزوج في جميع ما أهداه تبرعاً لزوجته؛ لأنه وهب لمقصود تمام العقد، فلما فات المقصود جاز له الرجوع في الهبة.

ب- أن تكون الفرقة قبل الدخول وبعد الخلوة، فلا يملك الزوج الرجوع في جميع ما أهداه تبرعاً لزوجته؛ لأن الخلوة تأخذ أحكام الدخول.

ج- أن تكون الفرقة بعد الدخول، فلا يملك الزوج الرجوع في جميع ما أهداه تبرعاً لزوجته باتفاق الفقهاء؛ لأن الهبة المقبوضة من العقود اللازمة.

ويكون الدفع مردوداً: إذا أختل أحد هذه الأمور، بأن ثبت كون هذه الهبة مشروطة، أو كونها غير مقبوضة، أو كون الفرقة من غير الزوج قبل الدخول والخلوة، فإذا ثبت أحد هذه الأمور فيرد الدفع، ويرجع الزوج فيما أهداه.

المبحث السابع
**الدفع بأن المورث كان بكامل وعيه
وقت الهبة**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «ادعى بعض الورثة على زوجة مورثهم يطالبون بإبطال هبة مورثهم لها ولأولادها منه، حيث إن مورثهم قبل وفاته بخمسة أشهر أفرغ عقاراً لها ولأولادها منه، ومورثهم كان مريضاً وقت الإفراغ ومصاب بجلطة في رأسه، أجابت المدعى عليها بالمصادقة على العطية، وأن مورثهم عند الإفراغ كان بكامل وعيه، وقد أصيب بجلطة في رأسه، ولم يتأثر منها سوى أن يده ثقلت عليه، وبعد الإفراغ بتسعة أيام أصيب بجلطة أخرى وفقد الحركة، وأصبح ينسى أحياناً، ولا توافق على طلب المدعي وذلك أن مورثهم أراد أن يفرغ للمدعي وأخوته أرضاً زراعية لكنهم رفضوا، هكذا أجابت، - صك ملكية العقار مهمش عليه لدى كاتب العدل بانتقال الملكية للمدعى عليها وأولادها عن طريق التنازل بدون مقابل - استفسر ناظر القضية من المستشفى عن حالة مورث المدعيين والمدعى عليها عند خروجه، هل كانت مستعصية يخشى عليه من الموت أو مستقرة، ووردت الإفادة بأن حالته مستقرة مع تفصيل لحالته الطبية، وبما أن الأصل في التصرفات حملها على الصحة، ينظر: الذخيرة، ٢٤٦/٦، والفروق، ٨٤/٢، وبما أن الهبة مثبتة بورقة رسمية لدى كاتب العدل، ولم يثبت أنه حين الهبة كان ناقص الأهلية، أو مريضاً مرضاً

الدفع بأن المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة = (٣٦٣)

مخوفاً، وبما أن مورث الطرفين مات قبل رجوعه عن هبته للمدعى عليهم، ينظر: الشرح الكبير، (١٦/١٧)، فقد صدر الحكم بعدم ثبوت استحقاق المدعين لشيء من العقار محل النزاع ورد دعواهم^(١).

فما حكم دفع المدعى عليها بأن المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة؟
وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام: ١٤٣٤هـ، (٩/٢٥٢-٢٥٩).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: هبة من نقص عقله أو فقده.

أولاً: صورة المسألة:

هل يشترط في الواهب أن يكون عاقلاً؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(١) على أنه يشترط في الواهب أن يكون عاقلاً، وأن الهبة لا تصح من غير عاقل.

ثالثاً: مستند الاتفاق:

أن الهبة عقد من عقود التبرعات، ولا يملكها من لا يملك التبرع، فلا تصح من المجنون؛ لأنه ليس أهلاً للتبرع، فالهبة ضررٌ محضٌ بحقه لا يقابلها نفع دنيوي^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١١٨/٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٨٤/٧)، حاشية الدسوقي، (٩٨/٤)، منح الجليل، لعليش، (١٧٦/٨)، الغرر البهية، للأنصاري، (٢٣٢/٣)، حاشيتا قليوبي وعميرة، (١١٣/٣)، (٣٥٥/٤)، حاشية الخلوئي، (٥١١/٣)، نيل المآرب، لابن أبي تغلب، (٤٠١/١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١١٨/٦)، حاشية الصاوي، (١٤٠/٤)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٤٧٨/٢)، كشاف القناع، للبهوتي، (٣٤٤/٤).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفعت بها المدعى عليها - وهي زوجة المورث - بأن المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة، أنكر المدعي - وهو أحد الورثة - الدفع، وادعى خلافه، ولم يُقم البينة على ذلك، تم رفع طلب تقرير للمستشفى عن بيان حالة المورث، فورد التقرير بأن حالة المورث كانت مستقرة ولم تكن مستعصية يخشى عليه من الموت، فحكم القاضي برد الدعوى، بناء على قوة الدفع؛ وذلك لثبوت صحته، ولأن الأصل في التصرفات الصحة، ولأن المورث مات قبل رجوعه عن الهبة فلزمت^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذا بعد ثبوت الهبة، وقبضها، وتعذر ثبوت نقصان عقل المورث أو مرضه وقت الهبة، ولأن الأصل في الأفعال الصحة، قُبِل الدفع وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أنه يشترط في الواهب أن يكون عاقلاً، وأن الهبة من غيره لا تصح؛ فناقص العقل أو فاقده ليس أهلاً للتبرع، وقد نُوقِشت حالة

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام: ١٤٣٤هـ، (٩/٢٥٢-٢٥٩).

المورث العقلية في الدعوى ولم يتضح حصول تغير في حالته، فحملت على الصحة.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بكون المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة، يُقبل قضاءً إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت الهبة؛ لأنها أصل الدعوى.

ثانياً: ثبوت قبض الهبة؛ لأنها لا تكون لازمة إلا بالقبض.

ثالثاً: ثبوت موت المورث؛ لأنها هبة على وارث، فالمورث يملك الرجوع على أبنائه -دون بقية الورثة- في حال الحياة، وتكون لازمة بموته.

رابعاً: ثبوت أهلية المورث العقلية وقت الهبة؛ لأن غير العاقل ليس أهلاً للتبرع وذلك باتفاق الفقهاء كما تقرر.

خامساً: ثبوت كون المورث وهب وهو في حال صحته؛ لأن المريض له أحكام خاصة، تختلف باختلاف مرضه واتصالها بالموت.

ويرد الدفع إذا تخلف ذلك.

المبحث الثامن
الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة
المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقام المدعون دعواهم ضد المدعى عليهم طالبين نقض تصرف مورث الطرفين، وإعادة المنزل محل الدعوى الذي تنازل عنه لصالح زوجته إلى جميع الورثة، وقسمته بينهم؛ لأن تصرفه فيه كان أثناء مرضه بالفشل الكلوي، وبعرض الدعوى على وكيل المدعى عليهم أقر بأن مورثهم وهب زوجته المنزل المذكور، ودفع بأن ذلك تم لدى كاتب العدل قبل مرض المورث، وأنه كان آنذاك متمتعاً بكامل أهليته المعتبرة شرعاً، وقد جرى من القاضي التحقق من الدعوى فأفادت كتابة العدل بأن مورث الطرفين حضر بنفسه، وتنازل عن المنزل وهو بكامل أهليته المعتبرة شرعاً، كما ورد التقرير الطبي متضمناً أن مرض المورث استمر خمس سنوات حتى وفاته؛ ونظراً لأن التنازل وقع في مرض لا يعد مخوفاً شرعاً؛ لذا فقد حكم القاضي بصرف النظر عن الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليهم بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٤/١٥٢-١٦٠).

الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً = (٣٦٩)

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألتين:

المسألة الأولى: لزوم الهبة في حال الصحة على أحد الورثة.

المسألة الثانية: الأهلية الشرعية المعتبرة للواهب.

وبيان ذلك تفصيلاً ما يلي:

المسألة الأولى: لزوم الهبة في حال الصحة على أحد الورثة:

أولاً: صورة المسألة:

هل تعد الهبة على أحد الورثة في حال الصحة لازمة؟ بحيث لا

يملك الواهب أو الورثة الرجوع عن الهبة.

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن الهبة على أحد الورثة في حال الصحة

والحياة بعد القبض تلزم إذا كانت من غير الأب.

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٨٨/٧)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (١٠١/٥)،

الفواكه الدواني، للنفاوي، (١٥٩/٢)، منح الجليل، لعليش، (١٢٦/٨)، البيان،

للعمراني، (١٢٥/٨)، المجموع، للنووي، (٣٨٢/١٥)، منتهى الإرادات، لابن

النجار، (٤٠٥/٣)، غاية المنتهى، لمرعي، (٣٨/٢).

(٢) اتفق الفقهاء^(١) على أن الهبة تلزم إذا كانت على أحد الورثة في حال الصحة وبعد القبض وموت الواهب.

(٣) اختلف الفقهاء في لزوم الهبة إذا كانت على أحد الورثة في حال صحة وحياة الواهب قبل قبضها.

(٤) اختلف الفقهاء في لزوم الهبة إذا كانت الهبة على أحد الأبناء في حال الصحة والحياة وبعد القبض.

(٥) اختلف الفقهاء في حكم الهبة على أحد الورثة في حال الصحة، وموت الواهب قبل قبض الهبة.

وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسائل:

المسألة الفرعية الأولى: لزوم الهبة إذا كانت على أحد الورثة في حال صحة وحياة الواهب قبل قبضها:

صورة المسألة:

هل تلزم الهبة إذا كانت على أحد الورثة بمجرد القول؟

الحكم الفقهي للمسألة:

سبق التطرق في المبحث الثاني من هذا الفصل لمسألة: حكم لزوم الهبة بمجرد القول، وهي بحد ذاتها تتفق مع هذه المسألة بأدلتها،

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٩٢/٧)، حاشية ابن عابدين، (٧٠١/٥) - (٧٠٤)، الفروق، للقرافي، (٢٤٥/٦)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١١١/٧)، الشرح الكبير، للرافعي، (٣١٩/٦)، كفاية النبيه، لابن رفة، (١١١/١٢)، الإقناع، للحجاوي، (٣٥/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٤٠٥/٣).

الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتمدة شرعاً = (٣٧١)

فِيُكْتَفَى بِالْإِشَارَةِ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ التَّطَرُّقِ إِلَى أَدْلَتِهَا: اختلف الفقهاء في حكم لزوم الهبة إذا كانت على أحد الورثة في حال صحة وحياء الواهب قبل قبضها، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الهبة عقد جائز لا تلزم إلا إذا كانت على ذي رحم محرم، أو كانت بين الزوجين، دون غيرهم، وهذا قول الحنفية^(١).

القول لثاني أن الهبة تلزم بمجرد القول إلا إذا كانت هبة الوالد لولده فإنها لا تلزم، وهذا قول المالكية^(٢).

القول الثالث: أن الهبة لا تلزم بمجرد القول مطلقاً، وهذا قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثالث؛ لأنه أوسط الأقوال، والجامع بينها، ولقوة أدلتهم، وضعف أدلة المخالفين، فالآثار الواردة عن الصحابة في لزوم الهبة بعد القبض صحيحة، بخلاف غيرها، ولأن القول بلزوم الهبة أو عدم لزومها مطلقاً يفضي إلى التنازع، والبغضاء، واختلال الأملاك، فالهبة عقد جائز قبل القبض، لازم بعد القبض.

- (١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣٤ / ٦)، حاشية ابن عابدين، (٦٩٨ / ٥).
- (٢) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٠٦ / ٧)، حاشية الدسوقي، (١٠٣ / ٤).
- (٣) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٢٧ / ٧)، المجموع، للنووي، (٣٧٠ / ١٥).
- (٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣١ / ٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٩٦ / ٣).

المسألة الفرعية الثانية: لزوم الهبة إذا كانت الهبة على أحد الأبناء
في حال الصحة والحياة وبعد القبض:
صورة المسألة:

هل يصح للأب الرجوع فيما وهبه لابنه؟

الحكم الفقهي المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم رجوع الأب في هبته، على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح للأب أن يرجع فيما وهبه لابنه، وهذا
قول الحنفية^(١).

القول الثاني: يصح للأب أن يرجع فيما وهبه لابنه، وهذا قول
المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن أبي هريرة **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** قال: قال **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**الواهب
أحق بهبته ما لم يشب**»^(٥).

- (١) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٥٤ / ١٢)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣٢ / ٦).
- (٢) استثنوا: ما إذا كانت على وجه الصدقة فلا رجوع للأب، ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (١١٤ / ٧)، حاشية الصاوي، (٣١٧ / ١٢).
- (٣) أحقوا بالأب سائر الأصول، ينظر: نهاية المحتاج، للرملي، (٤١٧ / ٥)، حاشيتنا قليوبي وعميرة، (١١٤ / ٣).
- (٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣٥-٣٦)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣ / ٤٠٧-٤٠٨).

(٥) سبق تخريجه في المبحث الثاني من هذا الفصل، ص: ٣٠٥.

الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً = (٣٧٣)

وجه الدلالة: معنى: «**ما لم يثب**» أي: ما لم يعوض، وصلة الرحم عوض في المعنى؛ لأن التواصل سبب للتناصر والتعاون في الدنيا، وسبب للثواب في الآخرة، والوالد وولده من ذوي الرحم^(١).

يمكن أن يناقش: بضعف الحديث، فلا يصح الاحتجاج به^(٢).

الدليل الثاني: عن سمرة^(٣) **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** أن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** قال: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»^(٤).

وجه الدلالة: أن الابن ذوو رحم محرم من النسب، فلا يرجع فيما وهب له^(٥).

يمكن أن يناقش: بضعف الحديث، فلا يصح الاحتجاج به^(٦).

الدليل الثالث: عن أبي غطفان بن طريف المري^(٧) **رَحِمَهُ اللَّهُ**، أن عمر

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣٢/٦).

(٢) كما هو مشار سابقاً في التخريج.

(٣) هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، أبو عبيد، من علماء الصحابة، نزل البصرة، ثم انتقل إلى الكوفة، عظيم الأمانة، صدوقاً، يحب الإسلام وأهله، كان شديداً على الخوارج قتل منهم جماعة، توفي: ٥٨ هـ، ينظر: معرفة الصحابة، لأبي نعيم، (٣/١٤١٥)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/١٨٣-١٨٦).

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب: البيوع، باب: حديث معمر بن راشد، (٢/٦٠)، رقم: ٢٣٢٤، واللفظ له، والبيهقي في الكبرى، كتاب: الهبات، باب: المكافأة في الهبة، (٦/٣٠٠)، رقم: ١٢٠٢٦، وقال: «ليس بقوي»، وقال الذهبي: حديث منكر، ينظر: تنقيح التحقيق، (٢/١٤٨).

(٥) ينظر: التجريد، للقدوري، (٨/٣٨٢١-٣٨٢٢).

(٦) كما هو مشار في تخريج الحديث.

(٧) هو التابعي الجليل: أبا غطفان بن طريف المري، قيل اسمه: سعد، ثقة، من أهل المدينة، لزم عثمان بن عفان **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**، وكتب له، وكتب لمروان، ينظر: تهذيب الكمال، للمزي، (٣٤/١٧٧)، الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٥/١٧٦).

بن الخطاب **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** قال: «من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة. فإنه لا يرجع فيها»^(١).

وجه الدلالة: أن الأثر نص على عدم جواز رجوع الأب فيما وهبه لابنه^(٢).

الدليل الرابع: أن الهبة قد تمت للابن ملكاً وعقداً، فلا يملك الأب الرجوع فيها^(٣).

الدليل الخامس: أن رجوع الأب في هبته يحمل الابن على العقوق، وقصد الأب أن يحمل ابنه على بره، فإذا رجع انتفى هذا القصد^(٤).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن طاووس **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** عن ابن عمر، وابن عباس **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا**، قالوا: قال رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «لا يحل لأحد يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده»^(٥).

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في الهبة، (١٠٩١/٤)، رقم: ٢٧٩٠، واللفظ له، والصنعاني في مصنفه، كتاب: المواهب، باب: الهبات، (١٠٧/٩)، رقم: ١٦٥٢٨، قال الألباني: صحيح موقوف، ينظر: إرواء الغليل، (٥٥/٦)، رقم: ١٦١٣.

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٥٥/١٢)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٣٢/٦).

(٣) ينظر: التجريد، للقدوري، (٣٨٢٦/٨)، المبسوط، للسرخسي، (٥٥/١٢).

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٥٥/١٢).

(٥) أخرجه النسائي في الكبرى، كتاب: الهبة، باب: الاختلاف على طاووس في الرجوع في هبته، (١٨٣/٦)، رقم: ٦٤٩٨، وابن ماجه في سننه، كتاب: الهبات، باب:

من أعطى ولده ثم رجع فيها، (٧٩٥/٢)، رقم: ٢٣٧٧، قال الترمذي: حسن =

الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً = (٣٧٥)

وجه الدلالة: أن الاستثناء من النفي إثبات، ومن التحريم إباحة، فدل على أن الرجوع في الهبة لا يصح إلا للأب، فله أن يرجع فيما وهب لابنه^(١).

نوقش: بأن معنى قوله «إلا الوالد» يحمل على معينين:

الأول: ولا الوالد، قياساً على قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾^(٢)،

أي: ولا الذين ظلموا.

الثاني: إلا الوالد، فإنه ينفرد بالأخذ عند الحاجة^(٣).

الدليل الثاني: عن النعمان بن بشير^(٤) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أنه قال: أن أباه^(٥) أتى

به رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: إني نحللت ابني هذا غلاماً كان لي،

= صحيح، وقال الحاكم: صحيح، ينظر: سنن الترمذي، (٤/٤٢٤)، المستدرک، للحاكم، (٢/٣٥).

(١) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١١٤)، المجموع، للنووي، (١٥/٣٨١-٣٨٢).

(٢) سورة البقرة، آية: ١٥٠.

(٣) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٢/٥٥).

(٤) هو الصحابي الجليل: النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري، أب عبد الله، الأمير، العالم، الخطيب، أول مولود من الأنصار، تولى الكوفة وحمص، وتولى قضاء دمشق، كان من أخطب الناس، توفي سنة ٦٤ هـ، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٦/١٢٣-١٢٤)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/٤١١-٤١٢).

(٥) هو الصحابي الجليل: بشير بن سعد بن ثعلبة بن خلاس بن زيد الخزرجي، أبو النعمان الأنصاري، صاحب الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وروى عنه، وشهد بدر وأحد وكل المشاهد، قدم الشام وولي أعمال دمشق، قتل في عين التمر في خلافة أبي بكر -رضي الله عنهم جميعاً-، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٣/٤٠٢-٤٠٣)، تاريخ دمشق، لابن عساكر، (١٠/٢٨٣).

فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أكل ولدك نحلته مثل هذا؟» فقال: لا، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فأرجعه»^(١).

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه^(٢).

نُوقش: بأن الحديث يحتمل وجهين:

الأول: أن النعمان كان بالغاً، ولم يقبض الهبة، فصح رجوع والده

-رضي الله عنهم جميعاً-.

الثاني: أن النعمان كان صغيراً، ولكن والده فوض رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

ليهبه له إن رآه صواباً^(٣).

الدليل الثالث: القياس على العبد، فكما أن السيد يصح له الرجوع

عن هبته لعبد، فكذلك الأب إذا وهب ابنه؛ لأن هذه الهبة هبة لمن

أضيف هو وماله إلى الواهب في الشرع إضافة الملك، فهو له شبهة

في ماله، فأشبهه العبد^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور

إذا أشهد، (١٧١/٣)، رقم: ٢٦٥٠، ومسلم في صحيحه، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، (١٢٤١/٣)، رقم: ٩/١٦٢٣، واللفظ له.

(٢) ينظر: المعونة، للقاضي عبد الوهاب، ص: ١٦١٥.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي، (٥٦/١٢).

(٤) ينظر: المعونة، للقاضي عبد الوهاب، ص: ١٦١٥.

الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً = { ٣٧٧ }

نُوقش: بأنه غير مُسلم به؛ لأن العبد لا مال له، وإنما المال للسيد، ومال الابن لم يجعل مال الأب، وإنما يتصرف به عند الحاجة، والمعنى في العبد أن الهبة لم تخرج من ملكه فصارت كهبة الأب قبل القبض^(١).
الدليل الرابع: أن الأب لا يرجع إلا فيما فيه ضرورة أو إصلاح للولد^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لما ثبت في الحديث من استثناء الأب في صحة الرجوع في الهبة، ولأن شفقة الأب تمنعه من أن يضر بابنه، فيكون رجوعه لضرورة أو مصلحة.

المسألة الفرعية الثالثة: حكم الهبة على أحد الورثة في حال الصحة، وموت الواهب قبل قبض الهبة:

صورة المسألة:

إذا وهب المورث هبة على أحد الورثة في حال صحته، ومات المورث قبل قبض الموهوب للهبة، فهل تصح هذه الهبة؟ وهل تلزم؟ بحيث يملك الموهوب مطالبة الورثة بها.

الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الهبة على أحد الورثة في حال الصحة، وموت الواهب قبل قبض الهبة، على قولين:

(١) ينظر: التجريد، للقدوري، (٨/٣٨٢٧).

(٢) ينظر: المجموع، للنووي، (١٥/٣٨٢).

القول الأول: أن الهبة تبطل، وهذا قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

القول الثاني: أن الهبة لا تبطل، وينتقل حق الإذن فيها للورثة، وهذا قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن الهبة ليست ملكه؛ فالحبض شرط لثبوت الملك، فلا يُطالب بما لا يملك^(٥).

الدليل الثاني: القياس على الوكالة؛ بجامع أن كلاهما من العقود الجائزة^(٦)، التي تبطل بموت أحد المتعاقدين^(٧).

دليل القول الثاني:

القياس على البيع في مدة الخيار؛ فكما أن حق الخيار ينتقل للورثة بموت البائع فكذلك الهبة؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم^(٨).

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٢٥١/٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٩٢/٧).

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (١١١/٧)، الفواكه الدواني، للنفراوي، (١٥٩/٢).

(٣) ينظر: البيان، للعمراني، (١١٨/٨)، المجموع، للنووي، (٤٤٢/١٥).

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣٢/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٩٦/٣).

(٥) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٩٢/٧)، حاشية الدسوقي، (١٠٣/٤).

(٦) الهبة تكون لازمة بالحبض.

(٧) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٤٣/٦).

(٨) ينظر: أسنى المطالب، للأنصاري، (٤٨٢/٢)، كشاف الفناع، للبهوتي، (٣٠٣/٤).

الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً = (٣٧٩)

نُوقش: بأنه لا يُسلم به؛ لأن مسألة انتقال خيار الشرط للورثة محل

خلاف بين الفقهاء، فلا يصح الاحتجاج بها^(١).

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، وذلك لأن عقد الهبة من

العقود التي تلزم وتملك بالقبض، فإذا لم تقبض ومات الواهب بطلت

الهبة؛ لانتقالها للورثة.

المسألة الثانية: الأهلية الشرعية المعتبرة للواهب:

أولاً: صورة المسألة:

هل للواهب شروط معينة يجب أن تتوفر فيه قبل هبته؟

(١) اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال: فذهب الحنفية: إلى أن شرط الخيار لا يُورث مطلقاً، وذهب الحنابلة: إلى شرط الخيار لا يُورث إلا إذا كان قد طالب به قبل موته فإنه يُورث، وذهب المالكية والشافعية: إلى أن شرط الخيار يُورث مطلقاً، ينظر: مجمع الأنهر، لشيخه زاده، (٣٣/٢)، حاشية ابن عابدين، (٥٨٢/٤)، حاشية الدسوقي، (١٠٢/٣)، منح الجليل، لعليش، (١٣٠/٥)، روضة الطالبين، للنووي، (٤٤١/٣)، نهاية المحتاج، للرملي، (١٤/٤)، الفروع، لابن مفلح، (٢٢٦/٦)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣٠٥/٢).

ثانياً: حكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الواهب أن يكون أهلاً للتبرع^(١)،
مختاراً غير مكره^(٢).

رابعاً: مستند الاتفاق:

قالوا: إن الهبة تبرع، فلا يملكها من لا يملك التبرع، كالصغير،
والمجنون، والعبد^(٣)، والسفيه^(٤).

(١) وهو البالغ، العاقل، الحر، الرشيد، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١١٨/٦)،
مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (٣٥٣/٢)، (٤٣٩/٢)، شرح مختصر خليل، للخرشي،
(١٠٣/٧)، حاشية الدسوقي، (٩٨/٤)، أسنى الطالب، للأصاري، (٤٧٨/٢)،
(٦/٢)، تحفة المحتاج، لابن حجر، (٣٠٠/٦)، غاية المنتهى، لمرعي، (٣٧/٢)،
كشاف القناع، للبهوتي، (٢٩٨/٤).

