

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد الثامن والخمسون - السنة الخامسة عشرة - محرم - صفر - ربيع أول ١٤٢٤هـ - مايو (أيار) - يونيو (حزيران) - يوليو (تموز) ٢٠٠٣

في هذا العدد

- | | |
|----------------------------------|-------------------------------------|
| الجينوم البشري وحكمه الشرعي. | الدكتور/ نور الدين بن مختار الخادمي |
| مسقطات النفقة الزوجية. | الدكتور/ حسين أحمد عبد الغني سمرة |
| ماهية العقد في الفقه الإسلامي. | الدكتور/ صلاح عبد الغني الشرع |
| أمان الرسل في الشريعة الإسلامية. | الدكتور/ الدين الجيلالي محمد بوزيد |

فتاوى الفقهاء

- حكم إجارة الوقف .
- ضرر الأشجار .
- من انتسب إلى نسب فهو منه .
- توبة المرتد .

مسائل في الفقه

- حكم دفع الرشوة لدفع الضرر .
- حكم ما إذا كان يجوز الوفاء بالعقد إذا كان محله محرماً .
- حكم خروج النساء للصلاة في المساجد .
- مدة السفر الذي تقصر فيه الصلاة .
- حكم من يستاجر محلاً للإجارة ثم يقوم بتأجيريه دون إذن صاحبه .

كتب ورسائل في الفقه وأصوله .

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية فصلية مُحَكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد الثامن والخمسون

الطبعة الخامسة عشرة - محرم - صفر - ربيع الأول ١٤٢٤هـ - مايو (أيار) - يونيو (حزيران) - يوليو (تموز) ٢٠٠٣م

صاحبها ورئيس تحريرها د/ عبد الرحمن بن حسن النقيس

العنوان :

الملكة العربية السعودية : الرياض

حي العقيق - شارع التحلية

هاتف : ٤٨٥٣٧٠٢

٤٨٥٣٧٠٥

فاكس : ٤٨٥٣٦٩٤

عنوان المراسلات :

ص. ب ١٩١٨ - الرياض ١١٤٤١

موقع المجلة على الانترنت :

www.fiqhia.com

البريد الإلكتروني :

info@fiqhia.com

رقم الإيداع : ١٤/٠١٨٨

ردمد : ١٣٦٩-٠٧٩٢

طُبعت في مطابع دار البحوث

هاتف : ٤٨٥٢٦٦٣

٤٨٥٢١٦١

فاكس : ٤٨٥٢١٨٨

وكيل التوزيع : الشركة السعودية للتوزيع

الرياض : ٤٧٧٩٤٤٤ - جدة : ٢٥٣٠٩٠٩

الاشتراكات :

قيمة الاشتراك السنوي ، للدوائر الحكومية

والمؤسسات والشركات ٢٠٠٠ ريال

الأفراد ١٠٠ ريال

سعر النسخة :

السعودية : ١٥ ريالاً ، السودان : ١٥ ديناراً ،

موريتانيا : ١٢٠٠ أوقية ، الجزائر : ١٢ ديناراً ،

سلطنة عمان : ٩٠٠ بيزه ، مصر : ٥ جنيهات

الكويت : دينار ونصف ، اليمن : ١٥ ريالاً

الإمارات : ١٥ درهماً ، قطر : ١٥ ريالاً

البحرين : ٩٠٠ فلس ، سوريا : ٥٠ ليرة

تونس : ١٠٠٠ مليم ، العراق : دينار

ليبيا : ١٠٠٠ درهم ، الأردن : دينار

المغرب : ١٥ درهماً

الاشتراك السنوي :

أمريكا :

كندا :

أوروبا :

٣٠ دولاراً

قواعد النشر وشروطه

تود هيئة "مجلة البحوث الفقهية المعاصرة" أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في المجلة تقضي بما يلي :

- (١) أن يكون البحث المراد نشره مبنياً على الفقه الإسلامي .
- (٢) أن ينصب البحث على القضايا ، والمسائل ، والمشكلات المعاصرة ، والبحث عن الحلول العلمية والعملية لها في الفقه الإسلامي ، ومقاييمه المعتمدة عند أهل السنة والجماعة .
- (٣) أن يتصف البحث بالوضوح ، والأصالة ، والشمول ، واتباع المنهج العلمي في البحث من حيث الاعتماد على المراجع الأصلية والإسناد والتوثيق وتخريج الأحاديث مع إيضاح درجتها .
- (٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب ، أو مجلة ، أو أي أداة نشر أخرى . ويشمل ذلك البحوث المقدمة للنشر إلى جهة أخرى أو تلك التي سبق تقسيمها للجامعات أو الندوات العلمية وخلافها .
- (٥) بيان المراجع العلمية في هوامش الصفحات مع ترجمة موجزة عن العُلم أو الأعلام الذين وردت الإشارة إليهم .
- (٦) بيان المراجع العلمية ومؤلفيها في نهاية كل بحث حسب الحروف الهجائية مع بيان مكان وزمان طباعتها وجهة نشرها .
- (٧) أن يُرفق بالبحث المادة تتضمن عدم نشره من قبل .
- (٨) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي ، أو الآراء التي تتضمنها .
- (٩) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .
- (١٠) ألا تقل صفحات البحث عن عشرين صفحة من صفحات المجلة .
- (١١) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع وتلفته العلمية إن وجدت .
- (١٢) يتم تحكيم البحوث من قبل فقهاء وعلماء متخصصين وفقاً لنموذج يبين قواعد التحكيم ، وإجراءاته . ومن هذه القواعد عدم معرفة المحكمين لأسماء الباحثين ، وعدم معرفة الباحثين لأسماء المحكمين سواء وافقوا على نشر بحوثهم أو فُيدوا بعض الملاحظات عليها أو رأوا عدم نشرها .
- (١٣) تدفع المجلة مكافأة عن البحث في حال نشره .
- (١٤) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها .

• ترتيب البحوث في المجلة يفرض اعتبارات لغوية .

• "الآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها" .

الهيئة العلمية الاستشارية

(الاسماء حسب الترتيب الهجائي)

الأستاذ الدكتور / أحمد محمد نور سيف

الأستاذ الدكتور / سعود بن عبد الله بن محمد الفنيسان

الأستاذ الشيخ / عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه

الأستاذ الدكتور / عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

الأستاذ الدكتور / عبد الوهاب بن إبراهيم بن محمد أبو سليمان

الأستاذ الدكتور / العربي بن أحمد بلحاج

الأستاذ الدكتور / علاء الدين خروقه

الأستاذ الدكتور / محمد إبراهيم بن أحمد علي

الأستاذ الدكتور / نور الدين بن مختار الخادمي

الأستاذ الدكتور / يعقوب بن عبد الوهاب الياحسين

محتويات العدد

- رسالة من قارئ ٥
- الجينوم البشري وحكمه الشرعي ٧
الدكتور / نور الدين بن مختار الخادمي
- مستقطات النفقة الزوجية ٤٩
الدكتور / حسين أحمد عبد الغني سمرة
- ماهية العقد في الفقه الإسلامي ١٤٠
الدكتور / صلاح عبد الغني الشرع
- أمان الرسل في الشريعة الإسلامية ٢٠٠
الدكتور / الدين الجيلالي محمد بوزيد
- فتاوى الفقهاء :
- حكم إجارة الوقف ٢٣٤
- ضرر الأشجار ٢٣٦
- من انتسب إلى نسب فهو منه ٢٣٨
- توبة المرتد ٢٤٠
- مسائل في الفقه :
- حكم دفع الرشوة لدفع الضرر ٢٤٣
- حكم ما إذا كان يجوز الوفاء بالعقد إذا كان محله محرماً ٢٥٠
- حكم خروج النساء للصلاة في المساجد ٢٥٥
- مدة السفر الذي تقصر فيه الصلاة ٢٥٩
- حكم من يستلجر محلاً للإجارة ثم يقوم بتلجيره دون إذن صاحبه ٢٦٥
- كتب ورسائل في الفقه وأصوله ٢٦٩

رسالة من قارئ :

ليس أخطر على الأمة - أي أمة - من التفرق في فكرها ؛ فتكون بذلك نهباً لكل مدع متصنع ، وبخيل مستتر يطوحان بها ذات اليمين وذات الشمال . وليس أخطر على الأمة من أن تصدق كل قائل في قوله ، أو كل مفكر في فكره دون أن تعرف ماذا يقول هذا ، ويكتب ذلك .

وإذا كان المفرقون للأمة في الماضي قد حققوا الكثير من أغراضهم رغم ضعف إمكاناتهم في ذلك الزمان ، فإن المفرقين في زماننا هذا أكثر قوة ، وأشد بأساً ، وأمضى سلاحاً بفعل ما نهيا لهم من الأسباب ، وما تحقق لهم من الوسائل .

لقد عرفنا من خلال التاريخ فكر الخوارج الذين قال فيهم رسول الله ﷺ : (يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية) ، وعرفنا كيف فتنوا الأمة بفكرهم ، وضلالهم ، وقتلهم الخليفتين الراشدين عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما . وعرفنا من خلال التاريخ سوء الفكر المتعصب في النسب حين كان هذا يعير أخاه بقبيلته ، وذاك يعيره بعشيرته وآخر يستهجنه ويصفّره ويحقّره ؛ فساءت النفوس ، وحشرت الصدور فكان لذلك أسوأ العواقب في وحدة الأمة .

وعرفنا سوء الفكر المتعصب في الفقه حين كان هذا يزعم أن مذهبه فوق كل المذاهب ، وذاك يزعم أنه لن يستقيم للأمة أمر ولن يصلح لها حال إلا إذا غلب هذا الفقه على ذلك . وعرفنا أيضاً أن

قتالاً حدث بين خصوم هذا المذهب وأنصار ذاك ، وأن هناك من جعل من النوازل ما إذا كان يجوز لصاحب هذا المذهب أن يتزوج من امرأة من مذهب آخر . وعما إذا كان يجوز لصاحب هذا المذهب أن يصلي خلف صاحب مذهب آخر .

وفي خضم التعصب وفساده انشغلت الأمة بالصدام والجدل فتوقف إبداعها ، وتحجرت طاقاتها ، وتبلدت مفاهيمها فاستبيحت أرضها ، وسلبت خيراتها ولهذا ما زالت تتعثر في خطواتها جيلاً بعد جيل .

إن الذين يفرقون الأمة بفكر متعصب -أياً كان نوعه- أو فكر نخيل -أياً كان مصدره- يعدون أخطر أعدائها لأنهم يهدمون ثوابتها سواء كانوا يشعرون أو لا يشعرون ولن تستطيع الأمة أن تحافظ على هذه الثوابت إلا إذا عرفت كيف تتعامل مع هؤلاء حين يندسون في صفوفها ويعملون لهدمها بأفكار وأفعال منحرفة .

والله المستعان .

الجينوم البشري وحكمه الشرعي

الاستاذ الدكتور / نور الدين بن مختار الخادمي (*)

المقدمة :-

مشروع الجينوم البشري أو الخريطة الجينية للإنسان حدث علمي وبيولوجي بارز للغاية ، ونازلة من أغرب النوازل المستجدة وأعقدها وأخطرها ، وهو بهذا تصدر الاهتمام العالمي ، الرسمي والشعبي ، وأخذ نصيباً وافراً من الدراسات والمناقشات من قبل علماء الفقه والقانون والأخلاق والفلسفة ، ومن قبل رجال السياسة والإعلام والاقتصاد والبيئة ، وعلى صعد العديد من المؤسسات والهيئات والمراكز الفكرية والبحثية والعلمية ، محلياً وإقليمياً ودولياً .

وقد عند هذا الحدث تتويجاً ملحوظاً للتطور الهائل لأبحاث الهندسة الوراثية والعلوم البيولوجية وتجاربها بوجه عام ، وعبد بوابة لطائفة من المنجزات والمكتشفات الكبرى والهامة والخطيرة في المستقبل .

فهو سيفتح أمام الخاصة والغامة أبواباً شتى ومداخل عدة لما لا يحصى من الآفاق والبدائل والحلول ، ولما لا يتصور ويصدق من المزالق والانحرافات والمغامرات .

وقد أثار المخاوف وأوجد الآمال وأدهش النفوس وأطلع العقول على أسرار عجيبة وزاد فيها قوة الإيمان وعمق رسوخ التسليم بعظمة الخالق الذي خلق فأحسن وصور فسوى ، فتبارك الله أحسن الخالقين .

فمن الآمال التي فتحتها وفسحها إسعاد الإنسان وإراحته من الأمراض والأدواء ، وضمان حقوقه وأمن حياته وحفظ نفسه وعرضه وماله بواسطة

(*) الاستاذ بالمعهد الأعلى لاصول الدين - والمعهد الأعلى للحاضرة الإسلامية ، جامعة الزيتونة ، تونس .

استخدام الجينوم في الإثبات والتحقيق ، وتأكيده دوره المكتشف لمغاليق الكون وأسرار الحياة بفضل الله تعالى الذي أمده بوسائل وآليات ذلك ... ومن المخاوف التي أوقعها إفساد النظام والإنسان وهتك الحقوق والكرامات ، بسبب استخداماته السيئة وتطبيقاته المذمومة وأغراضه المشبوهة .

وعليه تنادى العلماء والخبراء والساسة العامة وتقاطعت مصالح الكل وتوحدت جهود كثيرة لمعرفة حقيقة هذا الحدث العلمي الغريب والعجيب ، وللحكم عليه أو له ، ولتصحيحه وتنقيحه في ضوء ما ينفع الإنسانية ويصلحها .

والأمة المسلمة ممثلة في علمائها ومجامعها وهيئاتها العلمية والفقهية لم تكن لتشذ عن هذا الاهتمام العالمي المتزايد بمشروع الجينوم البشري ، فلقد سخرت بعضاً من جهدها لتبين حقيقة هذا الحدث وتصور ماهيته ومآلاته ، وبغرض توظيفه نحو الأحسن والأكمل في عاجل الأمر وآجله .

ولعل من مجمل هذا الجهد - وفضلاً عن الدعوة إلى المساهمة في اكتشاف هذا المشروع - النظر فيه من الوجهة الشرعية الإسلامية وتحديد الموقف الفقهي تجاه حقيقته واستخداماته ، حتى لا يبقى الحال الإسلامي بعيداً عن الروح الواقعية العصرية المتطورة ، وحتى يتحقق الوعد الإسلامي ببقاء الاجتهاد إلى يوم الدين ، وحتى يتأكد صلاح شريعة الله ودوامها وخلودها ، وحتى يتجلى المعنى الداعي إلى تمكين الأمة وريادتها ومشاركتها في قانون التدافع والتنافس في الكون .

ولذلك توالى الاجتماعات والمؤتمرات وتسودت الصحف والسجلات والأوراق ودارت المناقشات والمحاورات بغية دراسة هذا المشروع الجديد وتبين حقيقته الشرعية والمقاصدية والإنسانية .

وهذا البحث كما يدل عليه عنوانه يتناول فصلين كبيرين :

الفصل الأول :

حقيقة الجنوم البشري :

(تعريفه - نشأته - أهدافه - مخاطره)

الفصل الثاني :

الحكم الشرعي لاكتشاف الجنوم البشري واستخدامه:

(حكم الاكتشاف والمساهمة ، حكم الاستخدامات المختلفة على مستوى

الوقاية والعلاج والتحسين البيولوجي والإثبات)

وعلى كل حال فالشكر لله تعالى أولاً وأخيراً على عونه وتوفيقه ، وهو

الغفار الرحيم الذي يغفر الزلات والهفوات ويرحم الضعفاء والمحتاجين،

فأسأله عزّ ثناؤه الصفح والعفو وأرجوه التأييد والتسديد . -

إنه ولي ذلك والقادر عليه ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

وصلّى الله على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً .

الفصل الأول : مفهوم الجينوم البشري

المبحث الأول : الجينوم البشري :

(التعريف - الانطلاق - التطور)

تعريف الجينوم البشري وأسمائه :

الجينوم البشري هو مجموع الطاقم الوراثي أو الرصيد الوراثي للإنسان . وهو يضم في مجموعه كل الجينات أو المورثات الموجودة في خلايا البشر ^(١).

وعرقه أ. د. مأمون الشقفة بأنه الهوية الحقيقية للإنسان ، أو هو المميزات لكل شخص كالبصمات ^(٢)، ويُطلق على الجينوم أسماء وألقاب عدة ، منها : الخريطة الجينية للإنسان ، خريطة الشريط الوراثي ، الحقيقة الوراثية أو الرصيد والمحتوى الوراثي ، أو كتاب وسر الحياة والملف الجيني الإنساني والشفرة الوراثية البشرية ، وغير ذلك من الإطلاقات والتسميات الدالة في مجموعها على ما يحتويه الإنسان من مادة وراثية جينية لها طبيعتها وخصائصها ووظائفها وتتابعها وتداخلها .

ووجه تسمية الجينوم البشري بالخريطة الجينية البشرية أن الرصيد الوراثي للإنسان والذي يضمه هذا الجينوم يشبه الخريطة الجغرافية لدولة من الدول وذلك من حيث مكوناتها وعناصرها وخصائص تلك المكونات والعناصر ووظائفها واتصالها ببعضها ...

وكما نقول -مثلاً- عن خريطة الدولة التونسية بأنها تُعبر عن جغرافية تونس وأرضها وجبالها وهضابها وأنهارها وبحيراتها وبحرها وأشجارها

(١) الشفرة الوراثية للإنسان - القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري: دانييل كيقلس وليروي هود ، ص ٧ .

(٢) الخارطة الجينية للإنسان : موضوع حلقة بقاء الشارقة الفضائية ١٦ أكتوبر ٢٠٠٠ م ، ١٩ رجب ١٤٢١ هـ .

• الجينوم البشري وحكمه الشرعي •

ونباتاتها ومعادنها وكنوزها وهوائها ومناخها ، وتعبر عن خصائص تلك المكونات والعناصر ، كاعتدال مناخها ، وغذوبة مائها واخضرار مساحاتها وجودة ثمارها وغلالها ، وتعبر عن تأثير تلك المكونات والعناصر في البيئة والمحيط وفي التركيبة السكانية والاجتماعية لأهل تونس وسكانها .

ولذلك كانت الخريطة الجينية البشرية التعبير الصحيح لحقيقة المادة الوراثية الجينية التي يحويها الإنسان في داخله ، ولخصائصها ووظائفها وتأثيرها فيه عقلاً ونفساً وجسداً ، صحة ومريضاً ، وغير ذلك .

تعريف مشروع الجينوم البشري :

مشروع الجينوم البشري غير الجينوم البشري ، وذلك لأن الجينوم البشري كما ذكرنا يضم في مجموعه كل الجينات أو المورثات الموجودة في خلايا البشر ، أما مشروع الجينوم البشري فهو جملة النتائج والحقائق التي توصل إليها العلماء حالياً تجاه ماهية بعض المادة الوراثية وليس تجاه جميعها أو أغلبها .

أي أن هذا المشروع لا يزال في بداياته الأولى وفي أطواره المتقدمة ، وعند إكماله وتبلوره يصبح قانوناً علمياً وشأناً بيولوجياً محسوماً في حقيقته ومهاميته وخصائصه وأدواره وآثاره ومآلاته . وعندئذ يمكن إطلاق اسم الجينوم البشري على هذه المادة الوراثية للإنسان ، ليصبح هذا المسمى حقيقة علمية محددة الطبيعة والوظائف والخصائص .

انطلاق العمل في مشروع الجينوم البشري :

الجدير بالذكر أن العمل في مشروع الجينوم البشري جاء تنويعاً لما أصبح يُعرف في عصرنا الحالي بالثورة البيولوجية الكبرى التي تزايد الاهتمام بها في الآونة الأخيرة بشكل ملفت للانتباه ومفزع للأفراد والمجتمعات والدول والقارات .

ويقول الباحثون والمحللون أن المشروع بدأ العمل فيه منذ سنة ١٩٩٠ م ، وكان من المفترض أن ينتهي عام ٢٠٠٥ م ، ومنهم من قال بإمكان الانتهاء قبل ذلك ^(١).

والمشروع تقوم به هيئات ومراكز علمية ^(٢)، من ١٦ إلى ١٨ دولة من العالم ، منها إسرائيل ، ويضم أكثر من ١٦٠٠ عالم ، مع استبعاد الدول العربية ، وتشارك بعض الدول النامية بصورة جزئية جداً ^(٣).

تطور العمل في مشروع الجينوم البشري :

العمل في مشروع الجينوم البشري لا يزال متواصلاً باعتمادات مالية جبارة وبجهود بحثية وعلمية عملاقة ومتألقة .

وقد أعلن العلماء يوم ٢٦ مايو ٢٠٠٠ م على فك رموز وجدولة كامل المخزون الوراثي البشري تقريباً ، ومعرفة معظم الشفرة الوراثية ^(٤).

وعلى الرغم من هذا الإعلان فإن بعض العلماء البيولوجيين يذكرون أن العمل في المشروع لا يزال في أطواره الأولى ، وأن الباحثين والخبراء لا يزال الطريق أمامهم طويلاً وشاقاً من أجل كشف ماهية هذا الجينوم المعقد وغير القطعي ^(٥).

فقد ذكر الدكتور آرثر كابلان (مدير مركز أخلاق البحث العلمي الحيوية بجامعة بنسلفانيا) أن المشروع لا يزال في بدايته ، وبلغه الخرائط

(١) العلاج الجيني : د. عبد الهادي مصباح : ص ٦٧ ، وتساؤلات حول آثار تشيخ خريطة الجينات البشرية : د. مجدي سعيد : مواقع إسلام أون لاين نت.

(٢) هناك منظمة تدعى منظمة الجينات البشرية (hugo) تعمل على تحقيق التنسيق والتعاون بين تلك البرامج . يُنظر كتاب تساؤلات حول آثار تشيخ خريطة الجينات البشرية : د. مجدي سعيد ، موقع إسلام أون لاين نت (الحدث) .

(٣) خريطة الجسم البشري (الجينوم) : د. مساعد بن عبد الله المحيا مجلة الدعوة السعودية ، العدد ١٧٧٥ ص ٦١ .

(٤) خريطة الجسم البشري : د. المحيا ، الدعوة ، العدد ١٧٧٧ ص ١١ ، وخريطة الجينات ... هل هي بداية النهاية : د. حسام عرفة (موقع إسلام أون لاين نت - علوم وتكنولوجيا) .

(٥) الجينوم (السيرة الذاتية للنوع البشري) : مات ريدلي : ص ٩٢ سلسلة عالم المعرفة .

• الجينوم البشري وحكمه الشرعي •

استطاع العلماء أن يرسموا لنا خريطة مشابهة لخريطة الكرة الأرضية بجميع قاراتها ومحيطاتها ، ولكن تنقص هذه القارات ملء (الفراغات) التفاصيل المفقودة من جبال ومسطحات وسهول ووديان وأنهار وغابات وطرق ومدن تعطي صورة دقيقة لأي خريطة (١).

وذكر الدكتور خالد العلي (أستاذ الوراثة البشرية في جامعة قطر) أن ما أنجز حالياً يمثل فقط الجزء الأول ، وأن العمل القادم شاق وأكبر بكثير مما أنجز (٢).

وذكر د. جيمس وايسون أن نهاية المشروع ستكون عندما نحدد هوية كل الجينات البشرية ، بمعنى أن المهمة ستعتبر منتهية عندما نكون قد حددنا التتابعات المشفرة ، وعندما نتمكن من تحديد الجينات (٣).

(١) خريطة الجينات : د. حسام عرفة ، ص ١ .

(٢) خريطة الجسم البشري : د. المحيا : الدعوة ، العدد ١٧٧٧ ، ص ١١ .

(٣) (رأي شخصي في الموضوع: جيمس د. وايسون مقال بكتاب الشفرة الوراثية للإنسان ، عالم المعرفة عدد ٢١٧ ص ١٨٦) .

المبحث الثاني

أهداف الجينوم البشري ومخاطره

المطلب الأول : أهداف الجينوم البشري :

الجينوم البشري شُرِع فيه لتحقيق أهداف وغايات عدة . وهذه الأهداف تتوزع على مجالات كثيرة ، كالمجال الصحي العلاجي ، والمجال الحقوقي والقانوني فيما يتصل باختيار جنس المولود ، والمجال الاقتصادي المالي ، والمجال البيولوجي نفسه فيما يتصل بتطوير الأبحاث والدراسات في هذا الصدد ، وفيما يتصل بالخصوص بالاستئناسخ البشري والتدخل في المخزون الوراثي وفي النظام الجيني للإنسان وما يمكن أن يؤدي إليه كل هذا من مخاطر عظيمة على الصحة والبيئة ، وعلى صعيد العقائد والشرائع والأخلاق .