(٢) سبق التطرق لهذه المسألة في المبحث الثالث من هذا الفصل.

(٣) غير المأذون له بالهبة، فإنه هبته تصح، ولكن اختلفوا في اشتراط العوض في هبة
العبد المأذون، فذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، إلى: صحة
هبة العبد الذي أذن له سيده بالهبة سواء أكانت بعوض أو غير عوض، بينما
ذهب المالكية، إلى: أنه لا تصح الهبة من العبد الذي أذن له سيده إلا بعوض،
ينظر: الجوهرة النيرة، للحدادي، (٣٦٧/١)، حاشية ابن عابدين، (١٣٦/٦)،
شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٢٠/٧)، حاشية الصاوي، (١٦٠/٤)، البيان،
للعمراني، (٢٤١/٧)، حاشية البجيرمي، (١٣/٣)، الإقناع، للحجاوي، (٣٢/٣)،
غاية المنتهى، لمرعي، (٣٥/٢).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (١١٨/٦).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفعت فيها المدعى عليها: بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً، أنكر المدعى الدفع، وأثبتت المدعى عليها صحة الدفع، وذلك بالتقارير الطبية، وجواز سفره الذي أثبت سفره وتنقل المورث خارج البلاد، فدل على تمتعه بأهليته المعتبرة شرعاً، حكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت صحة الدفع، ولكون الهبة مقبوضة قبل الوفاة، وقد قرر الفقهاء أن الواهب إذا مات قبل الرجوع فإن الهبة تثبت للمعطي، وليس لبقية الورثة الرجوع إلا أن يكون الممرض مرض الموت^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الأهلية المعتبرة للمورث، وثبوت كون المورث وهب في غير مرض الموت، وثبوت كون الهبة مقبوضة قبل موت المورث، فقد قبل الدفع، وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أن الهبة في حال الصحة على أحد الورثة إذا قبضت قبل موت المورث فإنها تلزم بموته، ولا يملك الورثة الرجوع عليه؛ وذلك لأنها أصبحت من العقود اللازمة التي لا يصح

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٤/ ١٥٢-١٦٠).

الرجوع فيها، كما أن الأهلية المعتبرة للواهب شرط في صحة الهبة، فلا تصح من مكره، ولا ممن ليس أهلاً للتبرع، وذلك باتفاق الفقهاء كما سبق.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بكون الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً، يُقبل قضاءً، إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت كون المورث وهب في حال صحته؛ لأن هبة المريض تختلف باختلاف مرضه، واتصاله بالموت.

ثانياً: ثبوت كون المورث وهب وهو بكامل أهليته المعتبرة شرعاً؛ وذلك لأن ناقص الأهلية لا يملك التبرع، والهبة تبرع فلا يملكها.

ثالثاً: يرجع لزوم الهبة إلى اختلاف حالة حياة أو موت الواهب، وكون الموهوب له قد قبض الهبة أم لا قبل موت الواهب، وتفصيل ذلك ما يلي:

أ- تكون الهبة لازمة ولا يملك الواهب -غير الأب- الرجوع في هبته، بعد قبض الهبة.

ب- تكون الهبة لازمة ولا يملك الورثة الرجوع في الهبة، إذا كانت مقبوضة قبل موت الواهب.

ج- تكون الهبة غير لازمة ويملك الواهب الرجوع فيها، قبل قبضها.

د- يملك الأب الرجوع فيما وهبه لابنه، حتى بعد قبضها.

هـ- تبطل الهبة إذا لم تقبض قبل موت الواهب.

المبحث التاسع
الدفء بأن الهبة كانت في مرض
موت المورث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفء من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفء.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفء.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليه، مطالبة إثبات ملكيتها لمنزل خلفه مورث الطرفين -زوجها- بدعوى أنه وهبه لها في مرضه الذي مات فيه، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أصالة ووكالة أنكر صحتها، وبطلب البينة من المدعية أبرزت ورقة متضمنة هبة المنزل لها من زوجها المتوفى ومذيلة بتواريخ منسوبة لعدد من الشهود، وقد أحضرت شاهدين منهم فشهدا طبق دعوها، وبعرض ذلك على المدعى عليه دفع بأن المورث وضع بصمته على الورقة وهو في مرض أفقده الأهلية كما طعن في عدالة الشهود؛ ونظرًا لأن الهبة وقعت من المورث في مرض موته، ولأنها تكون بذلك موقوفة على إجازة الورثة؛ لذا فقد حكم القاضي برد دعوى المدعية وبقاء المنزل محل النزاع ملكاً للورثة بحسب أنصائهم»^(١).

**فما حكم دفع المدعى عليه بأن الهبة كانت في مرض موت المورث؟
وما أثره القضائي؟**

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٤/ ١٦١-١٦٥).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: لزوم الهبة في مرض الموت.

الفرع الأول: تعريف مرض الموت لغة واصطلاحاً:

أولاً: التعريف في اللغة:

مرض الموت مركب من كلمتين: مرض وموت.

فالمرض هو: كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان، سواء من علة أو نفاق أو تقصير في أمر^(١).

والموت هو: ضد الحياة، وأصله: ذهاب القوة من الشيء، سواء القوة الحسية أو العقلية^(٢).

ثانياً: التعريف في الاصطلاح:

مرض الموت: هو المرض الذي اتصل بالموت، وكان سبباً له^(٣).

(١) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس، (٣١١/٥)، تاج العروس، للزبيدي، (٥٤/١٩)، مادة: مرض.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، لابن فارس، (٢٨٣/٥)، لسان العرب، لابن منظور، (٩٢-٩٠/٢)، مادة: موت.

(٣) كون المرض متصلاً بالموت جاء باتفاق الفقهاء، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٣٧١/٧)، العناية، للبابرتي، (٤١٩/١٠)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٠٧/٧)، حاشية العدوي، (٢٦٣/٢)، روضة الطالبين، للنووي، (١٢٣/٦)، تحفة المحتاج، لابن حجر، (٣٠/٧)، المغني، لابن قدامة، (١٩٢/٦)، المبدع، لابن مفلح، (٢١٢/٥).

الفرع الثاني: مسألة لزوم الهبة في مرض الموت:

أولاً: صورة المسألة:

هل تعتبر هبة المريض في مرض موته لازمة؟ بحيث لا يملك الورثة الرجوع فيها؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) أجمع العلماء^(١) على أن الهبة في مرض الموت تكون من الثلث إذا كانت مقبوضة.

(٢) اتفق الفقهاء^(٢) على أن الهبة للوراث في مرض الموت، تكون موقوفة على إجازة الورثة.

= ويشار إلى أن الفقهاء اختلفوا في تقدير كثرة وقوع الموت بالمرض، فذهب الحنفية إلى: أنه مما يغلب على الظن الموت بسببه، وذهب المالكية، والحنابلة إلى: أنه مما يكثر الموت بسببه، وذهب الشافعية إلى: أنه مما لا يندر الموت بسببه، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٣/٢٢٤)، حاشية ابن عابدين، (٣/٣٨٤)، حاشية الدسوقي، (٣/٣٠٦)، منح الجليل، لعليش، (٦/٤٢٨)، روضة الطالبين، للنووي، (٦/١٣٠)، الغرر البهية، للأنصاري، (٤/١٧)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤/٣٢٣)، حاشية ابن قائد، (٣/٤١٧).

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر، ص: ١٢٠، الإقناع، لابن قطان، (٢/١٨٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٨/٤٩٠)، حاشية ابن عابدين، (٦/٦٨٠)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٧/١٠٣)، حاشية الصاوي، (٢/١٤٤)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٥٠)، روضة الطالبين، للنووي، (٦/١٢٣)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٤٤٢)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٤/٤١٨).

(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٦/١٨٢)، البناية، للعيني، (١٣/٣٩٨-٣٩٩)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٥/٣٠٥)، حاشية العدوي، (٢/٢٥٧)، الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٢٤-٢٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٦/١٠٩-١١٠)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤/٣٤٣)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٤/٤٠٤).

(٣) اتفق الفقهاء^(١) على أن الهبة في مرض الموت فيما زاد على الثلث، تكون موقوفة على إجازة الورثة.

(٤) اختلف الفقهاء في حكم اشتراط القبض في صحة هبة المريض مرض الموت، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط القبض في صحة هبة المريض مرض الموت، على قولين:

القول الأول: أن القبض شرط لصحة هبة المريض، فإذا مات المريض قبل القبض بطلت الهبة، وهذا قول الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣).

القول الثاني: أن القبض ليس شرط لصحة هبة المريض، وهذا قول المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٢٥٩/٦)، حاشية ابن عابدين، (٦٩٣/٥)، مواهب الجليل، للحطاب، (٣٨١/٦)، حاشية الدسوقي، (٩٨/٤)، البيان، للعمرائي، (٢١٩/٨)، حاشية البجيرمي، (٨٩/٣)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٤٤٢/٢)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٤٠٤/٤).

(٢) ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٢٥٩/٦)، حاشية ابن عابدين، (٦٨٠/٦).

(٣) ينظر: الحاوي، للماوردي، (٢٩٠/٨)، بحر المذهب، للروايي، (٩٨/٨).

(٤) إلا أنهم قالوا: إذا مات قبل القبض فإن الهبة تخرج من الثلث قبضت أم لم تقبض، ينظر: المختصر، لابن عرفة، (٧/٩)، حاشية الدسوقي، (١٠٢/٤).

(٥) إلا أنهم قالوا: إذا مات قبل القبض كان الورثة بالخيار، ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (٢٤/١٧)، حاشية الخلوئي، (٥٢/٣).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن هبة المريض هبة حقيقية، والهبة لا تتم ولا تملك إلا بالقبض^(١).

الدليل الثاني: القياس على الهبة في حال الصحة، وذلك من وجهين:

الأول: أن المعنى الذي لأجله - لا تتم الهبة في الصحة إلا بالقبض - موجود في حق المريض، فهو تمليك بعقد تبرع، فيكون ضعيفاً حتى ينضم إليه ما يؤيده.

الثاني: أن تصرف المريض أضعف من تصرف الصحيح؛ فيكون القبض في حقه أولى^(٢).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: القياس على الوصية؛ بجامع أن كلاهما يخرج من الثلث^(٣).

نُوقِش: بأنه قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الوصية خلافة، ثم الملك ثمرة لها، والخلافة لا تكون إلا بعد الموت، أما الهبة عقد تمليك في الحال، لا يقبل الإضافة، فكان القبض شرط لثبوتها^(٤).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين، (٦/٦٨٠)، بحر المذهب، للرويانى، (٨/٩٨).

(٢) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٢/١٠٢)، المحيط البرهاني، لابن مازة، (٦/٢٥٩).

(٣) ينظر: أسهل المدارك، للكشناوي، (٣/٩٦)، الإنصاف، للمرداوي، (١٧/٢٤).

(٤) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٢/١٠٢).

الدليل الثاني: أن الأصل في تصرفات المريض مرض الموت أنها موقوفة إلى ما بعد الموت، فلا معنى للقبض^(١).

يمكن أن يُناقش: بأن هذا غير مسلم به؛ فالمريض إذ وهب وأقبض وصح من المرض كانت الهبة صحيحة نافذة من جميع المال ولا يملك الرجوع فيها، بخلاف ما إذا لم يُقبض، فدل ذلك على أن القبض في هبة المريض له معنى.

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن عقد الهبة في المرض عقد صحيح، فيشترط فيه ما يشترط في الهبة حال الصحة وهو القبض قبل موت الواهب.

(١) ينظر: الجامع، للصقلي، (١٩/٥٤٩)، أسهل المدارك، للكشناوي، (٣/٩٦).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه - وهو أحد الورثة - : بأن الهبة كانت في مرض مورث، أقرت المدعية - وهي زوجة المورث - بالدفع، وحكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت صحة الدفع بإقرار المدعية وشهادة الشهود^(١).

ومن خلال ما سبق يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت مرض المورث مرض الموت، وثبوت الهبة في مرضه، قبل الدفع وردت الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرّر في المبحث من أن هبة المريض مرض الموت إذا كانت لوarith فإنها تتوقف على إجازة الورثة؛ لأنهم أصحاب الحق في ذلك.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بأن الهبة كانت في مرض موت المورث، يرجع في قبولها إلى القاضي، بما تتضمنه الدعوى.

فيكون الدفع دفعاً مقبولاً، إذا تحققت أمور:

الأول: ثبوت موت المورث بمرض الموت؛ لأنه إذا لم يمت أو ثبت

موته بغير المرض فإن الهبة تأخذ حكم الهبة في حال الصحة.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٤ / ١٦١ - ١٦٥).

الثاني: ثبوت كون الهبة كانت في مرض موت المورث؛ لأنه إذا ثبت تقدمها قبل المرض، كانت هبة في حال الصحة فتأخذ أحكامها.

الثالث: حكم الهبة يختلف باختلاف مقدار الهبة والموهوب له، وبيان ذلك ما يلي:

الحالة الأولى: أن يكون الموهوب له وارثاً، فتتوقف الهبة على إجازة الورثة؛ لأنه حق مشترك.

الحالة الثانية: أن تكون الهبة أكثر من الثلث، فتتوقف على إجازة الورثة؛ لأن المريض مرض الموت لا يملك التبرع بأكثر من الثلث.

الحالة الثالثة: أن تكون الهبة مقبوضة، وأقل من الثلث أو مساوية له، فتخرج من الثلث؛ لأنها تبرع ثبتت بالقبض.

الحالة الرابعة: أن تكون الهبة غير مقبوضة، فتكون الهبة باطلة؛ لعدم ثبوتها.

المبحث العاشر
**الدفع بأن المورث تنازل عن العقار هبة
لأحد الورثة لعدة**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «ادعى المدعى ضد المدعى عليه بأن مورثه ومورث المدعى عليه قد توفي وخلف العقار الكائن بالشامية برأس جبل القرن والمملوك بموجب الصك الصادر من كتابة العدل، وأن العقار المذكور سيزال لصالح توسعة الساحات الشمالية للحرم المكي الشريف، وصك العقار لدى المدعى عليه، ويطلب الحكم ببيع العقار المذكور، وتسليمه نصيبه الشرعي منه، وإلزام المدعى عليه بتسليمه الصك الخاص بالعقار محل الدعوى، هكذا ادعى، أجاب المدعى عليه بالمصادقة على وفاة مورثهم، وأما ما ذكره المدعي من أن مورثهم قد خلف العقار المذكور في الدعوى فغير صحيح، والصحيح أن مورثهم قد تنازل عن كامل الدار أرضاً وبناءً والمملوكة بهذا الصك لأخيه الشقيق؛ لوجه الله سبحانه، لكونه معاقاً، ومعتوهاً، وهو ولي عليه بموجب صك الولاية الصادر من هذه المحكمة، ويطلب الحكم بصرف النظر عن دعوى المدعي هكذا أجاب، صادق المدعي على إعاقة أخيه وعته ونفى علمه بتنازل مورثهم عن العقار وأن المدعى عليه ولي أخيه، أبرز المدعى عليه صك العقار ومهمش عليه بالتنازل، جرى الاستفسار عن صك العقار وصك الولاية من مصدره، فورد الجواب بمطابقتهما لسجلهما وسريان مفعولهما،

ولدفع المدعى عليه ولاية بأن العقار ليس ملكاً للمورث، وأنه ملك لمن تحت ولايته، وأن والده قد تنازل له قبل موته لكونه معاقاً ومعتوهاً، ولإقرار المدعي بعدم علمه بما ذكره المدعى عليه ولاية، ولأن عدم علمه المدعي ليس له أثر في ذلك، لما قرره الفقهاء من جواز تخصيص الأب بعض الأولاد لمعنى يقتضي تخصيصه، مثل اختصاصه بحاجة أو زمانه.. (ينظر: المغني، ٨/٢٥٨)، وكذلك لما قرر أهل العلم من ثبوت الهبة لمن وهبت له بعد موت الأب ينظر: المغني، (٨/٢٦٩-٢٧٠)، وحاشية الروض المربع (٦/١٨)، لما تقدم حكمت المحكمة بصرف النظر عن طلب المدعي، وإفهامه بأنه لا يستحق ما جاء في دعواه، قنع المدعى عليه بالحكم^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بأن المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة لعلته؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤هـ، (٩/٢٨٥-٢٩٢).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: تفضيل الأب لبعض أولاده في الهبة.

أولاً: صورة المسألة:

هل يجوز للأب أن يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم تفضيل الأب لبعض أولاده في الهبة، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن التفضيل مكروه، إلا لزيادة حاجة أو فضل فيباح، وهذا قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢).

القول الثاني: أن التفضيل مكروه مطلقاً، وهذا قول المالكية^(٣).

القول الثالث: أن التفضيل محرم، إلا إذا أذن الباقي فيباح، وهذا قول الحنابلة^(٤).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٨٨/٧)، مجمع الأنهر، لشيخ زاده، (٣٥٨/٢).

(٢) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر، (٣٠٨/٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة، (٣١٢/١).

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (٨٢/٧)، حاشية الصاوي، (١١٨/٤).

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣٤-٣٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار،

(٣/٤٠٥).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «أن أبا بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة^(١).

وجه الدلالة: يدل على أن الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فضّل أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عن أخوتها في العطية؛ وذلك لزيادة فضلها^(٢).

نُوقِش: بأن فعل الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يحتمل وجهين:

الأول: أنه وهب عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ووهب معها أخوتها رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُنَّ.

الثاني: أنه وهبها وهو يريد أن يهب غيرها فأدرکه المرض^(٣).

الدليل الثاني: أن بعض الصحابة - رضوان الله عليهم - فضلوا بعض أبنائهم على بعض في الهبة لزيادة حاجة، كتفضيل عبد الرحمن بن عوف^(٤) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لأحد أبنائه^(٥)، وعمر بن الخطاب^(٦)، وعبد الله بن

(١) سبق تخريجه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(٢) ينظر: تحفة المحتاج، لابن حجر، (٣٠٨/٦)، نهاية المحتاج، للرملي، (٤١٥/٥).

(٣) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (٣١١/٤).

(٤) هو الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف القرشي الزهري، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أهل الشورى، وأحد السابقين إلى الإسلام، هاجر المهجرتين، كان اسمه في الجاهلية عبد عمرو فغيره الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عندما أسلم، توفي سنة ٣٢هـ، ودفن بالبقيع، ينظر: تاريخ دمشق، لابن عساكر، (٣٥/٢٣٥-٣٠٨)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (١/٦٨-٩٢).

(٥) ينظر: اختلاف الحديث، للشافعي، (٨/٦٣٠)، المحلى، لابن حزم، (٨/٩٨)، ولم أقف على تخريجه.

(٦) ينظر: اختلاف الحديث، للشافعي، (٨/٦٣٠)، السنن الكبرى، للبيهقي، (٦/٢٩٥)، الشافعي في مسند الشافعي، لابن الأثير، (٤/٢٢٤)، ولم أقف على تخريجه.

عمر^(١)، فدل على جواز التفضيل^(٢).

الدليل الثالث: أن الإجماع منعقد على جواز هبة الرجل في صحته جميع ماله لأجنبي، وإخراج جميع ولده، فإذا جاز إخراجهم كلهم جاز إخراج بعضهم من باب أولى^(٣).

يمكن أن يُناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الهبة إذا كانت لأجنبي لا تورث البغضاء بين الأولاد، بخلاف هبة بعضهم وحرمان بعضهم، فإن ذلك يورث البغضاء بينهم.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن النعمان بن بشير **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**، أنه قال: إن أباه أتى به رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، فقال: إني نحت ابني هذا غلاما كان لي، فقال رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: **«أكل ولدك نحتة مثل هذا؟»** فقال: لا، فقال رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: **«فأرجعه»**^(٤).

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب: الهبات، باب: ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية على الاختيار دون الإيجاب، (٢٩٦/٦)، رقم: ١٢٠٠٥ - ١٢٠٠٦، والذهبي في المهذب، كتاب: الهبة وفضلها، (٢٣٢٥/٥)، رقم: ٩٦٧٣، ٩٦٧٤، ولم أف على حكمه.

(٢) ينظر: النجم الوهاج، للدميري، (٥٥٤/٥)، تحفة المحتاج، لابن حجر، (٣٠٨/٦).

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد، (١١٣/٤).

(٤) سبق تخريجه في المبحث الثامن من هذا الفصل، ص: ٣٧٦.

وجه الدلالة: أنه **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** أمره بالرجوع، وامتنع عن الشهادة، فدل ذلك على عدم كمالها، لا على نفيها، فلو كانت حراماً لبين ذلك **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** ^(١).

الدليل الثاني: أن العلة في كراهة ذلك؛ لما قد يؤديه إلى العقوق والتباغض بين الأولاد، والمطلوب هو العدل، والحرص على استمرار المودة بينهم ^(٢).

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول: ما جاء في رواية أخرى من حديث النعمان **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** أن النبي **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** قال لأبيه: «لا تشهدني على جور» ^(٣).

وجه الدلالة: أنه **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** سمى تفضيل بعضهم دون بعض جوراً، والجور حرام، فدل على تحريم التفضيل ^(٤).

نُوقِش: بأن الجور يكون حراماً، ويكون مكروهاً، وانصرف إلى المكروه بدلالة الرواية الأخرى من الحديث فقد قال **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**:

(١) ينظر: الفواكه الدواني، للنفراوي، (٢/١٥٩)، حاشية العدوي، (٢/٢٦٢).

(٢) ينظر: الفواكه الدواني، للنفراوي، (٢/١٥٩)، حاشية العدوي، (٢/٢٦١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشهادات، باب: لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد، (٣/١٧١)، رقم: ٢٦٥٠، ومسلم في صحيحه، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، (٣/١٢٤٣)، رقم: ١٦٦٢٣/١٦، واللفظ له.

(٤) ينظر: كشف القناع، للبهوتي، (٤/٣٠٩)، مطالب أولي النهى، للرحبياني، (٤/٤٠٠).

«فأشهد على هذا غيري»^(١)، فدل على أنه يجب تأويل الجور على أنه مكروه^(٢).

الدليل الثاني: ما جاء في رواية أخرى من حديث النعمان **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** أنه قال **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»^(٣).

وجه الدلالة: أن الأمر عام في التسوية بين الأولاد، والأمر يفيد الوجوب، فدل على تحريم تفضيل بعضهم على بعض^(٤).

نوقش: بأن الأمر في الحديث على الاستحباب لا على الوجوب، ويدل على ذلك قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** في رواية أخرى من الحديث: «فأشهد على هذا غيري»^(٥)، فدل على انصرافه إلى الكراهة لا إلى التحريم^(٦).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لما ثبت عن الصديق **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** من تفضيله أم المؤمنين عائشة **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا**، ولما ثبت في حديث

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، (٣/١٢٤٣)، رقم: ١٧/١٦٢٣.

(٢) ينظر: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي، (١١/٦٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: الإسهاد في الهبة، (٣/١٥٨)، رقم: ٢٥٨٧، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، (٣/١٢٤٢)، رقم: ١٣/١٦٢٣.

(٤) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (٤/٣١١، ٣٠٩)، مطالب أولي النهى، للرحيبي، (٤/٤٠٢، ٤٠٠).

(٥) سبق تخرجه في مناقشة الدليل الأول لأصحاب القول الثالث.

(٦) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد، (٤/١١٣).

الدفع بأن المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة لعلته = (٤٠١)

النعمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من انصراف الأمر للكراهة، فيكره تفضيل بعض الأولاد دون بعضهم في الهبة إلا إذا كان التفضيل لزيادة حاجة أو فضل فيباح. ويحسن الإشارة إلى مسألة حكم لزوم هذه الهبة، وقد سبق التطرق إليها بالتفصيل^(١)، وخلاصتها:

أن الفقهاء اتفقوا على أن الهبة إذا كانت في حال الصحة فإنها تلزم بالقبض قبل موت الأب، ولا يملك الورثة الرجوع على الموهوب، واختلفوا في لزومها إذا مات الأب قبل قبضها، وترجح -والله أعلم- بطلانها.

وأما إذا كانت الهبة في حال المرض فإنها تكون موقوفة على إجازة الورثة بالاتفاق.