وإيراد هذه الأهداف يأتي أولاً على سبيل الذكر لا الحصر ^(١) . ويأتي ثانياً على سبيل العرض والتحليل ، لا التقويم والتحكيم ، فجانِب التقويم والتحكيم يقع وروده - بمشيئة الله - لما نتكلم عن بيان الحكم الشرعي للجينوم .

ومن هذه الأهداف :

- تحديد جميع الجينات الوراثية في الخلية البشرية وحصرها وتعرّف التركيب الوراثي الكامل ^(٢) والشفرة الجينية للإنسان ^(٣) من أجل اكتشاف كل تفصيلات الطاقم الوراثي المتعلق بتنامي الإنسان ووظائف الأعضاء والأنسجة والخلايا وخصائصها وسماتها السوية وغير السوية ^(٤) .

(١) فمن الممكن تسجيل أهداف أخرى على صعيد البيئة وعلم التطور والهجرات البشرية وغير ذلك .

(٢) العلاج الجيني : د. عبد الهادي مصباح ، ص ٦٧ ، ٦٩ .

(٣) خريطة الجسم البشري : د. العنخيا ، مجلة الدعوة ، العدد ١٧٧٥ ، ص ١١ .

(٤) الشفرة الوراثية للإنسان ، ص ٧ .

• الجينوم البشري وحكمه الشرعي •

ويعرف هذا الهدف إجمالاً بضبط السيرة الذاتية للنوع البشري أو الهوية الجينية للإنسان ، وتحديد الصفات الوراثية على مر الحياة منذ الولادة إلى الموت ^(١)، ويقوم العلماء بتخزين كل المعلومات الجينية التي يحويها الجينوم البشري في قاعدة بيانات ، واستخدام أدوات لتحليل تلك المعلومات ، ونقل التكنولوجيا ذات الصلة بالموضوع إلى القطاع الخاص ^(٢).

- الوقاية من الأمراض المحتملة والمضمونة ، وذلك بعد الكشف عن أسبابها ومدخلها وأماراتها .

ويعتمد هذا الكشف على المعطيات والمعلومات الوراثية المذكورة في كيان الجينوم البشري ، فبوسع علماء الخريطة الجينية البشرية أن يضبطوا الجينات المسؤولة عن الأمراض والعاهات والأدواء ، وأن يعلموا إمكانية الإصابة بها في مستقبل الأيام وحتى في أواخر عمر الإنسان .

ومن هذه الأمراض والعاهات والأدواء : السكري ، وتصلب الشرايين ، وسرطان القولون ، والأعصاب ، والعضلات ، والزهايمر ، وضمور العضلات ، والأورام المختلفة ، وسرطان الثدي ، وضغط الدم ، وتليف الأعصاب ، وغير ذلك ^(٣).

وقد ذكر الدكتور زغلول النجار أن الأمراض التي تصيب الإنسان تنقسم إلى مجموعتين رئيسيتين :

١- أمراض خلقية وراثية يولد بها الإنسان ، وهذه سببها خلل في عدد الكروموسومات أو في أشكالها .

٢- أمراض أخرى مكتسبة تأتي بعد أن ينضج الإنسان ويكتمل بناء جسده ، وهذه تأتي من خلل في أثناء انقسام الخلايا .. وكل ما يصيب

(١) البيولوجيا الجينية والبصمات الوراثية : أحمد محمد خليل ، مجلة الفيصل ، العدد ٢٧٨ ، ص ٨١ .

(٢) تساؤلات حول آثار تشخيص خريطة الجينات البشرية : د. مجدي سعيد ، موقع إسلام أون لاين نت .

(٣) العلاج الجيني : د. عبد الهادي مصباح ، ص ٦٧ ، ٦٩ ، ١٠٦ ، وخريطة الجينات ... هل هي بداية النهاية : د. حسام عرفة ، ص ١ .

الإنسان من خلل خلقياً أو وراثياً سيكون مسجلاً في الشفرة الوراثية للإنسان^(١).

وعليه فإن تشخيص أسباب المرض بواسطة الجينوم البشري يسهم في تحقيق الصحة الإنسانية من جهة ممارسة الوقاية والتوقي من وقوع الأمراض في المستقبل ، وذلك بشرط استحضار جملة الضوابط اللازم رعايتها حتى لا يؤدي هذا التشخيص والتوقي إلى ما هو أفسد وأنكى من الأمراض التي يراد الوقاية منها . ويذكر أن من قبيل هذه الوقاية المتبعة في التشخيص من خلال الجينوم البشري : الفحص قبل الزواج وأخذ الاحتياطات اللازمة للوقاية من الأمراض والأدواء^(٢).

- معالجة العديد من الأمراض الواقعة والحاصلة ، وذلك باعتماد ما يعرف بالعلاج الجيني القائم على استخدام الجينات التي يتكون منها الطاقم الوراثي الإنساني أو الجينوم البشري . ومن هذه الأمراض : السرطان والسكري وأمراض القلب والزهيمر (مرض يصيب المخ)^(٣).

ويأتي هذا الأسلوب العلاجي الجيني ليؤسس نمطاً محدثاً متطوراً للغاية في معالجة الأمراض وصناعة الأدوية والمستحضرات ، وهو مبشر بمكاسب مهمة للصحة الإنسانية ، كما أنه محفوف بمخاطر كبرى على صُعد ومستويات مختلفة .

ويفكر العلماء في صناعة برامج للحواسيب تشمل هذه المعلومات الكبيرة عن الجينات وترتيب هذه القواعد النيتروجينية ، بحيث يمكن للحاسوب عند وجود إصابة في إنسان أن يحدد أين الخل بسرعة فائقة للغاية^(٤).

- استخدام الجينوم البشري في الإثبات والنفي ، أي إثبات الحقوق

(١) مجلة الدعوة ، العدد ١٧٧٧ ، ص ١١ .

(٢) العلاج الجيني : د. عبد الهادي مصباح ، ص ٦٩ .

(٣) العلاج الجيني : د. عبد الهادي مصباح ، ص ٦٧ . وخريطة الجينات ... د. حسام عرفة ص ١ . وخريطة الحياة أخلاقيات الجينوم إلى أين : مجموعة باحثين ، مجلة الفيصل ، العدد ٣٠١ ، ص ٨٣ .

(٤) د. زغلول النجار : مجلة الدعوة ، عدد ١٧٧٧ ، ص ١١ .

● الجينوم البشري وحكمه الشرعي ●

والواجبات لأصحابها أو نفيها عنهم ، وذلك كاثبات نسبة الابن إلى أبيه وهو ما يعرف بإثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية ، وكإثبات الجرائم واكتشاف أصحابها من خلال مخلفاتهم التي تخضع إلى التحليل الجيني ، وكذلك معرفة المفقودين والمحروقين في الكوارث ، والذين يتعرف على هوياتهم بعد إجراء الفحوصات الجينية على ما تبقى من أجزاء وأشلاء .

فهذه بعض الاستخدامات أو الأهداف التي أصبحت تشكل أحد الآمال والمبتغيات لقيام مشروع الجينوم البشري . واكتماله . وجدير بالذكر أن هذه الآمال والمبتغيات تحف بها عدة مخاطر وسلبات ، وتحيط بها جملة من المآخذ والتعليقات ، وسوف نبين ذلك كله في المباحث القادمة .

— تحديد جنس المولود ، إذ أصبح من الممكن في علم الجينات — وبمشيئة الله تعالى — اختيار المولود الجديد .

— تقوية اقتصاديات بعض الدول والمؤسسات العلمية والبحثية وبعض الشركات التجارية والصناعية ، بسبب التطور الهائل للبحوث الجينية والتجارب الوراثية التي تدر على أصحابها الأموال الطائلة والأرباح العالية ، ولذلك نخل القطاع الخاص منافساً قوياً لمراكز البحوث المدعومة من قبل الدولة في السباق للكشف عن الجينوم البشري (١) .

وقد راهنت عدة شركات لها ارتباطات بالدراسات البيولوجية على خوض تجربة الهندسة الوراثية وجعلها سوقاً تجارتيها لن تبور . فقد تأسست مجموعة من تلك الشركات وقدمت الدعم المادي للبيولوجيا ، واستقطبت أعداداً من العلماء ليقوموا بالتجارب والأبحاث التي تعود بالنفع على تلك الشركات . ومن تلك الشركات : شركة روكفلر وشركة موتورز الأمريكيتين ، وشركة البيوجين في جنيف ، ومؤسسة جنتيك الدوائية (٢) .

(١) خريطة الحياة - أخلاقيات الجينوم إلى أين : مجموعة باحثين ، مجلة الفيصل ، العدد ٣٠١ ، ص ٨٣ ، ٨٤ .

(٢) ينظر كتاب الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية : د. نور الدين الخادمي ، ص ٥٤ وما بعدها . وينظر كتاب الهندسة الوراثية والأخلاق : د. ناهد البقصي ، ص ٦٦ ، ٧٩ .

- تطوير ما يعرف بطب الجينات ، والعمل على إيجاد وتأسيس ما يعرف بينك الجينات أو البنك الجيني الذي يودع فيه المتخربون ، ليس أموالهم وذهبهم وفصتهم وعقودهم ، وإنما يودعون فيه شفراتهم الجينية الوراثية ليستفاد منها في معرفة الأمراض المحتملة ^(١)، وهذا الهدف يندرج في الحقيقة ضمن هدف أكبر ، ألا وهو تطوير الأبحاث والتجارب البيولوجية ليتوصل بها إلى تأسيس وإشاعة ما أصبح يعرف بالثورة البيولوجية الهائلة التي ستتصدر اهتمام العالم جميعه في القرن الحادي والعشرين .

- من الأهداف التي يصرح بها أو يشار ويوماً إليها هدف خطير للغاية، وهذا الهدف هو الوصول إلى إنسان مهندس وراثياً ^(٢)، سواء عن طريق الاستنساخ أو التنسيل ، أو عن طريق التحكم أو التلاعب بالجينات بغية إيجاد كائن بشري وفق الطلب وحسب التخيل والرغبة والشهوة (إن الاكتشاف والتشخيص بواسطة الجينوم سوف يسمحان -ليس في القريب العاجل ولكن مستقبلاً- بالتدخل في تطور الكائن البشري ، وسوف يكون من الممكن تخليق توائم متطابقة جينياً من خلية منفردة ناضجة وأيضاً توائم ذوي خصائص معدلة «محسنة» على الرغم من أن الماضي في مثل هذا الهدف سوف يقود إلى فوضى لا تعرف نتائجها) ^(٣). ولعل من قبيل هذا الهدف الخطير العمل أو الدعوة إلى تحسين الصفات العقلية والجسدية للأجنة ، وزيادة وتطوير الذكاء البشري ، وإيجاد طرق لإيقاف الشيخوخة ^(٤)، وغير ذلك مما يطمح إلى تحقيقه بعض علماء البيولوجيا وبعض الدوائر العالمية والمحلية لأغراض بحثية واقتصادية وعنصرية وتحليلية .

(١) خريطة الجينات ... هل هي بداية النهاية : د. حسام عرفة ، ص ١٠ .

(٢) الجينوم : مات ريديلي ، ص ٢٨١ .

(٣) مجموعة باحثين ، ص ٨٩ .

(٤) مجموعة باحثين ، ص ٩١ .

المطلب الثاني : مخاطر الجينوم البشري :

الجينوم البشري مكتشف علمي بيولوجي جديد ، وهو كما ينطوي على محاسن وفوائد عدة ، فإنه يحوي مخاطر كثيرة ومفاسد عظيمة ، وهذا يعود إلى طبيعة استخداماته والاستفادة منه ، ولكي تستبعد الاستخدامات السيئة المفضية إلى الإضرار بالإنسان والبيئة والأخلاق والقيم ، لزم ضبطه وتقييده بمعيار محكم وقانون محدد .

ولعل بيان المخاطر التي يمكن أن يوصل إليها اكتشاف واستعمال الجينوم البشري يؤسس أو يسهم في قيام السياسة الضابطة والخطة المعدلة لمسيرة هذا الجينوم ولآثاره ونتائجه .

والعلماء تجاه بيان هذه المخاطر تراوحت بياناتهم بين العرض المجلل والكلي لهذه المخاطر ، وبين العرض المفصل والجزئي لها .

فإجمال القول في هذه المخاطر يقيد بأن الاكتشافات البيولوجية المتطورة في الآونة الأخيرة -والجينوم أحد عناصرها- تضعف القدرة على السيطرة ، وتُوجِّهنا إلى المجهول ، وتهدد المبادئ والمثل الأساسية ، كما تهدد في النهاية بتغييرنا ^(١).

كما أن اكتشاف الجينوم يضع الفكر البشري أمام نافذة مشرعة على كل الاتجاهات ، وهو لا يستطيع أن يرى أكثر من أرنبة أنفه .

وهو يحول الإنسان إلى مجرد آلة يمكن تعديلها ويمكن نسخها ، ويمكن صنع قطع غيار مناسبة لكل فرد ، و .. وماذا بعد ؟ سؤال حائر من الصعب الإجابة عنه ، بل إنه من المرعب الإجابة عنه ... ؟ !!! ^(٢).

تفاصيل القول في مخاطر الجينوم البشري :

عَدَد العلماء المخاطر والمفاسد التي يمكن أن يؤدي إليها اكتشاف

(١) خريطة الحياة ... مجموعة باحثين ، ص ٩٠ .

(٢) خريطة الحياة ... مجموعة باحثين ، ص ٨٢ .

الجينوم البشري ، ومن هذه المخاطر :

- تهديد الصحة الإنسانية وإحداث الأمراض القاتلة والأدواء المستعصية

بسبب ما يعرف بالعلاج أو التحكم الجيني ، أو العلاج عن طريق الشفرة الوراثية وعن طريق الخريطة الجينية أو الجينوم البشري .

فقد ذكر العلماء أن العمل في العلاج عن طريق الشفرة الوراثية يقع في ظلام كامل ، وفي معيار يقاس بالجزء من المليون من المليمتر ، فلا يجوز الدخول فيه أبداً إلا للضرورة القصوى ، أي في حالات الأمراض المستعصية أو حالات التشوهات الخلقية الكبيرة^(١).

كما ذكروا أن أي تغيير لترتيب الجينات يؤدي إلى تغيير الصفة أو الوظيفة المسؤول عنها هذا الجين ، ويحدث ما يسمى بالطفرة ، التي قد تسبب أمراضاً وراثية أو تشوهات خلقية أو أمراضاً سرطانية^(٢) أو مضاعفات حادة للأم^(٣).

وهذا كله يعود بالأساس إلى دقة العمل في الجينات والتصرف فيها، وإلى حساسية وتعقيد الحامض النووي وتتابعاته، وغير ذلك، وقد شبه المؤلف مات ريديلي عزل الجين من الخلية بعزل (إبرة) من (كوم قش)^(٤)، ويصعب أو يتعذر إخراج هذه الإبرة من غير تغيير وتحريك كوم القش ومجموعه .

كما تتمثل المخاطر التي تهدد صحة الإنسان وسلامته فيما أصبح يعرف بالاستفادة من الحيوان لصالح الإنسان على مستوى نقل الأعضاء والخلايا والأنسجة والدماء والأنسولين وزرعها ووضعها في الكائن البشري .

فقد ذكر العلماء أن هذه العمليات تحمل في طياتها إمكان فناء البشرية

(١) خريطة الجسم البشري - الدعوة ، العدد (١٧٧٧) ، ص ١١ .

(٢) العلاج الجيني ، د. مصباح ، ص ٨٤ .

(٣) الدخول الإسلامي للهندسة الوراثية ، د. سالم نجم ، ص ٢٤٢ .

(٤) الجينوم ، مات ريديلي ، ص ٢٨٤ .

وانتشار الأمراض والأوبئة وانتقال الفيروسات الكثيرة والضارة من جسد الخنازير والقروء وغيرها إلى جسد الإنسان ^(١)، وإمكان حصول ظفرات جينية خطيرة ومدمرة ^(٢).

ويذكر د. عبد الهادي مصباح أمثلة لهذه العمليات ، منها: استخدام مخ الأجنة لبعض الحيوانات ونقله إلى الإنسان لعلاج مرض الشلل الرعاش، ونقل خلايا كبد الخنزير إلى كبد الإنسان في حالات تليف الكبد وعدم وجود كبد كامل لنقله ، وزراعة خلايا البنكرياس من الحيوان في الإنسان لعلاج مرض السكر والقضاء عليه ^(٣).

– تهديد الكرامة والحقوق الإنسانية المعنوية ، وهتك معالم الشخصية والحرمة البشرية وثوابتها ، وذلك من خلال عدة أمور ، منها :

– تحويل الإنسان إلى مجرد آلة يمكن تعديلها ويمكن نسخها ، ويمكن صنع قطع غيار مناسبة لكل فرد ^(٤)، وهذا يسلب من الإنسان كرامته ومشاعره وشخصيته وإرادته وحرية وغير ذلك .

– تسويق الإجهاض وتقنيته وجعله حلاً أمثل للعلاج ، وطريقاً للتخلص من الأمراض المحتملة والممكنة ^(٥).

– إشاعة الأسرار الشخصية ، ومخالفة حق السرية ^(٦)، وقد أثار الفحص الجيني مشكلة وهي من سيكون له الحق في معرفة نتائجه ، ولم يستطع أحد حلها إلى الآن ، فالجينات ليست ملكاً لصاحبها فقط ، فهي مشتركة بين الأبناء والوالدين والأجداد والإخوة والأخوات ^(٧).

(١) وأجلى مثال على ذلك مرض جنون البقر .

(٢) العلاج الجيني ، د. عبد الهادي مصباح ، ص ١١٦ وما بعدها .

(٣) العلاج الجيني ، ص ١١٧ وما بعدها .

(٤) خريطة الحياة ، ص ٨٢ .

(٥) خريطة الحياة ، ص ٨٨ .

(٦) العلاج الجيني ، ص ٧٠ .

(٧) العلاج الجيني ، د. عبد الهادي مصباح ، ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

- إشاعة الرعب والقلق واليأس والاضطراب في النفوس والمجتمعات والدول والأمم ، وذلك من خلال التعرف على الأمراض والعاهات المستقبلية المحتملة ^(١) وإفشائها ونشرها وتعميمها ، ومن خلال بيان مخاطرها واستحالة علاجها والتخلص منها .

ولعل من حِكَم الجهل بالغيب حصول الطمأنينة والارتياح واستبعاد الارتماء في عالم الهواجس والأوهام والاكتئاب بسبب معرفة داء قادم ومرض عضال .

ولعل كل هذا قد أدى إلى صيحات الفزع التي تصف الباحثين في الجينوم بأنهم الوحش المعاصر (فرانكشتاين) ^(٢).

- تقوية حق العمل والكسب وحق الانخراط في أنظمة التأمينات والمعاشات ؛ وذلك بسبب المعرفة المسبقة بحالة الإنسان الصحية والنفسية في المستقبل ، فلا يستغرب أن يهتم أصحاب العمل وشركات التأمين بمعرفة الحالة الصحية للإنسان بناء على معرفة الخريطة الجينية لتفادي أي مشاكل صحية قد تعوقه عن العمل أو تتسبب في خسائر مادية للشركات ^(٣)، ولا يستغرب كذلك أن تمارس التفرقة الجينية بين الأفراد والعمال من قبل أصحاب العمل والشركات بناءً على الوضع الصحي المستقبلي .

وكمثال على هذا ، فقد صدر قانون في ولاية ماساشوسطن يفرض على الأطفال إجراء هذا الفحص قبل الدخول إلى المدارس الابتدائية، ومعاملة الحامل للمرض على أنه مريض ، مع أنه سليم تماماً .

ووصل الأمر بالقوات الجوية الأمريكية أن استبعدت كل حامل لجين المرض بغرض تحقيق السلامة الجوية ، غير أن هذا قد توقف وتبين عدم جدواه ، وتبين أن أضراره أكبر من نفعه ^(٤).

(١) خريطة الجينات ، د. حسام عرفة ، ص ٢ .

(٢) خريطة الحياة ، مجموعة باحثين ، ص ٨٩ .

(٣) د. كابلان ، نقلاً عن د. حسام ص ٢ ، والعلاج الجيني ، ص ٧٣ .

(٤) العلاج الجيني ، د. عبد الهادي مصباح ، ص ١٠٧-١٠٨ .

• الجينوم البشري وحكمه الشرعي •

– تقويت حق التنوع والاختلاف ، والعمل على جعل الأجنة والناس يتمثلون ويتطابقون ويكونون على وضع واحد وفي قوالب متحدة .

وهذا يحصل من خلال توحيد الصفات الإنسانية وتحسينها ، وإيجاد الأذكاء ^(١) والعباقرة ، واستبعاد الأغبياء والبُله والسفهاء والحمقى والمغفلين ، وهو يخالف كما ذكرنا خاصية التنوع والتباين والاختلاف بين بني البشر ، ويصادم مبدأ التسخير والتعاون والاحتياج ، ويعارض سنة الخالق في خلقه وعباده .

هذا فضلاً عن أن هذه التجارب والأبحاث مشكوك في أمرها ونتائجها من الناحية الإنسانية ، لأنها قد أجريت على الفئران ، ولأنها قد تجرى على بعض الحيوانات الأخرى بنجاح ، لكن إجراءاتها على الإنسان غير مضمون النجاح ؛ بسبب الاختلاف الجوهري والتباين الشديد في التكوين والقدرات بين الحيوان والإنسان ^(٢).

– تعميق ظاهرة الاحتكار المادي والاستغلال الاقتصادي ، والإثراء الفاحش ؛ وذلك بسبب توظيف تقنيات الجينوم البشري واستخداماته في كسب الأموال الطائلة ورفع تكلفة العلاج ، وإبتزاز الدول النامية والعالم الثالث والشعوب المستضعفة التي أقصيت وأبعدت عن معرفة تقنيات وأبحاث الهندسة الوراثية والخريطة الجينية البشرية واكتشافها .

وليس مستبعداً أن يحتكر الأغنياء والحكام هذه التقنيات ^(٣)، كما لا يستغرب أن يقع استغلال دول العالم الثالث ، كما هو الحال بالنسبة للطاقة الذرية ^(٤).

– تعميق ظاهرة العنصرية والتفرقة بين بني البشر ، وذلك من خلال

(١) العلاج الجيني ، ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٢) العلاج الجيني ، ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٣) خريطة الحياة ، ص ٩١ .

(٤) خريطة الجينات ، د. حسام عرفة ، ص ٢ .

اختيار المميزات العنصرية والتفرقة ضد المرأة والأقليات ^(١)، ومن خلال قيام تبني الأطفال في الغرب على الاختيار والتمييز والانتخاب البيولوجي الجيني ^(٢).

ومن خلال الدعوة إلى تحسين الصفات الوراثية ، وإنشاء المحاكم الوراثية ، وسياسات التطهير العرقي والحتمية البيولوجية ، وغير ذلك مما يظهر من حين لآخر ^(٣).

- معارضة بعض استخدامات الجينوم البشري لأركان العقيدة الإسلامية ولبادئ الأخلاق والقيم الشرعية المعروفة .

فمن ذلك مثلاً التدخل في اختيار جنس المولود ، وما يعنيه ذلك من تفضيل لجنس على آخر ، ومن جري وراء شهوات النفس ورغبات الدنيا، ومن تقويت لقيمة الإيمان بالقضاء والقدر، ولقيمة الصبر والاحتساب، ومن تسبب في انتفاء سنة التوزيع المحكم بين الذكورة والأنوثة أو تناقصها ، وبين المواصفات والقدرات العقلية والجسدية للإنسانية كافة .

وهذا قد يصحبه بعض التفكير الخطير لدى بعض علماء البيولوجيا أو عند بعض أهل الرأي والبحث ، أو حتى عند بعض الناس البسطاء والعامه، فقد يشعرون أن التدخل في اختيار جنس المولود وفي إيقاف الشيخوخة وفي تحسين الصفات الوراثية يعد تدخلاً في إرادة الخالق تبارك وتعالى، وهو ما يعني عندهم -زعماً وجهلاً وعناداً- غلبة العلم للدين ، وانتصار الإنسان والحضارة والتطور على الأديان والشرائع والعقائد .

وليس هذا غريباً إذا أخذنا في الحسبان نفس الشعور الذي صاحب استنساخ النعجة دولي ، فقد ظن بعض ضعفاء الإيمان والعرفان أن هذا

(١) خريطة الحياة ، ص ٩٤ . والشجرة الوراثية ، ص ١٩١ .

(٢) خريطة الجينات ، ص ٣ .

(٣) لتفصيل هذا يرجع إلى كتابي: الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية ، ص ٥٩ وما بعدها .

• الجينوم البشري وحكمه الشرعي •

الاستنساخ ضرب من القدرة الفائقة والغلبة العلمية التي قد تصل إلى درجات مضاهاة خلق الله عز وجل ومجاراته والاقتراب من قدرته وإرادته -تعالى الله عما يقولون علواً كبيراً- .

وقد أطلقوا على عملية الاستنساخ لفظ التخليق ليشيروا بها إلى توجيههم الخبيث وهدفهم المذموم ، واستبعدوا في الوقت نفسه استعمال عبارة الخلق ، لأنهم يعرفون ويوقنون أنهم بعيدون بعد المشرقين عن الخلق الإلهي أو بعضه ونزره ، فأين هم من هذا الخلق الذي تفرد به رب العزة والجبروت ، «أم جعلوا لله شركاء خلقوا كخلقه فتشابه الخلق عليهم قل الله خالق كل شيء وهو الواحد القهار» (١) . (٢)

- معارضة استخدام تقنية الاستنساخ البشري لمقصد حفظ النسب والعرض ، ومثال ذلك الطفل الواحد الذي تنجبه أمّان : عجوز تعطي نواة بويضة ، وشابة تعطي بويضة منزوعة النواة (٣) ، ومثال ذلك أيضاً الاستنساخ على طريقة النعجة دوللي ، فهي تؤدي كما هو معلوم إلى انفصام الرابطة النسبية والأصرة القرابية والأسرية والاجتماعية (٤) .

(١) سورة الرعد الآية ١٦ .

(٢) ينظر كتابي الاستنساخ ، ص ٦٧-٧٣ .

(٣) العلاج الجيني ، ص ١١١ .

(٤) ينظر كتابي الاستنساخ ، ص ٩٥-١٠٨ ، لقد بينت فيه بتفصيل مسهب ضرور وتفاصيل للمعارضة لمقصد حفظ النسب والعرض ، ومقصد الأبوة والأمومة والبنوة ، وكيف أنه يؤدي إلى انهيار روابط الأسرة والمجتمع .

الفصل الثاني

الحكم الشرعي للجينوم البشري

المبحث الأول

الحكم الشرعي لاكتشاف الجينوم البشري والمساهمة فيه

حكم اكتشاف الجينوم البشري :

الجينوم البشري من أعظم المكتشفات العلمية البيولوجية خلال هذا القرن . وقد أبرز منتهى الدقة العجيبة وغاية الخلق المحكم وعظمة الإتيان الذي أدهش العلماء والمختصين فضلاً عن العامة والمهتمين .

وسيطل اكتشاف أسرارهِ وألغازهِ في المستقبل طريقاً لزيادة اندهاش العلماء وتسليمهم لخالق هذا الحامض النووي ولمصممه على أحسن صورة وأتم نظام وأدق تركيب .

ولذلك ، وكما قال الدكتور زغلول النجار : يستطيع الإنسان من خلاله أن يدرك شيئاً من عظمة الخالق وبديع صنعه في خلقه ، لأن الخلية الإنسانية أو الخلية الحيوانية بصفة عامة من أعظم دلائل القدرة الإلهية^(١) .

ويذكر أن فرانسييس كولينز كان مؤمناً حقاً أن تتابع الرموز في الشريط الوراثي هي اللغة التي استعملها الخالق جلت قدرته في عملية الخلق^(٢) .

كما أن اكتشاف الجينوم يضيف دليلاً عقلياً وعلمياً آخر على صدق النبوة وعصمة الرسول وصحة الرسالة ، وذلك لما قاله النبي ﷺ في

(١) خريطة الجسم البشري : د. المحيا - مجلة الدعوة ، العدد ١٧٧٥ ، وكلام د. زغلول النجار في برنامج بلا حدود في قناة الجزيرة الفضائية .

(٢) الجينوم : كيفن ديقس ، ورقة الغلاف .

أحاديثه التي أشارت إلى تناقل الجينات الوراثية من الأسلاف إلى الأبناء ومن الآباء إلى الأولاد .

وبناء عليه فإن اكتشاف الجينوم واكتماله يعد طريقاً إلى تقوية الإيمان في النفوس ، وبرهاناً ينضاف إلى جملة البراهين العقلية والعلمية والكونية الدالة على عظمة الخالق جل وعلا .

وهو من هذه الجهة عمل محمود وأمر مدعو إليه ومرغَّب فيه ، لأنه يظهر -كما ذكرنا- عظمة الخالق ، ويقوي في النفوس الإيمان والاعتقاد ، ويرسخ في الواقع الإسلام والالتزام ، ويضعف حالات الكفر والإلحاد والعبثية .

والأدلة الإجمالية على ذلك معروفة ومعلومة ، وهي جملة نصوص الكتاب والسنة الداعية إلى النظر في الكون والنفس ، وإلى التأمل في مخلوقات الله تعالى ، وإلى كشف حقائق الوجود وأسراره وقوانينه ، واستثمارها فيما ينفع الإنسانية في عاجل أمرها وآجلها .

أما من جهة اكتشاف الجينوم لأغراض سيئة ، ولاتخاذ ذريعة للتباهي العلمي والترف الفكري ولادعاء مضاهاة الخلق الإلهي وإحداث الانقلاب على نظام الخلق وسنن الحياة والكون ، وللتسويغ لظواهر التحايل والاستغلال والتمييز ، ولغير ذلك مما يمكن أن يؤدي إليه الاستعمال المذموم لحقيقة الجينوم ، فمن هذه الجهة يكون اكتشافه واقعاً في دائرة النهي الشرعي ، مع التفاوت في مراتب هذا النهي بحسب تفاوت المآلات والنتائج والأغراض المتبعة في هذا الاكتشاف .

حكم المساهمة في اكتشاف الجينوم البشري :

المقصود بالمساهمة هنا مساهمة العالم الإسلامي والأمة المسلمة في الجهود المبذولة لاكتشاف الجينوم وإتمام معرفة حقائقه وأسراره ، وإكمال الإلمام بآثاره ونتائجه ، وضبط استخداماته وتطبيقاته .

فالأمة المسلمة ممثلة في الحكومات والمنظمات والمجامع والجامعات والمراكز والهيئات البحثية والعلمية والشرعية والوراثية والقانونية والأخلاقية مدعوة إلى أن تشارك الجهات العالمية القائمة على اكتشاف الجينوم - وأن تسهم بجهودها المباشرة المتصلة بالأبحاث والتجارب البيولوجية نفسها ، وبجهودها غير المباشرة المتصلة بوضع السياسة الأخلاقية والإنسانية والضوابط الدينية والشرعية التي ينبغي مراعاتها في عملية الاكتشاف والتطبيق .

وقد أكد الدكتور زغلول النجار على وجوب تكوين كادر عربي مسلم قادر على التعامل مع هذه القضية ، ولو من حيث انتهى الآخرون خدمة لأنفسنا ، وللوصول لاستنتاجات يمكن أن يغفل عنها الذين يعملون في هذه القضية في العالم الغربي ^(١).

كما دعا الأستاذ الدكتور سالم نجم المؤسسات الإسلامية وخاصة الفقهية والطبية للعمل على صياغة ميثاق شرف علمي مهني أخلاقي قانوني ، وتقديمه إلى المنظمات الدولية لضبط البحوث العلمية بصفة عامة والهندسة الوراثية بصفة خاصة ^(٢).

وتأكيد وجوب مساهمة الأمة في اكتشاف الجينوم يأتي ضمن سياقين:

١ - سياق الوجوب الشرعي والفرض الكفائي على أهل الذكر في هذا المجال ، لأخذ زمام المبادرة أو المشاركة في الاكتشافات العلمية والبيولوجية ، استجابة للنصوص والتعليمات الشرعية الداعية إلى النظر والتفكير والتعلم ، والتي قررت قانون التسخير الإلهي للكون لصالح الإنسانية ، والتي أناطت تصرفات الراعي على الرعية بالمصلحة الشرعية الصحيحة ، فقد جاء في كتب القواعد أن تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة .

(١) مجلة الدعوة ، العدد ١٧٧٧ ، ص ١١ .

(٢) النبل الإسلامي للهندسة الوراثية البشرية ص ٢٢٣ .

والراعي هنا هو الحاكم السياسي والعالم البيولوجي وصاحب القرار القانوني والعلمي والتنفيذي وغيرهم ممن يدخلون في تحت مسمى أهل الذكر .

٢- سياق التدافع الحاضري والتسابق نحو السيادة والريادة ، وفي اتجاه التمكين والتأمين .

فمن المعروف أن هناك هيمنة عالمية -غير إسلامية- على المكتشفات العلمية المعاصرة وعلى الاستحواذ على تقنياتها وتطوراتها واستخداماتها وعوائدها وأرباحها ، وعلى تعمد حرمان شعوب العالم الثالث والدول النامية والامة المسلمة من معرفة هذه المكتشفات وتقنياتها وفوائدها في أغلب الأحيان .

وهذه الهيمنة موسومة بسمات البيئة الثقافية التي نشأت فيها هذه المكتشفات وتطورت. ولذلك كانت في جوانب كثيرة مادية واستغلالية وغير أخلاقية ، أو أنها لا ترى بأساً من إمكان تجاوز الضوابط والقيود الأخلاقية والقيمية بهدف الكسب والربح والشهرة والتعالي . بل أصبح من الممكن أن تتخذ هذه الهيمنة شكلاً جديداً من أشكال الاستعمار والاحتلال، وطريقاً جديداً ينضاف إلى الطرق السابقة في نهب ثروات الشعوب ومدخراتها وإنهاك اقتصادياتها ومقدراتها وزيادة الإذلال والإهانة والاحتقار .

وقد ذكرت في كتابي الاستنساخ كيف أن خبر استنساخ النعجة دولي، ولئن كان حدثاً علمياً بيولوجياً بالدرجة الأولى ، إلا أنه لا يغفل آثاره وأبعاده ودوافعه ، ولا سيما الدوافع غير المعلنة المتمثلة في جملة المراكز الفكرية والسياسية والفلسفية التي استند إليها الاستنساخ ، وفي البيئة الثقافية والاجتماعية التي نشأ فيها ونما وترعرع ، والتي سيكون لها تأثيرها في مسيرة الاستنساخ والهندسة الوراثية من الجهة الأخلاقية والدينية ^(١).

(١) لتفصيل ذلك ينظر كتابي الاستنساخ ، ص ٣٩-٤٣ .

فهذا السياق الحضاري يحتم على الأمة المسلمة لزوم أخذ المبادرة أو المشاركة - على الأقل - لتصحيح وضع الأبحاث البيولوجية والوراثية والجينومية ، وتأسيسها على الأبعاد العقيدية والدينية والأخلاقية والإنسانية ، وتنقيحها مما علق بها من الشوائب والمفاسد وسائر الشبهات والتطويعات المختلفة .

وهذا هو الذي قصدناه بإيراد كلمة التمكين والتأمين ، أي تمكين الأمة من المساهمة والتوجيه والتصحيح ، وتأمين الإنسانية من الانزلاقات والمآلات الخطيرة التي قد تقع فيها التطورات الهائلة للهندسة الوراثية ولالجينوم البشري بوجه خاص .

وعليه فإن المساهمة الإسلامية لاكتشاف الجينوم ترقى إلى درجة الوجوب العيني المنوط بالقيادة والساسة والعلماء - أهل الذكر في هذا الصدد - وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وهذه المساهمة في حق الأمة فرض كفاية ، فإذا قام به أهل الذكر سقط عنهم الوجوب ، وفي حال تركه وإهماله يصير الحكم واجباً على الجميع، ولن تبرأ الذمم والنفوس إلا ببذل ما في الوسع من بحث وتوعية أصحاب القرار وأهل الذكر بخطورة هذه التطورات العلمية وبلزوم ضبطها وحسن استخدامها .

المبحث الثاني

الحكم الشرعي لاستخدام الجينوم البشري

الجينوم البشري -وكما ذكرنا في بيان أهدافه- له عدة استخدامات واستعمالات في مجال الصحة والعلاج ، وفي مجال تحديد الخصائص الوراثية والصفات العقلية والجسدية للإنسان ، وفي مجال الإثبات والكشف عن الجرائم والجنايات ، وفي مجال زيادة تطوير الأبحاث البيولوجية والوراثية ، وفي مجال تقوية الاقتصاد ، وفي مجالات مختلفة أخرى ... والحكم الشرعي على هذه الاستخدامات يتجدد في ضوء طبيعة هذه الاستخدامات وفي درجة صلاحها ونفعها ، وفي مدى الاضطرار والحاجة إليها ، وفي غير ذلك من المعطيات والحيثيات التي تساعد على بيان الحكم وضبطه .

ومعلوم أن الجهود العلمية والتجريبية في هذا الصدد لا تزال في البداية ، بالنظر إلى الآمال والآفاق المعقودة على تطور الهندسة الوراثية والجينوم البشري، ولا تزال نتائجها وحققاتها غير محسومة وغير منتهية، بل إنها قابلة لتطورات هائلة واحتمالات مختلفة ، الأمر الذي يجعل الحكم عليها صفة نهائية أو تفصيلية متعذراً وغير موضوعي وغير واقعي .

وقد جاء على لسان أحد كبار العاملين في مشروع الجينوم البشري قوله: لقد رقمنا الصفحات -أي صفحات كتاب الحياة- ولا ندري حقيقة المكتوب فيها مؤكداً أنهم ما زالوا في البداية (١).

حكم استخدام الجينوم البشري في الوقاية والعلاج :

علمنا أن من استخدامات الجينوم البشري الوقاية والعلاج ، وذلك من خلال ما يعرف بالفحص أو بالعلاج الجيني .

(١) الدعوة ، ١٧٧٥ ، ص ١١ .

والعلاج الجيني معناه العلاج عن طريق التحكم في الجينات (أو المورثات) والتصرف فيها بالتغيير والتبديل والتنقية والتخليص . فهو يعتمد أساساً على الجينات بتنقيتها وعزلها وتصنيعها ^(١).

والحكم الشرعي على العلاج الجيني يتحدد في ضوء معطيات كثيرة، وهو مرتبط بما ستؤول إليه التجارب والأعمال الوراثية والبيولوجية ، وما سيتوصل إليه العلماء من نتائج وحقائق تكون الإطار الأمثل لاستصدار الحكم الشرعي التفصيلي تجاهه .

ولذلك يتأكد في الآونة الحالية استصدار حكم شرعي إجمالي يكون قابلاً لاستيعاب ما يستجد ويظهر في التجارب والأبحاث القادمة، ويستبعد التسرع الذي قد يخل بمطلوب الشرع ومقصوده ، أو الذي قد يفوت ما ينفع الإنسان ويفيده .

وتعذر استصدار هذا الحكم يعود إلى أمرين اثنين :

الأمر الأول : عدم الإلمام والإحاطة بجميع معلومات العلاج الجيني والهندسة الوراثية وحقائقهما ، فلا تزال الأبحاث في هذا الصعيد في بداياتها ، ولا تزال الحقائق المدهشة والألغاز المحيرة في طور الغيب والمجهول .

الأمر الثاني : إن المجالات التي خطا فيها العلاج الجيني خطوات مهمة لم تستقل فيها المصالح عن المفسد ، ولم تتمحض المضار عن المنافع ، فقد ظل التداخل واقعاً بين كل ذلك ، وهذا بسبب الطبيعة المعقدة للتطبيق والاستخدام ، وبسبب طبيعة النتائج نفسها ، والتي تتردد بين المحاسن والمساوئ ، بين الإيجابيات والسلبيات ، بين المنافع والمفاسد .

وهذا ما يجعل العلماء يصفون الهندسة الوراثية - والعلاج الجيني باعتباره فرعاً لها - بأنها (تثير في أن واحد الإعجاب والمخاوف: الإعجاب

(١) التنبؤ الوراثي ص ٢٩١ . ومقدمة الطوامري لكتاب الهندسة الوراثية لناهد البقصي ، ص ١٨ .

• الجنوم البشري وحكمه الشرعي •

لأنها تقدم الحلول السحرية لكثير من المشكلات في العنالم ، والمخاوف لخطورة استخدامها وبسبب لا أخلاقية بعض تطبيقاتها واستحالة السيطرة عليها^(١).

الحكم الشرعي العام للعلاج الجيني :

يجوز من حيث المبدأ والغاية استخدام الجينات لغرض الوقاية والعلاج في ضوء قاعدة المصالح والمفاسد الشرعية ، وانطلاقاً من مبدأ التداوي والعلاج ، ومسايرة للدعوة إلى استثمار القوانين والعلوم الكونية والحياتية لصالح الإنسان .

جاء عن الدكتور عبد الستار أبو غدة قوله: «فلذا كان القصد من هذا الاستبدال^(٢) العلاج وإنقاذ البشرية من أمراض وراثية ، فإنه يندرج في التصرفات المشروعة ، إن لم يكن على سبيل الوجوب فعلى وجه الذنب أو الإباحة ، لأنه من جنس المأمور به في نصوص الشريعة الداعية إلى التداوي وإزالة الضرر ودرء المفسدة وتحصيل النفع والحرص عليه»^(٣).

أما الأحكام الشرعية التفصيلية لحالات العلاج الجيني وظواهره فتتحدد في ضوء النتائج والحقائق ، وبحسب القواعد والمقاصد الشرعية المرعية .

جاء عن الدكتور أحمد شرف الدين قوله: «ومن هنا جاءت أهمية الأبحاث التي توضح الحدود التي يمكن فيها تطبيق مكتسبات الطب وعلم الأحياء على الذرية الأدمية ، على نحو لا يخل بالقواعد الأساسية للشريعة، ولا يهدر المصالح التي تدور حولها الأحكام الشرعية»^(٤).

(١) الظواهر ص ١٧ ، والتنبيه الوراثي ص ٢٦٢ .

(٢) أي إيجاد ما يعد بدائل عن الوضع الأصلي من خصائص وخصال : مؤتمر الإنجاب في ضوء الإسلام:

د. أبو غدة ص ١٥٧ نقلاً عن البقصي ص ٢٤ .

(٣) أبو غدة ص ١٥٧ نقلاً عن البقصي ص ٢٠٥ .

(٤) مؤتمر الإنجاب ص ١٣٦ نقلاً عن البقصي ص ٢٠٣ .

حكم تغيير الخصائص الوراثية للإنسان :

علمنا أن الهدف الأعلى للجينوم البشري تحديد الهوية الوراثية أو الخاصيات الجينية للإنسان . وهذا التحديد قد يستغل لتغيير هذه الهوية والخاصيات بهدف «التحسين والتطوير والتجميل» ، أو الدمج والخلط مع كائنات وخصائص أخرى ، أو غير ذلك مما قد تكشفه الأزمنة القادمة .

وبناء عليه فلا يجوز استخدام الجينوم واستغلال المعرفة بالخاصيات الجينية لغرض تغيير الصفات الوراثية للإنسان ، أو الخلط بين الإنسان والحيوان أو النبات (الإنسان الأخضر) ، أو ممارسة ما يعرف بالجراحة الوراثية التي تتلاعب باللقائح والجينات ، أو بغير ذلك مما يؤدي إلى دوس كرامة الإنسان وهدم شخصيته والإخلال بالبناء الوراثي البشري والنظام الأسري والاجتماعي والكوني المقرر ديناً وعقلاً وعرفاً وواقعاً .

وهذا - في حال وقوعه لا سمح الله تعالى - سيفتح الأبواب أمام كوارث إنسانية وأخلاقية وكونية لا تحصى ولا تعد ، ولعل من أهمها :

- التسويغ للدعوات العنصرية والعرقية ، والتفوق الوراثي والحمية البيولوجية والانتخاب الجيني ..

- تغييب خاصية التنوع والاختلاف والتسخير .

- فتح سوق المتاجرة بالأعضاء والمشاتل الجينية الممتازة والمواصفات الخلقية حسب الطلب .

- دوس الكرامة والحقوق الإنسانية والقيم والأعراف الدينية والأخلاقية .

حكم استخدام الجينوم البشري في استنساخ إنسان :

قد يستخدم الجينوم البشري في استنساخ إنسان ، وذلك بناء على مواصفات جينية معينة تعرف بواسطة الجينوم البشري وتكشف عن طريق المعرفة بالخريطة الجينية وبالرصيد الوراثي .

• الجينوم البشري وحكمه الشرعي •

وهذا الفعل أو الاستخدام يحكم عليه قطعاً وبقيناً بالحرمة والمنع والحظر ، وهو يناقضي المعقول والمقبول ، ويصادم الأديان والأعراف والأخلاق ، ويخالف السنن والقوانين والثوابت الحياتية والكونية والإنسانية. والاكتشاف العلمي الباهر للجينوم البشري لا يجوز بحال من الأحوال أن يتحول إلى تدمير الإنسان وهتك حقوقه وكرامته ، وإفساد النظام والاستقرار ، ولا يسمح له أن يصل إلى مجرد التفكير في انتخاب التصميمات الوراثية المتفوقة ، واختيار النخب المنتجة الممتازة ، وإيجاد النسخ المطابقة لأصلها حسب الرغبة والطلب والتشهي^(١).

فتكون المعرفة بالجينوم المؤدية إلى استنساخ إنسان بمثابة الوسيلة إلى المحرم ، فالتحريم هنا تحريم لغيره وليس تحريماً لذاته كما هو مقرر في علم الأصول والقواعد الفقهية والشرعية .

أما عملية الاستنساخ نفسها فمحرفة لذاتها تحريماً قاطعاً وجازماً . وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي بجدّة قراره المعروف بتحريم الاستنساخ البشري^(٢).

حكم استخدام الجينوم البشري في الإثبات :

علمنا أن من أهداف معرفة الجينوم استعماله في إثبات النسب بين الأب وابنه ، وإثبات التهم والجرائم ، وإثبات هويات المفقودين والمحرورين والتائهين وسائر الذين لم تعرف شخصياتهم وهوياتهم . وقد ذكر العلماء أن قراءة شفرة الأب وشفرة الولد تمكن من الجزم بوجوب النسب بين الأب وابنه^(٣)، وأن البصمة الوراثية هي الأجدري التمييز بين الأفراد^(٤).

(١) ينظر كتابي الاستنساخ ص ٦٦ وما بعدها فقد بينت فيه بالتفصيل الحكم الشرعي للاستنساخ البشري ومشروعيته .

(٢) دورة المؤتمر العاشر المنعقدة ما بين ٢٣-٢٨ صفر (٢٨ يونيو - ٣ يوليو ١٩٩٧ م) .

(٣) إثبات النسب بالبصمة الوراثية : السلامي ، ص ١٢ .

(٤) البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم : أ. د. إبراهيم الجندي ، ص ١٥ .

وقد أفتى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة أن البصمة تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى والديهم ، وأن الخطأ في البصمة ليس وارداً لذاتها ، وإنما واقع بسبب الجهد البشري أو عوامل التلوث ، وأن من مجالات إثبات النسب التنازع على مجهول النسب بانتفاء الأدلة أو تساويها وبالإشتراك في وطء الشبهة . ومن مجالات كذلك الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز الرعاية ، والاشتباه في أطفال الأنابيب ، وضياح الأولاد واختلاطهم بسبب الحوادث والحروب والكوارث ، وغير ذلك .

كما أفتى المجمع باعتماد البصمة في التحقيق الجنائي وجعلها وسيلة إثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص ^(١).

ويكفي لتحقيق هذا تحليل إفرازات الجسم المختلفة والأظافر والشعر واللحاح والدم والسائل المنوي وغيره ^(٢).

والحكم الشرعي للإثبات عن طريق الجينوم البشري هو الجواز أو الوجوب إذا توافرت شروط ذلك وضوابطه والتي سنذكرها بعد قليل .

فقد أجاز المجمع الفقهي كما ذكرنا الاعتماد على البصمة الوراثية في إثبات النسب بين الأب والولد ^(٣)، وفي إثبات التهم والجرائم .