(١) سبق التطرق لمسألة لزوم الهبة على أحد الورثة في حال الصحة في المبحث الثامن من هذا الفصل، ومسألة لزوم الهبة في مرض الموت في المبحث التاسع من هذا الفصل.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه - وهو أحد الورثة - بأن المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة لعدة، أنكر المدعي - وهو أحد الورثة - الدفع، وأثبت المدعى عليه صحة الدفع؛ وذلك بالصك الصادر من كتابة العدل، حكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت صحته، ولما قرره الفقهاء من جواز تخصيص بعض الأبناء بالهبة لزيادة حاجة فيهم، ولأن الهبة على أحد الورثة تلزم بالقبض قبل موت الواهب^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الهبة، قبل الدفع وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرّر في المطلب الثاني من المبحث من جواز تخصيص بعض الأولاد بالهبة لزيادة حاجة فيهم، ومن كون الهبة تلزم إذا مات الأب وكانت الهبة مقبوضة قبل ذلك؛ وذلك لما ثبت عن الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بكون المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة لعدة، يُقبل قضاء، إذا تحقق ما يلي:

أولاً: ثبوت الهبة؛ لأنها محل الدعوى.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٢٨٥-٢٩٢).

===== الدفع بأن المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة لعلته = (٤٠٣)

ثانياً: ثبوت قبض الهبة قبل موت الواهب؛ لأن الهبة تبطل بموت الواهب إذا لم تقبض.

ثالثاً: ثبوت كون الهبة في حال الصحة؛ لأن هبة المريض لأحد الورثة موقوفة على إجازة الورثة.

الفصل الرابع الدفع الموضوعية في دعاوى الوصية والإرث،

وفيه اثنا عشر مبحثاً:

المبحث الأول: الدفع بوصية المورث للمدعى عليه الوارث.

المبحث الثاني: الدفع بأن الوصية تكون في الثلث فقط.

المبحث الثالث: الدفع بالرجوع عن الوصية.

المبحث الرابع: الدفع بطلاق المورث للمدعية قبل

الدخول والخلوة.

المبحث الخامس: الدفع بطلاق المورث للمدعية ثلاثاً.

المبحث السادس: الدفع بفساد عقد نكاح المدعية لكونه

من غير ولي.

المبحث السابع: الدفع بكون التنازل عن بعض التركة

مشروطاً.

المبحث الثامن: الدفع بأن التركة أحق لذوي الأرحام من

بيت المال.

المبحث التاسع: الدفع بالقرب للمورث.

المبحث العاشر: الدفع بسكن بعض الورثة للعقار

الموروث.

المبحث الحادي عشر: الدفع بكون العقار الموروث

موقوفاً.

المبحث الثاني عشر: الدفع بتسديد دين المورث.

المبحث الأول
الدفع بوصية المورث للمدعى
عليه الوارث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقامت المدعية دعوها بالأصالة عن نفسها وبالوكالة عن أخواتها، [ضد شقيقها] قائلة: أن والدها توفي وخلف تركة كبيرة داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، وقد استلمت وأخواتها بعد الوفاة مبالغ تخص مورثهم تم توزيعها عليهم، لذا تطالب بأخذ نصيبها وأخواتها من التركة بعد خصم ما تم استلامه، [دفع المدعى عليه بأنه]: تم نقل ملكية بعض العقارات والمبالغ إلى المدعى عليه بموجب وصية، وقد أنكرت المدعية هذه الوصية؛ لبطلانها لمخالفتها الحديث النبوي الشريف: «**لا وصية لوارث**»، بعد المداولة حكمت المحكمة بالقدر المتيقن، وذلك بقيام المدعى عليه بدفع مبالغ معينة للمدعيات، ورد ما عدا ذلك من طلبات؛ لعدم ثبوتها، فنعت المدعية بالحكم»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بوصية المورث له؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤هـ، (٩/٢٩٩-٣٢٩).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: حكم الوصية لو ارث.
وبيان ذلك تفصيلاً ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل تصح وصية المورث لأحد الورثة؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

أجمع العلماء^(١) على أنه لا وصية لو ارث إلا أن يجيز الورثة ذلك^(٢).

ثالثاً: مستند الاتفاق:

الدليل الأول: عن أبي أمامة^(٣) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: سمعت رسول الله

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر، ص: ٨٧، الاستذكار، لابن عبد البر، (٧/٢٦٧)،

المغني، لابن قدامة، (٦/١٤١)، الإقناع، لابن قطان، (٢/٧٧).

(٢) اختلف الفقهاء فيما لو أجاز الورثة الوصية هل تكون تنفيذ للوصية أم ابتداء هبة؟ على

قولين: ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة، إلى: أنها تنفيذ للوصية، وذهب المالكية،

إلى: أنها ابتداء هبة، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٧/٣٣٨)، حاشية ابن عابدين،

(٦/٦٥٥-٦٥٦)، حاشية الصاوي، (٤/٥٨٦)، منح الجليل، لعليش، (٩/٥١٤)،

الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٢٤)، المجموع، للنووي، (١٥/٤٢٤-٤٢٥)، الإقناع،

للحجاوي، (٣/٥٠)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٤٣٩).

(٣) هو الصحابي الجليل: صدي بن عجلان بن وهب أبو أمامة الباهلي، شهد صفين،

من الكثيرين لرواية الحديث، سكن الشام وتوفي فيها، وهو آخر من مات من

الصحابة -رضوان الله عليهم- بالشام، توفي سنة ٨٦هـ، في خلافة عبد الملك بن =

صلى الله عليه وسلم يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»^(١).

وجه الدلالة: نص الحديث على نفي الوصية للوارث^(٢).

الدليل الثاني: القياس على هبة بعض الورثة في حال الصحة، فالنبي صلى الله عليه وسلم منع تفضيل بعض الأولاد على بعض في الهبة حال الصحة، وقوة الملك، وإمكانية تلافي العدل؛ لما فيه من إيقاع العداوة والبغضاء بينهم، فيكون في حال المرض وضعف الملك، وتعذر تلافي العدل، أولى بالمنع^(٣).

= مروان، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٧/٢٨٨-٢٨٩)، الاستيعاب، لابن عبد البر، (٢/٧٣٦).

(١) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الوصايا، باب: في الوصية للوارث، (٤/٤٩٢)، رقم: ٢٨٧٠، واللفظ له، والترمذي في سننه، كتاب: الوصايا، باب: ما جاء لا وصية لوارث، (٤/٤٣٣)، رقم: ٢١٢٠، وقال البيهقي: صحيح، وكذا قال الزيلعي، ينظر: السنن الكبرى، للبيهقي، (٧/١٣)، نصب الراية، للزيلعي، (٤/٤٠٣).

(٢) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٦/١٤١)، الإقناع، لابن قطان، (٢/٧٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٧/٣٣٧)، المغني، لابن قدامة، (٦/١٤١).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه بوصية المورث له، أنكرت المدعية ذلك، ولم ترضَ بها، وطالبت بإثبات الوصية، حكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لبطلانه، بعدم ثبوته، ومخالفته قوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «لا وصية لوارث»، ولعدم إجازة الورثة له^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذا بعد عدم ثبوت الوصية، وثبوت عدم إجازة بعض الورثة، فقد رد الدفع، وعمل بما تقتضيه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من عدم صحة الوصية لأحد الورثة إلا بإجازة البقية، وهذا بإجماع العلماء؛ وذلك لما ثبت عن النبي **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، ولما يؤدي إليه من التباغض والعداوة بين الورثة.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بوصية المورث لأحد الورثة، يُقبل قضاء، إذا ثبت ما يلي:

أولاً: ثبوت الوصية؛ لأنها أساس الدفع.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٢٩٩-٣٢٩).

ثانياً: ثبوت كون الموصى له أحد الورثة؛ لأن الوصية لغير وارث تجوز في الثلث مطلقاً.

ثالثاً: ثبوت إجازة الورثة لهذه الوصية بعد وفاة المورث؛ لأن الوصية لو ارث لا تصح إلا بإجازة من البقية.

المبحث الثاني
الدفع بأن الوصية تكون في الثلث فقط

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «ادعى المدعي ضد المدعى عليهم بأن مورثهم خلف عمارة، واستراحة باعها أحد المدعى عليهم بمائة وخمسة عشر ألف ريال، وأربع سيارات تالفة بيعت بعشرة آلاف وتسعمائة ريال، ويطلب بيع العمارة وتسليم كل وارث نصيبه الشرعي، أجاب المدعى عليهم بالمصادقة على الدعوى، وعدم ممانعتهم ببيعها، وعلى بيع السيارات، والاستراحة بالمبالغ المشار إليها في الدعوى، وتم توزيعها على الورثة، وقد أجابت زوجة مورثهم بعدم الموافقة على بيع العمارة؛ لأن المورث أوصى بها لبعض الورثة، اعترض المدعي على الوصية؛ لما فيها من الجور، [لأن الوصية تكون في الثلث فقط، ولا تصح لو ارث^(١)]، وصادق على توزيع قيمة السيارات، والاستراحة، قرر المدعي، والمدعى عليهم بأن البيت يمثل غالب التركة، ولقوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا وصية لوارث»**، وقوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** في شأن من أراد الوصية: **«الثلث والثلث كثير»**، ولما قرره أهل العلم في شروط الوصية بأن لا تزيد على ثلث التركة، ولا يوصي لوارث، ولأن بعض الورثة لم يوافق على الوصية، فلما تقدم حكم ببيع

(١) وقد سبق في المبحث الأول دراسة هذا الدفع.

الدفع بأن الوصية تكون في الثلث فقط = (٤١٥)

المنزل محل الدعوى عن طريق لجنة تحت إشراف قاضي التنفيذ، وإيداع ثلث قيمته مع ثلث ما تم بيعه من بقية الشركة في بيت المال إلى حين شراء البديل تنفيذاً للوصية، ويوزع الباقي على الورثة حسب أنصبتهم الشرعية»^(١).

فما حكم دفع المدعي بأن الوصية تكون في الثلث فقط؟ وما أثره القضائي؟

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٣٦٥-٣٧٣).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



تضمن الدفع مسألة: حكم الوصية بأكثر من الثلث.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل تصح الوصية بأكثر من ثلث التركة؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

أجمع الفقهاء^(١) على أن الوصية بأكثر من الثلث لمن له وارث^(٢) لا

تصح إلا بإجازة الورثة.

ثالثاً: مستند الاتفاق:

عن سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: كان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: إني قد بلغ بي من

(١) ينظر: الإجماع، لابن المنذر، ص: ٨٧، مراتب الإجماع، لابن حزم، (١/١١١)،

الاستذكار، لابن عبد البر، (٧/٢٧٣)، الإقناع، لابن قطان، (٢/٧٨-٧٩).

(٢) فإن لم يكن له وارث، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: ذهب الحنفية،

والحنابلة، إلى: صحة الوصية بأكثر من الثلث لمن ليس له وارث، وذهب المالكية،

والشافعية، إلى: عدم صحة الوصية بأكثر من الثلث لمن ليس له وارث، ينظر:

بدائع الصنائع، للكاساني، (٧/٣٧٠)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٧/٤٨)، شرح

الزرقاني، (٨/٣٧٦)، لوامع الدرر، للمجلسي، (١٤/٦١٩)، البيان، للعمرائي،

(٨/١٥٦)، المجموع، للنووي، (١٥/٤١٠)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٤٨)،

منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣/٤٣٧).

الوجع وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا»
فقلت: بالشطرنج؟ فقال: «لا» ثم قال **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**الثلث والثلث كبير**
-أو كثير- إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون
الناس»^(١).

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن المنع من الزيادة على الثلث؛
لأجل تعلق حق الورثة بماله، فلزمت إجازتهم؛ لأنه حقهم^(٢).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: رثاء النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** سعد بن خولة، (٢/٨١)، رقم: ١٢٩٥، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، (٣/١٢٥٠)، رقم: ١٦٢٨/٥.
(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي، (٢٧/١٣٥)، المجموع، للنووي، (١٥/٤١٠)، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، (١٧/٢٢١).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعي - وهو أحد الورثة - بأن الوصية تكون في الثلث فقط، والمنزل محل الدعوى يمثل غالب التركة، أقر المدعى عليهم بذلك، ورفضوا البيع، حكم القاضي بقبول الدفع وبيع المنزل محل الدعوى؛ وذلك لثبوت صحة الدفع، وثبوت عدم إجازة بعض الورثة للوصية، ولقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثلث والثلث كثير»**، ولما قرره أهل العلم من أنه يشترط في الوصية أن لا تزيد عن الثلث^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الوصية، وكونها أكثر من الثلث، ولعدم إجازة الورثة لها، قُبِلَ الدفع، وعمل بما تقتضيه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من أن الوصية لا تصح بأكثر من الثلث لمن له وارث؛ وذلك لما فيها من الجور للورثة، وتعلق حقهم بما زاد عن الثلث، ولما ثبت عن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** حيث قال: **«الثلث والثلث كثير»**.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بأن الوصية تكون في الثلث فقط، يُقبل قضاء إذا تحقق ما يلي:

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٣٦٥-٣٧٣).

أولاً: ثبوت كون الوصية زائدة على ثلث التركة؛ وذلك لأن الثلث حق للمورث يتصرف فيه كيف شاء، وما زاد عنه حق للورثة، لا يملك التصرف فيه.

ثانياً: وجود ورثة للموصي؛ وذلك لأن من لا وارث له يصح له أن يوصي بجميع ماله.

ثالثاً: عدم إجازة الورثة لما زاد على الثلث؛ وذلك لتعلق حقهم به.

المبحث الثالث
الدفع بالرجوع عن الوصية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليه بصفته ناظر وصية، طالبة إلزامه بتنفيذ وصية الموصي -والد زوجها- الذي أوصى بربع المتبقي من تركته لأولادها من ابنه المتوفى، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحة الوصية، ودفع برجوع الموصي عنها، وأن ذلك ألحق بصك الوصية، ثم جرى من القاضي مخاطبة المحكمة مصدرة صك الوصية لتزويده بصورة ضوئية من سجل الصك، وبعد اطلاع القاضي عليه وجد أن الموصي قد رجع عن وصيته لأولاد المدعية، ونظرًا لأن للموصي الرجوع في الوصية؛ لذا فقد حكم القاضي برد الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه برجوع الموصي عن الوصية؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٧/٣٢٩-٣٣٣).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم الرجوع عن الوصية.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل تعتبر الوصية من العقود اللازمة التي لا يصح الرجوع عنها؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(١) على صحة الرجوع عن الوصية، بالقول^(٢) أو الفعل^(٣)

الدال عليه.

ثالثاً: مستند الاتفاق:

الدليل الأول: عن عبد الله بن أبي ربيعة^(٤) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال عمر

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «يحدث الرجل في وصيته ما شاء، وملاك الوصية آخرها».

(١) ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي، (١٨٦/٦)، البناية، للعيني، (٤١١/١٣)، التاج والإكليل، للمواق، (٥٢٢/٨)، حاشية الدسوقي، (٤٢٨/٤)، الشرح الكبير، للرافعي، (٢٥٧-٢٥٨)، روضة الطالبين، للنووي، (٣٠٤/٦)، الإقناع، للحجاوي، (٥٤-٥٥)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٤٤٦/٣).

(٢) كأن يقول: رجعت عن الوصية.

(٣) كأن يتصرف بالوصية: يبيع أو هبة.

(٤) هو عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة القرشي المخزومي، أبو عبد الرحمن المكي، كان اسمه في الجاهلية بحيرا، فلما أسلم غيره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، من أشرف قريش، =

وجه الدلالة: نص الأثر على جواز الرجوع عن الوصية^(١).

الدليل الثاني: عن القاسم بن محمد^(٢) رَحِمَهُ اللهُ قَالَ: قالت عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «ليكتب الرجل في وصيته: إن حدث بي حدث موت قبل أن أغير وصيتي هذه»^(٣).

وجه الدلالة: نص الأثر على جواز الرجوع عن الوصية^(٤).

= ولاة الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الجند ومخالفها، ولاة عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ اليمن، توفي سنة: ٣٥هـ، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٣/٦)، تهذيب الكمال، للمزي، (٤٩٢/١٤-٤٩٣)، العبرة في خبر من غير، للذهبي، (٢٦/١). والأثر أخرجه الدارمي في سننه، كتاب: الوصايا، باب: الرجوع عن الوصية، (٤/٢٠٤٤)، رقم: ٣٢٥٤، واللفظ له، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الوصايا، باب: الرجل يوصي بالوصية ثم يريد أن يغيرها، (٦/٢١٦)، رقم: ٣٠٨٠٤، رواه بنحوه، وقال الألباني: إسناده صحيح، ينظر: إرواء الغليل، للألباني، (٦/٩٩). (١) ينظر: البناية، للعيني، (١٣/٤١١)، بداية المحتاج، لابن شهبه، (٢/٦٢٨)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤/٣٨٤).

(٢) هو التابعي الجليل: القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، يكنى بأبي عبد الرحمن القرشي، الإمام، الحافظ، عالم وقته بالمدينة، كثير الحديث، تربى في حجر عمته أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، وتفقه منها، وأكثر الرواية عنها، توفي سنة: ١٠٨هـ، وعمره: ٧٠ سنة، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٥/١٤٢-١٤٨)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٥/٥٣-٦٠).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: الوصايا، (٥/٢٦٧) رقم: ٤٢٩٤، والبيهقي في سننه، كتاب: الوصايا، باب: الرجوع في الوصية وتغيرها، (٦/٤٦٠)، رقم: ١٢٦٤٥، قال ابن الملقن: إسناده صحيح، وكذا قال ابن حجر العسقلاني، ينظر: البدر المنير، لابن الملقن، (٧/٢٩٢)، إتخاف المهرة، لابن حجر، (١٧/٤٨٠).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٢٥٧)، النجم الوهاج، للدميري، (٦/٣١٥).

الدليل الثالث: أن الوصية عقد تبرع لا يتم إلا بالموت؛ فجاز الرجوع عنها قبله، كالهبة قبل القبض^(١).

(١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (١٨٦/٦)، عقد الجواهر، لابن شاش، (١٢٣١/٣)،
نهاية المحتاج، للرملي، (٩٤/٦)، مطالب أولي النهى، للرحبياني، (٤٦٠/٤).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه: برجوع الموصي عن الوصية، أنكرت المدعية الدفع، وأثبت المدعى عليه صحة رجوع الموصي عن الوصية بالصك الصادر من المحكمة، حكم القاضي برد الدعوى بناء على الدفع؛ وذلك لثبوت صحة الدفع، ولما قرره أهل العلم من جواز رجوع الموصي عن الوصية بالاتفاق^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت رجوع الموصي عن الوصية، واستناداً لاتفاق أهل العلم بجواز الرجوع عن الوصية، قبل الدفع وتم لذلك رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من المبحث من صحة رجوع الموصي عن الوصية؛ وذلك لما ثبت من آثار الصحابة -رضوان الله عليهم-، ولكون الوصية عقد تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه قبل تمامه.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع برجوع الموصي عن الوصية، يكون دفعاً مقبولاً إذا ثبت رجوع الموصي عن الوصية بالقول أو الفعل الدال عليه.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٧/ ٣٢٩-٣٣٣).

المبحث الرابع
الدفع بطلاق المورث للمدعية قبل
الدخول والخلوّة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقامت المدعية دعواها ضد المدعى عليهم، طالبة الحكم بإضافة اسمها إلى صك حصر ورثة زوجها المتوفى، وبعرض الدعوى على وكيل المدعى عليهم، [دفع] بأن مورثهم طلق المدعية قبل الدخول والخلوة، وأنهم لا يوافقون على إلحاقها بصك حصر ورثته، وبرد ذلك على المدعية أقرت بعدم خلوة المورث أو دخوله بها، وأنكرت طلاقه لها، وبطلب البينة من وكيل المدعى عليهم على ما دفع به أحضر شاهدين معدلين شرعاً، فشهدا بأن المورث طلق زوجته المدعية، وأنه أشهدهما على ذلك؛ ولذا فقد ثبت لدى القاضي طلاق مورث المدعى عليهم للمدعية، وحكم بصرف النظر عن الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليهم بطلاق المورث للمدعية قبل الدخول والخلوة؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/٦-٩).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع

يتضمن الدفع مسألة: إرث المطلقة قبل الدخول والخلوة.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يعتبر الطلاق قبل الدخول والخلوة مانعاً من الإرث؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن المطلقة قبل الدخول والخلوة لا ترث

إذا كان الطلاق في حال الصحة.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم إرث المطلقة قبل الدخول والخلوة إذا

كان الطلاق في حال مرض الموت.

وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم إرث المطلقة قبل الدخول والخلوة إذا كان

الطلاق في حال مرض الموت، على قولين:

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٤/٤٦)، حاشية ابن عابدين، (٣/٣٨٦)،

حاشية العدوي، (٢/٧٧)، منح الجليل، لعليش، (٤/١٦)، الشرح الكبير،

لرافعي، (٨/٥٨٣-٥٨٤)، روضة الطالبين، للنووي، (٨/٧٢)، شرح منتهى

الإرادات، للبهوتي، (٢/٥٥٦)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٤/٦٥٥-٦٥٦).

القول الأول: لا ترث، وهذا قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢).

القول الثاني: ترث، وهذا قول المالكية^(٣)، والحنابلة^(٤).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: أن العدة لا تجب في هذا الطلاق، فتعذر إبقاء النكاح حكماً، فلا ترث^(٥).

الدليل الثاني: أن الزوج لا يرث منها لو ماتت قبله، فكذلك هي لا ترث منه^(٦).

يمكن أن يناقش: بأن الزوج يعاقب بتوريثها؛ لأنه قصد حرمانها من الإرث، ولا يرث هو منها؛ لأنه الطلاق من قبله.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف^(٧) رَحِمَهُ اللهُ،

- (١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٢/٢٤٦)، البناية، للعيني، (٥/٤٤٣).
- (٢) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٨/٥٨٣-٥٨٤)، روضة الطالبين، للنووي، (٨/٧٢).
- (٣) ينظر: الفواكه الدواني، للنفراوي، (٢/٣٠)، حاشية العدوي، (٢/٧٧).
- (٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/١١٧)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٣/٥٧٠).
- (٥) ينظر: البناية، للعيني، (٥/٤٤٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٨/٥٨٤-٥٨٥).
- (٦) ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (٨/٧٢)، كفاية النبيه، لابن رفعة، (١٤/١٧٧).
- (٧) هو التابعي الجليل: عبد الله بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري، أبو سلمة، أحد الأعلام بالمدينة، ولي القضاء، كان طالباً للعلم، فقهياً، مجتهداً، ثقة، كثير =

قال: «أن عبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، طلق امرأته البتة، وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ منه، بعد انقضاء عدتها»^(١).

وجه الدلالة: أن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ورث امرأة من عبد الرحمن بن عوف بعد انقضاء العدة، وكان ذلك بمحضر الصحابة -رضوان الله عليهم- ولم يُخالفه أحد فكان إجماعاً منهم على أن انقضاء العدة لا يمنع الإرث، فكذاك من لا عدة لها^(٢).

الدليل الثاني: القياس على المعتدة، بجامع أن كلا منهما قصد الزوج حرمانها من الإرث، فعوقب بنقيض قصده^(٣).

الدليل الثالث: أنها مطلقة في مرض ثبت لها حق الحجر عليه؛ وذلك لتعلق حقها بالتركة، فلا يصح طلاقه^(٤).

= الحديث، أَرْضَعْتَهُ أَم كَلْتُمُومٌ فَتَكُونُ أُمَ الْمُؤْمِنِينَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا خالته من الرضاعة، توفي بالمدينة، سنة ٩٤هـ، ينظر: تاريخ دمشق، لابن عساکر، (٢٩/٢٩٠-٣١٠)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٤/٢٨٧-٢٩٢).

(١) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المريض، (٤/٨٢٢)، رقم: ٢١١٣، واللفظ له، والشافعي في مسنده، كتاب: الطلاق، باب: العدة، (٢/٦٠)، رقم: ٢٠٠، قال ابن التركماني: إسناده متصل، وكذا قال ابن الملقن، ينظر: الجوهر النقي، لابن التركماني، (٧/٣٦٢)، البدر المنير، لابن الملقن، (٨/١٢٢).

(٢) ينظر: الكافي، لابن عبد البر، (٢/٥٨٤)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٥٥٦).

(٣) ينظر: الكافي، لشمس الدين ابن قدامة، (٢/٣١٤)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢/٥٥٦).

(٤) ينظر: الإشراف، للقاضي عبد الوهاب، (٢/٧٥١)، مجموع الفتاوى، لابن تيمية، (٣/٣٢٢-٣٢١-٣٢٢).

خامساً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لقوة أدلتهم، فالمطلقة في مرض الموت قبل الدخول والخلوثة ترث؛ معاقبة للزوج بنقيض قصده، ولما ثبت عن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه: بطلاق المدعية قبل الدخول والخلوّة، أنكرت المدعية الدفع، وذكرت أن زوجها كان بصحة وعافية وأنه لم يطلقها، أحضر المدعى عليه البيّنة لتشهد على صحة ما دفع به، فحكم القاضي ببرد الدعوى بناء على الدفع، مستنداً على قوله **صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البيّنة على المدعي، واليمين على من أنكر»**، ولشهادة البيّنة المعدلة شرعاً على صحة الدفع^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الطلاق قبل الدخول والخلوّة، وثبوت كونه في حال الصحة، قبل الدفع، وردت الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث من أن المطلقة قبل الدخول والخلوّة لا ترث إذا كان الطلاق في حال الصحة، وذلك باتفاق الفقهاء.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بطلاق المدعية قبل الدخول والخلوّة، يُقبل قضاءً، إذا ثبت ما يلي:

أولاً: ثبوت الطلاق قبل الدخول والخلوّة؛ لكونه أساس الدفع.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/٦-٩).

ثانياً: ثبوت كون الطلاق في حال الصحة؛ لكون الإرث يثبت للمطلقة في حال المرض؛ لأنه متهم بقصد حرمانها من الإرث.

المبحث الخامس
الدفع بطلاق المورث للمدعية ثلاثاً

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقامت المدعية دعوها ضد المدعى عليه بصفته ولياً شرعياً على أبناء زوجها المتوفى؛ طالبة الحكم بإثبات وراثتها له، وإضافة اسمها في صك حصر ورثته الذي استخرجه المدعى عليه، وأسقط المدعية منه، وبسؤال المدعى عليه أقر بإسقاطه المدعية من حصر الورثة، ودفع بأن أخاه المتوفى طلقها [ثلاثاً]، وأشهده واثنين على ذلك، وبعرض ذلك عليها أقرت أن المورث طلقها طليقة واحدة، ثم راجعها بعد ذلك، وبقيت في بيته، وكان يعاشرها حتى توفي، ثم أحضر المدعى عليه شاهدين، فشهدا أن زوج المدعية طلقها، ثم راجعها، وأنها بقيت في بيته حتى وفاته، وأنهم لا يعلمون عدد الطلقات؛ ونظراً لثبوت مراجعة زوج المدعية لها، ولأن الأصل بقاء عقد الزوجية؛ لذا فقد حكم القاضي بثبوت زوجية المدعية من المتوفى، وبقائها في ذمته وعصمته حتى وفاته، وقرر التهميش على صك حصر الورثة بذلك»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بطلاق المورث للمدعية ثلاثاً؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/١٠-١٣).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: إرث المطلقة ثلاثاً.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل ترث المطلقة ثلاثاً من زوجها المتوفى؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

(١) اتفق الفقهاء^(١) على أن المطلقة ثلاثاً في حال الصحة لا ترث.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم إرث المطلقة ثلاثاً في حال مرض

الموت، وبيان ذلك ما يلي:

ثالثاً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم إرث المطلقة ثلاثاً في حال مرض الموت،

على قولين:

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٤/٥٢)، حاشية ابن عابدين، (٣/٣٨٨)، بداية المجتهد، لابن رشد، (٣/١٠١)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٤/١٤٦)، البيان، للعمرائي، (٩/٢٧)، المجموع، للنووي، (١٦/٦٤)، المغني، لابن قدامة، (٦/٣٩٤-٣٩٥)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/١٢٢).

القول الأول: يثبت لها الإرث، وهذا قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: لا يثبت لها الإرث، وهذا قول الشافعية^(٤).

رابعاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف **رَحِمَهُ اللهُ**، قال: «إن عبد الرحمن بن عوف **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ**، طلق امرأته البتة، وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** منه»^(٥).

وجه الدلالة: أن قضاء عثمان **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** اشتهر بين الصحابة، ولم يُخالفه أحد فكان إجماعاً منهم على أن المطلقة ثلاثاً في مرض الموت ترث^(٦).

- (١) اشترطوا: أن يتوفى الزوج وهي في العدة، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢١٨/٣)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٤٦/٤).
- (٢) ينظر: حاشية العدوي، (٧٧/٢)، حاشية الصاوي، (٥٢٧/٢).
- (٣) اشترطوا: أن لا تتزوج، وأن لا ترتد، ينظر: منتهى الإرادات، لابن النجار، (٥٧٠/٣)، الإقناع، للحجاوي، (١١٧/٣).
- (٤) ينظر: البيان، للعمري، (٢٥-٢٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٧٢/٨).
- (٥) سبق تخريجه في المبحث الرابع من هذا الفصل.
- (٦) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٢١٨-٢١٩/٣)، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة، للتنوخي (٤١٧/٢)، كشف القناع، للبهوتي، (٤٨٢/٤).

- نوقش: بأن ابن الزبير ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا خالف ذلك ^(٢)، فلا يثبت الإجماع ^(٣).
- أجيب: بأن مخالفة ابن الزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مسبوقة بالإجماع السكوتي ^(٤).
- الدليل الثاني: أن الزوج قصد حرمانها من الإرث، فيعامل بنقيض قصده ^(٥).
- أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: عن ابن أبي مليكة ^(٦) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سألت ابن الزبير

(١) هو الصحابي الجليل: عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي، القرشي، أول مولود للمهاجرين بالمدينة، أمه أسماء بنت أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، من صغار الصحابة -رضوان الله عليهم-، كبيراً في العلم، والعبادة، فارس قريش في زمانه، حكم بلاد المسلمين، قتله الحجاج سنة: ٧٣هـ، وتوفيت أمه بعده بشهرين، ينظر: تاريخ دمشق، لابن عساکر، (٢٨/١٤٠-٢٥٧)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/٣٦٣-٣٨٠).

(٢) عن ابن أبي مليكة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سألت ابن الزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عن رجل طلق امرأته وهو مريض ثم مات، فقال: «قد ورث عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ابنة أصبغ الكلبيّة، وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة»، أخرجه الشافعي في مسنده، كتاب: الطلاق، باب: العدة، (٢/٦٠)، رقم: ١٩٩، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الطلاق، باب: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته وهو مريض هل ترثه، (٤/١٧١)، رقم: ١٩٠٣٥، واللفظ له، قال البيهقي: إسناده متصل، وكذا ذكر ابن الملقن، ينظر: معرفة السنن والآثار، للبيهقي، (١١/٨٢)، البدر المنير، لابن الملقن، (٨/١٢١).

(٣) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (١٠/١٣٤)، البيان، للعمراني، (٩/٢٦).

(٤) ينظر: التجريد، للقدوري، (١٠/٤٩٤٨).

(٥) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٤/٤٦)، الفواكه الدواني، للقيرواني، (٢/٢٥٨).

(٦) هو التابعي الجليل: عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة، زهير، ابن عبد الله بن جدعان القرشي، التيمي، أبو بكر المكي، الإمام، الحافظ، الحجة، القاضي، المؤذن، ولد في خلافة علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كان عالماً، مفتياً، صاحب حديث وإتقان، ولي القضاء لابن الزبير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، توفي سنة: ١١٧هـ، ينظر: تهذيب الكمال، للمزي، (١٥/٢٥٦-٢٥٩)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٥/٨٨-٩٠).

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، عن رجل طلق امرأته وهو مريض ثم مات، فقال: «قد ورث عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ابنة أصبغ الكلبية»^(١)، وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة»^(٢).

وجه الدلالة: ينص الأثر على أن المطلقة ثلاثاً في مرض الموت لا ترث^(٣).

نُوقِش: بأنه يجوز أن يكون معنى قوله: أستدرِك أن رأيي أن لا أورث مبتوتة، إلا أن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ورثها، فتبين أن القياس عنده يُخالف قول عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهذا لا يعتبر مخالفة منه، بل يجوز أن يكون عدولاً عن القياس بقول الصحابي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ^(٤).

الدليل الثاني: القياس على الطلاق في حال الصحة، بجامع أن الكل بينونة قبل الموت، فقطعت الإرث؛ لانقطاع الزوجية التي هي سبب الإرث^(٥).

نُوقِش: بأنه قياس مع الفارق، لأن المريض لا يملك إسقاط حقها عن جميع ماله بالهبة، فكذلك لا يملكه بالطلاق، بخلاف الصحة^(٦).

(١) هي تماضر بنت الأصبغ بن عمرو بن ثعلبة بن حصن الكلبية، أم أبي سلمة، ابنة ملك دومة الجندل، تزوجها عبد الرحمن بن عوف لما فتح دومة الجندل، سكنت المدينة، وأدركت الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهي أول كلبية ينكحها قرشي، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٢٩٨/٨-٣٠٠)، مختصر تاريخ دمشق، لابن منظور، (٣٢٨/٥-٣٢٩).

(٢) سبق تخريجه في مناقشة الدليل الأول، للقول الأول.

(٣) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (١٣٤/١٠).

(٤) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٩٤٨/١٠).

(٥) ينظر: حلية العلماء، للشاشي، (٢١٧/٦)، البيان، للعمراني، (٢٦/٩).

(٦) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٩٥٥/١٠).

الدليل الثالث: أنها فرقة تقطع ميراثه عنها بالاتفاق، فلزم أن تقطع ميراثها منه^(١).

نُوقش: بأن الزوج هو من أسقط حقه من الإرث، كما لو جرحها فمات قبلها ورثته، ولو ماتت قبله لا يرثها^(٢).

خامساً: الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول؛ وذلك لقوة أدلتهم، فالمطلقة ثلاثاً في مرض الموت ترث معاقبة لنقيض قصد الزوج من حرمانها من الإرث.

(١) ينظر: البيان، للعمراني، (٢٦/٩)، روضة الطالبين، للنووي، (٧٢/٨).

(٢) ينظر: التجريد، للقدوري، (١٠/٤٩٥٤-٤٩٥٥).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليه - وهو أحد الورثة - بطلاق المورث للمدعية ثلاثاً، أنكرت المدعية الدفع، وذكرت أنه طلقها طليقة واحدة وراجعها، وبقيت في منزله إلى أن توفي **رَحْمَةُ اللَّهِ**، صادق المدعى عليه على بقائها في المنزل، وشهدت البينة على عدم العلم بعدد الطلقات، وعلى مراجعة المورث للمدعية، حكم القاضي برد الدفع والعمل بمقتضى الدعوى من إدخال المدعية في صك حصر الورثة؛ وذلك لعدم ثبوت صحة الدفع^(١).

ومن خلال ما سبق يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت مراجعة المورث للمدعية، رُد الدفع وعمل بما تقتضيه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث من كون الطلاق ثلاثاً في حال الصحة مانع من موانع الإرث، ولم يُحكم به لعدم ثبوته.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بطلاق المورث للمدعية ثلاثاً، يُقبل قضاءً، إذا تحقق ما يلي:

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/١٠-١٣).

أولاً: **ثبوت عدد الطلاق ثلاثاً؛** لأنها أساس الدفع، ولأن دونها من الطلقات لا تأخذ حكمها، إلا إذا خرجت من عدتها ولم يُراجعها.

ثانياً: **ثبوت كون الطلاق في حال الصحة؛** لأن الطلاق في حال المرض لا يثبت إلا في حال أن شفي منه المريض، فيثبت.

المبحث السادس
الدفع بفساد عقد نكاح المدعية لكونه
من غير ولي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقامت المدعية دعوها ضد ورثة زوجها المدعى عليهم طالبة الحكم بإضافة اسمها في صك حصر ورثة زوجها، وبعرض الدعوى على وكيل المدعى عليهم أنكر علم الورثة بزواج مورثهم من المدعية، وبطلب البينة من المدعية قدمت عقد نكاح موثق من محكمة خارج البلاد، كما قررت أن جواز سفرها ومستندات الرسمية ذكر فيها المورث كزوج لها، طعن وكيل الورثة في عقد النكاح بفساد؛ لأنه نكاح من دون ولي؛ ونظراً لأن عقد النكاح موثق من محكمة معتبرة في البلد الذي تقع فيه، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ لذا فقد حكم القاضي بثبوت زوجية المدعية لمورث المدعى عليهم، وأنها من ضمن ورثته، وأمر بإلحاقها بصك حصر الورثة بعد اكتساب الحكم القطعية وبه حكم»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بفساد عقد نكاح المدعية لكونه من غير ولي؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/١٤-٢١).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألتين فقهيتين، هما ما يلي:

المسألة الأولى: حكم زواج المرأة من غير ولي.

المسألة الثانية: حكم التوارث بين الزوجين، إذا كان العقد من

غير ولي.

المسألة الأولى: حكم زواج المرأة من غير ولي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يشترط الولي في النكاح؟ وهل يصح أن تزوج المرأة نفسها؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في حكم زواج المرأة من غير ولي، على قولين:

القول الأول: لا يشترط الولي، ويصح أن تزوج المرأة نفسها، وهذا

قول الحنفية^(١).

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٥٥-٢٥٦)، بدائع الصنائع،

للکاساني، (٢/٢٤٧).

القول الثاني: يشترط الولي، ولا يصح أن تزوج المرأة نفسها^(١)، وهذا قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِنَا بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥).

وجه الدلالة: تدل الآية على جواز تصرف المرأة في العقد على نفسها بالمعروف^(٦).

نوقش: بأن سياق الآية يقتضي أن يكون هذا في غير النكاح؛ لأن بداية الآية كانت في عدة الوفاة، فالمرأة تمنع في العدة من الزينة، فإذا انتهت العدة رفع هذا المنع^(٧).

(١) فإن زوجت نفسها، وحكم بصحته حاكم صحح ولم يُنقض؛ لأنها من المسائل الخلافية التي يجوز فيها الاجتهاد، ينظر: شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٦٧/٧)، حاشية الصاوي، (٣٥٤/٢)، نهاية المحتاج، للرملي، (٢٢٥/٦)، حاشية البجيرمي، (٣٨٨/٣)، المغني، لابن قدامة، (٨/٧)، كشف القناع، للبهوتي، (٣٢٦/٦).

(٢) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٢٠١/٤)، مواهب الجليل، للحطاب، (٤٣٨/٣).

(٣) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٥٢٥/٧)، روضة الطالبين، للنووي، (٥٠/٧).

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/١٧٤، ١٧٢)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٦٤، ٦٧/٤).

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٤.

(٦) ينظر: التجريد، للقدوري، (٩/٤٢٣٩)، المبسوط، للسرخسي، (١١/٥).

(٧) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٧/٥٢٧).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا﴾^(١).

وجه الدلالة: فيه دلالة على صحة تصرف المرأة في عقد النكاح؛ وذلك لنسبة الفعل إليها في النكاح والرجعة^(٢).

نُوقِش: بأن الآية مطلقة تقيّد بالنصوص الدالة على أنه لا نكاح إلا بولي^(٣).

الدليل الثالث: عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»^(٤).

وجه الدلالة: أن الأيم: اسم للمرأة التي لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، فدل الحديث على أن في العقد حقين، حق يملكه الولي وهو مباشرة عقد النكاح برضاها، وحق تملكه المرأة في العقد، وقد جعلها أحق منه، ولن تكون أحق منه إلا إذا زوجت نفسها من دونه^(٥).

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٥٧)، التجريد، للقنبري، (٩/٤٢٣٩).

(٣) ينظر: الشرح الصوتي لزيد المستنقع، لابن عثيمين، (٢/٢٦٧٥).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، (٧/١٧)، رقم: ٥١٣٦، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، (٤/١٤١)، رقم: ١٤٢١، واللفظ له.

(٥) ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٥/١٢)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٣/١١٧).

نُوقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأن المقصود بالحديث الرضا لا التصرف، فليس للولي أن يجبرها على النكاح، وليس لها أن تباشر العقد؛ لأن صيغة (أحق) توجب الاشتراك، فحقها أكثر من الولي، فهي أحق من جهة تعيين الزوج والمهر والرضا، وحق الولي مباشرة العقد^(١).

الدليل الرابع: عن سهل بن سعد^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: أتت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امرأة، فقالت: إنها قد وهبت نفسها لله ولرسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «مالي في النساء من حاجة»، فقال رجل: زوجنيها... فزوجهما صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٣).

وجه الدلالة: أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يسألها عن إن كان لها ولي، ولم يشترطه في صحة عقدها، فدل على صحة عقدها لنفسها^(٤).

(١) ينظر: لوامع الدرر، للمجلسي، (٥٢/٦)، مختصر المزني، (٢٦٤/٨)، الشرح الكبير، للرافعي، (٥٢٧/٧)، شرح الزركشي، (١٦/٥).

(٢) هو الصحابي الجليل: سهل بن سعد بن مالك بن خالد الخزرجي الأنصاري الساعدي، يكنى بأبي العباس، كان اسمه حزن فغيره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى سهل، شهد قضاء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المتلاعنين، وتوفي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعمره ١٥ سنة، أحصن سبعين امرأة، توفي سنة ٨٨هـ، وعمره ١٠٠ سنة، وهو آخر من مات من الصحابة في المدينة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، ينظر: معرفة الصحابة، لأبي نعيم، (١٣١٢/٣)، تهذيب الكمال، للمزني، (١٢/١٨٨-١٩٠)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/٤٢٢-٤٢٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: فضائل القرآن، باب: خيركم من تعلم القرآن وعلمه، (١٩٢/٦)، رقم: ٥٠٢٩.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٦٢).

نوقش: بأن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** أولى بالمؤمنين من أنفسهم، وعقده النكاح إلى غير الصحيح بالاتفاق^(١).

الدليل الخامس: أن رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** خطب أم سلمة **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا**، فقالت: يا رسول الله، إنه ليس أحد من أوليائي، تعني شاهد، فقال **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «إنه ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك» فقالت: يا عمر^(٢) زوج النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، فتزوجها النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**^(٣).

وجه الدلالة: أنه **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** تزوج أم سلمة **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا** من غير ولي، فهذا فيه دلالة على صحة عقدها لنفسها^(٤).

- (١) ينظر: الشرح الصوتي لزيد المستنقع، لابن عثيمين، (٢/٢٦٧٥).
- (٢) هو الصحابي الجليل: عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد القرشي، المخزومي، المدني، أبو حفص، ولد في الحبشة قبل الهجرة بستين أو أكثر، ربيب النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، حفظ وحدث عنه الأحاديث، استعمله علي **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** على بلاد فارس، والبحرين، آخر من توفي من الصحابة -رضوان الله عليهم- من بني محزوم، توفي بالمدينة سنة: ٨٣هـ، ينظر: معرفة الصحابة، لأبي نعيم، (٤/١٩٣٩)، تاريخ الإسلام، للذهبي، (٢/٩٨٤).
- (٣) أخرجه النسائي في سننه، كتاب: النكاح، باب: إنكاح الابن إمامه، (٦/٨١)، رقم: ٣٢٥٤، وأحمد في مسنده، كتاب: النساء، باب: حديث أم سلمة زوج النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، (٤٤/١٥٠)، رقم: ٢٦٥٢٩، واللفظ له، وضعفه ابن عبد الهادي، ينظر: تنقيح التحقيق، (٤/٣٢١)، والذهبي، ينظر: المهذب في اختصار السنن الكبير، (٥/٢٧٠٥).
- (٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٦٢-٢٦٣).

نُوقش: بأن هذا محمول على الخصوصية، فقد كان صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يختص بأمور كثيرة في باب النكاح، فيدخل ذلك في اختصاصه^(١).
أُجيب عن ذلك: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأنه لو كان خاص به لبين ذلك صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٢).

الدليل السادس: أن الشارع لو قصد اشتراط الولي في النكاح، لبين جنس الأولياء، وأصنافهم، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز؛ لأنها من المسائل التي تعم بها البلوى^(٣).

الدليل السابع: القياس على ولاية المال؛ فكما أن المرأة تملك التصرف في مالها فتلي بذلك عقد البيع، فكذلك تملك التصرف في نفسها من باب أولى فتلي بذلك عقد النكاح؛ لأنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله، فتملكه كالرجل^(٤).

نُوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن التصرف في المال من بيع وشراء أمر لا يحتاج إلى ولاية فيصح أن تتولاه المرأة؛ لأن مفسدته غير دائمة، بخلاف النكاح الذي يحتاج إلى دقة في النظر فلا تتولاه المرأة، فالحجر عليها أولى من الحجر على السفية في ماله؛ لدوام مفسدته^(٥).

(١) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٥٢٧/٧)، شرح الزركشي، (١٦/٥).

(٢) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٢٤٧/٩).

(٣) ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد، (٣٩/٣)، ذكره في سياقه للخلاف.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٢٧٣/٤)، التجريد، للقدوري، (٤٢٤٨/٩)، البناية، للعيني، (٧٣/٥).

(٥) ينظر: الذخيرة، للقرافي، (٢٠١-٢٠٢)، بحر المذهب، للرويان، (١٥٠/٩).

أُجيب عن ذلك: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأن من يملك التصرف في ماله يملك التصرف في نفسه، ومن لا يملك في حق نفسه أحد الأمرين لا يملك الآخر^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل من قال بأنه يشترط الولي، ولا يصح أن تزوج المرأة نفسها، بما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾^(٢).

وجه الدلالة: عموم الآية يدل على أن الله سبحانه وتعالى خص الرجال بالخطاب في الولاية دون النساء، فدل على أن المرأة لا تزوج نفسها^(٣).

نُوقش: بأن هذا لا يُسلم به؛ لأن الآية معطوفة على قوله تعالى: ﴿وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ﴾^(٤)، فالخطاب عام يدخل فيه الرجال والنساء^(٥).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾^(٦).

وجه الدلالة: تدل الآية على اختصاص الرجال بالولاية دون النساء، وذلك من وجهين:

(١) ينظر: التجريد، للقدوري، (٩/٤٢٤٨).

(٢) سورة النور، آية: ٣٢.

(٣) ينظر: الإشراف، للقاضي، (٢/٦٨٦)،

(٤) سورة النور، آية: ٣١.

(٥) ينظر: التجريد، للقدوري، (٩/٤٢٥٣).

(٦) سورة البقرة، آية: ٢٣٢.

الأول: لو كان للنساء ولاية لما نُهي الرجال عن منعهن من النكاح، والعضل هو: المنع^(١).

الثاني: أن سبب نزول هذه الآية: هو امتناع الصحابي معقل بن يسار^(٢) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من تزويج أخته التي طلقها من زوجها^(٣)، فدل ذلك على اختصاص الرجال بالولاية^(٤).

نُوقِشَ مِنْ وَجْهِهِ:

الأول: أن النهي يدل على سقوط حقه في منعها من العقد، فلا يجوز أن يستدل بالنهي على إثبات حقه في العضل، بل يستدل به على إثبات ملكها للعقد^(٥).

الثاني: أن ظاهر اللفظ يدل على أن الخطاب موجه للأزواج وليس

(١) ينظر: الإشراف، للقاضي، (٢/٦٨٦)، مختصر المزني، (٨/٢٦٤)، شرح الزركشي، (٥/١٥).

(٢) هو الصحابي الجليل معقل بن يسار المزني البصري، يكنى بأبي علي، شهد الحديبية، وبيعة الرضوان، وناه عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ البصرة، فحفر نهر معقل، توفي في البصرة، في آخر خلافة معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ينظر: معرفة الصحابة، لابي نعيم، (٥/٢٥١١)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٣/١٤٣٣).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: التفسير، باب: وإذا طلقتم النساء، (٦/٢٩)، رقم: ٤٥٢٩.

(٤) ينظر: الإشراف، للقاضي، (٢/٦٨٦)، مختصر المزني، (٨/٢٦٤)، شرح الزركشي، (٥/١٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٥٩-٢٦١)، العناية، للباقر، (٣/٢٥٧).

للأولياء، وذلك بنهي الزوج عن تطويل العدة عليها، فلا يراجعها في آخر العدة ويطلقها؛ لكي تطول عدتها^(١).

الثالث: أن سبب النزول لا دلالة فيه على توجيه الخطاب للأولياء، بل يحتمل أنها نزلت في منع الزوج، وتطويل العدة عليها؛ لأنه خطبها لما بان، فعضلها أخوها^(٢).

الرابع: لو سلم بأن الخطاب موجه للأولياء فإن الحجة قائمة؛ لأنه لما عضل، منعه **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، وجاء تخصيص الأولياء بالنهي؛ لجريان العادة في كونها في بيت وليها، ولأنها تكره مخالفته^(٣).

الدليل الثالث: عن أبي موسى الأشعري^(٤) **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** قال: قال **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**لا نكاح إلا بولي**»^(٥).

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٥٩-٢٦١)، التجريد، للقُدوري، (٩/٤٢٤١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٥٩-٢٦١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٥٩-٢٦١)، التجريد، للقُدوري، (٩/٤٢٤٤).