وذكر الشيخ محمد المختار السلامي: أن الفقهاء يعللون التيسير في إلحاق النسب بأن الشريعة الإسلامية من أصول نظرها تقديم ربط النسب على إلغائه ما أمكن ^(٤). وذكر كذلك بأن عناية الإسلام بثبوت النسب وإزالة الجهالة مقصد من مقاصد الشريعة ^(٥).

وعليه فإن الإثبات عن طريق الجينوم أو البصمة ينضاف إلى طرق

(١) الدورة الخامسة عشرة للمجمع الفقهي بمكة المكرمة .

(٢) العلاج الجيني : د. عبد الهادي مصباح ص ٩١ .

(٣) الطب الشرعي : الجندي ص ٢٣١ .

(٤) السلامي ص ١٥ .

(٥) السلامي ص ١٧ .

الإثبات المعروفة ، غير أن هذه الطريقة عليها بعض المآخذ والاحترازاات والتساؤلات ، والتي تضعف مشروعيتها وقوتها .

المآخذ على اعتماد البصمة الوراثية في الإثبات ^(١):

إنه على الرغم من تأكيد العلماء والفقهاء على أهمية البصمة الوراثية في الإثبات وأنها بمثابة بصمة الأصابع التي ظلت من أهم الوسائل الإثباتية عبر القرون ، غير أن هناك العديد من المطاعن والمآخذ التي تضعف الاعتماد عليها ، والتي تدعو القاضي إلى عدم الارتياح إليها في أحيان كثيرة .

ومن هذه المآخذ :

- تلوث العينات واختلاطها بعينات أخرى .
- إمكانية تبديل العينات عمداً أو سهواً .
- التشكيك في دقة النتائج .
- تماثل البصمات في التوائم المتطابقة .
- ولكي تبقى البصمة الوراثية معتبرة في الإثبات وضع العلماء والفقهاء جملة من الضوابط والشروط اللازمة . وهذه الضوابط والشروط ^(٢):
- اللجوء إلى البصمة في الحالات القصوى والمحددة .
- قراءة البصمة تكون من قبل المتخصصين والخبراء الراسخين في الجنوم والهندسة الوراثية .
- يقع التحليل في المختبرات المختصة والرسمية والعمومية التابعة للدولة .

- التأكد التام من سلامة العينات من كل تلوث واختلاط بغيرها .
- خلو العملية من كل شبهة ، كشبهة القرابة أو الصداقة بين القارئ والمقروء له ، وشبهة قيام الدعوى على التوهم والتخيل ..

(١) السلامي ص ١٥ . والعلاج الجيني ص ٩١-٩٣ . والبصمة الوراثية للجندي ص ١٥ .

(٢) السلامي ص ١٢، ١٥ . والعلاج الجيني ص ٩٣ . والدورة ١٥ للمجمع الفقهي .

- اعتماد السرية ما أمكن .

- طلب التحليل يكون من قبل الأب فقط ، لأن هذا في معنى اللعان الذي لا يقوم به إلا الزوج لكونه صاحب الحق ^(١) . والأمر بإجرائه يصدر من القاضي والحاكم .

- التحليل على التوائم المتطابقة ^(٢) .

لا يقع إلا في إثبات النسب ، أما في مجال الجرائم والجنایات فلا يؤدي إلى غرضه ، إذ من الممكن الوقوع في ظلم أحد التوأمين الذي لم يرتكب الجنایة .

حكم استخدام الجينوم في زرع مكون حيواني في جسم الإنسان:

قد تفيد معرفة الخريطة الجينية بوجود خلل أو عيب في بعض الجينات البشرية ، فتسبب لصاحبها بعض الأمراض والغايات التي تحيله أو تدعوه أو تجبره على الاستعانة بمكون من مكونات الحيوان لمعالجة مرضه وعاهته .

والمراد بعبارة (مكون الحيوان) الجزء والبعض منه ، كعضو من أعضائه أو سائل من سوائله أو أنسجة أو خلايا تؤخذ من جسده .

وقد أفادت الأبحاث البيولوجية والوراثية والعلمية المتطورة إمكان نقل مكون حيواني وزرعه في جسم إنسان بغرض العلاج والصحة ، وذكرت بأن هذا يأتي ليسد الحاجة البشرية الماسة لهذه المكونات ، إذ إن المكونات البشرية (الأعضاء والدماء والأنسولين ...) قد أصبحت غير كافية ولا تسد الحاجة ولا بعض الحاجة بالنسبة للأمراض الإنسانية الكثيرة والمتطورة التي تحتاج إلى تلك المكونات وإلى الأعداد الكبيرة والمهولة من الأعضاء

(١) السلامي ص ١٩ .

(٢) البجعة الوراثية : إبراهيم الجندي ص ٢٦ ، ١٥ . والعلاج الجيني ص ٩٣ . والبيولوجيا الجنائية : لمدخل - مجلة الفیصل العدد ٢٧٨ ، ص ٨١ .

والدماء والأنسجة والبروتينات والإنسولين ... ولذلك يطرح العلماء بديلاً لهذا ، يتمثل في استعمال الحيوانات لإيجاد ما تدعو الحاجة إليه في هذا الشأن وتوفيره .

ومعلوم أن الحيوان المستعمل الذي يؤخذ منه مكونه ليوضع في جسد الإنسان يطلق على كل الحيوانات التي يمكن الاستفادة منها في هذا المجال. وقد ذكر العلماء أن من هذه الحيوانات الخنازير والقروذ والفئران وغيرها .

ولذلك لابد من التمييز في استصدار الحكم الشرعي بين الخنزير وسائر الحيوانات الأخرى ، وذلك لخصوصية الخنزير في الدين الإسلامي من حيث الحكم التحريمي والمقصد الشرعي والبعد الحضاري .

وسنبين حكم الاستعانة بالحيوان في ضوء هذا التمييز بين الخنزير ومختلف الحيوانات الأخرى .

حكم زرع مكون حيواني (من غير الخنزير) في جسم الإنسان :

أصبح من الممكن علمياً وبيولوجياً نقل مكون حيواني (قلب - كبد - صمام قلب - أنسجة - خلايا - دماء ...) وزرعه في جسد إنسان مصاب بمرض استوجب عملية النقل والزرع .

والذي يظهر من هذا الاستعمال من الوهلة الأولى جريانه على وفق المبدأ الإسلامي الذي قرر تسخير الحيوانات لخدمة الإنسان ونفعه وصحته، والذي قرر مشروعية التداوي والعلاج ، والذي نفى التحريم في حالات الاضطرار والحاجة التي تنزل منزلة الضرورة ، والذي دعا إلى إعمال النظر والفكر وإجراء البحوث والتجارب واكتشاف المجهولات والمغاليق وفك الألغاز والرموز .

غير أن النظر الدقيق لهذا الاستعمال ، ولا سيما في الفترة الحالية التي لا يزال البحث العلمي في بداياته ولا تزال النتائج غير محسومة وغير

منتهية ، فالنظر الدقيق يفيد بوجوب التوقف والتريث حتى يتبين الأمر وتتضح الصورة وتعرف الحقائق وتتجلى .

فقد نبه العلماء إلى عدد من المخاطر الواقعة أو المتوقعة لهذا الاستعمال، لعل أهمها :

- اختلاف البصمات الجينية بين الإنسان والحيوان ، الأمر الذي يؤدي إلى لفظ الجهاز المناعي لما نقل إليه من الحيوان ^(١) .

- إمكان انتقال عدد كبير من الفيروسات من المكون الحيواني إلى الإنسان ، ومعلوم أن هذه الفيروسات تتسم بالكثرة والتطور والتزايد ^(٢) .

- احتمال حدوث طفرة جينية في الإنسان بعد فترة زمنية ، وهذه الطفرة تتناقضها الأجيال والأخلاف والفروع ، وقد تتسبب في الكوارث والمهلك ^(٣) .

- التكلفة الباهظة والعالية لعملية إيجاد حيوان مهندس وراثياً يستعمل في النقل والزرع والعلاج ، ويعمل على إبعاد لفظ الجسم وإنهائه لما نقل إليه وزرع فيه ^(٤) .

ولذلك لزم تأكيد جملة من الاحتياطات والضوابط تحقيقاً لسلامة الإنسان وصحته .

ومن ذلك :

- وجوب التعاون الدولي بين العلماء في مختلف التخصصات ذات الصلة بالهندسة الوراثية (علماء في الطب البيطري وعلم الفسيولوجيا وعلم الفارمولوجي أو علم الأدوية وعلم الفيروسات والجراثيم ...) ^(٥) .

(١) العلاج الجيني ص ١١٦ .

(٢) العلاج الجيني ص ١١٩ .

(٣) العلاج الجيني ص ١٢١ .

(٤) العلاج الجيني ص ١٢١ .

(٥) العلاج الجيني ص ١١٧ .

● الجينوم البشري وحكمه الشرعي ●

- متابعة تأثير نقل العضو على الإنسان ، وتأثير جسم الإنسان في هذا العضو^(١).

- التأكد من خلو العضو من الفيروسات والأمراض الواقعة أو المتوقعة^(٢).
- عدم اللجوء إلى هذا العلاج إلا في الأحوال القصوى وبشرط عدم الإخلال بالسلامة الصحية للإنسان ، ويمكن ممارسة العلاج بنقل الأعضاء والدماء البشرية وبالشروط المقررة في مظاهها .

حكم زرع خنزيري في جسم الإنسان :

يضاف إلى ما قيل سابقاً (استعمال الحيوان باستثناء الخنزير في عملية النقل والزرع) أمر آخر ، وهو خصوصية الخنزير في الدين الإسلامي من حيث تحريمه وتبغيضه وجعله عنصراً من عناصر البيئة الغربية والمجتمعات التي تستبيحه غذاء وطعاماً واقتياتاً ، وتتخذ للتسلية والتنزه والتجمل ، وتعزّزه وتفتخر وتتباهى^(٣).

وعليه نقول: إن استخدام الخنزير لتوفير الدماء والأعضاء والهرمونات البشرية وغير ذلك بهدف زرعها في جسم الإنسان المريض لمعالجته ومداواته ، استعمال غامض ومعقد جداً ، والمعلومات فيه شحيحة والنتائج فيه متداخلة وغير محسومة - من الناحية التطبيقية على الأقل - ، ولذلك فلا يكون من الممكن إباحته بصورة كلية ونهائية، لما فيه من المخاطر المحتملة، ولا يكون من الممكن كذلك منعه لما فيه من المنافع المحتملة ، مع التذكير بأن الأقرب للصحة والاحتياط - في اللحظة الحالية على الأقل - الميل إلى المنع أو التريث ، أخذاً بظاهر الأمر ومسيرة للنظرة الإسلامية للخنزير وللحكم الفقهي المحرم للحمة لما فيه من النجاسة والقذارة .

(١) العلاج الجيني من ١١٧-١١٨ .
(٢) العلاج الجيني من ١١٨ .
(٣) الحكم الشرعي لاستعمال الخنزير في الهندسة الوراثية : د. نور الدين الخادمي ص ٤٢

إن توفير الأعضاء والدماء والهرمونات الأكاديمية عن طريق استعمال الخنزير عمل غير مضمون العواقب وغير محسوم النتائج ، إذ يمكن أن يؤدي إلى مضاعفات صحية ونفسية واجتماعية وبيئية خطيرة جداً ، ويمكن أن تتكون من تلك المكونات من طبيعة اللحم والخلايا والأنسجة الخنزيرية التي حرّمها النص تحريماً قاطعاً وتتأثر بها .

والأسلم والأحوط في هذا هو الاستغناء عن الخنزير واستبدال بقية الحيوانات المباحة به ، مع مراعاة شروط ذلك .

وتفصيل الحكم في هذا وضبطه بدقة يتوقف على التطورات المستقبلية للأبحاث والتجارب وعلى النتائج المنتظرة والحقائق المأمولة في هذا الشأن^(١).

حكم استخدام الجينوم البشري في عملية إجهاض المشوه خلقياً :

أصبح من الممكن ، ومن خلال رسم الخريطة الجينية للإنسان ، معرفة تعرض الجنين في بطن أمه إلى التشوه الخلقي ، وذلك من خلال معرفة جيناته الصحيحة والمعيبة ، والتي تتسبب في هذا التشوه .

وبناءً عليه ينادي البعض بإجهاض هذا المشوه ، تخليصاً له ولاهله من هذا الوضع ؟!

والحقيقة أن مسألة إجهاض المشوه خلقياً قد طرحت منذ زمن بعيد ، وقبل التطور الذي وصلت إليه أبحاث الهندسة الوراثية والخريطة الجينية البشرية ، وقد صدرت فيها فتاوى مجمعية وفردية ، ولكن المهم هنا هو اتصالها بتطور الهندسة الوراثية والجينوم البشري الذي أصبح يتدخل في الكشف المبكر أو المتأخر عن هذا التشوه ، وفي مدى خطورته وجسامته ، وفي إمكان إجهاض صاحبه لإراحته وإراحة أهله ومجتمعه .

فكان الجينوم البشري في هذه المسألة بمثابة الوسيلة إلى الغاية والهدف والنتيجة ، وبمثابة الطريق الذي أوصل إلى الإجهاض ، فيكون

(١) الحكم الشرعي لاستعمال الخنزير في الهندسة الوراثية ص ٣٦ .

الحكم على الإجهاض منطبقاً ومسلطاً على الجنين نفسه ، بحسب هذه الوسيلة والذريعة والطريق ، وهذا بناءً على قاعدة :

(الوسائل لها أحكام المقاصد) . وقاعدة: (ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام) . وقاعدة: (المحرم لذاته والمحرم لغيره) .

والحكم الشرعي هنا يتحدد في ضوء معطيات كثيرة ، منها :

- أولاً : ما ذكره العلماء سابقاً في الفتوى المتعلقة بإسقاط الجنين المشوه خلقياً ، حيث فرقوا بين الجنين الذي بلغ مائة وعشرين يوماً ، فلا يجوز إسقاطه ، وبين الجنين الذي لم يبلغ تلك المدة ، وقد اختلفوا في ذلك على آراء وأقوال معروفة ومبسوطة في مظانها ، كما أنهم فرقوا بين الجنين الذي يشكل خطراً على أمه والذي لا يشكل خطراً ، فأباحوا إسقاطه في أي لحظة من العمر إذا كان بقاءه فيه خطر مؤكد على حياة الأم ^(١).

- ثانياً : ما يتعلق بتدخل الجنين البشري في الكشف عن التشوه الخلقي ، وما يتصل بذلك من تساؤلات حول مدى التحقق من صحة هذا الكشف ودقته ، وحول توقيته بالنسبة لسن الجنين ، وحول إمكان إيجاد حلول أخرى لهذا التشوه ، غير اللجوء إلى الإسقاط والإجهاض ، وحول ما يحف بهذه الحلول من مشاكل ومخاطر ، ولا سيما إذا كانت حلولاً جينية ووراثية يقال فيها ما يقال في الفحص والعلاج الجيني من حيث النفع والضرر ، والخير والشر ، والإباحة والتحريم .

وهذا كله يتحدد ويتبين في ضوء ما ستخبر به النتائج المتقدمة والحقائق المستقبلية لتطور الجنين البشري والهندسة الوراثية .

حكم استخدام الجنين لتطوير الأبحاث الوراثية :

العلم كما يقال لا يتوقف ، وقد يتطور اكتشاف الجنين البشري إلى

(١) تفصيل هذه الفتوى واردة في قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة (١٥ رجب ١٤١٠هـ - ١٠ فبراير ١٩٩٠م) .

مكتشفات علمية أخرى توسع دائرة الأقق العلمي لزيادة التعرف على الأسرار والقوانين المركزة في الكون والوجود .

والعلماء المنصفون والخيرون مطالبون بزيادة تطوير أبحاث الجينوم بما يجلب النفع للناس ويدرك الضرر والفساد والشقاء عنهم ، وبما يقوي الإسلام في النفوس والواقع ، وبما يدعم وجود الأمة وتمكينها وتعزيزها بين الأمم المتداعية .

وعلى الحكومات والمنظمات والمجامع والجامعات الإسلامية الدعم والتوجيه والمتابعة .

حكم استخدام الجينوم لأغراض اقتصادية مشبوهة :

دُكر أن من أغراض الجينوم البشري والعلوم البيولوجية والهندسة الوراثية بوجه عام تطوير الاقتصاد والتجارة وزيادة الربح والكسب، والملفت للانتباه أن هذا التطوير محفوف بممارسات مشبوهة وخلفيات مقضوحة في أحيان كثيرة وفي جهات عديدة .

وهذه الممارسات والخلفيات تلتقي في توظيف الجينوم والهندسة الوراثية في زيادة ظاهرة الاحتكار المادي والاستغلال الاقتصادي للأفراد والشعوب والدول ، واستبدال العوائد المالية التقليدية بعوائد الثورة البيولوجية التي ستكون المورد الخصب والبضاعة الرائجة والسوق العامة خلال القرن الحادي والعشرين^(١).

ولا شك في بغض هذا التصرف وتحريمه -لا يحتكر إلا خاطئ- وهو من ضروب أكل أموال الناس بالباطل ؛ لقيامه على الاحتكار والغرر والاستغلال والتفريق بين الأغنياء والفقراء ، وحرمان البعض من الانتفاع بهذه الثورة وبخدماتها الصحية والغذائية والبيئية وغيرها .

(١) ينظر: مبحث مخاطر الجينوم البشري ، وينظر: خريطة الحياة للدكتور حسام ، ص ٩٩ . وكتابي: الاستنساخ ص ٥٤ وما بعدها .

حكم الاطلاع على الجينوم البشري :

الاطلاع على الجينوم البشري معناه التعرف على الطبيعة والخصائص الوراثية الإنسانية .

وهذا الاطلاع يُقصد به في الغالب تحقيق عدة أهدافٍ وغايات ، فهو قد يُقصد به التشخيص للوقاية والعلاج ، وقد يُقصد به تطوير البحث والدراسة البيولوجية والوراثية نفسها ، وقد يُقصد به الاستخدام في الإثبات في دوائر الأمن والقضاء ، وقد يُقصد به معرفة الحالة الصحية للإنسان الذي يرغب في مزاولة وظيفة ما ، أو في الانخراط في نظام التأمينات والمعاشات ، أو في غير ذلك من المجالات والأنشطة المختلفة التي يمكن أن يتحدد الموقف تجاهها بحسب قراءة الجينوم ومعرفة الخريطة الجينية البشرية .

وقد يثير الاطلاع على الجينوم تساؤلات ومشكلات عدة ، تتفاوت آثارها وتداعياتها بتفاوت المجالات والصور التي يعتمد فيها على الاطلاع وتعرّف الجينوم . وتتمحور هذه التساؤلات والمشكلات حول الغايات المرجوة من هذا الاطلاع ، وحول طبيعة هذه الغايات من حيث قبولها ورفضها أخلاقياً ودينياً وإنسانياً، وحول ترجيح ما يصلح ويفيد واستبعاد الضار والمفسد ، ولا سيما عند تعارض هذه الغايات وتزاحمها وتداخلها .

فالاطلاع -مثلاً- على الجينوم بغرض التشخيص للوقاية والعلاج يثير الأمل في تحقيق الصحة والسلامة ويثير الإعجاب والافتخار بالتقدم العلمي البيولوجي الباهر ، لكنه في الوقت نفسه يثير المخاوف ، المخاوف النفسية للمريض حالاً أو مآلاً، قطعاً أو ظناً واحتمالاً، والمخاوف الطبية من احتمال الفشل الذريع للمعالجة الجينية المحفوفة بالعديد من المخاطر والمزالق . وعليه فإن الحكم الشرعي للاطلاع على الجينوم ينبني على مآلاته وغاياته التي ينبغي مراعاتها حسناً وقبحاً إعمالاً وإهمالاً ، صلاحاً وفساداً.

فالأمور بمقاصدها ، ومآلات الأفعال تراعى وتُعتبر ، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح ، والضرر يزال كما جاء على لسان علماء المقاصد والقواعد والأصول .

وهو يتحدد كذلك في ضوء مجالاته وصوره ، وفي ضوء الحقائق والنتائج العلمية والبيولوجية المقدرة في هذا الصدد .

فالحكم الشرعي للاطلاع على الجينوم من أجل التشخيص للوقاية والعلاج يأخذ نفس الحكم الشرعي لعملية التشخيص الوقائي والعلاجي ، مع زيادة تقييدها ببعض الشروط الخاصة بهذه العملية ، كمالزمة السرية والكتمان ، واستبعاد السلوك السيئ لمعرفة الجينوم ، كسلوك الشركات والإدارات في حرمان هؤلاء المرضى أو الذين هم في طريق المرض من حق المعاش أو المهنة أو التأمين أو الدراسة ...

ومن الشروط كذلك عدم نبش المستقبل والتحوط المبالغ في استشراف الوضع الصحي للإنسان بعد مدة والذي قد يتحول إلى شقاء نفسي واكتئاب دائم بسبب تعرف إمكانية الإصابة بمرض ما قد يأتي بعد سنين .. فاطلاع الإنسان على خاصياته الوراثية ، ما لها وما عليها ، قد يلقي به في جحيم الهواجس والهموم ، وقد يسلب منه نعمة (الغموض البناء) أو نعمة تفويض الأمر لله والتسليم لقضائه وقدره ، وقد يكون الاطلاع على الجينوم ذريعة لهضم حق أو هتك كرامة أو بخس نفس أو تفريق أسرة أو مجتمع أو تمييز عرق وجنس ولون ، أو زيادة استكبار وتعال وجبروت ، ولذلك يجب الانتباه والاحتياط ، ولزم التأكد على عدم اللجوء إليه إلا لما فيه من المصالح الشرعية الحقيقية الغالبة .

والخلاصة أن الاطلاع على الجينوم ينبغي أن يكون واقعاً في دائرة ضيقة جداً ، وبحسب الضرورة التي تقدر بقدرها ، وأن يؤدي إلى تحقيق مصالح شرعية حقيقية غالبة ، أو أن يدرأ مفسد ثبت إلغاؤها وطرحها في شرع الله تعالى .

قائمة المراجع

- ١- إثبات النسب بالبصمة الوراثية: محمد المختار السلامي ، مجلة الهداية، العدد (٢٨٩) - السنة (٢٥) ربيع أول ١٤٢٢/ يونيو ٢٠٠١، البحرين .
- ٢- الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية: د. نور الدين الخادمي ، دار الزاحم (١٤٢٢/ ٢٠٠١) .
- ٣- البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم: أ. د. إبراهيم بن صادق الجندي، مجلة البحوث الأمنية (كلية الملك فهد الأمنية بالرياض) العدد (١٩) (شعبان ١٤٢٢/ نوفمبر ٢٠٠١) .
- ٤- البيولوجيا الجنائية والبصمات الوراثية: أحمد محمد خليل ، مجلة الفیصل السعودية ، العدد (٢٧٨) .
- ٥- تساؤلات حول آثار تدشين خريطة الجينات البشرية: د. مجدي سعيد، موقع إسلام أون لاين نت (الحدث) .
- ٦- الجينوم - السيرة الذاتية للنوع البشري-: تأليف: مات ريدلي، ترجمة: مصطفى إبراهيم فهمي ، سلسلة عالم المعرفة ، العدد (٢٧٥) .
- ٧- الجينوم -كسر شيفرة المورثات-: كيفن ديقس ، مكتبة العبيكان، الرياض (١٤٢٣/ ٢٠٠٢) .
- ٨- الحكم الشرعي لاستعمال الخزير في الهندسة الوراثية: د. نور الدين الخادمي ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، الرياض - العدد (٤٦) سنة (١٤٢١/ ٢٠٠٠) .
- ٩- الخارطة الجينية للإنسان: موضوع حلقة بقناة الشارقة الفضائية، بتاريخ (١٩ رجب ١٤٢١- ١٦ أكتوبر ٢٠٠٠) .
- ١٠- خريطة الجسم البشري -الجينوم-: د. مساعد بن عبد الله المحيا، مجلة الدعوة السعودية ، العدد (١٧٧٥ - ١٧٧٧) .

- ١١- خريطة الجينات ... هلي هي بداية النهاية ؟: د. حسام عرفة ، موقع إسلام أون لاين نت (علوم وتكنولوجيا) .
- ١٢- خريطة الحياة - أخلاقيات الجينوم إلى أين ؟: مجموعة باحثين، ترجمة وتعليق: عبد الله الحاج ، مجلة الفيصل السعودية ، العدد (٣٠١) .
- ١٣- الشفرة الوراثية للإنسان - القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري: تحرير: دانييل كيفلس وليروي هود ، ترجمة: د. أحمد مستجير ، سلسلة عالم المعرفة ، الكويت العدد (٢١٧) .
- ١٤- مقدمة الظواهري لكتاب الهندسة الوراثية والأخلاق: ناهد البقاصي، سلسلة عالم المعرفة ، الكويت العدد (١٧٤) .
- ١٥- العلاج الجيني واستنساخ الأعضاء البشرية: د. عبد الهادي مصباح، الدار المصرية اللبنانية ، ط الأولى (رجب ١٤٢٠ / أكتوبر ١٩٩٩) .
- ١٦- المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية البشرية: ١. د. سالم نجم ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، السنة (٨) - العدد (١٠) سنة (١٩٩٦/١٤١٧) .
- ١٧- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة: قرارات السنة (٥) - العدد (٧) .
- ١٨- مجمع الفقه الإسلامي بجدة: القرار رقم (٢/١٠٠٠) دورة المؤتمر العاشر بجدة .
- ١٩- الهندسة الوراثية في ضوء الشريعة الإسلامية: د. نور الدين الخادمي ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة بالرياض ، العدد (٥٢) - السنة (١٣) - (٢٠٠٢/١٤٢٢) .
- ٢٠- الهندسة الوراثية والأخلاق: ناهد البقاصي ، سلسلة عالم المعرفة، الكويت العدد (١٧٤) - (ذو الحجة ١٤١٣ / يونيو - حزيران ١٩٩٣) .

مسقطات النفقة الزوجية

الدكتور / حسين أحمد عبد الغني سمرة (*)

المقدمة :-

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد .

فإن الشارع الحكيم قد رتب على عقد الزواج حقوقاً للزوجة على زوجها وحقوقاً للزوج على زوجته ، وحقوقاً مشتركة بينهما ، وبمراعاة هذه الحقوق والقيام بتلك الواجبات ممن وجبت عليه من الزوجين ، تقوى الرابطة الأسرية وتستقيم وتستقر ، وتسير حياتهما الزوجية سيراً حسناً ، وقد أرشد الله تعالى في كتابه إلى ذلك حيث قال : ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾^(١) . فقد جعل الله للنساء حقوقاً بمقتضى الزوجية يقوم بها الرجال ، مثل ما للرجال عليهن من حقوق وواجبات ، وبهذا النص المحكم وضع الإسلام القاعدة التي تقوم عليها الحياة الزوجية وهي تبادل الحقوق والواجبات بين الزوجين ، وأرشد إلى الأساس الذي يرجع إليه في تقرير هذه الحقوق والواجبات وهو العرف المعترف شرعاً .

ولما كان الزواج عقدًا ينشأ بين الرجل والمرأة ، وبه يتم الارتباط بينهما ، ومتى تم هذا العقد ترتبت عليه حقوق وواجبات للمرأة على زوجها ، فإن للزوجة على زوجها حقوقاً يلزمه القيام بها ، وهذه الحقوق بعضها حقوق مالية مثل المهر والنفقة ، وحقوق غير مالية كالعدل والإحسان في المعاملة . والنفقة واجبة للزوجة على زوجها باعتبار ذلك حكماً من أحكام عقد الزواج الصحيح ، وحقاً من حقوقه الثابتة للزوجة على زوجها بمقتضى ذلك العقد ،

(*) أستاذ مساعد - كلية الشريعة وأصول الدين - جامعة الملك خالد بابلها .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

ولذلك تجب على الزوج ولو كانت الزوجة غنية ، وسواء أكانت مسلمة أم غير مسلمة ؛ لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح مع وجود الاحتباس ، وهو متحقق في الزوجات جميعاً ، فالعقد الصحيح ليس هو السبب المباشر في وجود نفقة الزوجة على زوجها كما هو الشأن في المهر ، بل احتباس الزوج لزوجته ، ودخولها في طاعته ؛ ليتمكن من جني ثمرات زواجه واستيفاء حقوق الزوجية . ولما كان سبب وجوب النفقة للزوجة على زوجها قرارها في بيته واحتباسها من أجله ، فإن امتنعت الزوجة من طاعة زوجها سقطت نفقتها ؛ لأن الأحكام الشرعية تدور مع أسبابها وجوداً وعدمًا ، فهناك موانع ومسقطات لتلك النفقة ، وهذا البحث نتحدث فيه عن (مسقطات النفقة الزوجية) والمسقطات قد تكون في حال قيام الزوجية أو في حال عدة فرقا ، أو عدة وفاة ، ومن المسقطات ما كان متفقاً عليه بين الفقهاء ومنه ما هو غير متفق عليه ، فقد ذكرنا كل مسقط وآراء الفقهاء فيه .

والمسقطات جمع مسقط وهو من الإسقاط ، والإسقاط هو الحط والإزالة . والسقوط أثر الإسقاط والمسقط سبب لوجود السقوط ، فالسبب ما يلزم من وجوده المسبب ، ومن عدمه عدمه . والنشوز وغيره سبب لسقوط النفقة ، فإذا وجد النشوز وجد سقوط النفقة ، وهكذا ، فالمسقطات سبب (كنشوز الزوجة ، وحبسها ، واغتصابها) لوجود المسبب ، وهو سقوط النفقة .

وجاء البحث على النحو التالي: عرفنا النفقة وبيننا مشروعيتهما، وحكمها، وسببها وشروط وجوبها . ثم تحدثنا عن مسقطات النفقة ، وبدأنا بالنشوز، ثم السفر وأداء الفرائض ، والتطوع بغير إذن الزوج والخلاف في ذلك بين مسقط وغير مسقط ، وصغر الزوجة وآراء الفقهاء في ذلك ، وتحدثنا عن مرض الزوجة وعلاجها ، وعن المرأة العاملة وما يسقط نفقتها ، وعن المحبوسة والمغتصبة ، وتحدثنا عن المعقود عليها بعقد فاسد ، وعن إبراء

• مسقطات النفقة الزوجية •

الزوجة لزوجها من النفقة وعن مضي الزمان وأثره في سقوط النفقة ، أو عدم سقوطها ، وإعسار الزوج بالنفقة ثم تحدثنا عن المطلقة ثلاثاً والمعتدة من وفاة ، والمعتدة من نكاح فاسد أو بشبهة ، والمعتدة بالخلع وبالملاعة ، والمتردة ، والزوجة العاصية بما يوجب حرمة المصاهرة ، والمعتدة لفقد الزوج ، ومدة التبرص فيه ، والأمة غير المبوءة ، وبيننا آراء الفقهاء في كل ذلك .

وفي النهاية ذكرت خاتمة البحث ، وبينت فيها ما انتهى إليه ، ثم ذكرت قائمة بالمصادر والمراجع . وبعد فإن كنت قد وفقت فذلك من الله تعالى ، وإن كانت الأخرى فאלله أسأل أن يغفر زلاتنا ويقلل عثراتنا ، وهو من وراء القصد والهادي إلى سواء السبيل .

تعريف النفقة :

لغة : يقال نفق الشيء ، ونفق الزاد نفقاً : نفد . ونفقت الدابة نفوقاً : ماتت . ونفقت البضاعة نفقاً : راجت ورغب فيها . واستنفق الشيء : أنفقه . ومنه الإنفاق . بذل المال ونحوه في وجه من وجوه الخير . النفقة : الصرف . يقال لغة أنفق ماله : أي صرفه . فأصل مادة النفقة إما من النفوق بمعنى الهلاك ، وإما من التفاق بمعنى الزواج . وسمي المال الذي ينفقه الإنسان نفقة لما في ذلك من هلاك المال ^(١) .

اصطلاحاً : اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة . والمراد بنفقة الزوجة : ما تحتاج إليه لمعيشتها من الطعام والكسوة والسكن والخدمة ، وكل ما يلزم من فرش وغطاء وأدوات منزلية بحسب المتعارف بين الناس ^(٢) .

(١) المعجم الوسيط : مادة (نفق) لسان العرب باب النون فصل القاف .

(٢) سبل السلام : (٤١٣/٣) ، الفقه للمقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٢ ، أحكام الأسرة في الإسلام : ص ٤١٧ .

مشروعية النفقة الزوجية :

النفقة الزوجية واجبة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾^(٢). وقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾^(٣).

فقد أمر الله تعالى الأزواج بأن يسكنوا المطلقات في أثناء العدة على قدر طاقتهم ، وإذا كانت نفقة المسكن وغيرها واجبة للمطلقة على مطلقها، تكون نفقة الزوجة التي لا تزال الزوجية قائمة بينها وبين زوجها واجبة على الزوج من باب أولى^(٤).

أما السنة : فقد روى جابر - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال: (اتقوا الله في النساء ، فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)^(٥). ورواه الترمذي بسنده عن عمرو بن الأحوص قال: (إلا إن لكم على نسائكم حقاً ، ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن)^(٦).

وجاءت ههنا إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله ، إن أبا سفيان

(١) سورة الطلاق من الآية ٧ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٣ .

(٣) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٤) الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٣ .

(٥) سنن أبي داود : كتاب المناسك ، حديث رقم (١٦٢٨) ، سنن ابن ماجه : كتاب المناسك حديث رقم

(٣٠٦٥) ، مسند أحمد : مسند البصريين حديث رقم (١٩٧٤٤) .

(٦) سنن الترمذي : أبواب الرضاع باب ما جاء في حق المرأة على زوجها ، قال الترمذي حديث حسن

صحيح . سنن ابن ماجه : كتاب النكاح باب حق المرأة على الزوج .

رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي . فقال: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) (١).

قال ابن قدامة: «وفيه دلالة على وجوب النفقة على زوجها ، وأن ذلك مقدر بكفايتها ، وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم ، وأن ذلك بالمعروف، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه» (٢).
الإجماع : اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الرجل على من تلزمه نفقته كالزوجة ، والولد الصغير والأب ، وذلك من عصر النبي ﷺ إلى الآن، وأنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بدون حق شرعي كان ظالماً، ويفرض القاضي نفقتها عليه إذا طلبت ذلك : لأن المرأة محبوسة على الزواج بمنعها من التصرف والاكتساب ، فلا بد من أن ينفق عليها (٣).

وأما العقول : فإن من القواعد المقررة فقهاً ، أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة على ذلك الغير ، فالمفتي والوالي والقاضي ، وغيرهم من العاملين في الدولة لمنفعة المجتمع تجب نفقاتهم في بيت المال بقدر كفايتهم. وإن المرأة محبوسة على الزوج للقيام على البيت ، ورعاية شؤونه، وفرغت نفسها لمنفعة زوجها ، ومنعها من التصرف والاكتساب ، فتكون نفقتها واجبة عليه (٤).

حكم النفقة الزوجية :

اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، فهي حق من

(١) صحيح البخاري : كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها ، صحيح مسلم : كتاب الأقضية باب قضية هند ، سنن أبي داود : كتاب البيوع باب في الرجل يأخذ حقه من تمت يده . سنن النسائي : كتاب القضاة باب قضاه الحاكم على الفائب إذا عرفه . وسنن الدارمي : كتاب النكاح باب في وجوب نفقة الرجل على أهله .

(٢) المغني : ٣٤٨/١١ .

(٣) المغني : ٣٤٨/١١ ، الإصباح من معاني الصالح : ١٨١/٢ .

(٤) انظر الفقه للمقارن : ص ٢٣٤ ، المغني : ٣٤٨/١١ . الفقه الإسلامي وأدلته : ٧٨٧/٧ . المبسوط : ١٨١/٥ .

الهداية : ٣٩/٢ . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : ٤٨٥/١ .

حقوق عقد الزواج الصحيح ، فتجب النفقة للزوجة بمقتضى عقد النكاح ، غنية كانت الزوجة أو فقيرة ، مسلمة أو غير مسلمة . وقد رأينا دليل الوجوب الكتاب والسنة والإجماع والمعقول^(١).

سبب وجوب النفقة :

إن سبب وجوب النفقة للزوجة على زوجها هو العقد الصحيح ، فالعقد سبب لوجوب النفقة ، كما أنه سبب لوجوب المهر ، إلا أن الفرق بينهما ، هو أن العقد في ذاته سبب لوجوب المهر ، أما النفقة فإن العقد في ذاته ليس سبباً لوجوب النفقة ، وإنما هو بسبب ما يترتب على ذلك العقد من حق الزوج في احتباس زوجته عليه ، ودخولها في طاعته ، ليتمكن من جني ثمرات زواجه ، واستيفاء حقوق الزوجية . فإذا كان عقد الزواج صحيحاً ، وترتب عليه احتباس الزوجة على زوجها ، بحيث يؤدي هذا الاحتباس إلى استيفاء المقصود من الزواج ، وذلك بتسليم المرأة نفسها حقيقة أو حكماً ، بأن تكون مستعدة للدخول في طاعة الزوج ، وغير ممتنعة من الانتقال إليه ، ومن دخوله بها ، وجبت لها النفقة على الزوج ، أما إذا لم يتحقق هذا المعنى ، فلا تجب لها النفقة ، لعدم تحقق سبب وجوبها ، وهو الاحتباس المفضي إلى استيفاء المقصود بالزواج .

وعلى هذا فلا تجب النفقة بالزواج الفاسد ، حتى لو دخل الرجل بالمرأة ؛ لأن الواجب على كل منهما الافتراق ، ولا يجوز لهما أن يتعاشرا معاشرة الأزواج ؛ لأنه لم يتحقق حق الاحتباس الموجب للنفقة^(٢).

وعلى ذلك لو تزوج الرجل امرأة بعقد صحيح بحسب الظاهر وأنفق عليها مدة ، ثم تبين أن العقد غير صحيح ، كأن ثبت أن الزوجة أخت

(١) انظر: المغني: ٣٤٨/١١ . الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٣ . الفقه الإسلامي وأدلته: ٧٨٦/٧ .

المبسوط: ١٩٠/٥ . وسرى أن العقد وحده لا يوجب النفقة ، ولكن لابد من الاحتباس والطاعة .

(٢) انظر: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: ص ٣١٠ . الفقه المقارن للأحوال الشخصية: ص ٢٣٤ .

دراسات في أحكام الأسرة: ص ٢٣١ . الأحوال الشخصية: ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

لزوجها من الرضاع ، أو النسب رجع الزوج عليها ، بما أنفق إن كان الإنفاق بحكم القاضي ؛ لأنه تبين أن الزوجة أخذت النفقة بدون حق ، والزوج مضطر للإنفاق تنفيذاً لحكم القاضي . أما إذا أنفق بدون إذن القاضي فلا يرجع عليها بشيء ؛ لأنه يعد متبرعاً^(١).

وقد اختلف الفقهاء في السبب الحقيقي للوجوب ، هل الصحيح هو استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها ، أم أن سبب الوجوب هو كونها زوجة للرجل بالعقد الصحيح ؟ قال الحنفية : إن سبب وجوب النفقة هو استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها ، ورتبوا عليه ألا نفقة على مسلم في نكاح فاسد ، وعلى الزوج النفقة في أثناء عدة المرأة بسبب الفرقة الحاصلة بطلاق أو بغير طلاق ، رجعي أو بائن ، حامل أو غير حامل^(٢).

وقال الجمهور غير الحنفية : إن سبب وجوب النفقة هو كون المرأة زوجة للرجل ، ورتبوا عليه أنه تجب النفقة للمطلقة طلاقاً رجعياً ، أو بائناً وهي حامل لبقاء حق الزوج ، أما المبتوتة إذا كانت حاملاً ، فلها عند المالكية والشافعية السكنى ، لكن ترك القياس بقول الله تعالى : ﴿أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾^(٣) . والتزم الحنابلة بالقياس ، وبحديث فاطمة بنت قيس في أن المبتوتة لا نفقة لها ولا سكنى^(٤).

شروط وجوب النفقة :

اختلف الفقهاء في شروط وجوب النفقة الزوجية ، ولكن هناك شروطاً عامة يكاد يتفق عليها الفقهاء من بينها ما يلي :

١- أن يكون عقد الزواج صحيحاً ، فإن كان العقد فاسداً أو باطلاً فلا

(١) انظر : الفتاوى الهندية : ٥٤٧/١ والمرجع السابقة .

(٢) انظر : بدائع الصنائع : ١٦/٤ . الفقه الإسلامي وأدلته : ٧٨٨/٧ . شرح الأحكام الشرعية : ٢٢٨/١ .

(٣) سورة الطلاق : من الآية ٦ .

(٤) انظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي : ٧٢٩/٢ ، ٧٣٠ . ومغني المحتاج : ٤٢٥/٣ ، ٤٢٦ . والنفقة

الإسلامي وأدلته : ٧٨٨/٧ .

تستحق الزوجة نفقة على زوجها ؛ لأن الواجب عليها في هذه الحالة الافتراق ، وتحريم المعاشرة بينهما ، وبهذا يفوت الاحتباس الذي هو سبب وجوب النفقة .

٢- أن تكون الزوجة كبيرة يمكن وطؤها ، وصالحة لاستمتاع الزوج بها ، وتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها ، فلا بد أن تكون الزوجة كبيرة ، أو صغيرة يمكن الدخول بها ؛ لأن ذلك يؤدي إلى الاحتباس المشروع ، فإن كانت صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها ، ولا المؤانسة ، فلا نفقة لها ؛ لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور الوجوب مع تعذر الاستمتاع .

٣- أن تمكن المرأة نفسها لزوجها تمكيناً تاماً ، إما بتسليم نفسها ، أو بإظهار استعدادها لتسليم نفسها إلى الزوج بحيث لا تمتنع عند الطلب ، سواء دخل الزوج بها بالفعل ، أو لم يدخل ، دعت الزوجة أو وليها إلى الدخول بها ، أم لم تدعه ، واشترط المالكية لوجوب النفقة قبل الدخول دعوة المرأة أو وليها المجير الزوج إلى الدخول . فإن ظلت في بيت أهلها برضاه واختياره وجبت نفقتها عليه ، وإن منعت المرأة نفسها ، أو منعها وليها أو تساكنتا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقاما زمناً ، فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله .

٤- ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي ، وبسبب ليس من جهته ، فإن فات على الزوج الحق في احتباس زوجته بدون مبرر شرعي ، كنشوزها عن بيت الزوجية وإن منعه من الوطء ، أما إن كان فوات الاحتباس لمبرر شرعي ، أو كان فوات الاحتباس بسبب من جهة الزوج ، فإن الزوجة تستحق النفقة .

٥- ألا تفعل ما يوجب حرمة المصاهرة ، مثل مطاوعة ابن الزوج على ما يحرمها عليه ، وألا ترتد عن الدين بعد الزواج ^(١).

وقال الشافعية : إذا سلمت المرأة نفسها إلى زوجها ، وتمكن من الاستمتاع بها ، ونقلها إلى حيث يريد ، وهما من أهل الاستمتاع في نكاح صحيح وجبت نفقتها ، وإن امتنعت من تسليم نفسها ، أو مكنت من استمتاع دون استمتاع ، أو في منزل دون منزل ، أو في بلد دون بلد لم تجب النفقة ؛ لأنه لم يوجد التمكين التام ، فلم تجب النفقة . فإن عرضت عليه وبذلت له التمكين التام والنقل إلى حيث يريد ، وهو حاضر وجبت عليه النفقة ؛ لأنه وجد التمكين التام ، وإن لم تسلم إليه ، ولم تعرض عليه ، حتى مضى على ذلك زمان ، لم تجب النفقة ^(٢).

وقال الحنابلة: إن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين ، أحدهما: أن تكون كبيرة يمكن وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تحتل الوطاء ، فلا نفقة لها ؛ لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها . الثاني: أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فإن منعت نفسها ، أو منعها أولياؤها ، أو تساكنتا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقاما زمناً ^(٣).

واشترط المالكية شروطاً لوجوب النفقة قبل الدخول وشروطاً بعده .

شروط وجوب النفقة عند المالكية قبل الدخول :

١- التمكين من الدخول : بأن تدعو المرأة زوجها بعد العقد إلى الدخول

(١) انظر: بدائع الصنائع: ١٨/٤، ١٩، ٢٠ . الشرح الصغير وحاشية الصابري: ٧٢٩/٢، ٧٣٠ . مغني المحتاج: ٤٣٥/٣ . المهذب: ١٥٩/٢ . المغني: ٣٩٦/١١ . الفقه الإسلامي وأدلته: ٧٨٩/٧ . الفقه المقارن للأحوال الشخصية: ص ٢٣٥، ٢٣٦ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: ص ٣١٤ . دراسات في أحكام الأسرة: ص ٢٣١ .

(٢) انظر المهذب: ١٥٩/٢ .

(٣) انظر المغني: ٣٩٦/١١ .

بها ، أو يدعوه وليها المجر ، أو وكيلها ، فإن لم تحصل هذه الدعوة ، أو امتنعت من الدخول لغير عذر ، ومضت بعد العقد مدة لا تجب لها النفقة فيها مهما طالت المدة .

٢- أن تكون الزوجة مطيقة للوطء ، فإن كانت الزوجة صغيرة ، لا يصلح للدخول بها فلا نفقة لها وإن دعي إلى الدخول بها . فإن دخل بها وكان بالغاً ، لزمته النفقة ، وإن كان بها مانع كرتق ، فلا نفقة لها إلا أن يتلذذ بها عالم الغيب . قال ابن عبد الرفيق : «والنفقة واجبة على الأزواج بالعقد والتمكن من الاستمتاع . ولا تجب بمجرد العقد فمن تزوج فلا نفقة عليه حتى يدخل بها ، أو يدعى إلى ذلك فيمتنع منه ، ومن تزوج صغيرة ، فلا نفقة عليه حتى يبلغ الوطء ، وإذا تزوج الصغيران فلا نفقة على الزوج حتى يبلغا جميعاً» (١) . وهم يوافقون الجمهور في هذا .

٣- أن يكون الزوج بالغاً ، فلو كان الزوج صغيراً ودعته الزوجة ، أو وليها المجر إلى الدخول ، ولم يدخل لا تجب لها النفقة . وأوجب الجمهور على الصبي النفقة لامراته الكبيرة : لأنها سلمت له نفسها تسليماً صحيحاً ، كما لو كان الزوج كبيراً .

٤- ألا يكون أحد الزوجين مشرفاً على الموت عند الدعوة إلى الدخول بها ، فإن كان في حالة النزاع ، فلا نفقة للزوجة ، لعدم القدرة على الاستمتاع بها ، فإن دخل ولو حال الإشراف على الهلاك فعليه النفقة . أما إن كان مريضاً مرضاً خفيفاً ، أو كان شديداً ولم يصل إلى حالة الإشراف على الموت ، فلا يمنع وجوب النفقة .

شروط وجوب النفقة عند الملكية بعد الدخول :

١- أن يكون الزوج موسراً ، وهو الذي يقدر على النفقة بكسبه وماله ، فلو كان معسراً لا يقدر على النفقة ، لا تجب عليه النفقة مدة إعساره ؛

(١) التفريع : ٥٣/٢ .

• مستطات النفقة الزوجية •

وذلك لقول الله تعالى: ﴿لَا يَكْفِيكَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾^(١). والمعسر لم يؤته الله ما ينفق على غيره ، فلا يكون مكلفاً بالإتفاق ما دام معسراً .

٢- ألا تفوت الزوجة على الزوج حقه في الاحتباس بدون مبرر شرعي ، فلو فوتت الزوجة على زوجها حق الاحتباس بدون مبرر شرعي كأن كانت ناشزة ، سواء كان نشوزها بالفعل كمن منعت من الوطء بعد الدخول ، أو العزم ، كمن قالت له ادخل ، ولكن لا أمكنتك ، فلا تجب لها النفقة ؛ لأنها خارجة عن طاعة الزوج . وهم كذلك يوافقون الجمهور في هذا الشرط^(٢).

وقال ابن حزم: «وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها ، دعي إلى البناء ، أو لم يدع - ولو أنها في المهد- ناشراً كانت أو غير ناشز ، غنية كانت أو فقيرة ، ذات أب كانت أو يتيمة ، بكرأ أو ثيباً ، حرة أو أمة - على قدر ماله . وبرهان ذلك من قول رسول الله ﷺ في النساء: (ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) . وهذا يوجب لهن النفقة من حين العقد» .