(٤) هو الصحابي الجليل: أبو موسى الأشعري، عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري، الإمام الكبير، الفقيه، المقرئ، أسلم بمكة وهاجر إلى الحبشة، ثم قدم مع أهل السفينتين ورسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** بخيبر، حسن الصوت قال عنه **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: «**لقد أوتيت هذا من مزامير آل داود**»، نزل بأصبهان، وتولى الكوفة والبصرة، توفي سنة ٤٢ هـ، ينظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، (٤/٧٨-٨٧)، سير أعلام النبلاء، للذهبي، (٢/٣٨١-٤٠٢).

(٥) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: النكاح، باب: في الولي، (٢/٣٩٢)، رقم: ٢٠٨٥، والترمذي في سننه، كتاب: أبواب النكاح عن رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**، باب: ما =

وجه الدلالة: يدل على عدم صحة عقد النكاح بلا ولي؛ لأن النهي يقتضي الفساد، فلا تزوج المرأة نفسها^(١).

نُوقِشَ مِنْ وَجْهَيْنِ:

الأول: ضعف الحديث الوارد، فلا يصح الاحتجاج به^(٢).

الثاني: لو سُلمَ بصحته؛ فهو محمول على الكمال لا على الوجوب، ولو قيل بوجوبه فالولي يُحمل على الذكر والأنثى^(٣).

الدليل الرابع: عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ

نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحَهَا بَاطِلٌ»^(٤).

وجه الدلالة: فيه إثبات لحق الولي في العقد دون غيره، وأن العقد

لا يتم إلا به، فإن تم بدونَه فهو باطل، فلا تزوج المرأة نفسها^(٥).

= جاء لا نكاح إلا بولي، (٣٩٢/٢)، رقم: ١١٠١، واللفظ لهما، وقال ابن الملقن: حديث صحيح، ينظر: البدر المنير، (٥٤٣/٧)، وقال ابن حجر: اختلف في وصله وإرساله، ينظر: تلخيص الحبير، (٣٤٢/٣).

(١) ينظر: المجموع، للنووي، (١٤٩/١٦)، مطالب أولي النهي، للرحياني، (٥٨/٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٢٦٤/٤)، التجريد، للقدوري، (٩/٤٢٦١-٤٢٦٢).

(٣) ينظر: التجريد، للقدوري، (٩/٤٣٥٤، ٤٢٦٢).

(٤) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: النكاح، باب: في الولي، (٣٩١/٢)، رقم: ٢٠٨٣، والترمذي في سننه، كتاب: أبواب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، (٣٩٢/٢)، رقم: ١١٠٢، واللفظ له، وقال: حديث حسن، وقال أبو عبد الله الحاكم: حديث صحيح، ينظر: المستدرک، (١٨٢/٢).

(٥) ينظر: الإشراف، للقاضي، (٢/٦٨٦)، مختصر المزني، (٨/٢٦٤).

نُوقِشَ مِنْ وَجْهَيْنِ:

الأول: أن هذا الحديث مختلف في وجوب العمل فيه؛ فهو مما لم يتفق على صحته^(١).

الثاني: لو سُلمَ بصحته، فالخطاب خاص لمن لها ولي كالمجنونة، والأمة الصغيرة، دون غيرهن، ولو سُلمَ بأنه عام لكل امرأة، فيدل بمفهومه على صحة عقدها لنفسها إذا أذن لها وليها^(٢).

أجيب عن ذلك: أن المقصود بإذن الولي هو إذنه لمن ينوب عنه من الرجال وهو الوكيل، وليس المقصود به كما قيل؛ لأن النكاح لا يصح أن يكون موقوفاً، فلو صح لما أبطله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٣).

الدليل الخامس: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا

تَزُوجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ، وَلَا تَزُوجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا»^(٤).

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٤/٢٦٤)، التجريد، للقُدوري، (٩/٤٢٥٤-٤٢٥٧).

(٢) ينظر: التجريد، للقُدوري، (٩/٤٢٥٩).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير، للهاوردي، (٩/٤٥)، المجموع، للنووي، (١٦/١٥١).

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، (١/٦٠٦)، رقم: ١٨٨٢، واللفظ له، والدارقطني في سننه، كتاب: النكاح، (٤/٣٢٥)، رقم: ٣٥٣٥، قال البيهقي: حديث موقوف، ينظر: السنن الكبرى، (٧/١٧٨)، وقاله ابن الخراط، ينظر: الأحكام الصغرى، (٢/٦١٣).

وجه الدلالة: نهيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن تزويجها نفسها أو غيرها، فيه دلالة على فساد عقدها؛ لأن النهي إذا رجع إلى ذات الفعل يقتضي الفساد^(١).
نُوقِشَ مِنْ وَجْهَيْنِ:

الأول: ضعف الحديث الوارد، فلا يصح الاحتجاج به^(٢).

الثاني: لو صح الحديث: فإن النهي يحمل على الكراهة لا على التحريم؛ لأن طبيعة عقد النكاح يحضره الشهود، والرجال، فكره للمرأة أن تحضره من هذا الوجه^(٣).

الدليل السادس: أن للنكاح مقاصد شتى، لا يمكن للمرأة تحقيقها؛ لقصور نظرها، فتمنع من الولاية؛ تحصيلاً لهذه المقاصد على الوجه الكامل^(٤).

الدليل السابع: يمكن أن يستدل بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ ۚ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾^(٥).

(١) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٥٢٨/٧).

(٢) ينظر: التجريد، للقدوري، (٤٢٦٧/٩).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي، للجصاص، (٢٧٠/٤)، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، للمنبجي، (٦٦٤/٢).

(٤) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٥٢٩/٧).

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢١.

وجه الدلالة: قوله - سبحانه: ﴿وَلَا تُنكِحُوا﴾ فيه دلالة صريحة على أن المتصرف في عقد النكاح هم الأولياء من الرجال؛ لأن الله **سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى** نسب الفعل إليهم.

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني، فيشترط الولي، ولا يصح أن تزوج المرأة نفسها؛ وذلك لأن عقد النكاح من العقود التي يترتب عليها من الآثار والأحكام ما لا يترتب على غيرها، فيحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره، ولأن المرأة جبلت على الحياء الذي قد يمنعها من تولي هذا العقد، ولما يميل إليه طبيعة هذا العقد من حضور الرجال فيه، فيتولاه وليها، وقد رتب الشريعة الإسلامية أحكام الولاية فحرمت العضل والإكراه، فمنعت تسلط بعض الأولياء، وحفظت بذلك حق المرأة المسلمة، فلا حرج في ذلك.

المسألة الثانية: حكم التوارث بين الزوجين، إذا كان العقد من غير ولي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يثبت التوارث بين الزوجين إذا كان العقد من غير ولي، على قول من قال بأن العقد بينهما فاسد؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء^(١) في حكم ثبوت التوارث بين الزوجين، إذا كان العقد من غير ولي، على قولين:

القول الأول: يثبت الإرث مطلقاً، وهذا قول المالكية^(٢).

القول الثاني: لا يثبت الإرث إلا إذا حكم بصحته حاكم، وهذا قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

دليل القول الأول:

أن هذا النكاح من الأنكحة المختلف فيها، فيجب مراعاة الخلاف، وإثبات الإرث^(٥).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن وجوده كعدمه؛ لأنه ليس بنكاح شرعي^(٦).

(١) من المالكية والشافعية والحنابلة.

(٢) ينظر: المختصر الفقهي، لابن عرفة، (٤/٤٥)، الفواكه الدواني، للنفراوي، (٢/١٣).

(٣) ينظر: أسنى المطالب، للأنصاري، (٣/٤)، حاشية البجيرمي، (٣/٤٣٥).

(٤) ينظر: الإقناع، للحجاوي، (٣/٨١)، غاية المنتهى، لمرعي، (٢/٨٤)، حاشية اللبدي على نيل المآرب، (٢/٢٦٨).

(٥) ينظر: توضيح الأحكام، للتوزري، (٢/٤٤).

(٦) ينظر: المغني، لابن قدامة، (٦/٣٩٣)، نيل المآرب، لابن أبي تغلب، (٢/٥٥).

الدليل الثاني: أن حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية يرفع الخلاف، فإذا لم يحكم بصحته حاكم فالخلاف باقٍ^(١).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لأن وجوده كعدمه؛ لكونه من الأنكحة الفاسدة، فلا يثبت به التوارث حتى يحكم بصحته حاكم.

(١) ينظر: بحر المذهب، للرويانى، (١١/٣٦٧)، حاشية اللبدي، (٢/٢٦٨).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو أحد الورثة - بفساد عقد النكاح؛ لكونه من غير ولي، أنكرت المدعية - وهي زوجة المورث - فساد؛ لكون العقد بينهما قد أبرم على سنة الله ورسوله **صلى الله عليه وسلم**، وقد تم تصديقه من المحكمة المختصة، وأحضرت ما يثبت ذلك، حكم القاضي برد الدفع، وتوريث المدعية؛ وذلك لعدم صحة الدفع، فقد ثبت أن العقد بينهما صحيح؛ لكونه مصداقاً من المحكمة، ولما قرره أهل العلم من أن المرأة إذا زوجت نفسها وحكم بصحته حاكم فقد صح العقد، وثبت لها سائر الحقوق كالإرث، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت تصديق النكاح من المحكمة المختصة، رُد الدفع وعمل بما تقتضيه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث، من ثبوت التوارث بين الزوجين في العقد المبرم من غير ولي إذا حكم بصحته حاكم؛ وذلك لكونه من المسائل الخلافية التي يسوغ فيها الاجتهاد، ولأن حكم الحاكم يرفع الخلاف.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/ ١٤-٢١).

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بفساد عقد النكاح؛ لكونه من غير ولي، يكون دفعاً مقبولاً إذا لم يحكم بصحة العقد حاكم؛ وذلك لما تقرر في المطلب الثاني من اشتراط الولي في عقد النكاح وعدم صحة تزويج المرأة نفسها؛ لما ثبت من الأدلة.

أما إذا كان العقد المبرم من غير ولي قد حكم بصحته حاكم كما في هذه الدعوى، فيُرد الدفع ويعمل بما تقتضيه الدعوى؛ وذلك لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف.

المبحث السابع
**الدفع بكون التنازل عن بعض
التركة مشروطاً**

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى حيث: «أقام المدعي دعواه ضد المدعى عليه، طالباً إلزامه بإصدار وكالة له تمكنه من التصرف في أسهم من تركة المورث سبق أن اصطلح الورثة على اختصاص المدعي بها وتنازلهم عنها له، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أقر بصحتها، ودفع بكون التنازل مشروطاً بإنهاء بقية الإرث والاتفاق على بقية أموال المورث، وقد قرر المدعى عليه أنه لا بينة له على ما دفع به، ثم أدى المدعي اليمين على نفي ذلك؛ ولذا فقد حكم القاضي بإلزام المدعى عليه بإصدار وكالة شرعية للمدعي تخوله حق التصرف في الأسهم محل الدعوى، وعددها ألف سهم والمسجلة باسم المورث»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بكون التنازل عن بعض التركة مشروطاً؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/١٣٨-١٤١).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم الصلح بين الورثة على بعض التركة.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح أن يصطلح الورثة فيما بينهم بأن يتنازل أحدهم عن نصيبه من التركة أو بعضه لبقية الورثة بشرط أو بغيره؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(١) على مشروعية الصلح بين الورثة في التركة، فيصح أن يتنازل أحد الورثة عن نصيبه أو بعضه لبقية الورثة، سواء كان التنازل بشرط أو بغير شرط.

ثالثاً: مستند الاتفاق:

عن أبي سلمة رَحِمَهُ اللهُ قَالَ: أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: «لَا أُوْرثُ تَمَاضِرَ شَيْئاً»، فَارْتَفَعُوا إِلَى عَثْمَانَ بْنِ عَفَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وَكَانَ

(١) ينظر: البناية، للعيني، (٣٨/١٠)، حاشية ابن عابدين، (٥/٦٤٢)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٦/٦)، حاشية الدسوقي، (٣/٣١٥)، نهاية المطلب، للجويني، (٦/٤٦٣)، الغاية، لابن عبد السلام، (٤/٦٩)، الكافي، لابن قدامة، (٢/١١٨)، الإقناع، للحجاوي، (٢/١٩٦).

ذلك في العدة فورثها منه، فصالحوها من نصيبها ربع الثمن على ثمانين ألفاً فما أوفوها^(١).

وجه الدلالة: أنهم صالحوا تماضر من إرثها، وكان ذلك بمحضر الصحابة -رضوان الله عليهم- ولم ينكر ذلك أحد، فدل على جواز الصلح بين الورثة^(٢).

(١) أخرجه سعيد في سننه، كتاب: الطلاق، باب: من طلق امرأته مريضاً ومن يرثها، (٦٦/٢)، رقم: ١٩٥٩، واللفظ له، والصنعاني في مصنفه بنحوه، كتاب: البيوع، باب: المرأة تصالح على ثمنها، (٢٨٩/٨)، رقم: ١٥٢٥٦، ولم أقف على حكمه.
(٢) ينظر: تبين الحقائق، للزليعي، (٥٠/٥)، حاشية ابن عابدين، (١١٨/٦).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو أحد الورثة - بأن التنازل عن بعض التركة كان مشروطاً بإنهاء بقية الإرث، أنكر المدعي الدفع، وقرر المدعى عليه بأنه لا بينة له على ما دفع به، فأدى المدعي اليمين على إنكار الدفع، فحكم القاضي برد الدفع، والعمل بما تقتضيه الدعوى؛ وذلك لعدم ثبوت الدفع، ولحلف المدعي على إنكار الدفع، ولقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، ولحديث: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى أن اليمين على المدعى عليه»^(٢)، ولقول أهل العلم بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر^(٣).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد عدم ثبوت الشرط المذكور، وبعد أداء المدعي اليمين على عدم وجود الشرط المذكور في الصلح، رُد الدفع، وعُمل بما تقتضيه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث من وجه أن الصلح بين الورثة في التركة أو بعضها مشروع،

(١) سورة المائدة، آية: ١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن، (٣/١٤٣)، رقم: ٢٥١٤.

(٣) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/١٣٨-١٤١).

فرد القاضي الدفع وعمل بإثبات الصلح السابق بين الورثة؛ وذلك لمشروعيته، وعملاً بما جاء في الآية، ولأثر عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.
ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بكون التنازل عن بعض التركة مشروطاً، يُرجع في قبوله إلى ثبوت الشرط من عدمه، فإذا لم يثبت الشرط -كما في هذه الدعوى- يرد الدفع.

المبحث الثامن
الدفع بأن التركة أحق لذوي الأرحام من
بيت المال

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أنهى مأمور بيت مال المحكمة طالباً إثبات وفاة إحدى المواطنات وعدم وجود وارث لها، كما طلب إيداع تركتها في بيت المال، وقد جرى التحري عن وجود ورثة للمتوفاة فلم يعثر على أحد منهم، كما جرى إعلان الوفاة في المحكمة وبإحدى الصحف المحلية فحضر وكيل بنات أخت المتوفاة واعترض على ما أنهى به مدير بيت المال [ودفع] بأن موكلاته أحق بما خلفته المتوفاة من تركة وطلب تسليمها لهن، وبطلب البينة منه أبرز شهادة وفاة متضمنة وفاة المرأة المنهى عنها، كما أحضر شاهدين معدلين شرعاً فشهدا بصحة ما ذكر، ولأن ذا الرحم مقدم على بيت المال، لذا فقد ثبت لدى القاضي وفاة المنهى عنها وانحصار إرثها في بنات أختها»^(١).

فما حكم الدفع بأن التركة أحق لذوي الأرحام من بيت المال؟ وما

أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/١٧٨-١٨٢).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: أحقية ذوي الأرحام^(١) من بيت المال في إرث من ليس له صاحب فرض^(٢) أو عصابة^(٣).

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

في حال عدم وجود صاحب فرض أو عصابة للمورث، فهل يكون الإرث حقاً لذوي الأرحام؟ أم حق لبيت المال؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

(١) هي: كل قرابة ليست بذوي فرض، ولا عصابة، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥٧٧/٨)، الفواكه، للنفرأوي، (٢٥٦/٢)، الشرح الكبير، للرافعي، (٤٥٣/٦)، الإقناع، للحجاوي، (١٠٥/٣).

(٢) هو: كل من له نصيب مقدر شرعاً، ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥٥٨/٨)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٩٨/٨)، الشرح الكبير، للرافعي، (٤٥٥/٦)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤٠٦/٤).

(٣) هو: كل من يأخذ جميع المال عند انفراده، والباقي بعد أصحاب الفروض، ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٢٣٧/٦)، حاشية الدسوقي، (٤٦٥/٤)، الفقه المنهجي، (٩٧/٥)، زاد المستقنع، للحجاوي، ص: ١٥١.

القول الأول: أن ذوي الأرحام أولى من بيت المال، وهذا قول الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن بيت المال المنتظم^(٣) أولى من ذوي الأرحام، وهذا قول المالكية^(٤)، والشافعية^(٥).

ثالثاً: أدلة الأقوال:

أدلة القول الأول:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^(٦).

وجه الدلالة: عموم الآية يدل على أن أولي الأرحام بعضهم أولى بميراث بعض، فدل على تقديمهم على غيرهم^(٧).

- (١) ينظر: تبين الحقائق، للزيلعي، (٢٤٢/٦)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٥٧٧/٨).
- (٢) ينظر: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لمجد الدين، (٤٠٣/١)، الإنصاف، للمرداوي، (٣١٨/٧).
- (٣) فإن كان بيت المال غير منتظم، فيقدم ذوي الأرحام، ينظر: الجامع، للصقلي، (٦٣٨/٢١)، مواهب الجليل، للحطاب، (٤١٥/٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٦/٦)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٧/٣).
- (٤) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٤١٥/٦)، حاشية الدسوقي، (٤٦٨/٤).
- (٥) ينظر: الشرح الكبير، للرافعي، (٤٥٣/٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٦/٦).
- (٦) سورة الأنفال، آية: ٧٥.
- (٧) ينظر: التجريد، للقدوري، (٣٩١١/٨)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤٥٥/٤).

نُوقش: بأن المراد بأولي الأرحام في الآية، هم: العصبة الذين كانوا لا يتوارثون قبل الهجرة^(١).

أُجيب: بأن العبرة في العموم اللفظ لا لخصوص السبب، وهي عامة فيعمل بعمومها^(٢).

الدليل الثاني: عن المقدم **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ** قال: قال رسول الله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**:

«الخال وارث من لا وارث له: يعقل عنه، ويرثه»^(٣).

وجه الدلالة: أن الحديث يدل على ثبوت إرث الخال وهو من ذوي الأرحام، فدل على أن المورث إذا لم يكن له صاحب فرض أو عصبة فإن ذوي الأرحام يقدمون على غيرهم^(٤).

يمكن أن يناقش: بأن في سنده اختلاف^(٥).

(١) ينظر: الجامع، للصقلي، (٦٣٧/٢١).

(٢) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥٧٧/٨).

(٣) أخرجه أبي داود في سننه، كتاب: الفرائض، باب: في ميراث ذوي الأرحام، (٥٢٦/٤)، رقم: ٢٨٩٩، واللفظ له، وأحمد في مسنده، مسند: الشاميين، باب: حديث المقدم بن معدي، (٤٣٥/٢٨)، رقم: ١٧٢٠٤، قال البيهقي **رَحِمَهُ اللَّهُ**: الحديث ليس بقوي، ومختلف فيه، ونقل ابن حجر **رَحِمَهُ اللَّهُ** الخلاف فيه، ينظر: الخلافات، للبيهقي، (١٤٩/٥)، تلخيص الحبير، لابن حجر، (١٨٢/٣).

(٤) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٥٧٧/٨)، مطالب أولي النهى، للرحياني، (٦١٥/٤).

(٥) كما سبق في تحريجه.

الدليل الثالث: عن واسع بن حبان^(١) رَحِمَهُ اللهُ قال: توفي ثابت بن الدحداحة^(٢) رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وكان رجلاً أتياً^(٣) في بني أنيف، أو في بني العجلان، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هل له من وارث؟»، فلم يجدوا له وارثاً، قال: «فدفع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ميراثه إلى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر»^(٤).

وجه الدلالة: دل الحديث على تقديم توريث ذوي الأرحام على غيرهم إذا لم يكن للميت صاحب فرض أو عصبه^(٥).

(١) هو واسع بن حبان بن منفذ بن عمرو الأنصاري، مختلف في صحبته النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، سكن المدينة، قيل: أنه شهد بيعة الرضوان والمشاهد بعدها وقتل يوم الحرة، قال ابن حجر رَحِمَهُ اللهُ هذا غيره؛ لأنه مشهور في التابعين، ينظر: معرفة الصحابة، لأبي نعيم، (٥/٢٧٣٧)، الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني، (٦/٤٦٤).

(٢) هو الصحابي الجليل: ثابت بن الدحداح بن نعين بن غنم بن إياس، يكنى أبا الدحداح، وقيل أبا الدحداحة، من حلفاء الأنصار، كثير الصدقة، ثبت يوم أحد وأصيب فيه، توفي في حياة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وحضر جنازته بعد ما رجع من صلح الحديبية سنة ٦ هـ، ينظر: الاستيعاب، لابن عبد البر، (١/٢٠٤)، (٤/١٦٤٥)، الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر، (١/٥٠٣).

(٣) أي: لا يعرف أصله، ينظر: إتحاف المهرة، لابن حجر، (١٩/٥٩٢)، وجاء في اللغة: الرجل الأتيّ: هو الغريب الذي في غير وطنه، أو في قوم ليس منهم، ينظر: تاج العروس، للزبيدي، (٣٧/٣٠)، مادة: أتو.

(٤) أخرجه الصنعاني في مصنفه، كتاب: الفرائض، باب: الخالة والعممة وميراث القرابة، (١٠/٢٨٤)، رقم: ١٩١٢٠، واللفظ له، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الفرائض، باب: رجل مات وترك خاله وابنة أخيه أو ابنة أخيه، (٦/٢٥٠)، رقم: ٣١١٣٢، قال البيهقي رَحِمَهُ اللهُ: منقطع، وقال الذهبي رَحِمَهُ اللهُ: مرسل، ينظر: السنن الكبرى، للبيهقي، (٦/٣٥٤)، المهذب، للذهبي، (٥/٢٣٦٧).

(٥) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٨/٥٧٧).

يمكن أن يناقش: بضعف إسناده، فلا يصح الاحتجاج به^(١).

الدليل الرابع: أن ذوي الأرحام يرثون لسببين، وهما: الإسلام والرحم، وبيت المال يرث لسبب واحد، وهو: الإسلام، فيكون ذوي الأرحام أولى من بيت المال؛ لترجحهم بسبب آخر وهو الرحم^(٢).

دليل القول الثاني:

استدل من قال بأن بيت المال المنتظم أولى من ذوي الأرحام، بالقاعدة الفقهية: الغرم بالغنم^(٣)، فبيت المال يعقل في القتل الخطأ عن القاتل الذي لا عصبه له، فكذلك يكون ميراثه له؛ لقيامه مقام العصبه^(٤).

نوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه لا يلزم من التعصيب الإرث، ففي الإرث يرث من لا يُعصّب كالنساء، وفي العقل يُعصّب من لا يرث كأهل الديوان، والعصبه البعيدة، فدل على أن العقل لا يوجب الإرث^(٥).

رابعاً: الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لقوة أدلتهم، فذوي الأرحام يقدمون على بيت المال في إرث من ليس له صاحب فرض أو عصبه؛ لأنهم يتفوقون مع بيت المال في الإسلام، ويترجحون بالرحم.

(١) كما سبق في تحريجه.

(٢) ينظر: التجريد، للقدوري، (٣٩١٨/٨)، حاشية الروض المربع، لابن قاسم، (١٥٣/٦).

(٣) ينظر: شرح القواعد الفقهية، للزرقا، ص: ٤٣٧-٤٣٩، قواعد الفقه، للبركتي، ص: ٩٤.

(٤) ينظر: مواهب الجليل، للحطاب، (٤١٥/٦)، الفقه المنهجي، (١٦٨/٥).

(٥) ينظر: التجريد، للقدوري، (٣٩٣٤/٨).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها وكيل الورثة بأن بنات أخت المتوفاة أحق بالتركة من بيت المال؛ وذلك لانحصار الإرث فيهن، حكم القاضي بقبول الدفع؛ وذلك لثبوته، ولما قرره الفقهاء من أن ذوي الأرحام يقدمون على بيت المال في حال عدم وجود وارث للميت بفرض أو تعصيب^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت انحصار الإرث في بنات الأخت، وعدم وجود وارث غيرهن، ولما قرره الفقهاء من أن ذوي الأرحام يقدمون على بيت المال في حال عدم وجود وارث للميت بفرض أو تعصيب، قبل الدفع، وتم لموجبه رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث من تقديم ذوي الأرحام على بيت المال؛ وذلك لأن من أدلى بسببين يقدم على من أدلى بسبب واحد.