ورد ابن حزم على من قال لا نفقة لها في الحالات السابقة ، فقال: وهذا قول لم يأت به قرآن ، ولا سنة ، ولا قول صاحب ، ولا قياس ، ولا رأي له وجه ، ولا شك في أن الله عز وجل ، لو أراد استثناء الصغيرة ، والناشز لما أغفل ذلك حتى يبينه له غيره - حاش لله من ذلك - ولا يحفظ منع الناشز من النفقة عن أحد من الصحابة ، إنما هو شيء روي عن النخعي ، والشعبي ، وحامد بن أبي سليمان ، والحسن ، والزهري ، وما نعلم لهم حجة إلا أنهم قالوا: النفقة بإزاء الجماع ، فإذا منعت الجماع منعت النفقة . وهذه حجة أفقر إلي ما يصححها مما راموا تصحيحها به ، وقد كذبوا في ذلك ، ما النفقة والكسوة إلا بإزاء الزوجية ، فإذا وجدت

(١) سورة الطلاق من الآية ٧ .

(٢) انظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي: ٧٢٩/٢ ، ٧٣٠ ، ٧٣١ . القوانين الفقهية: ص ٢٤٥ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤٥١/٢ ، ٤٥٢ . الخرشني على مختصر خليل: ١٨٤/٤ ، ١٨٤ . الفقه الإسلامي وأدلته: ٧٩٠/٧ ، ٧٩١ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: ص ٣١٢ ، ٣١٣ .

الزوجية فالنفقة والكسوة واجبتان . والعجب كله استحلالهم ظلم الناشز في منع حقها من أجل ظلمها للزوج في منع حقه ، وهذا هو الظلم بعينه ، الباطل صراحاً ^(١).

وقال الزيدية : وتجب النفقة على الزوج لزوجته من يوم العقد كيف كانت ، كبيرة ولو شخيرة أم صغيرة صالحة للجماع أم لا ، دخل بها أم لا ، حيث لم يطلب ولا امتنعت ^(٢).

ورأي الجمهور في الناشزة والصغيرة هو الصواب ، لأن المرأة الناشزة هي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي ، والتي خرجت من بيت زوجها بلا إذنه بغير وجه شرعي ، والتي فوتت على الرجل حق الاحتباس بغير حق ، وقد شرع الله تعالى الزواج للسكن بين الزوجين ، فكيف يتحقق السكن (بمعانيه ومقتضياته) مع صغيرة أو ناشزة ، فلو أوجبنا على رأي الإمام ابن حزم النفقة للناشزة في كل حال ، لفتح ذلك أبواباً من الفساد ، ولأدى إلى تفكك الأسر ، وظلم الرجال ؛ لأننا نوجب لهن نفقة مع انعدام الاحتباس والسكن والقرار في بيت الزوجية ، ومع عدم طاعة الزوج ، ولم يشرع الزواج لهذا ^(٣).

وجاء في المادة (١٦٠) في كتاب قدرى باشا: «تجب النفقة من حين العقد الصحيح على الزوج ولو فقيراً أو مريضاً أو غنياً أو صغيراً لا يقدر على المباشرة للزوجة غنية كانت أو فقيرة ، مسلمة أو غير مسلمة ، كبيرة أو صغيرة ، تطبيق الوقاع أو تشتت له» . قال الشيخ محمد زيد الإبياني في شرح المادة: «سواء زفت إليه أو لم تزف إذا لم تمتنع عن الزفاف إليه بغير حق ؛ لأن النفقة تكون جزاء الاحتباس» .

(١) المحلى: ٣٢١/١١ ، ٣٢٢ . مسألة ١٩٢٦ .

(٢) التاج المذهب : ١٩٠/٢ .

(٣) انظر دراسات في أحكام الأسرة: ص ٢٣٣ . الفقه المقارن للأحوال الشخصية: ص ٢٣٩ . الأحوال الشخصية: ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: ص ٣١٧ .

وبعد أن ذكرنا هذه الشروط في المذاهب، فإن هناك تفصيلات في كل مذهب بعضهم يسقط النفقة والبعض لا يسقطها سنعالجها في المباحث الآتية :

مسقطات النفقة :

أولاً : النشوز .

يقال: نشز الشيء نشزاً : أي ارتفع . والزوجة الناشزة هي التي تعصى زوجها وتسيء عشرته، والتي تخرج عن طاعة زوجها بدون حق شرعي^(١). وقال جمهور الفقهاء إن النشوز يسقط النفقة ؛ لأن احتباس الزوجة في بيت الزوجية واجب ، فإذا خرجت من بيت زوجها بغير مسوغ شرعي، سقطت نفقتها ، وكذلك إن خرجت عن طاعته وعصت أمره تعد ناشزاً وتسقط نفقتها ، والنشوز عند الحنفية يتحقق بتقويتها الاحتباس فقط، فإن تحقق الاحتباس ، وإن لم يمكنه من نفسها فإنها تستحق النفقة . ويتحقق النشوز عند المذاهب الأخرى بمنعها نفسها من زوجها بدون مبرر شرعي، وإذا منعت نفسها من زوجها بدون مبرر شرعي سقطت نفقتها^(٢). قال السرخسي: وإذا تغيبت المرأة عن زوجها أو أثبت أن تتحول معه إلى منزله، أو إلى حيث يريد من البلدان وقد أوفاهما مهرها ، فلا نفقة لها ؛ لأنها ناشزة ، ولا نفقة للناشزة ، فإن الله تعالى أمر في حق الناشزة بمنع حظها في الصحبة بقوله تعالى: ﴿واهجروهن في المضاجع﴾^(٣). فذلك دليل على أنه تمنع كفايتها في النفقة بطريق الأولى ؛ لأن الحظ في الصحبة لهما ، وفي النفقة لها خاصة ، ولأنها إنما تستوجب النفقة

(١) انظر العجم الوسيط: مادة نشز ، الفني لابن قدامة: ٤٠٩/١١ .

(٢) الميسوط: ١٨٦/٥ . الفني: ٤٠٩/١١ ، الدر المختار ورد المحتار ٥٧٦/٣ ، ٥٧٧ . للكتاب

واللاباب: ٩٢/٣ . مغني المحتاج: ٤٣٦/٣ ، ٤٣٧ . الأم: ١٩٤/٥ . الشرح الصغير: ٧٤٠/٢ . أحكام

الأسرة في الإسلام: ص ٤٢٥ .

(٣) سورة النساء من الآية ٣٤ .

بتسليمها نفسها إلى الزوج ، وتفريغها نفسها لمصالحه ، فإذا امتنعت من ذلك صارت ظالمة ، وقد فوتت ما كان يجب النفقة لها باعتبارها ، فلا نفقة لها ، وقيل لشریح رحمه الله تعالى : هل للناشئة نفقة ؟ فقال : نعم ، فقيل : كم ؟ قال : جراب من تراب ، وإن رجعت الناشئة إلى بيت الزوج فنفقتها عليه ؛ لأن المسقط لنفقتها بنشوزها وقد زال ذلك ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا ﴾ ^(١) ، ^(٢).

قال ابن قدامة : المرأة الناشئة هي التي تعصي زوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح ، وأصله من الارتفاع ، وهو المكان المرتفع ، فكان الناشئ ارتفعت عن طاعة زوجها ، فسميت ناشئاً ، فمتى امتنعت من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلهما ، أو من السفر معه ، فلا نفقة لها في قول عامة أهل العلم ، منهم الشعبي ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو ثور ، وقال الحكم : لها النفقة . وقال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحكم ، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها ، فكذلك نفقتها .

وقال ابن قدامة : ولذا أن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها ، بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه ، وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين ، فإذا منعه التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول . وتخالف المهر ؛ فإنه يجب بمجرد العقد ، ولذلك إذا مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة . وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها ، فعادت عن النشوز والزوج حاضر ، عادت نفقتها ؛ لزوال المسقط لها ، ووجود التمكين المقتضي لها ، وإن كان غائباً لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره ، أو بحضور وكيله ، أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان ؛ لأنها بنشوزها سقطت نفقتها بخروجها عن يده ، وبمنعها له من التمكين المستحق عليها ،

(١) سورة النساء من الآية ٣٤ .

(٢) المبسوط : ١٨٦/٥ ، ١٨٧ .

● مسقطات النفقة الزوجية ●

ولا يزول ذلك إلا بعودتها إلى يده ، وتمكينه منها ، ولا يحصل ذلك في غيبته ، ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حالة غيبته ، لم تستحق بمجرد البذل (١).

وقال الشربيني من الشافعية في مغني المحتاج : وتسقط النفقة بخروج الزوجة عن طاعة زوجها بعد التمكين ؛ لأنها تجب بالتسليم فتسقط بالمنع ؛ ولأن له عليها حق الحبس في مقابلة وجوب النفقة ، فإذا نشزت عليه سقط وجوب النفقة ، ولو نشزت نهاراً دون الليل أو عكسه أو بعض أحدهما سقطت نفقة جميع اليوم ؛ لأنها لا تتجزأ بدليل أنها تسلم دفعة واحدة ولا تفرق غدوة وعشية . وقيل تستحق نفقة ما قبل النشوز من زمن الطاعة بالقسط (٢).

وقال الشيرازي: إن امتنعت الزوجة من تسليم نفسها ، أو مكنت من استمتاع دون استمتاع ، أو في منزل دون منزل ، أو في بلد دون بلد ، لم تجب النفقة ؛ لأنه لم يوجد التمكين التام ، فلم تجب النفقة (٣).

وقال المالكية : وإذا دخل بامرأته ، ولزمت نفقتها ، ثم نشزت عنه ، ومنعته نفسها سقطت نفقتها ، إلا أن تكون حاملاً ، فإذا عادت من نشوزها وجبت في المستقبل نفقتها (٤).

قال الخرشي : المشهور أن الزوجة إذا منعت زوجها من الوطء لغير عذر ، فإن نفقتها تسقط عنه ؛ لأن منعها نشوز ، والنفقة تسقط بالنشوز ، وإذا ادعت أنها منعتة لعذر كمرض فلا بد من إثباته .. ولا يقبل قول الزوج هي تمنعني من وطئها حيث قالت لم أمنعه ، وإنما المانع منه ؛ لأنه يتهم على إسقاط حقها من النفقة ، وكذلك تسقط نفقتها بمنعها الاستمتاع كمن

(١) المغني : ٤١٠/١١ ، ٤١١ .

(٢) مغني المحتاج والمنهاج : ٤٣٦/٣ . كشاف القناع : ٤٧٤/٥ .

(٣) المنهاج : ٢٥٩/٢ .

(٤) التلخيص : ٥٤٠/٢ .

لا توطأ كالترقاء ونحوها . وإذا خرجت من محل طاعة زوجها بغير إذنه ، ولم يقدر على عودها إلى محل طاعته لا بنفسه ولا بالحاكم ، فإن ذلك يكون أشد النشوز ، فتسقط له نفقتها ، وتستحق حينئذ التعزير ^(١).

وخالف ابن القاسم جماعة الفقهاء فأوجب نفقة الناشز ، ولكن ابن حزم خالف جمهور الفقهاء وأوجب النفقة للزوجة الناشز فقال : «وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها ، دعي إلى البناء ، أو لم يدع - ولو أنها في المهد - ناشراً كانت أو غير ناشز ، غنية كانت أو فقيرة ، ذات أب كانت أو يتيمة ، بكرأ أو ثيباً ، حرة أو أمة - على قدر ماله» ^(٢).

وقد نقلنا نص ابن حزم كاملاً عند ذكر شروط وجوب النفقة ، وذكرنا رده على فقهاء المذاهب ، وقد بينا أن رأي جمهور الفقهاء هو الأصوب . ويعد أن سقنا كلام الفقهاء يمكن أن نبين ما يعد نشوزاً وما لا يعد نشوزاً في الآتي :

ما يعد نشوزاً :

١- الامتناع من فراش الزوج ولو بمنع لمس أو غيره من مقدمات الوطء بلا عذر ، فلو مكنته من الوطء ومنعته بقية الاستمتاع يعد نشوزاً ، وإذا لم تثبت معه في فراشه فلا نفقة لها ؛ لأنها لم تسلم نفسها التسليم التام ^(٣).

٢- الامتناع من الانتقال مع الزوج إلى مسكن مثلها ، فإذا امتنعت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوج بدون حق وسبب شرعي ، وقد دعاها إلى الانتقال ، وأعد المسكن إعداداً كاملاً يليق بها سقطت نفقتها ، فإذا كان امتناعها عن الانتقال إلى منزل الزوج بحق شرعي ، كما إذا لم يدفع لها

(١) الخرشي على مختصر خليل: ١٩١/٤ .

(٢) المحلى : ٣٢١/١١ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٥٧٦/٣ ، ٥٧٧ . القوانين الفقهية : ص ٢٤٦ . مغني المحتاج : ٤٣٦/٣ ، ٤٣٧ .

المغني : ٤٠٩/١١ . الفقه للثاني : ص ٢٣٩ .

معجل صداقها الذي اتفقا على تعجيله ، أو الذي تعرف تعجيله ، أو دعاها إلى مسكن لا يليق بها ، فتجب لها النفقة على زوجها ^(١).

٣- الخروج الحقيقي من بيت الزوج بدون مبرر شرعي ، فمتى خرجت الزوجة من بيت زوجها بعد انتقالها إليه ، واستمرت خارجه مدة ، طالبت هذه المدة أو قصرت ، وكان خروجها بغير إذنه سقطت نفقتها ، فإن كان خروجها بمبرر شرعي ، كان يكون المسكن غير شرعي ، لعدم استيفائه الأدوات اللازمة ، أو لكونه مشغولاً بسكنى الغير ، أو أشرف على الانهدام ، فلا تعد الزوجة ناشزة عن طاعته ، وتجب لها النفقة ، وإذا خرجت فترة ثم عادت إلى طاعة زوجها ، واستقرت في مسكنه تعود إليها النفقة من حين عودتها ^(٢).

٤- الخروج الحكمي : فإذا كان المنزل لها ومنعته من الدخول عليها فهي كالخارجة وتسقط نفقتها ، فإذا كان الزوج يقيم مع زوجته في بيتها بإذنها ، ثم منعته من الدخول ، ولم تطلب منه الانتقال إلى مسكن آخر ، ولم تترك له فرصة للبحث تسقط نفقتها ؛ لأن منعها له من غير طلب سابق ، ومن غير إهمال يعد خروجاً عن طاعة الزوج ، ويؤدي إلى سقوط نفقتها ^(٣). أما إذا طلبت من زوجها أن ينقلها من بيتها الذي يقيم فيها إلى منزل فهدا حقها ولا تسقط نفقتها بذلك ، وإذا طلبت من زوجها أن ينقلها إلى منزل آخر يستأجره لها ، ومضت المدة الكافية للنقل إلى منزلها ، أو للبحث عن منزل يستأجره ولم ينقلها ، فمنعته من الدخول عليها في بيتها ، لا تكون ناشزاً ، ولا تسقط نفقتها ؛ لأن لكل زوجة الحق في طلب نقلها من بيتها المملوك لها ، وعليه أن يعد لها مسكناً ^(٤).

(١) انظر المرجع السابق .

(٢) انظر كشاف القناع: ٤٧٣/٥ والمرجع السابق .

(٣) انظر المرجع السابق .

(٤) انظر الدر المختار و رد المحتار ٥٧٧/٣ . اللغة المقارن: ص ٢٢٩ ، ٢٤٠ . مغني المحتاج: ٤٣٧/٣ .

٥- امتناعها من السفر معه ، فلو دعا الزوج زوجته للسفر معه في عمل أو غيره ، ولم يوجب ما يمنعها من ذلك تعد ناشزاً وتسقط نفقتها .

فعند الحنفية: للزوج السفر بزوجه إلى بلد آخر لغرض صحيح، كالعمل في بلد غير بلده إذا أوقاها مهرها كله معجلاً ومؤجلاً ، وكان مأموناً عليها ، ولم يقصد الإضرار بها ، فإن امتنعت من السفر معه حينئذ، سقطت نفقتها ؛ لأنها ناشزة ، فإن لم يؤدها مهرها ، أو لم يكن مأموناً عليها أو قصد إضرارها ، فلها الحق في الامتناع من السفر معه ، ولا تعد ناشزة ، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَضَارَّوهُنَّ لَتَضَيَّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾^(١) . ولقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^(٢).

وقال المالكية : للزوج الانتقال بزوجه إذا أوقاها عاجل مهرها ، وإن لم يكن دخل بها ، ويشترط أن يكون الزوج مأموناً ، وأن يكون الطريق إلى البلد مأموناً ، وأن يكون البلد قريباً ، بحيث لا ينقطع خبر أهلها عنها ، ولا خبرها عن أهلها^(٣).

وقال ابن قدامة: إن امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، أو من السفر معه فلا نفقة لها^(٤).

وقال السرخسي: إذا أثبت الزوجة أن تتحول معه إلى منزله أو إلى حيث يريد من البلدان ، وقد أوقاها مهرها فلا نفقة لها ؛ لأنها ناشزة ، ولا نفقة للناشزة^(٥) . فالزوجة لا تمتنع من السفر مع زوجها إذا دعاها إلى ذلك، ولم يكن ثم عذر ولا شرط ، فإن امتنعت سقطت نفقتها .

(١) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ من حديث يحيى المازني مرسلأ ولكن له شواهد موصولة يتقوى بها ذكرها ابن رجب في جامع العلوم والحكم .

(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي : ٧٦١/٢ ، ٧٦٢ .

(٤) المغني : ٤٠٩/١١ .

(٥) المبسوط : ١٨٦/٥ . وانظر الدر المختار وريد المختار : ١٤٦/٣ ، ١٤٧ .

ما لا يعد نشوراً :

١- إذا منعت الزوجة نفسها من الزوج حتى تقبض صداقها الحال لا المؤجل ؛ لأنه لا يمكنها استدراك منفعة البضع لو عجزت عن أخذه بعد، ولها النفقة في مدة الامتناع لذلك ؛ لأنه بحق ، فإن سلمت نفسها طوعاً قبل قبض حال الصداق ثم أرادت المنع لم تملكه ، ولا نفقة لها مدة الامتناع ^(١).

٢- الخروج من بيت الزوج بمبرر شرعي كأن يكون المسكن غير شرعي لعدم استيفائه الأدوات اللازمة ، أو لكونه مشغولاً بسكنى الغير ، أو يكون المنزل مشرفاً على انهدام ، أو أكرهت على الخروج من بيته ظلماً ، أو إذا خربت المحلة وبقي البيت منفرداً وخافت على نفسها ، وكذلك إذا خرجت إلى القاضي لطلب حقها منه ، أو إذا أعسر بالنفقة سواء أرضيت بإعساره أم لا ، أو لو خرجت لاستفتاء لم يغنها الزوج عن خروجها له ، أو لو خرجت لبيت أبيها لزيارة أو عيادة ، فلا تعد الزوجة ناشرة عن طاعته في هذه الحالات ولها النفقة ^(٢).

٣- إذا كانت المرأة مريضة مرضاً يحول دون معاشرتها أو منعت زوجها من معاشرتها ؛ لأنها مريضة ، والوطء يضرها مع وجود المرض ، ففي هذه الحالة تستحق النفقة ولم يكن منعها نشوراً متى ما انتقلت إلى بيت الزوج ؛ لأنها بانتقالها قد تحقق شرط وجوب النفقة وهو التسليم ، ووجود الزوجة في بيت الزوج فيه منفعة على كل حال ، ثم إن المرض طارئ وقتي لا دخل للزوجة فيه ، فهو كالحيض والنفاس ، وليس من المروءة ولا من حسن المعاشرة بين الزوجين أن يكون هذا المرض الطارئ

(١) زاد للمستقنع والروض المربع وحاشية الروض المربع: ١٢٣/٧ ، ١٢٤ . كشف القناع والإقناع: ٤٧٢/٥ .

المبسوط: ١٨٦/٥ . الاختيار لتعليل المختار: ٥/٤ .

(٢) انظر مغني المحتاج: ٤٣٧/٣ . الفقه المفاخر للأحوال الشخصية: ص ٢٣٩ . الاختيار: ٨/٤ . اللباب:

حائلاً دون الإنفاق عليها ، وهي معذورة ، وقد حصل التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه ^(١) .

٤- وإذا منعت زوجها من الوطء لعبالته (أي كبر آلتها) بحيث لا تحتملها عذري في منعها من وطئه ، وتستحق النفقة مع منع الوطء لعذرهما إذا كانت عنده لحصول التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه ^(٢) .

إذن في المسائل السابقة إذا كان امتناعها بحق ولها عذر أو شرط معتبر في ذلك فلا تسقط نفقتها .

إذا اختلف الزوج والزوجة في النشوز :

وإن اختلفا في نشوزها بعد الاعتراف والتسليم ، أو اختلفا في الإنفاق عليها ، أو في تسليم النفقة إليها فالقول أقولها ؛ لأن الأصل عدم ذلك . واختار الشيخ تقي الدين وابن القيم في النفقة قول من يشهد له العرف ؛ لأنه يعارض الأصل والظاهر ؛ والغالب أنها تكون راضية . وإنما تطالبه عند الشقاق .

وقال ابن القيم : قول أهل المدينة إنه لا يقبل قول المرأة أن زوجها لم يكن ينفق عليها ويكسوها فيما مضى ، هو الصواب ، لتكذيب القرائن الظاهرة لها ، وقولهم هو الذي ندين الله به ، ولا نعتقد سواه ، والعلم الحاصل بإنفاق الزوج وكسوته في الزمن الماضي ، اعتماداً على الأمارات الظاهرة ، أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل .

(١) انظر مغني المحتاج : ٤٣٧/٣ . الفقه القارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٩ .

(٢) انظر المرجعين السابقين . وعند الشافعية : تثبت عيالته بأربع نسوة ؛ لأنها شهادة يسقط بها حق الزوج ولهن نظر ذكره في حال الجماع للشهادة بذلك . انظر مغني المحتاج : ٤٣٧/٣ . وجاء في المغني : فإن ادعت أن عليها ضرراً في وطئه ؛ لضيق فرجها ، أو أتروح به ، أو نحو ذلك ، وأنكر هو . أدبت امرأة ثقة وعمل بقولها ، وإن ادعت عيالة ذكره وعظمه ؛ جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما ؛ لأنه موضع حاجة ، ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة . المغني : ٣٩٩/١١ .

وإن ادعت الزوجة يساره ليفرض الحاكم لها نفقة الموسرين ، أو قالت للزوج: كنت موسراً فيلزمك لما مضى نفقة الموسرين . فأنكر الزوج اليسار ، فإن عرف له مال فقولها : لأن الأصل بقاؤه ، وإن لم يعرف له مال ، ولم يكن أقر بالملاءة فالقول قوله : لأنه منكر والأصل عدمه .

وإن اختلفا في بذل التسليم ، بأن ادعت بأنها بذلت التسليم ، وأنكر ، فقله : لأن الأصل عدمه ^(١) . وإن اختلفا في وقته بأن قالت : بذلت التسليم من سنة . فقال الزوج : بل من شهر فالقول قوله ، وإن اختلفا في فرض الحاكم النفقة ، أو اختلفا في وقتها ، فقال الزوج : فرضها الحاكم منذ شهر . وقالت الزوجة : بل منذ عام فالقول قوله : لأنه منكر للزائد ، والأصل ببراءته منه . وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين ؛ لاحتمال صدق خصمه ^(٢) .

قال الشيرازي : وإن اختلفا في التمكين ، فادعت المرأة أنها مكنت ، وأنكر الزوج ، فالقول قوله : لأن الأصل عدم التمكين ، وبراءة الذمة من النفقة ^(٣) .

وقال الخرشي من المالكية : ولا يقبل قول الزوج هي تمنعني من وطنها حيث قالت لم أمنعه ، وإنما المانع منه : لأنه يتهم على إسقاط حقها من النفقة ، والمنع من الوطء أو الاستمتاع بعلم من جهتها بأن تقر بذلك بحضرة عدلين ، أو عدل وامرأتين ، أو أحدهما مع يمين على ما يظهر ، فإن

(١) قال ابن عابدين : لو قال هي ناشزة فلا نفقة لها ، فإن شهدوا أنه أوقاها المعجل وهي لم تكن في بيته سقطت النفقة ، وإن شهدوا أنها ليست في طاعته للجماع لم يقبل لاحتمال كونها في بيته ، ولا تسقط لأن الزوج يغلب عليها ، ويكون القول لها بما إذا كانت في بيته وادعى النشوز ، وهذا لو كان الاختلاف في نشوز في الحال ، أما لو ادعى عليها سقوط النفقة المفروضة في شهر ماض لنشوزها فيه ، فالظاهر أن القول لها أيضاً لإنكارها موجب الرجوع عليها . رد المختار : ٥٧٦/٣ .

(٢) كشف القناع والإقناع : ٤٧٥/٥ . الروض المربع وحاشية الروض المربع : ١١٧/٧ . الدر المختار ورد المختار : ٥٧٦/٣ . المبسوط : ١٩٣/٥ ، ١٩٤ . الشرح الصغير : ٧٤٩ ، ٧٤٨/٢ .

(٣) المهذب : ١٦٤/٢ .

قلت كيف يثبت بعدل وامرأتين مع أن المنع المذكور يترتب عليه التعزير وهو لا يثبت بذلك ، فالجواب أن المترتب عليه أن يعظها ، ثم يهجرها ثم يضربها إن أفاد (١).

ثانياً : السفر لمصلحتها أو لأداء الفرائض بغير إذنه والخلاف في ذلك :

إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع غير محرم فلا نفقة لها لفوات الاحتباس بسبب من جهتها ، وكذا لو كان سفرها لأداء فريضة الحج مع محرم لها ، إذا كانت لم تنتقل إلى بيت الزوج . أما إذا كان سفرها للحج الفرض مع ذي محرم لها بعد انتقالها إلى بيت زوجها فيرى محمد بن الحسن ألا نفقة لها ؛ لفوات الاحتباس . وقال أبو يوسف : إن الحج الفرض لا يسقط النفقة ؛ لأن الاحتباس قد فات بعد أن سلمت نفسها ، وهو بعد شرعي وهو أداء فريضة الحج ، ولا عصيان في سفرها ، لسفرها مع محرم لها ، والواجب لها هو نفقة الحضر لا نفقة السفر .

فإن حج معها فلها النفقة اتفاقاً ؛ لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها . والنفقة الواجبة هي نفقة الحضر لا نفقة السفر ؛ لأن السفر لمنفعتها ، فإن كان الزوج هو الذي أراد السفر ، ودعا زوجته أن تسافر معه ، فإنه يجب عليه نفقات السفر ، ولا تكلف الزوجة من ذلك شيئاً . فإذا كان السفر لغير فريضة الحج بأن أدت الفريضة من قبل فلا نفقة لها إن سافرت مع غير الزوج ؛ لأنها ليس معذورة في السفر ، ولزوال الاحتباس (٢).

قال ابن قدامة : إذا سافرت زوجته بغير إذنه ، سقطت نفقتها عنه ؛ لأنها ناشز ؛ وكذلك إذا انتقلت من منزلها بغير إذنه . وإن سافرت بإذنه في حاجته ، فهي على نفقتها ؛ لأنها سافرت في شغله ومراده . وإن كان سفرها في حاجة نفسها ، سقطت نفقتها ؛ لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها ،

(١) الخرشي على مختصر خليل ١٩١/٤ .

(٢) انظر الاختيار : ٥/٤ . الهداية : ٤٠/٢ . الباب : ٩٤/٣ . الدر المختار و رد المحتار : ٥٧٩/٣ . الفقه

المقارن : ٢٤٠ ، ٢٤١ .

وقضاء حاجتها^(١)، إلا أن يكون مسافراً معها، متمكناً من الاستمتاع بها، فلا تسقط نفقتها؛ لأنها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة^(٢).

وإن أحرمت بالحج الواجب، أو العمرة الواجبة، في الوقت الواجب من المنقات فلها النفقة؛ لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها^(٣).

وقال البهوتي: إذا سافرت لحاجتها ولو بإذنه سقطت نفقتها^(٤)؛ لأنها منعت نفسها عنه بسبب لا من جهته فسقطت نفقتها؛ لتفويتها التمكين لحظ نفسها، وقضاء إربها، إلا أن يكون معها متمكناً منها. أما إذا أحرمت بفريضة من صوم أو حج أو صلاة ولو في أول وقتها بسننها، أو صامت قضاء رمضان في آخر شعبان فلا تسقط نفقتها؛ لأنها فعلت ما أوجبه الشرع عليها، وقدر النفقة في حجة فرض كحضر^(٥).

قال ابن الجلاب من المالكية: ولا تسقط نفقة المرأة بحيضها ولا بنفاسها، ولا بصومها، ولا باعتكافها، ولا بحجها، ولا بمرضها، ولا بحبسها في حق عليها، ولا بحبس زوجها، وسواء حبسته هي في حقها، أو حبسه غيرها^(٦).

وقال ابن عبد البر: ولا تسقط نفقة المرأة عن زوجها بشيء غير النشوز، لا من مرض ولا حيض، ولا نفاس، ولا صوم ولا حج، ولا مغيب إن غابت عنه بإذنه^(٧).

(١) المغني: ٤٠٠/١١. قال ابن قدامة: «ويحتمل ألا تسقط نفقتها، وإن لم يكن معها؛ لأنها مسافرة بإذنه، أشبه ما لو سافرت في حاجته».

(٢) انظر المغني: ٤٠٠/١١.

(٣) المغني: ٤٠١/١١.

(٤) ونحن نقول كما قال ابن قدامة في القول الثاني: إنها إذا سافرت لحاجتها بإذنه فإن ذلك لا يسقط نفقتها.

(٥) انظر الروض المربع وحاشية الروض المربع: ١١٧، ١١٦/٧.

(٦) التفرع: ٥٤/٢.

(٧) الكافي فقه أهل المدينة المالكي: ٥٦٠، ٥٥٩/٢.

وقال الخرشي : إن المرأة إذا خرجت من محل طاعة زوجها بغير إذنه ، ولم يقدر على عودها إلى محل طاعته لا بنفسه ، ولا بالحاكم ، فإن ذلك يكون أشد النشوز فتسقط به نفقتها ، وتستحق حينئذ التعزير . وقال : إن المرأة إذا خرجت إلى حجة الفرض أصالة مع محرم أو مع رفقة مأمونة ولو بغير إذن زوجها فإن نفقتها لا تسقط عن زوجها ، لكن لها نفقة حضر ، وعليها ما ارتفع من السعر ^(١).

وعند الشافعية قال الشيرازي : وإن انتقلت المرأة من منزل الزوج إلى منزل آخر بغير إذنه ، وأو سافرت بغير إذنه سقطت نفقتها حاضراً كان الزوج أو غائباً ؛ لأنها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشئة ، وإن سافرت بإذنه فإن كان معها وجبت النفقة ؛ لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته ، وإن لم يكن معها ففيه قولان .

وإن أحرمت بالحج بغير إذنه سقطت نفقتها ؛ لأنه إن كان تطوعاً فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب ، وإن كان واجباً فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخي ، وإن أحرمت بإذنه فإن خرجت معه لم تسقط نفقتها ؛ لأنها لم تخرج عن طاعته وقبضته ، وإن خرجت وحدها فعلى القولين في سفرها بإذنه ، وإن منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها ؛ لأن ما استحق بالشرع لا حق للزوج في زمانه ، وإن منعت نفسها بالصلاة فإن كان بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة لم تسقط نفقتها ؛ لأن ما ترتب بالشرع لا حق للزوج في زمانه ^(٢).

وعند الزيدية : تجب لها نفقة السفر حيث أحرمت بحجة الإسلام ولو بغير إذنه أو نفلاً بإذنه ^(٣).

ومما سبق يتبين أن الزوجة إذا سافرت بغير إذن زوجها سقطت نفقتها

(١) الخرشي على مختصر خليل : ٤/١٩١، ١٩٥ .

(٢) المذهب : ٢/١٦٠ ، مغني المحتاج : ٣/٤٣٧، ٤٣٨ .

(٣) التاج للمذهب : ٢/١٩٠ .

عنه ؛ لأنها في حكم الناشئة ، وإن سافرت بإذنه في حاجته فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها مسافرة في شغله ومراذه ، وإن كان سفرها في حاجتها بإذنه فنرى عدم سقوط نفقتها ؛ لأن ذلك برغبته ورضاه ، وإن له حقاً في الاحتباس وأسقطه طواعية ، وهو ما ذهب إليه ابن قدامة في الرواية الثانية ، وابن عبد البر من المالكية ، والشافعية في الرواية الثانية .

وأما عن أداء الفرائض رأينا أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الزوجة إذا سافرت لحج أو غيره قبل الدخول فلا نفقة لها لقوات الاحتباس ، وكذا إن سافرت وحدها بدون محرم بعد الدخول فلا نفقة لها كذلك ؛ لقواتها الاحتباس بسبب من جهتها ، ولعصيانها بهذا السفر بدون محرم ، إلا إذا خرجت مع رفقة مأمونة فلا تسقط نفقتها عند المالكية ولو بغير إذنه .

أما إن سافرت مع محرم لأداء فريضة الحج ، فعند المالكية والحنابلة وأبي يوسف فلا تسقط نفقتها ولو بغير إذنه ؛ لأن قوات الاحتباس بمسوغ شرعي ، ولأنها فعلت ما يوجب الشرع عليها وتسقط نفقتها عند جمهور الحنفية والشافعية في الأظهر ولو بإذن الزوج ؛ لمخالفتها الواجب عليها وانتفاء التمكين . ونحن نرجح ما ذهب إليه المالكية والحنابلة وأبي يوسف ، والشافعية في الرواية الثانية أنها إذا سافرت لأداء فريضة الحج مع محرم أو رفقة مأمونة فلا تسقط نفقتها ولو بغير إذنه ، وكذلك إذا شرعت في صيام فرض وكان مفطراً لعذر وأرادها أن تفطر فلا تسقط نفقتها بصيامها ، وكذلك لو أرادت قضاء صيام رمضان في آخر شعبان أو أحرمت بصلاة في أول وقتها كل ذلك لا يسقط نفقتها ؛ لأنها فعلت ما أوجبه الشرع عليها .

قال ابن هبيرة : واتفقوا على أن المرأة إذا سافرت بإذن زوجها في غير واجب عليها أن نفقتها تسقط ، إلا مالكا والشافعي في قول : لا تسقط نفقتها بذلك ^(١) .

(١) الإفصاح : ١٨٢/٢ ، ١٨٣ . وقد رأينا عند الشافعية قولين في ذلك .

ثالثاً : التطوع بغير إذن الزوج :

إن تطوعت بصوم أو حج أو أحرمت بنذر حج أو نذر صوم باختيارها الذي لم يوجبها الشرع عليها، ولا نذبا إليها ، وإنما صدر النذر من جهتها، أو صامت عن كفارة ، أو عن قضاء رمضان مع سعة وقته . بلا إذن زوج سقطت نفقتها ؛ لأنها منعت نفسها عنه بسبب لا من جهته ، وله تقطيرها في صوم التطوع ، ووطؤها فيها ، لأن حقه واجب ، وهو مقدم على التطوع ، وإن امتنعت فناشز ^(١).

قال ابن قدامة : فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها ، إن كان بغير إذن الزوج فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع ، وإن كان بإذنه فلا نفقة لها في قول الخرقي . وقال القاضي : لها النفقة . وإن صامت تطوعاً لم تسقط نفقتها ؛ لأنها لم تخرج عن قبضته ، ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها ، فإنه يمكنه تقطيرها ووطؤها ، فإن أراد ذلك منها فمنعته سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب . وإن كان صوماً مندوراً معلقاً بوقت معين . قال القاضي : لها النفقة إن كان نذرهما قبل النكاح ، أو كان النذر بإذنه ؛ لأنه كان واجباً بحق سابق على نكاحه ، أو واجب أذن في سببه ، وإن كان النذر في نكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها ؛ لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبها الشرع عليها ، ولا نذبا إليه . وإن كان النذر مطلقاً ، أو صوم كفارة ، وصامت بإذنه ، فلها النفقة ؛ لأنها أدت الواجب بإذنه ، وإن صامت بغير إذنه ، فقال القاضي : لا نفقة لها ؛ لأنها يمكنها تأخيرها فإنه على التراخي ، وحق الزوج على الفور . وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته ، فكذلك ، وإن كان وقته مضيقاً ، مثل أن قرب رمضان الآخر ، فعليه نفقتها ؛ لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، لا يملك منعها منه

(١) انظر الروض المربع والحاشية : ١١٦/٧ .

كالصلاة ؛ ولأنه يكون صائماً معها ، فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وإذا أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها ؛ لأنها في معنى المسافرة ، وإن أحرمت به بإذنه فقال القاضي : لها النفقة ، وقال ابن قدامة : الصحيح أنها كالمسافرة ؛ لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين فهي كالمسافرة لحاجة نفسها (١).

قال الخرشي : إذا خرجت المرأة إلى حج التطوع فلا نفقة لها فيه على زوجها إلا أن يأذن لها ، أو يقدر على ردها فلها نفقة حضر كالفرص (٢).

وعند الشافعية قال الشيرازي : وإن منعت نفسها باعتكاف تطوع أو نذر في الذمة سقطت نفقتها ، وإن اعتكفت بإذنه وهو معها لم تسقط نفقتها ؛ لأنها في قبضته وطاعته ، وإن لم يكن معها فقولان . وإن كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها ؛ لأن الزوج أذن فيه ، وأسقط حقه فلا يسقط حقها . وإن كان عن نذر لم يأذن فيه ، فإن كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها ؛ لأنها منعت حق الزوج بعد وجوبه ، وإن كان بنذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها ؛ لأن ما استحق قبل النكاح لا حق للزوج في زمانه .

وإن منعت نفسها بالصوم فإن كان بتطوع ففيه وجهان ، أحدهما : لا تسقط نفقتها ؛ لأنها في قبضته . والثاني : وهو الصحيح ، أنها تسقط ؛ لأنها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة ، وإن منعت نفسها بصوم القضاء قبل أن يضيق وقته ، أو بصوم كفارة أو نذر في الذمة ، سقطت نفقتها ؛ لأنها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور ، وإن كان التطوع بقضاء فوائت ، فإن كانت على الفور لم تسقط نفقتها ، وإن كانت على التراخي سقطت نفقتها (٣).

(١) المغني : ٤٠١/١١ ، ٤٠٢ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل : ١٩٥/٤ .

(٣) المهذب : ١٦٠/٢ . مغني المحتاج : ٤٣٨/٣ ، ٤٣٩ .

وعند الحنفية : إذا أحرمت بالحج ولو فرضاً سقطت نفقتها ، فالنفل أولى ، ولكن أبا يوسف جعل لها النفقة في الفرض ^(١).

إذن إن سافرت لحج النفل سقطت نفقتها عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، وقال المالكية والزيدية : إن سافرت بإذن الزوج فلا يسقط حقها في النفقة ؛ لأنها لا تعد ناشزة ، وإن سافرت بدون إذن سقط حقها في النفقة ؛ لأنها تعد ناشزة ، ونحن نرجح هذا الرأي بأنه إذا أذن لها الزوج فلا تسقط نفقتها لأن ذلك حقه وتنازل عنه وقد أذن لها وسافرت مع محرم لها أو مع رفقة مأمونة ، وكذلك مع كل تطوع أذن فيه الزوج ، أما إذا لم يأذن لها وخالفت أمره سقطت نفقتها .

رابعاً : صغر الزوجة :

لا تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا كانت صغيرة بحيث لا تصلح للرجال ، ولا تشتت للوقاع ، وإن أمسكها الزوج في بيته ؛ لأن امتناع الاحتباس لعنى فيها ، والاحتباس الموجب هو الذي يكون وسيلة إلى المقصود المستحق بالعقد ، وما لم يوجد فلا تجب لها النفقة ^(٢).

وقال أبو يوسف : إذا كانت الصغيرة تخدم الزوج ، وينتفع بها بالخدمة فسلمت نفسها إليه ، فإن شاء أمسكها وإن شاء ردها ، فإن أمسكها فلها النفقة ، وإن ردها فلا نفقة لها ؛ لأنها لم تحتل الوطء ، ولم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد ، فكان له أن يمتنع من القبول ، فإن أمسكها فلها النفقة ؛ لأنه حصل له منها نوع منفعة ، وضرب من الاستمتاع ، وقد رضي بالتسليم القاصر ، وإن ردها فلا نفقة لها حتى يجيء حال يقدر منها على جماعها ؛ لانعدام التسليم الذي أوجبه العقد ، وعدم رضاه بالتسليم القاصر ^(٣).

(١) انظر الدر المختار و رد المحتار وتنوير الأبصار : ٥٧٩/٣ ، الهداية : ٤٠/٢ ، الاختيار : ٥/٤ ، اللباب : ٩٤/٣

(٢) انظر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٢٣٦/١ .

(٣) بدائع الصنائع : ١٩/٤ ، فتح القدير : ٣٨٣/٤ .

فالصغيرة عند الحنفية : قد تكون صغيرة لا يمكن الانتفاع بها لا في الخدمة ولا في الائتناس ، وهذه لا نفقة لها إجماعاً ؛ لأن النفقة منوطة بالاحتباس مع إمكان استيفاء الأحكام وهذا غير متصور في مثل هذه الصغيرة . وصغيرة يمكن الانتفاع بها في الخدمة والمؤانسة ، ولكن لا يمكن الدخول بها ، وهذه قال أكثر الحنفية لا نفقة لها ؛ لأن المقصود لا يمكن استيفائه منها ورأى أبي يوسف أنه إذا نقلها تجب لها النفقة ؛ لإمكان الانتفاع في الخدمة والاستئناس^(١).

وجاء في المادة (١٦٦) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ما يلي: «إذا كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للرجال ولا تشتبه للوقاع ولو فيما دون الفرج فلا نفقة لها على زوجها ، إلا إذا أمسكها في بيته للاستئناس بها» .

ولا نفقة للصغيرة عند بقية المذاهب وفي الأظهر عند الشافعية . قال ابن عبد البر: ولا نفقة لصغيرة لا يجامع مثلها ، ولا على صبي حتى يبلغ الوطء ولو كانت الزوجة بالغة ، فإن كان الزوجان صغيرين ، فلا نفقة حتى يبلغا^(٢).

قال الشيرازي : وإن سلمت إلى الزوج أو عرض عليه وهي صغيرة لا يجامع مثلها ففيه قولان: أحدهما: تجب النفقة ؛ لأنها سلمت من غير منع . والثاني: لا تجب وهو الصحيح ؛ لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع^(٣). وجاء في مغني المحتاج : والأظهر أن لا نفقة لصغيرة لا تحتمل الوطء لتعذره لمعنى فيها . والثاني: تجب كالرتقاء والقرناء والمريضة ، وأجيب عليه بأن المرض يطرأ ويذول ، والرتق والقرن مانع دائم قد رضي به ، ويشق معه ترك النفقة ، مع أن التمتع بغير الوطء لا يفوت^(٤).

(١) انظر الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٦ .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : ٥٥٩/٢ . وانظر الخرشي على مختصر خليل : ١٨٣/٤ ، ١٨٤ .

الشرح الصغير : ٧٢٩/٢ ، ٧٣٠ ، ٧٣٢ .

(٣) المهذب : ١٥٩/٢ .

(٤) انظر مغني المحتاج : ٤٣٨/٣ ، الوسيط : ٢١٦/٦ .

قال الغزالي : إن تزوج صغيرة ففي وجوب النفقة قولان ، وإن تزوج صغير من بالغة ، فقولان في وجوب النفقة ، وإذا تزوج صغير من صغيرة فقولان كذلك ^(١).

وعند الحنابلة : وإن كانت الزوجة صغيرة لا يمكن وطؤها وزوجها طفل أو بالغ لم تجب نفقتها ، ولو مع تسليم نفسها أو تسليم وليها لها؛ لأنها ليست محلاً للاستمتاع بها ، فلا أثر لتسليمها ^(٢).

قال ابن قدامة : إن كانت الزوجة صغيرة لا تحتمل الوطء ، فلا نفقة لها ؛ لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها ، كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ^(٣).

وقال ابن حزم : وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها ، دعي إلى البناء ، أو لم يدع - ولو أنها في المهد - ، ناشراً كانت أو غير ناشر ، غنية كانت أو فقيرة ... ^(٤) . فابن حزم يوجب للصغيرة حتى ولو كانت في المهد النفقة على زوجها من حين العقد . وهذا لا يتصور ؛ لأن النفقة منوطة بالاحتباس مع إمكان استيفاء الأحكام ، وهذا غير متصور في مثل هذه الصغيرة .

أما الكبيرة : فلها النفقة عند الحنفية ، قال السرخسي : وإن كانت قد بلغت مبلغاً يجامع مثلها فلها النفقة على زوجها صغيراً كان زوجها أو كبيراً ؛ لأنها مسلمة نفسها في منزله ، مفرغة نفسها لحاجته ، وإنما الزوج هو الممتنع من الاستيفاء لعنى فيه ، فلا يسقط به حقها في النفقة ^(٥).

قال ابن قدامة : إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها ، فمكنته من نفسها ، أو بذلت تسليمها ، ولم تمنع نفسها ، ولا منعها أولياؤها ، فعلى

(١) الوسيط : ٢١٦/٦ .

(٢) كشف القناع : ٤٧١/٥ .

(٣) المغني : ٣٩٦/١١ .

(٤) المحلى : ٣٢١/١١ .

(٥) المبسوط : ١٨٧/٥ .

• مسقطات النفقة الزوجية •

زوجها الصبي نفقتها ، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر: لا نفقة لها . وهو قول مالك ؛ لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها ، فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة .

وقال ابن قدامة : ولنا أنها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً ، فوجبت لها النفقة ، كما لو كان الزوج كبيراً ، ولأن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما تعذر من جهة الزوج ، كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته . وفارق ما إذا كانت غائبة أو صغيرة ، فإنها لم تسلم نفسها تسليماً صحيحاً ، ولم تبذل ذلك . فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي ؛ لأن النفقة على الصبي ، وإنما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه ، كما يؤدي أروش جنائياته ، وقيم متلفاته ، وزكواته (١) .

وقال الشيرازي : وإن كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان : أحدهما لا تجب ؛ لأنه لم يوجد التمكين من الاستمتاع . والثاني: تجب وهو الصحيح ؛ لأن التمكين وجد من جهتها ، وإنما تعذر الاستيفاء من جهته ، فوجبت النفقة ، كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير فهرب منها (٢) .
قال ابن عبد البر من المالكية : «ولا نفقة لصغيرة لا يجمع مثلها ، ولا على صبي حتى يبلغ الوطاء ولو كانت الزوجة بالغة» (٣) .

خامساً : مرض الزوجة :

اتفق الفقهاء على أنها إذا مرضت قبل الزفاف ، ولا يمكنها الانتقال إلى بيت الزوج فلا تستحق النفقة ؛ لأن الاحتباس غير ممكن ، ولا يتأتى الاستعداد له .

(١) انظر المغني : ٣٩٨/١١ . كشاف القناع : ٤٧١/٥ . مغني المحتاج : ٤٣٨/٣ . الباب : ٩٣/٣ .

الاختيار : ٥/٤ .

(٢) المذهب : ١٥٩/٢ .

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : ٥٥٩/٢ .

قال الشافعي : ولو دخلت عليه فمرضت مرضاً لا يقدر على إتيانها معه كانت عليه نفقتها ، وكذلك إن كان يقدر على إتيانها إذا لم تمتنع من أن يأتيها إن شاء ، وكذلك لو كانت لم تدخل عليه ودخلت بينه وبين نفسها كانت عليه نفقتها . ولو أصابها شيء في الفرج يضر بالجماع ضرراً شديداً منع من جماعها إن شاءت ، وأخذ بنفقتها إلا أن يشاء أن يطلقها ، وكذلك لو ارتقت فلم يقدر على أن يأتيها أبداً بعد ما أصابها أخذ بنفقتها ، من قبل أن هذا عارض لها ، لا منع منها لنفسها ، وقد جُمِعت ، وكانت ممن يجامع مثلها ^(١).

وقال الشيرازي : وإن سلمت وهي مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها ، أو الزوج مريض ، أو مجبوب ، أو حسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة ؛ لأنه وجد التمكين من الاستمتاع ، وما تعذر فهو سبب لا تنسب إلى التفريط ^(٢).