ويتبين -والله أعلم- بأن الدفع بأن التركة أحق لذوي الأرحام من بيت المال، يكون دفعاً مقبولاً إذا ثبت انحصار الإرث بذوي الأرحام، وعدم وجود وارث غيرهم.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/١٧٨-١٨٢).

المبحث التاسع
الدفع بالتقرب للمورث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: أنهى المنهي طالباً إثبات وفاة ابن عمه وانحصار ورثته في المنهي وإخوته لاجتماعهم مع المتوفى في الجد السابع، وقد اعترض أحد العصبة وطلب إثبات انحصار ورثة المتوفى فيه وفي إخوته لكونهم أقرب في الدرجة من المنهي وإخوته، وبطلب البينة من المعترض أحضر شاهدين معدلين شرعاً، فشهدا بأنه وأخوته هم العصبة الأقرب للمتوفى، وقد طعن المنهي في شهادة أحد الشهود بوجود دعوى مالية بينهما، ونظراً لوجود عصبة للمتوفى متفاوتين في القرب منه، ولأن جهة المنهي والمعارض واحدة وهي العمومة وبنوهم فيسقط الأقرب درجة منهم الأبعد، ولأن ما دفع به المنهي من وجود دعوى بينه وبين أحد الشهود لا يمنع من قبول شهادته لأنها ليست بعداوة؛ لذا فقد ثبت لدى القاضي وفاة ابن عم المنهي، والمعارض، وأن المتوفى أقرب للمعارض من المنهي، وصرف النظر عن إنهاء المنهي، كما ثبت لدى القاضي أخيراً انحصار ورثة المتوفى في المعارض وإخوته»^(١).

فما حكم دفع المعارض بالقرب للمورث؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/١٦٦-١٧٢).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: تقديم الأقرب من العصابات للمورث.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

إذا اجتمع أكثر من عاصب للمورث، فهل يقدم الأقرب درجة للمورث على الأبعد؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(١) على تقديم العصابة الأقرب للمورث عند اجتماع أكثر من عاصب^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٣٤/٤)، حاشية ابن عابدين، (٧٧٤/٦)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٢٠٧/٨)، حاشية الدسوقي، (٤٦٧/٤)، روضة الطالبين، للنووي، (١٨/٦)، أسنى المطالب، للأنصاري، (١٠/٣)، الإقناع، للحجاوي، (٨٩/٣)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٥١٧/٣)، الإقناع، لابن قطان، (١٠٣/٢).

(٢) وضابط التقديم يكون: بتقديم الجهة الأقوى كالبنوة على الأبوة، فإذا استوت الجهة فالأقرب درجة، كالأب على ابن الابن، فإذا استوت الدرجة فبالقوة، كالأخ الشقيق على الأخ لأب، ينظر: حاشية ابن عابدين، (٧٧٤/٦)، حاشية الدسوقي، (٤٦٧/٤)، أسنى المطالب، للأنصاري، (١٠/٣)، حاشية ابن قائد، (٥١٨/٣).

ثالثاً: مستند الاتفاق:

عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»^(١).

وجه الدلالة: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فهو لأولى رجل ذكر» أي أقرب رجل، فدل على أن العاصب الأقرب أولى من الأبعد، فيقدم ويحجب الأبعد به^(٢).

-
- (١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الفرائض، باب: ميراث الولد من أبيه وأمه، (١٥٠/٨)، رقم: ٦٧٣٢، واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب: الفرائض، باب: ألحقوا الفرائض بأهلها، (١٢٣٣/٣)، رقم: ٢/١٦١٥.
- (٢) ينظر: الإقناع، لابن قطان، (٢/١٠٢-١٠٣)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (٦/٢٣٨)، حاشية الروض المربع، لابن قاسم، (٦/١٢١).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المعارض - وهو أحد عصبة المورث - بالقرب من المورث؛ وذلك لكونه يلتقي مع المورث بجدهما السادس، والمنهي يلتقي بجدهما السابع، وأحضر لذلك شهوداً شهدوا على صحة الدفع، اعترض المنهي - وهو أحد عصبة المورث - على الدفع، وقدح بعدالة الشهود، فأحضر المعارض البينة على عدالة الشهود، حكم القاضي بقبول الدفع؛ وذلك لصحته وثبوته، ولكون العاصب الأقرب يحجب العاصب الأبعد إذا اتفقت جهة التعصيب كما قرره الفقهاء^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت قرب المعارض للمورث، وثبوت كونه أقرب من المنهي، قبل الدفع، وتم لموجبه رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما جاء في المطلب الثاني من هذا المبحث، فقد اتفق الفقهاء على أن العاصب الأبعد يحجب بالعاصب الأقرب؛ وذلك لما ثبت في حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حيث قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر».

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/١٦٦-١٧٢).

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بالقرب للمورث، يكون دفعاً صحيحاً إذا: ثبت كونه أقرب من غيره للمورث؛ وذلك لاتفاق الفقهاء على تقديمه.

المبحث العاشر

الدفع بسكن بعض الورثة للعقار الموروث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقام المدعون دعواهم ضد المدعى عليهم طالين الحكم ببيع عقار من تركة مورثهم، وقسمة ثمنه بين الورثة حسب الإرث الشرعي، وبعرض الدعوى على بعض الورثة المدعى عليهم أجاب بعضهم بالموافقة على بيع العقار، وأجاب البعض بعدم الموافقة على بيع العقار؛ لأن هناك مستحقين للتركة يسكنون فيه، وقد غاب بعض الورثة عن حضور الجلسات؛ ونظراً لاتفاق أغلب الورثة على البيع، ولأن في الإبقاء على العقار مع عدم بيعه وقسمة ثمنه بين الورثة ضرر عليهم لانتفاع بعضهم دون بعض؛ لذا فقد حكم القاضي ببيع العقار بالمزاد العلني، وقسمة ثمنه بين الورثة حسب الفريضة الشرعية»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليهم بسكن بعض الورثة للعقار الموروث؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥هـ، (٦/٤٩-٥٣).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: بيع العقار الموروث في حال سكن بعض الورثة فيه.

وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

في حال طلب بعض الورثة بيع عقار موروث يسكن فيه بعض الورثة، فهل يعتبر سكن بعض الورثة مانعاً للبيع؟ وهل يعتبر البيع لازماً؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

هذه المسألة مبنية على حكم بيع الدار المشتركة في حال طلب أحد الشركاء ذلك، وبيان هذه المسألة ما يلي:

صورة المسألة:

إذا اشترك أكثر من شخص في ملك دار واحدة، وطلب أحدهم بيع هذه الدار، فهل يجاب للبيع؟ وهل يعتبر البيع لازماً؟

الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء على وجوب بيع الدار الواحدة المشتركة في حال طلب أحد الشركاء ذلك^(١).

(١) ينظر: تحفة الفقهاء، لأبي بكر السمرقندي، (٣/٢٧٩)، بدائع الصنائع، للكاساني، (٥/١٥٥)، (٧/٢٣)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٦/١٩٧)، توضيح =

مستند الاتفاق:

أن في ذلك دعواً للضرر الذي يحصل للشريك الآخر - الطالب للبيع -؛ فيلحق نصيبه من هذه الدار النقص، فالدار الواحدة إذا قسمت، وبيعت كل حصة لوحدها، تنقص قيمتها، ويقل الطلب عليها، بخلاف ما إذا بيعت الدار كاملة، فالقيمة ترتفع، والطلب عليها يرتفع^(١).

ويتبين من خلال ما سبق: أنه في حال ما لو طلب بعض الورثة بيع عقار موروث يسكن فيه بعض الورثة، فإن البيع يلزم، ولا يعتبر سكن بعض الورثة فيه مانعاً من البيع؛ لكونه عقاراً مشتركاً بين الورثة، ولكل وارث حق فيه، فعدم البيع فيه ضرر على بقية الورثة؛ لانتفاع بعضهم دون البعض، فيدفع الضرر ببيعه؛ ليتنفع به جميع الورثة.

= الأحكام، للتوزري، (١١٢/٣)، الشرح الكبير، للرافعي، (٥٥٣، ٥٥٧/١٢)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٣٣٥-٣٣٦/٤)، الإقناع، للحجاوي، (٤/٤١٢)، منتهى الإرادات، لابن النجار، (٣١٤/٥).

وقد ذهب الحنفية والشافعية إلى: وجوب الإيجابار على القسمة في حال طلب ذلك أحد الشركاء، والقسمة عندهم في هذه المسألة في حكم البيع، ينظر: تحفة الفقهاء، للسمرقندي، (٢٧٩/٣)، بدائع الصنائع، للكاساني، (١٥٥/٥)، الشرح الكبير، للرافعي، (٥٥٧/١٢)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٣٣٦/٤).

(١) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (١٦٨/٨)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (١٩٧/٦)، منح الجليل، لعليش، (٢٩٩/٧)، أسنى المطالب، للأنصاري، (٣٣٥/٤)، حاشية الروض المربع، لابن قاسم، (٥٦٦/٧).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع فيها المدعى عليهم - وهم بعض الورثة - بسكن بعض الورثة للعقار الموروث، حكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لاتفاق أغلب الورثة على البيع، ولما قرره الفقهاء من أن الشريك إذا طلب القسمة فإنه يجاب، ولأن في عدم بيعه انتفاع بعضهم دون البعض فيضر ببقية الورثة^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد طلب المدعي بيع العقار الموروث، واتفاق أغلب الورثة على ذلك، لم يُقبل الدفع؛ وذلك لما في قبوله من إضرار ببقية الورثة؛ لانتفاع بعضهم دون البعض، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما قرره الفقهاء في المطلب الثاني من أن الشريك إذا طلب بيع دار مشتركة فإنه يُجاب لذلك؛ لدفع الضرر الذي يحصل بعدم بيعها.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بسكن بعض الورثة للعقار الموروث، يكون دفعاً مردوداً؛ وذلك لكون العقار الموروث حقاً مشتركاً بين جميع الورثة، وانتفاع البعض دون البعض بإضرار بالبقية.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٥ هـ، (٦/٤٩-٥٣).

المبحث الحادي عشر
الدفع بكون العقار الموروث موقوفاً

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: «أقامت المدعية دعوها ضد باقي الورثة المدعى عليهم طالبة الحكم ببيع عقار من تركة مورثهم بالمزاد العلني، وتسليمها نصيبها الشرعي من ثمنه، وبعرض الدعوى على المدعى عليه أصالة ووكالة قرر بأن مورثهم أوقف العقار وقفاً منجزاً على أولاده الذكور والإناث، وأن المدعية ليس لها حق في هذا الوقف، فصادقت المدعية على ذلك، ودفعت بأن الوقف كان قبل أن يتزوج بها مورثهم، وأنها تضررت منه، وقد اطلع القاضي على صكوك الملكية والوقفية وحصر الورثة؛ ونظراً لإقرار المدعية بأن العقار وقف لله تعالى، ولأن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث؛ لذا فقد حكم القاضي برد الدعوى»^(١).

فما حكم دفع المدعى عليهم بكون العقار الموروث موقوفاً؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٦/ ١٣٤-١٣٧).

المطلب الثاني

التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألتين:

المسألة الأولى: حكم وقف جميع المال.

المسألة الثانية: حكم بيع الوقف الموروث للقسمة.

وبيان ذلك ما يلي:

المسألة الأولى: حكم وقف التركة:

أولاً: صورة المسألة:

هل يصح للواقف أن يقف جميع ماله أو بعضه؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

سبق بيان هذه المسألة في الفصل الثاني من هذا البحث^(١)، ويمكن

أن يُلخص حكم وقف جميع المال بنقطتين:

الأولى: إذا كان الوقف في حال مرض الموت، فإن الوقف لا يلزم

إلا بالثلث باتفاق الفقهاء.

الثانية: إذا كان الوقف في حال الصحة، فإن الوقف يصح بجميع

المال باتفاق الفقهاء، ويلزم على الراجح من أقوال أهل العلم.

(١) سبق بيانها في المبحث الخامس عشر من الفصل الثاني.

المسألة الثانية: حكم بيع الوقف الموروث للقسمة:

أولاً: صورة المسألة:

إذا كان في الإرث وقفاً، وأراد الورثة بيعه ليقسموا ثمنه^(١)، فهل يصح بيع هذا الوقف؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(٢) على أن الوقف لا يصح بيعه بحال إذا كان قائماً^(٣).

ثالثاً: مستند الاتفاق:

عن ابن عمر **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا** قال: «لا يباع أصلها ولا يتاع ولا يورث ولا يوهب»^(٤).

- (١) أي: أن الوقف لم تتعطل منافعه، وإنما البيع لأجل القسمة.
- (٢) ينظر: البناية، للعيني، (٤٤٢/٧)، حاشية ابن عابدين، (٥٧/٥)، التاج، للمواق، (٦٦٣/٧)، حاشية الدسوقي، (٩١/٤)، المجموع، للنووي، (٢٤٧/٩)، نهاية المحتاج، للرملي، (٣٥٩/٥)، الإقناع، للحجاوي، (٢٧/٣)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٣٨٢-٢٨٣).
- (٣) أي: لم تتعطل منافعه، وهذا فيه إشارة إلى مسألة بيع الوقف إذا خرب، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: ذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى: جواز بيعه، وذهب المالكية إلى: منع بيعه ما لم يشترط الواقف ذلك، ينظر: المحيط البرهاني، لابن مازة، (٢٠٩/٦)، حاشية ابن عابدين، (٥٧/٥)، الفواكه الدواني، للنفراوي، (١٦٥/٢)، حاشية الدسوقي، (٩١/٤)، الشرح الكبير، للرافعي، (٢٩٨/٦)، روضة الطالبين، للنووي، (٣٥٧/٥)، الإقناع، للحجاوي، (٢٧/٣)، منتهى الإيرادات، لابن النجار، (٣٨٢-٢٨٣).
- (٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: الوقف كيف يكتب، (١/١٢)، رقم: ٢٧٧٢، ومسلم في صحيحه، كتاب: الوصية، باب: الوقف، (٩/٧٣)، رقم: ١٦٣٢، واللفظ له.

وجه الدلالة: نص على أن الوقف لا يباع بحال؛ لأنه عقد يقتضي التأييد فكان من شأنه ذلك^(١).

(١) ينظر: المجموع، للنووي، (٣٦٢ / ١٥)، كشاف القناع، للبهوتي، (٢٩٢ / ٤).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهم بعض الورثة - على كون العقار الموروث موقوفاً، أقرت المدعية - وهي زوجة المورث - بصحة الدفع، وطلبت إبطاله، حكم القاضي بقبول الدفع؛ وذلك لثبوته، ولإقرار المدعية به، ولأن الوقف لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت الوقف، وإقرار المدعية على صحته، قبل الدفع، وتم لموجبه رد الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث من اتفاق الفقهاء على أن الوقف لا يباع بحال؛ لما ثبت عن ابن عمر رضي الله عنهما.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بكون العقار الموروث موقوفاً، يُعد دفعاً مقبولاً إذا ثبت ما يلي:

أولاً: ثبوت الوقف؛ لأنه أساس الدعوى.

ثانياً: ثبوت كون الوقف في حال صحة الواقف؛ لأن الوقف لا يلزم إلا بالثلث إذا كان في حال مرض موت الواقف.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، (٦/١٣٤-١٣٧).

المبحث الثاني عشر
الدفع بتسديد دين المورث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة الدفع من خلال الدعوى.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي للدفع.

المطلب الثالث: الدراسة التحليلية للدفع.

المطلب الأول

صورة الدفع من خلال الدعوى



تتبين صورة الدفع من خلال وقائع الدعوى، حيث: أقامت المدعية دعوها بالأصالة عن نفسها وبالوكالة عن أخواتها، قائلة: أن والدها توفي وخلف تركة كبيرة داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، وقد استلمت وأخواتها بعد الوفاة مبالغ تخص مورثهم تم توزيعها عليهم، لذا تطالب بأخذ نصيبها وأخواتها من التركة بعد خصم ما تم استلامه، [دفع المدعى عليه بأنه: قد قام بتسديد ديون المورث]، بعد المداولة حكمت المحكمة بالقدر المتيقن، وذلك بإلزام المدعى عليه بدفع مبالغ معينة للمدعيات، ورد ما عدا ذلك من طلبات؛ لعدم ثبوتها، قنعت المدعية بالحكم^(١).

فما حكم دفع المدعى عليه بتسديد ديون المورث؟ وما أثره القضائي؟

(١) مجموعة الأحكام القضائية، لعان ١٤٣٤هـ، (٩/٢٩٩-٣٢٩).

المطلب الثاني التأصيل الفقهي للدفع



يتضمن الدفع مسألة: حكم تقديم قضاء ديون المورث على قسمة التركة.
وبيان ذلك ما يلي:

أولاً: صورة المسألة:

إذا توفي شخص وعليه دين، فهل يُقضى الدين قبل تقسيم التركة
بين الورثة؟

ثانياً: الحكم الفقهي للمسألة:

اتفق الفقهاء^(١) على وجوب تقديم قضاء الدين على تقسيم التركة
بين الورثة.

ثالثاً: مستند الاتفاق:

قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾
إلى قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾^(٢).

(١) ينظر: مجمع الأنهر، لشيخه زاده، (٢/٧٤٦-٧٤٧)، حاشية ابن عابدين،
(٦/٧٥٩-٧٦١)، شرح مختصر خليل، للخرشي، (٨/١٩٨)، حاشية الدسوقي،
(٤/٤٨٥-٤٨٦)، الشرح الكبير للرافعي، (٦/٤٤٥)، روضة الطالبين، للنووي،
(٦/٣)، المغني، لابن قدامة، (١٠/١٩٧)، الإقناع، للحجاوي، (٣/٨١-٨٢).

(٢) سورة النساء، آية: ١١.

وجه الدلالة: نصت الآية على أن قضاء الدين والوصية مقدم على تقسيم التركة بين الورثة^(١).

(١) ينظر: الاختيار، للموصلي، (٨٦/٥)، بداية المحتاج، لابن قاضي شهبة، (٥٣٤/٢)، المغني، لابن قدامة، (١٩٧/١٠).

المطلب الثالث

الدراسة التحليلية للدفع



في الدعوى التي دفع بها المدعى عليه - وهو أحد الورثة - بتسديد ديون المورث، أنكرت المدعية - وهي أحد الورثة - الدفع، وحلفت على إنكاره، ولم يُقم المدعى عليه البينة على صحة ما دفع به، وتعارض كلامه فدل على عدم صدق ما دفع به، حكم القاضي برد الدفع؛ وذلك لعدم ثبوته، وثبوت خلافه^(١).

ومن خلال ما سبق: يتضح أثر الدفع في الدعوى، إذ بعد ثبوت عدم وجود دين على المورث، وحلف المدعية على إنكاره، رُد الدفع، وعُمل بما تقتضيه الدعوى، وقد جاء الحكم القضائي موافقاً لما تقرر في المطلب الثاني من هذا المبحث من وجوب تقديم قضاء الدين على تقسيم التركة بين الورثة، والقاضي في هذه الدعوى طلب من المدعى عليه إثبات وجود الدين الذي دفع به، فلم يُقم البينة على ذلك، بل أحدث تناقضاً دل على عدم صدقه، فطلب القاضي البينة دليل على أن الدين مقدم على تقسيم التركة بين الورثة فكان حكمه موافقاً لما تقرر.

ويتبين - والله أعلم - بأن الدفع بتسديد ديون المورث، يكون دفعاً مقبولاً عند ثبوت الدين، وثبوت تسديده.

(١) ينظر: مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤ هـ، (٩/ ٢٩٩-٣٢٩).

الخاتمة

وفيها أهم النتائج والتوصيات

الخاتمة



الحمد لله حمداً يليق بجلاله وعظيم سلطانه، الحمد لله على التمام، الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

أهم النتائج:

- (١) المراد بالدفع الموضوعية هي: ما يأتي به المدعى عليه رداً على الدعوى، بقصد إبطال دعوى المدعي.
- (٢) يُقبل قضاء الدفع بتقديم وصي الأب على الأم عند ثبوته؛ لأن القول بخلافه فيه إبطال للمقصد الأصلي من الوصاية.
- (٣) يُقبل قضاء الدفع بعدم اتزان المولى عليه في حال ثبت طيباً عدم اتزانه.
- (٤) يُقبل قضاء الدفع بأن الولاية على المال فقط عند ثبوت ذلك؛ لأن الوصي المقيد يثبت له النوع الذي خصص به، ولا يثبت معه غيره.
- (٥) يُقبل قضاء الدفع بأن الولاية على المال فقط، إذا ثبت اقتصار الولي على هذه الولاية.
- (٦) لا يُقبل قضاء الدفع بالتوبة عن السوابق، إذا ثبت عدم مصلحة المولى عليه بهذه الولاية.

(٧) إذا وجد في الولي مانع من الموانع المختلف فيها كالسفه مثلاً، أو الفسق في ولاية النكاح، فللقاضي سلطة تقديرية في قبول الدفع أو رده بناء على ما يتحقق من المصلحة ويندفع من المفسدة.

(٨) لا يُقبل قضاء الدفع بأن مصلحة القاصر في بيع الهدية وحفظ ثمنها حتى يكبر، إذا كانت مصلحة الحفظ أولى من مصلحة البيع.

(٩) يُقبل قضاء الدفع بأن الوقف يلزم بمجرد التلفظ به، عند ثبوته؛ وذلك لصحته شرعاً.

(١٠) يُقبل قضاء الدفع بجواز الوقف على النفس؛ وذلك لصحته؛ فهو لا يخالف مقتضى الوقف من كونه قرابة لله - **جَلَّ وَعَلَا** -.

(١١) يُقبل قضاء الدفع بتعيين الواقف للناظر، إذا ثبت ذلك، وثبتت صلاحية الناظر للنظارة.

(١٢) يُقبل قضاء الدفع بالعرف في تحديد الأجر الذي يأخذه الناظر إذا لم يعين ذلك الواقف، في حال ثبت العرف، وثبت استحقاق الناظر لهذا الأجر.

(١٣) في حال لم يتفق النظار السابقين على عمل معين، فلا يُقبل قضاء الدفع بعمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً من المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف.

(١٤) في حال لم يثبت سبب معتبر لعزل الناظر، فلا يُقبل قضاء الدفع بعزل ناظر الوقف.

(١٥) يُقبل قضاء الدفع بتعمير الوقف من غلته في حال ثبت حقيقة كون الوقف قد عمّر من غلته.

(١٦) يقدم ترميم الوقف على غيره مطلقاً؛ لما في ذلك من تحقيق مقصود الواقف من بقاء أصلها وزيادة نمائها، فيُقبل قضاء الدفع بأن العين الموقوفة تحتاج إلى ترميم في حال ثبت قيام الناظر بأعمال النظارة على الوجه الشرعي، ولم يُفرط في ذلك.

(١٧) إذا كان الوقف على غير محصورين كالفقراء فيجوز تفضيل بعض المستحقين على بعض، فيُقبل قضاء الدفع بعدم كفاية العين الموقوفة لسكن بقية المستحقين.

(١٨) يتوقف قبول الدفع بكون أجره العين الموقوفة مقدرة من المحكمة، على إثبات ما إذا كانت هذه الأجرة هي أجره المثل أم لا؛ وذلك لاتفاق الفقهاء على كونها الأصل في الأجرة.

(١٩) يُقبل قضاء الدفع بعدم الإجماع على تحديد مدة معينة على إجارة الوقف إذا لم يشترط الواقف في ذلك أمراً، وذلك لصحته، فلم يرد إجماع من الفقهاء على ذلك.

(٢٠) في حال ثبت الوقف بإقرار من الواقف، أو بكونه مسجداً مأذوناً بالصلاة فيه، فلا يُقبل الدفع بعدم ثبوته.

(٢١) لا يُقبل قضاء الدفع بطبقية الوقف في حال ثبت عدم اشتراط الواقف لذلك.

(٢٢) في حال ثبت توفر شرط الواقف في المدعي، فلا يُقبل قضاء الدفع بعدم توفر شرط الواقف فيه.

(٢٣) يُقبل قضاء الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله، عند ثبوته في حال حياة وصحة الواقف.

(٢٤) الدفع بأن الهبة تملك بالقبض يُرجع في قبوله إلى صفة الواهب، فإذا كان الواهب الأب فلا يُقبل الدفع؛ لأن العقد في حقه جائز، أما إذا كان غيره فيقبل الدفع؛ لأن الهبة تلزم بالقبض.

(٢٥) يُرجع في قبول الدفع برغبة المورث للهبة وموته قبل هبته إلى صفة صاحب الدفع، فإذا كان صاحب الدفع يقصد إثبات هذه الهبة بهذا الدفع فلا يُقبل قضاء هذا الدفع؛ لأن الهبة إذا كانت لا تلزم بالقول الصريح في تملك الهبة للموهوب، فمن باب أولى ألا تلزم بمجرد الرغبة، بل لا بد من قول وقبض حتى تلزم، أما إذا كان صاحب الدفع يقصد إبطال هذه الهبة فيقبل قضاء هذا الدفع.

(٢٦) لا يُقبل قضاء الدفع بكون الهبة بمحض إرادة الواهب، في حال ثبت عدم رضا الواهب وإكراهه على هذه الهبة.

(٢٧) يُقبل قضاء الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة، في حال ثبوت الهبة، وثبوت قبضها.

(٢٨) تصح هبة أحد الزوجين الآخر بأن يشترط بقاء العقد، وتبطل الهبة إذا نُقض ذلك الشرط؛ فعلى ذلك يكون الدفع بأن الهبة مشروطة

بعدم الطلاق أو الخلع في دعوى إثبات هبة يُقبل قضاء في حال ثبت وقوع الطلاق أو الخلع.

(٢٩) لا يُقبل قضاء الدفع بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى في حال ثبت اشتراط هذه الهبة في العقد.

(٣٠) لا يُقبل قضاء الدفع بكون المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة، في حال ثبت عدم أهلية المورث العقلية وقت الهبة.

(٣١) في حال ثبت نقص أهلية الواهب المعتبرة، فلا يُقبل قضاء الدفع بكون الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً.

(٣٢) يُقبل قضاء الدفع بكون الهبة كانت في مرض موت المورث؛ في حال ثبت ذلك.

(٣٣) يُقبل قضاء الدفع بكون المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة لعله، في حال ثبوت صحة الهبة والقبض.

(٣٤) لا يُقبل قضاء الدفع بوصية المورث لأحد الورثة، في حال لم تثبت إجازة بقية الورثة لهذه الهبة.

(٣٥) في حال لم يجز الورثة ما زاد على الثلث في الوصية، فيُقبل قضاء الدفع بأن الوصية تكون في الثلث فقط.

(٣٦) يصح باتفاق الفقهاء رجوع الموصي عن وصيته بالقول أو الفعل الدال عليه، فإذا ثبت رجوعه فيُقبل الدفع بذلك.

(٣٧) في حال كان الطلاق في مرض موت المورث، فلا يُقبل قضاء الدفع بطلاق المدعية قبل الدخول والخلوة، أو الدفع بطلاق المدعية ثلاثاً؛ لعدم صحة الطلاق.

(٣٨) الدفع بفساد عقد النكاح؛ لكونه من غير ولي، يكون دفعاً مقبولاً إذا لم يحكم بصحة العقد حاكم.

(٣٩) يُقبل قضاء الدفع بكون التنازل عن بعض التركة مشروطاً في حال ثبت ذلك؛ لصحة أن يتنازل أحد الورثة عن نصيبه أو بعضه لبقية الورثة، سواء كان التنازل بشرط أو بغير شرط.

(٤٠) يقبل قضاء الدفع بأن التركة أحق لذوي الأرحام من بيت المال؛ وذلك لأنهم يتفقون مع بيت المال في الإسلام، ويترجحون بالرحم.

(٤١) في حال ثبت وجود عاصب أقرب من المدعى عليه فلا يُقبل قضاء الدفع بالقرب للمورث؛ وذلك لأن العصبية الأقرب للمورث يُقدم عند اجتماع أكثر من عاصب باتفاق الفقهاء.

(٤٢) لا يُقبل الدفع بسكن بعض الورثة للعقار الموروث؛ وذلك لكونه عقاراً مشتركاً بين الورثة، ولكل وارث حق فيه.

(٤٣) يُقبل قضاء الدفع بكون العقار الموروث موقوفاً، في حال ثبت صحة ذلك.

(٤٤) إذا ثبت وجود دين على المورث، فيقبل قضاء الدفع بتسديد دين المورث عند ثبوته.

أهم التوصيات:

أولاً: دراسة وبحث بقية ومستجدات الدفوع الموضوعية في مجموعة الأحكام القضائية.

ثانياً: البحث في المسائل المستجدة للوقف، وناظره، وتأصيلها التاصيل الشرعي.

ثالثاً: الدراسة للقضايا الفقهية المعاصرة المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية.

هذا، والحمد لله، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، إن أصبت فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

فهرس المصادر والمراجع



١. الأثار المترتبة على التفريق بين مصطلح المدعي والمدعى عليه، عبد العزيز بن صالح الرضيمن، بحث في مجلة العدل، العدد: ١٦، السنة الرابعة-١٤٢٣هـ.
٢. **الإجماع**، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المحقق: أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الأثار للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٣. **الأحكام الشرعية الصغرى الصحيحة**، عبد الحق بن عبد الرحمن بن عبد الله بن الحسين بن سعيد إبراهيم الأزدي، الأندلسي الأشبيلي، المعروف بابن الخراط، المحقق: أم محمد بنت أحمد الهليس، ط: ١، ج: ٢، الناشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة - جمهورية مصر العربية، مكتبة العلم، جدة - المملكة العربية السعودية، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
٤. **الاختيار لتعليل المختار**، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، ج: ٥، مطبعة الحلبي - القاهرة، ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م.
٥. **الأداب**، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوُجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، ط: ١، ج: ١، الناشر: مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت - لبنان، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
٦. **الإرشاد إلى سبيل الرشاد**، محمد بن أحمد بن أبي موسى الشريف، أبو علي الهاشمي البغدادي، المحقق: د. عبد الله بن

- عبد المحسن التركي، ط: ١، ج: ١، الناشر: مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
٧. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، محمد ناصر الدين الألباني، ط: ٢، ج: ٩، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
٨. **الاستذكار**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ط: ١، ج: ٩، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢١-٢٠٠٠.
٩. **الاستغناء في معرفة المشهورين من حملة العلم بالكنى**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: عبد الله مرحول السوالمة، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار ابن تيمية للنشر والتوزيع والإعلام، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
١٠. **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، المحقق: علي محمد البجاوي، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الجيل، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
١١. **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
١٢. **الإسعاف في أحكام الأوقاف**، إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي، الحنفي، ط: ٢، ج: ١، الناشر: طبع بمطبعة

- هندية بشارع المهدي بالأزبكية بمصر المحمية، ١٣٢٠هـ-١٩٠٢م.
١٣. **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، المحقق: الحبيب بن طاهر، ط: ١، ج: ٢، الناشر: دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
١٤. **الإصابة في تمييز الصحابة**، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤١٥هـ.
١٥. **الأصل**، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، المحقق: الدكتور محمد بوينو كالن، ط: ١، ج: ١٢، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
١٦. **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، علي قراعة، ط: ٢، ج: ١، الناشر: مطبعة النهضة، مصر، ١٣٤٤هـ-١٩٢٥م.
١٧. **الإعاقاة الذهنية (الماهية والخصائص)**، لصفاء محمد أحمد مرسى، بحث في المجلة العلمية للخدمة الاجتماعية، العدد الحادي عشر، المجلد الأول، ٢٠٢٠م.
١٨. **الإعاقاة العقلية**، مصطفى نوري القمش، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار المسيرة، عمان-الأردن، ١٤٣٢-٢٠١١م.
١٩. **الأعلام**، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، ط: ١٥، الناشر: دار العلم للملايين، ٢٠٠٢م.
٢٠. **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المحقق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار الفكر - بيروت.

٢١. **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجاء، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان.
٢٢. **الإقناع في مسائل الإجماع**، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، ط: ١، ج: ٢، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٢٣. **الأم**، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، ط: د، ج: ٨، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٢٤. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)**، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرّداوي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط: ١، ج: ٣٠، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ط: ٢، ج: ١٢، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
٢٥. **إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايمار بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي، المحقق: دار المشكاة للبحث العلمي بإشراف أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط: ١، ج: ٩، دار النشر: دار الوطن للنشر، الرياض، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

٢٦. **إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة**، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المحقق: مركز خدمة السنة والسيره، بإشراف: زهير بن ناصر الناصر، ط، ١، ج: ١٩، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة، ومركز خدمة السنة والسيره النبوية بالمدينة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٢٧. **اختلاف الحديث (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي)**، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكّي، ط: د، ج: ١ (يقع في الجزء ٨ من كتاب الأم)، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
٢٨. **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
٢٩. **أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»**، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، ط: ٢، ج: ٣، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان.
٣٠. **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**، أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي المشهور بالبكري، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٣١. **إغائة اللهفان من مصايد الشيطان**، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، المحقق: محمد حامد الفقّي، ط: د، ج: ٢، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية.

٣٢. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ط: ٢، ج: ٨، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.
٣٣. **بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)**، الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، ط: ١، ج: ١٤، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م.
٣٤. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار الحديث - القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٣٥. **بداية المحتاج في شرح المنهاج**، بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي ابن قاضي شهبة، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٣٦. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ط: ٢، ج: ٧، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٣٧. **البدرُ التمام شرح بلوغ المرام**، الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي، المحقق: علي بن عبد الله الزبن، ط: ١، ج: ١٠، الناشر: دار هجر.
٣٨. **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، ط: ١، ج: ٩، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٣٩. **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، المعروف «بحاشية الصاوي على الشرح الصغير»، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، ط: د، ج: ٢، الناشر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٢هـ-١٩٥٢م.
٤٠. **البنية شرح الهداية**، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، ط: ١، ج: ١٣، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
٤١. **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليميني الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، ط: ١، ج: ١٣، الناشر: دار المنهاج - جدة، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٤٢. **تاج العروس من جواهر القاموس**، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، المحقق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
٤٣. **التاج والإكليل لمختصر خليل**، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م.
٤٤. **تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، المحقق: الدكتور بشار عواد معروف، ط: ١، ج: ١٥، الناشر: دار الغرب الإسلامي، ٢٠٠٣م.
٤٥. **تاريخ دمشق**، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر، المحقق: عمرو بن غرامة العمروي، ط: د، ج: ٨٠، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

٤٦. **التبصرة**، علي بن محمد الربعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، ط: ١، ج: ١٤، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٤٧. **تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام**، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، ط: ١، ج: ٢، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٤٨. **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، ط: ١، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ١٣١٣هـ.
٤٩. **التجريد**، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، ط: ٢، ج: ١٢، الناشر: دار السلام - القاهرة، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٥٠. **تجبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي**، تاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب - د. حافظ بن عبد الرحمن خير، ط: ١، ج: ٥، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٥١. **تحرير الفتاوى على التنبيه والمنهاج والحاوي المسمى بالنكت على المختصرات الثلاث**، ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي الكُردي المِهْراني القاهري الشافعي، تحقيق: عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٥٢. **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، المحقق: عبد السلام محمد الشريف، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
٥٣. **تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)**، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِمِيّ المصري الشافعي، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار الفكر، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
٥٤. **تحفة الفقهاء**، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، ط: ٢، ج: ٣، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
٥٥. **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ط: د، ج: ١٠، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م.
٥٦. **التعريفات**، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٥٧. **التعريفات الفقهية**، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
٥٨. **التعليقة الكبيرة في مسائل الخلاف على مذهب أحمد**، القاضي أبو يعلى الفَرَّاء محمد بن الحسين بن محمد بن البغدادي الحنبلي، المحقق: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار النوادر، ١٤٣١م - ٢٠١٠هـ.

٥٩. **التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس رَحْمَةُ اللَّهِ،** عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي، المحقق: سيد كسروي حسن، ط: ١، ج: ٢، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٦٠. **تقريب الوصول إلي علم الأصول،** أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٦١. **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،** أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.
٦٢. **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول،** عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين، المحقق: د. محمد حسن هيتو، ط: ١، ج: ١، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٠٠هـ.
٦٣. **التبنيه في الفقه الشافعي،** أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، ط: ١، ج: ١، الناشر: عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
٦٤. **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق،** شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَائِمَاز الذهبي، المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، ط: ١، ج: ٢، الناشر: دار الوطن - الرياض، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٦٥. **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق،** شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي، تحقيق: سامي بن محمد بن جاد الله

- وعبد العزيز بن ناصر الخباني، ط: ١، ج: ٥، دار النشر: أضواء السلف - الرياض، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٦٦. **التفيح المشيع في تحرير أحكام المقنع**، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد السعدي المرادوي الحنبلي، تحقيق: ناصر بن سعود السلامة، ط: ١، ج: ١، الناشر: مكتبة الرشد، السعودية - الرياض، ١٣٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
٦٧. **تهذيب الكمال في أسماء الرجال**، يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف، أبو الحجاج، جمال الدين ابن الزكي أبي محمد القضاعي الكلبي المزني، ط: ١، ج: ٣٥، المحقق: د. بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
٦٨. **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٦٩. **توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام**، عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، ط: ١، ج: ٤، المطبعة التونسية، ١٣٣٩هـ.
٧٠. **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط: ١، ج: ٨، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٧١. **التوقيف على مهمات التعاريف**، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، ط: ١، ج: ١، الناشر: عالم الكتب، القاهرة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

٧٢. **الثقات**، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، ط: ١، ج: ٩، الناشر: دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن الهند، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
٧٣. **جامع التحصيل في أحكام المراسيل**، صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكليدي بن عبد الله الدمشقي العلائي، المحقق: حمدي عبد المجيد السلفي، ط: ٢، ج: ١، الناشر: عالم الكتب - بيروت، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
٧٤. **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري**، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: ١، ج: ٩، الناشر: دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.
٧٥. **الجامع لمسائل المدونة**، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، المحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ط: ١، ج: ٢٤، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٧٦. **جمع الجوامع المعروف بـ «الجامع الكبير»**، جلال الدين السيوطي، المحقق: مختار إبراهيم الهائج، عبد الحميد محمد ندا، حسن عيسى عبد الظاهر، ط: ٢، ج: ٢٥، الناشر: الأزهر الشريف، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
٧٧. **جمهرة اللغة**، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، المحقق: رمزي منير بعلبكي، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، ١٩٨٧م.

٧٨. **جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر**، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن إبراهيم بن خليل التتائي المالكي، حققه وخرج أحاديثه: الدكتور أبو الحسن، نوري حسن حامد المسلاتي، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.
٧٩. **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط: ١، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
٨٠. **الجواهر النقي على سنن البيهقي**، علاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، أبو الحسن، الشهير بابن التركماني، ط: د، ج: ١٠، الناشر: دار الفكر.
٨١. **الجوهرة النيرة**، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليمني الحنفي، ط: ١، ج: ٢، الناشر: المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ.
٨٢. **حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات**، محمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوتي، تحقيق: سامي بن محمد بن عبد الله الصقير، ومحمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان، ط: ١، ج: ٧، الناشر: دار النوادر، سوريا، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٨٣. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار الفكر.
٨٤. **حاشية الدسوقي على مختصر المعاني لسعد الدين التفتازاني**، محمد بن عرفة الدسوقي، المحقق: عبد الحميد هنداوي، ط: د، ج: ٤، الناشر: المكتبة العصرية، بيروت.

٨٥. **حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع**، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، ط: ١، ج: ٧، (بدون ناشر)، ١٣٩٧هـ.
٨٦. **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفوط)، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار الفكر - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٨٧. **حاشية اللبدي على نيل المآرب**، عبد الغني بن ياسين بن محمود بن ياسين بن طه بن أحمد اللبدي النابلسي الحنبلي، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، ط: ١، ج: ٢، الناشر: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٨٨. **حاشيتنا قليوبي وعميرة**، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار الفكر - بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
٨٩. **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط: ١، ج: ١٩، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٩٠. **حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر**، عبد الرزاق بن حسن بن إبراهيم البيطار الميداني الدمشقي، ط: ٢، ج: ١، الناشر: دار صادر، بيروت، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٩١. **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء**، سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق: الدكتور ياسين أحمد

- إبراهيم درادكة، ط: ١، ج: ٨، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة - المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، ١٩٨٨ م.
٩٢. **خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر**، محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبى الحموي الأصل، الدمشقي، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار صادر - بيروت.
٩٣. **خلاصة البدر المنير**، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، ط: ١، ج: ٢، الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.
٩٤. **الخلافيات بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه**، أبو بكر البيهقي، تحقيق: فريق البحث العلمي بشركة الروضة، بإشراف محمود بن عبد الفتاح أبو شذا النحال، ط: ١، ج: ٨، الناشر: الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
٩٥. **الدر الثمين والمورد المعين**، محمد بن أحمد ميارة المالكي، المحقق: عبد الله المنشاوي، ط: د، ج: ١، الناشر: دار الحديث القاهرة، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
٩٦. **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
٩٧. **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.
٩٨. **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، علي حيدر خواجه أمين أفندي، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الجيل، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٩٩. **الدعوى بين الفقه والقانون**، محمد إبراهيم محمد البدارين، رسالة ماجستير في قسم القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، ط: د، ج: ١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
١٠٠. **الدفع القضائية - دراسة فقهية تطبيقية**، محمد بن جوهر بن بشير الجوهر، رسالة دكتوراه في قسم الفقه، جامعة الإمام، الرياض، ط: د، ج: ١، ١٤٣٤هـ.
١٠١. **الدفع الموضوعية في دعاوى التفريق بحكم القاضي**، لخالد محمد الأدغم، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، ط: د، غزة، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
١٠٢. **الدفع الموضوعية في دعاوى التفريق بين الزوجين**، يوسف عليان درادكة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الفقه وأصوله، ط: د، الأردن، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
١٠٣. **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ط: ١، ج: ٣، الناشر: عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
١٠٤. **دليل الطالب لنيل المطالب**، مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي، المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
١٠٥. **ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام**، عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبالي القرطبي الغرناطي أبو الأصْبَغ، تحقيق: يحيى مراد، ط: د، ج: ١، الناشر: دار الحديث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

١٠٦. **الذخيرة**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، المحقق: ج: (١، ٨، ١٣): محمد حجي، ج: (٢، ٦): سعيد أعراب، ج: (٣ - ٥، ٧، ٩ - ١٢): محمد بوخبزة، ط: ١، ج: ١٤، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، ١٩٩٤ م.

١٠٧. **رد المختار على الدر المختار**، المعروف بـ حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط: ٢، ج: ٦، الناشر: دار الفكر - بيروت، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

١٠٨. **الروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع**، منصور بن يونس البهوتي، المحقق: خالد بن علي المشيقح، عبد العزيز بن عدنان العيدان، أنس بن عادل اليتامى، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار الركائز للنشر والتوزيع - الكويت، ١٤٣٨ هـ.

١٠٩. **الروض الندي شرح كافي المبتدي - في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**، أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي، ط: د، ج: ١، الناشر: المؤسسة السعيدية - الرياض.

١١٠. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، ط: ٢، ج: ١٢، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م.

١١١. **زاد المسافر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، لأبي بكر عبد العزيز بن جعفر البغدادي، المعروف بغلام الخلال، المحقق: مصطفى بن محمد القباني، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الأوراق الثقافية، ١٤٣٧ هـ.

١١٢. **زاد المستنقع في اختصار المقنع**، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجراوي المقدسي، ثم الصالحي،

- شرف الدين، أبو النجاء، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، ط: د، ج: ١، الناشر: دار الوطن للنشر - الرياض.
١١٣. **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة**، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، ط: ١، ج: ١٤، دار النشر: دار المعارف، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
١١٤. **سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر**، محمد خليل بن علي بن محمد بن محمد مراد الحسيني، أبو الفضل، ط: ٢، ج: ٤، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار ابن حزم، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
١١٥. **سلم الوصول إلى طبقات الفحول**، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني، المعروف بكتاب جلبي، وبحاجي خليفة، المحقق: محمود عبد القادر الأرنؤوط، ط: د، ج: ٦، الناشر: مكتبة إرسिका، إستانبول - تركيا، ٢٠١٠م.
١١٦. **سنن ابن ماجه**، ابن أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج: ٢، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
١١٧. **سنن أبي داود**، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المحقق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، ط: ١، ج: ٧، الناشر: دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
١١٨. **سنن الترمذي**، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (في الجزء: ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (في الجزء ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (في الجزء ٤، ٥)،

- ط:٢، ج:٥، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
١١٩. **سنن الدارقطني**، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، حققه وضبط نصح وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، ط:١، ج:٥، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
١٢٠. **السنن الصغير**، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرَوُجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، ط:١، ج:٤، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.
١٢١. **السنن الكبرى**، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، ط:١، ج:١٢، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
١٢٢. **السنن الكبرى**، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرَوُجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، المحقق: محمد عبد القادر عطا، ط:٣، ج:١٠، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
١٢٣. **سير أعلام النبلاء**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَإِماز الذهبي، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، ط:٣، ج:٢٥، الناشر: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

١٢٤. **الشافعي في شرح مسند الشافعي**، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، المحقق: أحمد بن سليمان - أبي تميم ياسر بن إبراهيم، ط: ١، ج: ٥، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

١٢٥. **شرح ألفية ابن مالك**، ابن عقيل، عبد الله بن عبد الرحمن العقيلي الهمداني المصري، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط: ٢٠، ج: ٤، الناشر: دار التراث - القاهرة، دار مصر للطباعة، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

١٢٦. **شرح متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني**، قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، ط: ١، ج: ٢، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

١٢٧. **شرح مختصر خليل**، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

١٢٨. **شرح الزركشي**، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، ط: ١، ج: ٧، الناشر: دار العيكان، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

١٢٩. **الشرح الصوتي لزاد المستقنع**، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، ط: د، ج: ٢، هذا الكتاب: تفرغ مكتوب لشرحين صوتيين للعلامة ابن عثيمين **رَحِمَهُ اللهُ** على زاد المستقنع.

١٣٠. **شرح القواعد الفقهية**، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ط: ٢، ج: ١، الناشر: دار القلم - دمشق - سوريا، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

١٣١. **الشرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)**، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح محمد الحلو، ط: ١، ج: ٣٠، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٣٢. **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، ط: ١، ج: ١٥، دار النشر: دار ابن الجوزي، ١٤٢٢ - ١٤٢٨هـ.
١٣٣. **شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب**، المنجور أحمد بن علي المنجور، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار عبد الله الشنقيطي.
١٣٤. **شرح زاد المستقنع**، حمد بن عبد الله بن عبد العزيز الحمد، نسخة المكتبة الشاملة.
١٣٥. **شرح صحيح مسلم المسمى إكمال المعلم بفوائد مسلم**، عياض بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى إسماعيل، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
١٣٦. **شرح مختصر الطحاوي**، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المحقق: عصمت الله عناية الله محمد، سائد بكداش، محمد عبيد الله خان، زينب محمد حسن فلاتة، ط: ١، الناشر: دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.
١٣٧. **شرح مختصر خليل**، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، ط: د، ج: ٨، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.

١٣٨. **شرح مشكل الآثار**، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط: ١، ج: ١٦، الناشر: مؤسسة الرسالة، ١٤١٥هـ، ١٤٩٤م.

١٣٩. **شفاء الغليل في حل مقفل خليل**، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي المحقق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط: ١، ج: ٢، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

١٤٠. **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط: ٤، ج: ٦، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

١٤١. **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي، المحقق: شعيب الأرنؤوط، ط: ٢، ج: ١٨، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤١٤ - ١٩٩٣.

١٤٢. **ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي**، محمد الأمير المالكي، المحقق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك، موريتانيا - نواكشوط، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

١٤٣. **طبقات الشافعية الكبرى**، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، المحقق: محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو، ط: ٢، ج: ١٠، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٣هـ.

١٤٤. **الطبقات الكبرى**، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

١٤٥. **الطبقات الكبرى**، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد، المحقق: إحسان عباس، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار صادر - بيروت، ١٩٦٨م.

١٤٦. **العبر في خبر من غير**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، ط: د، ج: ٤، المحقق: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.

١٤٧. **عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج**، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بـ «ابن النحوي» والمشهور بـ «ابن الملقن»، ضبطه على أصوله وخرج حديثه وعلق عليه: عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني، ج: ٤، الناشر: دار الكتاب، إريد - الأردن، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

١٤٨. **العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام**، علي بن إبراهيم بن داود بن سلمان بن سليمان، أبو الحسن، علاء الدين ابن العطار، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

١٤٩. **العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، ط: ١، ج: ١٣، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

١٥٠. **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، تحقيق: حميد بن محمد لحمر، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
١٥١. **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط: ٢، ج: ٢، الناشر: دار المعرفة.
١٥٢. **العلل الواردة في الأحاديث النبوية**، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، ج: ١ - ١١ المحقق: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، ط: ١، الناشر: دار طيبة - الرياض، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج: ١٢ - ١٥، علق عليه: محمد بن صالح بن محمد الدباسي، ط: ١، الناشر: دار ابن الجوزي - الدمام، ١٤٢٧هـ.
١٥٣. **العناية شرح الهداية**، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي، ط: ١، ج: ١٠، الناشر: دار الفكر.
١٥٤. **عيون المسائل**، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المحقق: علي محمد إبراهيم بورويبة، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
١٥٥. **غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى**، مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، ط: ١، ج: ٢، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الكويت، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

١٥٦. **الغاية في اختصار النهاية**، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، المحقق: إياد خالد الطباع، ط: ١، ج: ٨، دار النوادر، بيروت - لبنان، ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.

١٥٧. **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، ط: ٥، ج: ٥، الناشر: المطبعة الميمنية.

١٥٨. **الفتاوى الكبرى لابن تيمية**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، ط: ١، ج: ٦، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م.

١٥٩. **فتاوي الخليلي على المذهب الشافعي**، محمد بن محمد، ابن شرف الدين الخليلي الشافعي القادري، ط: ٥، ج: ٢، الناشر: طبعة مصرية قديمة.

١٦٠. **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، ط: ٥، ج: ١٣، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩.

١٦١. **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، تحقيق: نخبة من العلماء، ط: ١، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين - القاهرة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

١٦٢. **فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام**، محمد بن صالح العثيمين، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان، أم إسراء بنت

عرفة بيومي، ط: ١، ج: ٦، الناشر: المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع،
١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

١٦٣. فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان، شهاب الدين أبو العباس
أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار المنهاج،
بيروت - لبنان، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

١٦٤. فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالک، محمد بن
أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالکي، ط: د، ج: ٢، الناشر:
دار المعرفة.

١٦٥. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
المعروف بابن الهمام، ط: د، ج: ١٠، الناشر: دار الفكر.

١٦٦. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زكريا بن محمد بن أحمد بن
زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، ط: د، ج: ٢،
الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٦٧. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية
الجمال، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرري، المعروف
بالجمال، ط: د، ج: ٥، الناشر: دار الفكر.

١٦٨. الفردوس بمأثور الخطاب، شيرويه بن شهردار بن شيرويه بن
فناخسرو، أبو شجاع الديلمي الهمذاني، المحقق: السعيد بن
بسيوني زغلول، ط: ١، ج: ٥، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت،
١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٦٩. الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان
المرداوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله،
شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، المحقق:

- عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: ١، ج: ١١، الناشر: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
١٧٠. **الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، ط: د، ج: ٤، الناشر: عالم الكتب.
١٧١. **الفروق اللغوية**، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، ط: د، ج: ١، الناشر: دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر.
١٧٢. **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رَحْمَةُ اللَّهِ تَعَالَى**، الدكتور مصطفى الخن، الدكتور مصطفى البُغَا، علي الشربجي، ط: ٤، ج: ٨، الناشر: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.
١٧٣. **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار الفكر، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
١٧٤. **الفوائد المنتخبات في شرح أخصر المختصرات**، عثمان بن عبد الله بن جامع الحنبلي، المحقق: عبد السلام بن برجس آل عبد الكريم ج: ١-٢، عبد الله بن محمد بن ناصر البشر ج: ٣-٤، ط: ١، ج: ٤، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
١٧٥. **القاموس المحيط**، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط: ٨، ج: ١، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

١٧٦. **قرة عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مطبوع بأخر رد المحتار)**، علاء الدين محمد بن محمد أمين المعروف بابن عابدين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
١٧٧. **القوانين الفقهية**، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، ج: ١، ط: د.
١٧٨. **الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية**، لعبد الله بن محمد بن سعد الخنين، ط: ٥، ج: ٢، الناشر: دار ابن فرحون، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
١٧٩. **الكافي في فقه الإمام أحمد**، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
١٨٠. **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار**، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، المحقق: كمال يوسف الحوت، ط: ١، ج: ٧، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، ١٤٠٩
١٨١. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ط: د، ج: ٦، الناشر: دار الكتب العلمية.
١٨٢. **كشف المشكل من حديث الصحيحين**، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، المحقق: علي حسين البواب، ط: د، ج: ٤، الناشر: دار الوطن - الرياض.

١٨٣. **كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار**، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي، ط: ١، ج: ١، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير - دمشق، ١٩٩٤.

١٨٤. **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، ط: ١، ج: ٢١، الناشر: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م.

١٨٥. **كوثر المعاني الدراري في كشف خبايا صحيح البخاري**، محمّد الخَضِر بن سيد عبد الله بن أحمد الجكني الشنقيطي، ط: ١، ج: ١٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

١٨٦. **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**، جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، ط: ٢، ج: ٢، الناشر: دار القلم - الدار الشامية - سوريا - دمشق - لبنان - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٨٧. **اللباب في شرح الكتاب**، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط: د، ج: ٤، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.

١٨٨. **لسان العرب**، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، ط: ٢، ج: ١٥، الناشر: دار صادر - بيروت - ١٤١٤هـ.

١٨٩. **لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**، محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، تصحيح وتحقيق: دار الرضوان، ط: ١، ج: ١٥، الناشر: دار الرضوان، نواكشوط - موريتانيا، ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م.
١٩٠. **المبدع في شرح المقنع**، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
١٩١. **المبسوط**، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ط: د، ج: ٣٠، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
١٩٢. **المجتبى من السنن المعروف بالسنن الصغرى للنسائي**، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ط: ٢، ج: ٩، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
١٩٣. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده يعرف بداماد أفندي، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار إحياء التراث العربي.
١٩٤. **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، المحقق: حسام الدين القدسي، ط: د، ج: ١٠، الناشر: مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
١٩٥. **مجموع الفتاوى**، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط: د، ج: ٣٥، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
١٩٦. **المجموع شرح المذهب**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط: د، ج: ٢٠، الناشر: دار الفكر.

١٩٧. **المحتاج في شرح المنهاج**، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ط: د، ج: ١٠، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ١٣٥٧هـ-١٩٨٣م.

١٩٨. **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين، ط: ٢، ج: ٢، الناشر: مكتبة المعارف-الرياض، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

١٩٩. **المحكم والمحيط الأعظم**، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحقق: عبد الحميد هنداوي، ط: ١، ج: ١١، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٢٠٠. **المحلى بالآثار**، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ط: د، ج: ١٢، الناشر: دار الفكر - بيروت.

٢٠١. **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة**، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، ط: ١، ج: ٩، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

٢٠٢. **مختصر استدراك الحافظ الذهبي على مُستدرَك أبي عبد الله الحَاكِم**، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، تحقيق الجزء ١-٢: عبد الله بن حمد اللحيان، تحقيق الجزء ٣-٧: سعد بن عبد الله بن عبد العزيز آل حميد، ط: ١، ج: ٨، الناشر: دارُ العاصِمة، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤١١هـ.

٢٠٣. **مختصر العلامة خليل**، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، المحقق: أحمد جاد، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الحديث-القاهرة، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

٢٠٤. **المختصر الفقهي**، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط: ١، ج: ١٠، الناشر: مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

٢٠٥. **مختصر القدوري في الفقه الحنفي**، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، المحقق: كامل محمد محمد عويضة، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٢٠٦. **مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر**، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، المحقق: روحية النحاس، رياض عبد الحميد مراد، محمد مطيع، ط: ١، ج: ٢٩، دار النشر: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق - سوريا، ١٤٠٢هـ-١٩٨٤م.

٢٠٧. **مختصر مباحث المرافعات الشرعية**، لمحمد زيد الأبياني بك، ط: د، ج: ١، الناشر: مكتبة طريق العلم، مكتبة إلكترونية: <http://www.books4arab.me>

٢٠٨. **المدونة**، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٢٠٩. **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات**، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ج: ١، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.

٢١٠. **المراجعة العاشرة للتصنيف الدولي للأمراض**، تصنيف الاضطرابات النفسية والسلوكية، 10/ICD، لمنظمة الصحة العالمية، أعدت الترجمة العربية: وحدة الطب النفسي بكلية الطب بجامعة عين شمس بالقاهرة، بإشراف: أحمد عكاشة، ج: ١، المكتب الإقليمي لشرق المتوسط، جنيف، ١٩٩٢ م.

٢١١. **المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين**، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بابن الفراء، المحقق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، ط: ١، الناشر: مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ م.

٢١٢. **المستدرک علی الصحیحین**، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩٠ م.

٢١٣. **مسند أبي يعلى**، أبو يعلى أحمد بن علي بن المشي بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: ٣٠٧هـ) المحقق: حسين سليم أسد، ط: ١، ج: ١٣، الناشر: دار المأمون للتراث - دمشق، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤ م.

٢١٤. **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، ط: ١، ج: ٤٥، الناشر: مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١ م.

٢١٥. **مسند الإمام الشافعي**، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف

المطلبى القرشى المكي، رتبه: سنجر بن عبد الله الجاولي، أبو سعيد، علم الدين، تحقيق: ماهر ياسين فحل، ط: ١، ج: ٤، الناشر: شركة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٢١٦. **مسند الإمام الشافعي**، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبى القرشى المكي، رتبه على الأبواب الفقهية: محمد عابد السندي، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

٢١٧. **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المعروف بصحيح مسلم**، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط: د، ج: ٥، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢١٨. **مشاهير علماء الأمصار وأعلام فقهاء الأقطار**، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، تحقيق: مرزوق على إبراهيم، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٢١٩. **مشكاة المصابيح**، محمد بن عبد الله الخطيب العمري، أبو عبد الله، ولي الدين، التبريزي، المحقق: محمد ناصر الدين الألباني، ط: ٣، ج: ٣، الناشر: المكتب الإسلامي - بيروت، ١٩٨٥.

٢٢٠. **مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري الكنانى الشافعي، المحقق: محمد المنتقى الكشناوي، ط: ٢، ج: ٤، الناشر: دار العربية - بيروت، ١٤٠٣هـ.

٢٢١. **المصنف**، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط: ٢، ج: ١١، الناشر: المجلس العلمي - الهند، المكتب الإسلامي - بيروت، ١٤٠٣هـ.

٢٢٢. **المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية**، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، المحقق: رسائل علمية قدمت لجامعة الإمام محمد بن سعود، تنسيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، ط: ١، ج: ١٩، الناشر: دار العاصمة، دار الغيث - السعودية، ١٤١٩هـ.

٢٢٣. **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحياني مولدًا ثم الدمشقي الحنبلي، ط: ٢، ج: ٦، الناشر: المكتب الإسلامي، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٢٢٤. **المطلع على دقائق زاد المستقنع «فقه الأسرة»**، عبد الكريم بن محمد اللاحم، ط: ١، ج: ٥، الناشر: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م.

٢٢٥. **المعجم الأوسط**، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المحقق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ط: د، ج: ١٠، الناشر: دار الحرمين - القاهرة.

٢٢٦. **معجم الصحابة**، أبو القاسم عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المرزبان بن سابور بن شاهنشاه البغوي، المحقق: محمد الأمين بن محمد الجكني، ط: ١، ج: ٥، الناشر: مكتبة دار البيان - الكويت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٢٢٧. **المعجم الكبير**، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ط: ٢، ج: ٢٥، دار النشر: مكتبة ابن تيمية - القاهرة.
٢٢٨. **المعجم الوسيط**، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، ط: د، ج: ٢، الناشر: دار الدعوة.
٢٢٩. **معجم لغة الفقهاء**، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، ط: ٢، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٢٣٠. **معجم مقاييس اللغة**، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، المحقق: عبد السلام محمد هارون، ط: د، ج: ٦، الناشر: دار الفكر، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م.
٢٣١. **معرفة السنن والآثار**، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، ط: ١، ج: ١٥، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م.
٢٣٢. **معرفة الصحابة**، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، ط: ١، ج: ٧، الناشر: دار الوطن للنشر، الرياض، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.
٢٣٣. **المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»**، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المحقق: حميش عبد الحق، ط: د، ج: ٣، متسلسلة، الناشر: المكتبة

التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة، أصل الكتاب:
رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة.

٢٣٤. **المغني لابن قدامة**، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ط: د، ج: ١٠، الناشر: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٢٣٥. **المقتضب**، محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الشمالي الأزدي، أبو العباس، المعروف بالمبرد، المحقق: محمد عبد الخالق عظيمة، ط: د، ج: ٤، الناشر: عالم الكتب - بيروت.

٢٣٦. **المقدمات الممهديات**، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: محمد حجي، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٢٣٧. **ملتقى الأبحر**، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبلي الحنفي، المحقق: خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، ط: ١، ج: ٤، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٢٣٨. **الممتع في شرح المقنع**، زين الدين المنجى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط: ٣، ج: ٤، مكتبة الأسد - مكة المكرمة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٣٩. **منار السبيل في شرح الدليل**، ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، المحقق: زهير الشاويش، ط: ٧، ج: ٢، الناشر: المكتب الإسلامي، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

٢٤٠. **مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها**، أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي، اعتنى به: أبو

- الفضل الدميّاطي - أحمد بن عليّ، ط: ١، ج: ١٠، الناشر: دار ابن حزم، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م.
٢٤١. **منتهى الإرادات**، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى الشهير بابن النجار، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: ١، ج: ٥، الناشر: مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٢٤٢. **منح الجليل شرح مختصر خليل**، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، ط: د، ج: ٩، الناشر: دار الفكر - بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٢٤٣. **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط: ٢، ج: ١٨، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٣٩٢هـ.
٢٤٤. **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الفكر، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.
٢٤٥. **منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي**، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
٢٤٦. **المهذب في اختصار السنن الكبير**، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الدّهبيّ الشّافعيّ، تحقيق: دار المشكاة للبحث العلمي، بإشراف أبي تميم ياسر بن إبراهيم، ط: ١، ج: ١٠، الناشر: دار الوطن للنشر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٢٤٧. **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ط: د، ج: ٣، الناشر: دار الكتب العلمية.

٢٤٨. **المهمات في شرح الروضة والرافعي**، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي، ط: ١، ج: ١٠، الناشر: مركز التراث الثقافي المغربي - الدار البيضاء - المملكة المغربية، ودار ابن حزم - بيروت - لبنان، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

٢٤٩. **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، ط: ٢، ج: ٦، الناشر: دار الفكر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٥٠. **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، إعداد: د. أسامة بن سعيد القحطاني، د. علي بن عبد العزيز بن أحمد الخضير، د. ظافر بن حسن العمري، د. فيصل بن محمد الوعلان، د. فهد بن صالح بن محمد اللحيان، د. صالح بن عبيد الحربي، د. صالح بن ناعم العمري، د. عزيز بن فرحان بن محمد الحبلاني العنزي، د. محمد بن معيض آل دواس الشهراني، د. عبد الله بن سعد بن عبد العزيز المحارب، د. عادل بن محمد العيسى، ط: ١، ج: ١١، الناشر: دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

٢٥١. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط: ٢، ج: ١ - ٢٣، دار السلاسل - الكويت، ط: ١، ج: ٢٤ - ٣٨، مطابع دار الصفاة - مصر، ط: ٢، ج: ٣٩ - ٤٥، وزارة الأوقاف - الكويت، ١٤٠٤ - ١٤٢٧هـ.

٢٥٢. **موسوعة القواعد الفقهية**، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، ط: ١، ج: ١٢، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٥٣. **موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي، تحقيق: علي دحروج، ط: ١، ج: ٢، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ١٩٩٦م.

٢٥٤. **الموطأ**، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، لمحقق: محمد مصطفى الأعظمي، ط: ١، ج: ٨، الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبوظبي - الإمارات، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٢٥٥. **نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلمي**، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلمي، تحقيق: محمد عوامة، ط: ١، ج: ٤، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، ودار القبة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٥٦. **نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، محمد نعيم ياسين، طبعة خاصة، ج: ١، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

٢٥٧. **نظرية الدفع الموضوعي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني**، قاسم محمد محمد بني بكر، رسالة دكتوراه في قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ط: د، ج: ١، الأردن، ٢٠٠٥م.

٢٥٨. **النعمة الأكمل لأصحاب الإمام أحمد بن حنبل من سنة ٩٠١ - ١٢٠٧هـ**، محمد كمال الدين بن محمد الغزي العامري، المحقق:

محمد مطيع الحافظ، نزار أباطة، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الفكر، دمشق - سوريا، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

٢٥٩. **نهاية الزين في إرشاد المبتدئين**، محمد بن عمر نووي الجاوي البتني إقليمياً، التناري بلدًا، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الفكر - بيروت.

٢٦٠. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ط: الأخيرة، ج: ٨، الناشر: دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٢٦١. **نهاية المطلب في دراية المذهب**، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، ط: ١، حققه وصنع فهارسه: أ. د. عبد العظيم محمود الديب، لناشر: دار المنهاج، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٢٦٢. **النهر الفائق شرح كنز الدقائق**، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، المحقق: أحمد عزو عناية، ط: ١، ج: ٣، الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٢٦٣. **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي، المحقق: ج: (١، ٢)، عبد الفتاح محمد الحلو، ج: (٣، ٤) محمد حجي، ج: (٥، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٣) محمد الدباغ، ج: (٦) عبد الله الترغي، محمد الدباغ، ج: (٨) محمد الأمين بوخبزة، ج: (١٢) أحمد الخطابي، محمد الدباغ، ج: (١٤، ١٥) محمد حجي، ط: ١، ج: ١٥، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٩م.

٢٦٤. **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، أحمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر بن محمد التكروري التنبكتي السوداني، أبو العباس، ط: ٢، ج: ١، الناشر: دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، ٢٠٠٠م.

٢٦٥. **نيل المآرب بشرح دليل الطالب**، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني، المحقق: محمد الأشقر، ط: ١، ج: ٢، الناشر: مكتبة الفلاح، الكويت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٢٦٦. **الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني**، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني، المحقق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل، ط: ١، ج: ١، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٢٦٧. **الهداية في شرح بداية المبتدي**، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، المحقق: طلال يوسف، ط: ٥، ج: ٤، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٢٦٨. **الورقات فيما يختلف فيه الرجال والنساء**، أحمد بن عبد الله العمري، ط: السنة الخامسة والثلاثون. العدد ١٢١، ج: ١، الناشر: الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

٢٦٩. **الوسيط في المذهب**، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ط: ١، ج: ٧، دار السلام - القاهرة، ١٤١٧هـ.

٢٧٠. **الوقوف والرجل من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل**، أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون بن يزيد الخلال البغدادي الحنبلي،

المحقق: سيد كسروي حسن، ط: ١، ج: ١، الناشر: دار الكتب
العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

فهرس الموضوعات



٥	مقدمة الجمعية
٧	مقدمة
٨	مشكلة البحث
٨	أهمية البحث
٩	أهداف البحث
٩	حدود البحث
١٠	الدراسات السابقة
١٣	منهج البحث
١٣	إجراءات البحث
١٦	خطة البحث
٢٥	التمهيد: المراد بالدعوى وأركانها، والدفع وأقسامها:
٢٧	المبحث الأول: ماهية الدعوى، وأركانها
٣٧	المبحث الثاني: ماهية الدفع، وأقسامها
٤٩	الفصل الأول: الدفع الموضوعية في دعاوى الولاية:
٥١	المبحث الأول: الدفع بأن وصي الأب مقدم على الأم
٦٩	المبحث الثاني: الدفع بعدم اتزان المولى عليه
٨٩	المبحث الثالث: الدفع بأن الولاية على المال فقط
١٠١	المبحث الرابع: الدفع بالتوبة عن السوابق
١١٧	المبحث الخامس: الدفع بعدم صلاحية المدعي للولاية

المبحث السادس: الدفع بأن مصلحة القاصر في بيع الهدية وحفظ ثمنها حتى يكبر	١٢٧
الفصل الثاني: الدفع الموضوعية في دعاوى الوقف:	١٣٧
المبحث الأول: الدفع بأن الوقف يلزم بالتلفظ بإيجابه	١٣٩
المبحث الثاني: الدفع بقول الجمهور في جواز الوقف على النفس	١٥١
المبحث الثالث: الدفع بتعيين الواقف للناظر	١٦٣
المبحث الرابع: الدفع بالعرف في تحديد الأجر الذي يأخذه الناظر	١٦٩
المبحث الخامس: الدفع بما عليه عمل النظار السابقين في قسمة نصيب من مات عقيماً من المستحقين إذا لم يوجد شرط للواقف	١٧٩
المبحث السادس: الدفع بعزل ناظر الوقف	١٩١
المبحث السابع: الدفع بأن تعميم الوقف كان من غلته	٢٠٥
المبحث الثامن: الدفع بأن العين الموقوفة تحتاج إلى ترميم	٢١٣
المبحث التاسع: الدفع بعدم كفاية العين الموقوفة لسكن المدعي	٢٢١
المبحث العاشر: الدفع بأن أجرة العين الموقوفة مقدرة من المحكمة	٢٢٩
المبحث الحادي عشر: الدفع بعدم الإجماع على تعيين مدة معينة لإيجار الوقف إذا لم يشترط الواقف	٢٣٩
المبحث الثاني عشر: الدفع بعدم ثبوت الوقف	٢٤٧
المبحث الثالث عشر: الدفع بطبقية الوقف	٢٥٥

- المبحث الرابع عشر: الدفع بعدم توفر شرط الواقف في المدعي .. ٢٦٥
- المبحث الخامس عشر: الدفع بحرية تصرف الواقف بوقف جميع ماله ٢٧٥
- الفصل الثالث: الدفع الموضوعية في دعاوى الهبة: ٢٨٧
- المبحث الأول: الدفع بأن الهبة تملك بالقبض ٢٨٩
- المبحث الثاني: الدفع برغبة المورث للهبة وموته قبل هبتها ٣٠١
- المبحث الثالث: الدفع بأن الهبة كانت بمحض إرادة المدعية ٣١٩
- المبحث الرابع: الدفع بأن المبلغ المقبوض هبة وليس معاوضة ٣٢٧
- المبحث الخامس: الدفع بأن الهبة مشروطة بعدم الطلاق أو الخلع ٣٣٧
- المبحث السادس: الدفع بأن الهبة لم تكن من المهر المسمى ٣٤٥
- المبحث السابع: الدفع بأن المورث كان بكامل وعيه وقت الهبة ... ٣٦١
- المبحث الثامن: الدفع بأن الهبة كانت في حال صحة المورث وكمال أهليته المعتبرة شرعاً ٣٦٧
- المبحث التاسع: الدفع بأن الهبة كانت في مرض موت المورث ... ٣٨٣
- المبحث العاشر: الدفع بأن المورث تنازل عن العقار هبة لأحد الورثة ٣٩٣
- الفصل الرابع: الدفع الموضوعية في دعاوى الوصية والإرث: ٤٠٥
- المبحث الأول: الدفع بوصية المورث للمدعى عليه الوارث ٤٠٧
- المبحث الثاني: الدفع بأن الوصية تكون في الثلث فقط ٤١٣
- المبحث الثالث: الدفع بالرجوع عن الوصية ٤٢١
- المبحث الرابع: الدفع بطلاق المورث للمدعية قبل الدخول والخلو ٤٢٧

٤٣٥	المبحث الخامس: الدفع بطلاق المورث للمدعية ثلاثاً
٤٤٥	المبحث السادس: الدفع بفساد عقد نكاح المدعية لكونه من غير ولي
٤٦٥	المبحث السابع: الدفع بكون التنازل عن بعض التركة مشروطاً
٤٧١	المبحث الثامن: الدفع بأن التركة أحق لذوي الأرحام من بيت المال
٤٧٩	المبحث التاسع: الدفع بالقرب للمورث
٤٨٥	المبحث العاشر: الدفع بسكن بعض الورثة للعقار الموروث
٤٩١	المبحث الحادي عشر: الدفع بكون العقار الموروث موقوفاً
٤٩٧	المبحث الثاني عشر: الدفع بتسديد دين المورث
٥٠٤	الخاتمة
٥١١	فهرس المصادر والمراجع
٥٥٤	فهرس الموضوعات