وجاء في مغني المحتاج : ولا يسقط النفقة عذر يمنع الجماع عادة كمرض ، ورتق ، وقرن ، وضنى (بالفتح والقصر مرض مدنف) وحيض ونفاس وجنون ، وإن قارنت تسليم الزوج ؛ لأنها أعذار بعضها يطراً ويزول ، وبعضها دائم ، وهي معذورة فيها ، وقد حصل التسليم الممكن ، ويمكن التمتع بها من بعض الوجوه ^(٣).

وعند الحنابلة قال ابن قدامة : وإن بذلت الرتقاء ، أو الحائض ، أو النفساء ، أو النضوة الخلق (الهزيلة) التي لا يمكنه وطؤها أو المريضة تسليم نفسها ، ولو تعذر وطؤها لذلك ، لزمته نفقتها ؛ وإن حدث بها شيء من ذلك المرض أو غيره عنده لم تسقط نفقتها ؛ لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها ^(٤).

(١) الأم : ٩٠/٥ .

(٢) المهذب : ١٦٠/٢ . الوسيط : ٢١٥/٦ . روضة الطالبين : ٦٠/٩ . قال الغزالي : «والمجنونة إذا نشزت سقطت نفقتها وإن لم تائم لتعذر الاستمتاع بها» .

(٣) مغني المحتاج : ٤٣٧/٣ .

(٤) المغني : ٣٩٩/١١ .

ولو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الفرج لم تجب نفقتها ، لكن لو امتنعت من التسليم وهي صحيحة ، ثم حدث لها مرض فبذلت التسليم فلا نفقة لها ما دامت مريضة ، عقوبة عليها بمنعها نفسها في حالة التمكن من الاستمتاع بها فيها ، وبذلها في ضدها ، ولو منعت نفسها من التسليم لم يكن لها النفقة ؛ لأنه امتناع من جهتها ، فهو يشبه تعذر الاستمتاع لصغرها (١).

وعند المالكية : تجب النفقة على الزوج لزوجته بأن كانا صحيحين أو كان أحدهما مريضاً مرضاً خفيفاً يمكن معه الاستمتاع ، ومع الشديد الذي لا يمكن معه الاستمتاع ، ولم يبلغ صاحبه حد السياق على مذهب المدونة خلافاً لمذهب سحنون ، فتسقط نفقتها إذا كانت مريضة مرضاً شديداً (٢).

وعند الحنفية : إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فلا نفقة لها باتفاق الحنفية ، حيث لا يمكن احتباسها وهو المقابل للنفقة . أما إذا كان المرض لا يمنعها من الانتقال إلى بيت الزوج فالفتى به عندهم ، أنه يجب لها النفقة بعد انتقالها بالفعل إلى بيت الزوجية ، أو عدم ممانعتها في الانتقال وإن لم تنتقل إليه ؛ لأن المرض طارئ يمكن زواله ، وعقد الزواج عقد للدوام فلا يسقط الحق الدائم بعارض من العوارض لا دخل للزوجة فيه (٣).

وهذا إذا كان المرض سابقاً على الزفاف ، فإن جاءها المرض بعده فلا تسقط نفقتها ، فتستحق النفقة إذا كانت مريضة مرضاً يحول دون معاشرتها متى انتقلت إلى بيت الزوج ، سواء مرضت الزوجة عند الزوج بعد الزفاف ، والانتقال إلى منزله ، أو كانت مريضة حين انتقالها إليه ، وذلك لأنه بالانتقال قد تحقق التسليم ، وهو شرط وجوب النفقة ، وإن

(١) كشاف القناع : ٤٧٠/٥ ، ٤٧١ ، ٤٧٢ . الإقناع : ١٤٢/٤ . الكافي : ٢٤١/٣ .

(٢) انظر الشرح الصغير : ٧٣٢/٢ . الخروشي على مختصر خليل : ١٨٤ ، ١٨٣/٤ . حاشية الدسوقي :

٤٥٢/٢ . الكافي في فقه أهل المدينة : ٥٥٩/٢ . التفريع : ٥٤/٢ .

(٣) وقيل إذا مرضت قبل الزفاف ، وكان مرضها لا يمنعها من الانتقال إلى منزل الزوج ، ولو محمولة . فلا

تجب لها النفقة لعدم التسليم منها حقيقة وحكماً . انظر رد المحتار : ٥٧٥/٣ .

وجود الزوجة في بيت الزوج فيه منفعة ، فإنه يستأنس بها ، ويمسها ، وتحفظ البيت ، ولوجود التمكين من بعض الاستمتاع كما في الحائض والنفساء ، ثم إن المرض طارئ وفتي ، لا دخل للزوجة فيه ، فهو كالحيض والنفساء ، وليس من المروءة ولا من حسن المعاشرة بين الزوجين أن يكون هذا المرض طارئاً حائلاً دون الإنفاق عليها .

وقال الحلواني: قالوا إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة، وإن كان مرضاً يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط^(١). وعند الظاهرية لما كان وجوب النفقة عندهم بمجرد العقد بغض النظر عن انتقالها إلى بيت الزوجية أو عدم انتقالها إليه ، فإن هذا يقتضي بدهاء عدم تأثير مرض الزوجة على حقها في النفقة لدى زوجها .

فإن ذهبت الزوجة إلى بيت أهلها ، فمرضت عند أهلها ، أو كانت مريضة في بيت الزوج ، ثم انتقلت إلى بيت أهلها لتمرّض فيه ، لا تسقط نفقتها إلا إذا طلب الزوج منها أن تعود إلى بيته ، وكانت تستطيع العودة إليه ، فامتنعت ، فلا نفقة لها لتحقق النشور منها في هذه الحالة . أما إذا كانت مريضة مرضاً لا تستطيع معه الرجوع إلى بيت زوجها ، فلها النفقة؛ لأن إجابة طلب الزوج في العودة غير ممكنة ، فلا تسقط نفقتها ، ولا تعد ناشرة في رفض طلبه^(٢).

(١) وقال أبو يوسف: إذا سلمت نفسها ثم مرضت فلها النفقة لتحقق التسليم ، وإن مرضت ثم سلمت لا تجب لها : لأن التسليم لم يصح . وفي المريضة إن تحولت إلى بيته وهي مريضة فله أن يردّها إلى أن تبرا ، وإن مرضت في بيته بعدما تحولت إليه فليس له أن يردّها ، بل ينفق عليها ، إلا أن يتناول مرضها فتسقط نفقتها ، وهذا استحسان لأن النكاح يعقد للصحة والآلة ، وليس من الآلة أن يمتنع عن الإنفاق أو يردّها لغير مرض ، فإذا تناول مرضها ذلك ، فهو بمنزلة الرق الذي لا يزول عادة ، وإنما يلزمه نفقتها لقيامه عليها ، وقد زال بمعنى من جهتها فتسقط نفقتها ، وعند أبي يوسف كذلك أن الرتقاء لا تستوجب النفقة على زوجها إذا لم يرض بها ، ويكون له أن يردّها إلى أهلها ولا ينفق عليها . انظر فتح القدير : ٣٨٦/٤ ، ٣٨٧ . المبسوط : ١٩٢/٥ . اللباب : ٩٤/٣ .

(٢) الدر المختار وورد المختار : ٥٧٨ ، ٥٧٩ ، ٥٧٥/٣ . المبسوط : ١٩٢/٥ . اللباب والكتاب : ٩٤/٣ . بدائع الصنائع : ١٩/٤ . شرح الأحكام الشرعية : ٢٣٢/١ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ . الهداية : ٤٠/٢ . الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ . أحكام الأسرة في الإسلام ص ٤٢٢ ، ٤٢٤ .

• مسقطات النفقة الزوجية •

وجاءت المادتان (١٦٣، ١٦٧) في الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية تبينان حكم النفقة على الزوجة المريضة ، فجاء في المادة (١٦٣) : «إذا مرضت المرأة مرضاً يمنع من مباشرتها بعد الزفاف والنقلة إلى منزل زوجها ، أو قبلها ، ثم انتقلت إليه وهي مريضة ، أو لم تنتقل ، ولم تمنع نفسها بغير حق ، فلها النفقة عليه ، فلو مرضت في بيت الزوج ثم انتقلت إلى بيت أهلها ، فإن طالبها الزوج النقلة ، ولم يمكنها الانتقال بمحفة أو نحوها فلها النفقة ، وإن امتنعت بغير حق مع قدرتها على الانتقال بنحو ما ذكر فلا نفقة لها» .

وجاء في المادة (١٦٧) : «المريضة التي لم تزف إلى زوجها ولم يمكنها الانتقال أصلاً لا نفقة لها» . ونحن نرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في وجوب النفقة للمرأة المريضة : لأن ذلك يتوافق مع معنى الزوجية وغايتها السامية ، وليس من حسن العشرة بين الزوجين أن يكون مرضها مانعاً للزوج من الإنفاق عليها ، بل إنه يدعو إليه ، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بهذا ، ففي الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ والمعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ : «ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة» . وقد استثنت المذكرة التفسيرية من استحقاق الزوجة للنفقة الزوجة المريضة إذا لم تزف إلى زوجها في حالة عجزها عن الانتقال إلى منزل الزوجية .

نفقة العلاج :

هل يدخل في نفقات المرأة المريضة نفقة العلاج أم لا ؟ قرر فقهاء المذاهب الأربعة أن الزوج لا يجب عليه أجره دواء زوجته المريضة ، وذلك من أجره طبيب وحاجم وفاسد وشن دواء ، ولو مرضت في منزل الزوجية ، وإنما تكون النفقة في مالها إن كان لها مال ، وإن لم يكن لها مال وجبت على من تلزمه نفقتها ، ويعللون ذلك بأن الزوج لا

يلزمه إلا النفقة التي تقوم بها الحياة غالباً ، وهي حياة الصحة لا المرض ؛ ولأن التداوي لحفظ أصل الجسم ، فلا يجب على مستحق النفقة ، كعمارة الدار المستأجرة ، تجب على المالك لا على المستأجر ، فلا يجب على الزوج نفقات العلاج على أي حال (٢).

قال الحنفية : ولا يلزمه مداواتها ولا يلزمه أن يأتي بدواء المرض ، ولا يلزمه أجره الطبيب ، ولا الفصد ، ولا الحجامة (١).

قال الخرشي : لا يلزم الزوج الدواء لزوجته عند مرضها ، لا أعيان ولا أثمان ، ومنه أجره الطبيب ، وكذلك لا يلزمه لها أجره الحجام الذي يحجمها (٣).

قال ابن قدامة : ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجره الطبيب ؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه ، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار ، وحفظ أصولها ، وكذلك أجره الحجام والفاسد (٤).

وقال البهوتي : ولا يلزم الزوج لزوجته دواء وأجره طبيب إذا مرضت ؛ لأن ذلك ليس من حاجتها الضرورية المعتادة (٥).

وقال الشيرازي : وأما الأدوية وأجره الطبيب والحجام فلا تجب عليه ؛ لأنه ليس من النفقة الثابتة ، وإنما يحتاج إليه لعارض ، وأنه يراد لإصلاح الجسم ، فلا يلزمه ، كما لا يلزم المستأجر إصلاح ما تهدم من الدار (٦).

(١) الدر المختار ورد المختار : ٥٧٥/٣ ، الشرح الكبير وحاشية السوقي : ٤٥٤/٢ . الخرشي على مختصر خليل وحاشية الشيخ علي العدوي : ١٨٧/٤ . الشرح الصغير : ٧٣٢/٢ . مغني المحتاج : ٤٣١/٣ . المهذب : ١٦١/٢ . المغني : ٣٥٤/١١ . كشف القناع والإقناع : ٤٦٣/٥ . الروض المربع والحاشية : ١١٢/٧ . ن الكافي : ٢٤٨/٣ . حاشية البجيرمي على شرح الخطيب والإقناع في حل الفاظ أبي شجاع : ٨٠/٤ .

(٢) رد المختار والدر المختار : ٥٧٥/٣ . الفتاوى الهندية : ٥٤٩/١ .

(٣) الخرشي على مختصر خليل : ١٨٧/٤ .

(٤) المغني : ٣٥٤/١١ .

(٥) الروض المربع : ١١٢/٧ .

(٦) المهذب : ١٦١/٢ ، ١٦٢ .

• مسقطات النفقة الزوجية •

قال النووي : لا تستحق الزوجة الدواء للمرض ولا أجره الطبيب والفصاد والحجام والختان (١).

ويرى الزيدية في الرأي الراجح عندهم : أن نفقات علاج الزوجة تعد من نفقتها الواجبة لها على الزوج ؛ لأن حاجتها إلى العلاج لا تقل في شيء عن سائر حوائجها الأخرى (٢). ورأي الزيدية هو ما نختاره ونؤيده ؛ لأن هذا هو ما تقتضيه المعاشرة الزوجية ، وحسن الصحة ، فينبغي أن تكون مصاريف العلاج واجبة على الزوج متى كان قادراً ؛ لأن حاجة الزوجة إلى العلاج وهي مريضة لا تقل عن حاجتها إلى الطعام والكسوة والسكن والخدمة وهي صحيحة . وهذا الرأي هو ما يتلاءم مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ، وما يقتضيه واجب الوفاء وحسن العشرة ، وعلى الرجل أن يقف بجوار زوجته في محنتها ، فلا يعقل أن يستمتع بها في حال صحتها ثم يتركها في حال مرضها ، ولقد أصبحت الحاجة إلى العلاج الآن كالحاجة إلى الطعام ، بل أهم ، ولأن المريض يفضل غالباً ما يتداوى به على ما يأكله ، وهل يمكن للإنسان أن يتناول طعاماً وهو يتوجع ويتالم من المرض ؟ . فإن المروءة تقتضي أن يدفع الزوج نفقات زوجته المريضة متى كان قادراً ، ولو كانت موسرة ، لكي يشعرها في مرضها أنها موضع اهتمامه ، ومكان تقديره ، وحتى يطيب بذلك خاطرها (٣).

وقد قضت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ والمستبدلة بالمادة الثانية من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ على أن : «تشمّل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع» . ولذا فقد جاء هذا النص في فقرته الأخيرة بما

(١) - روضة الطالبين : ٥٠/٩ .

(٢) - البحر الزخار : ٢٧٢/٤ ، الإسلام والأسرة - دراسة مقارنة : ص ٤٤٢ .

(٣) - انظر الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للدكتور زكي الدين شعبان : ص ٣١٥ . الإسلام والأسرة -

دراسة مقارنة : ص ٤٤٢ . الفقه الإسلامي وأدلته : ٧/٧٩٤ . أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية

للدكتور أحمد فراج حسين : ص ٣٣٧ . الفقه للمقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٨ .

ذهب إليه مذهب الزيدية من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة، وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية في هذا الموضوع^(١).

سائلاً : عمل الزوجة :

أصبحت المرأة في عصرنا الحاضر تخرج للعمل بصورة أوسع مما كانت عليه في العصور المتقدمة ، فأصبحت تشارك الرجل في جميع الأعمال ، والإسلام لا يمنع خروج المرأة للعمل طالما أن المجتمع يحتاج إلى عملها ، وطالما أنها تخرج بالضوابط الشرعية وتعمل فيما يناسب أنوثتها، وطالما أن هناك ضرورة لخروجها ، وأن ذلك لا يؤثر في حياتها الزوجية، وأن يكون خروجها بموافقة زوجها .

فإذا كان للمرأة حرفة كأن تكون طبيبة أو مدرسة أو محامية أو ممرضة ونحو ذلك من الأعمال التي تستدعي أن تقضي نهارها أو بعضه، أو الليل أو بعضه خارج البيت ، وإن الزوج قد رضي بهذا الخروج ولم يمنعها من العمل واستمرت في عملها وجبت لها النفقة ؛ لأن احتباس الزوجة حق للزوج ، فله أن يتنازل عنه ؛ لأنه برضاه ، وقد أسقط حقه في الاحتباس الكامل ، واكتفى منه بالناقص^(٢).

أما إذا لم يررض الزوج باحتراف زوجته ، ونهاها عن الخروج للعمل من مبدأ الحياة الزوجية ، وخرجت للعمل بدون رضاه ، ولم تمتثل ، فإن ذلك يسقط حقها في النفقة ؛ لأن وجوب النفقة منوط باحتباس الزوجة احتباساً كاملاً لمصالح الزوج ، وخروجها للعمل بدون رضاه يخل بهذا الاحتباس،

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ٤٩ .

(٢) انظر أحكام الأسرة في الإسلام للدكتور مصطفى شلبي: ص ٤٢٩ ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للدكتور زكي الدين شعيبان: ص ٣١٨ . الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة: ص ٢٧٨ . أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد فراج حسين : ص ٣٤١ . الزواج في الشريعة الإسلامية للشيخ علي حسب الله : ص ١٨٧ . الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد محي الدين عبد الحميد : ص ٢٠٢ . أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية للدكتور زكريا البري: ص ١٨٠ . أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العظيم شرف الدين: ص ٤٤٠ .

• مسقطات النفقة الزوجية •

فلا يكون لها حق في النفقة ؛ ولأن الاحتباس في هذه الحالة ناقص غير كامل ، فلو سلمت المرأة نفسها بالليل دون النهار أو عكسه ، فلا نفقة لنقص التسليم^(١).

أما إذا رضي الزوج بعملها أول الأمر ، ثم بعد ذلك رجع وطلب منها الامتناع عن العمل ، لما يترتب عليه من اضطراب الحياة الزوجية ، أو حاجته إليها ، أو جدت أمور في الحياة الزوجية تستدعي وجودها في منزلها ، أو أن العمل لا يليق بها أو بزوجها ، ولم تجبه إلى طلبه ولم تمتنع عن العمل سقطت نفقتها ؛ لأن عملها بعد نهي الزوج يعد نشوزاً منها ، والنشوز يسقط حق الزوجة في النفقة ، فما دام الزوج لم يقصر في النفقة ، وعنده القدرة على متطلبات الحياة ، وهناك ضرورة تستدعي وجودها في منزلها ، أو لم تكن ثم ضرورة ورأى الزوج أن من الأفضل بقاءها في منزلها ، كان له ذلك ، ويجب عليها أن تطيعه ؛ لأن حق الزوج في الطاعة وقرار زوجته في منزله من الحقوق الأصلية التي لا تسقط بالإسقاط ، ففي كل الحالات السابقة إذا عصته سقطت نفقتها^(٢).

ولكن العمل الآن في القضاء المصري يجري على فرض النفقة للزوجة المحترفة ، سواء رضي الزوج بذلك أم أبى ؛ لأن إقدام الزوج على الزواج بها وهو يعلم أن لها عملاً يجعلها تترك البيت نهائياً أو ليلاً ، ولم يشترط

(١) انظر المراجع السابقة . وألدر المختار ورد المختار : ٥٧٧/٣ . جاء في المادة (١٦٩) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قنديل باشا : «الزوجة المحترفة التي تكون خارج البيت نهائياً ، وعند الزوج ليلاً إذا منعها من الخروج وعصته وخرجت فلا نفقة لها ما دامت خارجة . وجاء في شرح المادة السابقة لمحمد زيد الإبياني : «وإن كانت الزوجة محترفة بما يشغلها خارج البيت نهائياً وتعود إلى منزل زوجها ليلاً ، فإما أن يمنعها من الخروج أو لا ، فإن منعها وامتنعت أمره وجبت لها النفقة ، وكذلك إذا لم يمنعها ؛ لأنها ليست خارجة عن طاعته ، فإذا منعها ولم تمتنع فلا نفقة لها عليه ؛ لأنها خارجة عن طاعته بغير حق فتسقط نفقتها . انظر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٢٣٧/١ . وقال ابن قدامة : «لو بذلت الزوجة تسليم نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئاً من النفقة ؛ لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالمعقود .

(٢) انظر أحكام الزواج في الإسلام : ص ٣٤١ . والفقه الإسلامي وأدلته : ٧٩٢/٧ ، ٧٩٣ . والمراجع السابقة .

عليها ترك العمل حين العقد يعد رضا منه بسقوط حقه في الاحتباس الكامل .

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م على الآتي: «... ولا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية -دون إذن زوجها- في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص، أو جرى به عرف، أو قضت به ضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة، وطلب منها الزوج الامتناع عنه»^(١).

وجاء في المذكرة التفسيرية للقانون السابق أنه: «لا يعتبر خروج المرأة للعمل المشروع إذا أذنها الزوج بالعمل، أو عملت دون اعتراض منه، أو تزوجها علناً بعملها، فلا يعتبر ذلك خروجاً بدون إذن الزوج، ولا يترتب عليه سقوط نفقتها، وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة، أو مشوب بإساءة استعمال الحق، وطلب منها الزوج الامتناع عنه، وغني عن البيان أن الفصل عند الخلاف في كل ذلك للقاضي»^(٢).

في الحالات السابقة من المادة السابقة وشرحها يعتبر القانون أن خروج الزوجة للعمل غير منسقط لنفقتها، ولا يجوز لزوجها أن يمنعها من الخروج لعملها، وإذا خرجت لا تعد ناشزة ولا تسقط نفقتها، قيد ذلك بقيدين :

الأول: ألا تسيء استعمال هذا الحق للعمل المشروع، فإن إساءة استعماله، وتهاونت في شؤون الحياة الزوجية كان للزوج أن يطالبها بالامتناع عن العمل .

الثاني: ألا يطرأ على الأسرة ما يجعل استمرارها في العمل منافياً

(١) انظر قانون الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات : ص ١ .

(٢) المذكرة التفسيرية للقانون السابق : ص ٥٠ .

• مسقطات النفقة الزوجية •

لمصلحتها ، فإذا طرأ على الأسرة ما يستدعي بقاء الزوجة في المنزل ، وعدم خروجها للعمل ، كان لزوجها أن يطالبها بالامتناع عن العمل ، سواء اتصل ذلك بالزوجة أو الزوج أو الأولاد (١).

وكان ينبغي أن ينص القانون على أن ذلك حق الرجل ، فمتى أراد منها أن تمتنع عن العمل فله ذلك ؛ لأن ذلك حقه على المرأة مقابل النفقة ، وحق الرجل هنا هو تفرغ المرأة لبيته والذي عبر عنه الفقهاء جميعاً بالاحتباس ، فإذا لم يتحقق الاحتباس على الوجه الكامل فلا نفقة ، إلا إذا كان نقص الاحتباس بموافقته ورضاه .

فقد يوافق أول الأمر على عملها ولكن قد جدت أمور في حياته تجعله لا يوافق على عملها ، فقد يكون بيئاتها خارج بيتها ، يؤثر في أولادها ، أو يضعفها وينقص جمالها ، أو عملها كسكرتيرة لكبار الموظفين أو مضيقة في الطائفة أو غير ذلك من الأعمال التي تجعلها تقضي وقتاً طويلاً خارج البيت مما يضيق به الرجل ، وقد يرى القاضي عدم إساءة المرأة لهذا الحق ، وعدم منافاة الخروج لمصلحة الأسرة ، بينما يرى الزوج غير ذلك فيجب أن يحترم رأيه ؛ لأن هذا حقه ، وهناك عوامل نفسية قد لا يستطيع الزوج إثباتها أمام القاضي ، وقد لا يريد إحراج زوجته ولا ينبغي أن يقال : إن القانون قد اشترط لوجوب نفقتها هنا عدم إساءتها لهذا الحق ، وعدم إضرار الخروج بمصلحة الأسرة ، ومن ثم فلا يكون من حق الرجل بعد ذلك الاعتراض على خروجها ، ولا الامتناع عن الإنفاق عليها ، فإن امتنع عنه أجبر قانوناً (٢).

إن الرجل قد يطلب من زوجته ترك العمل لا بسبب شك في سلوكها ،

(١) انظر أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية : ص ٣٤٤ . ولكن قد يعتبر الزوج أن خروجها للعمل إساءة في استخدام الحق ، وقد لا يعتبره القاضي ؛ لأن الزوج قد لا يستطيع أن يثبت ذلك أمام القاضي ؛ لأمور يخرج من ذكرها . وقد يطرأ على الأسرة ما يعده الزوج فيجبرها لبقائها في البيت ، وقد لا يعده القاضي كذلك ؛ لأمور تتعلق بالإثبات .

(٢) انظر الإسلام والأسرة - دراسة مقارنة للدكتور عبد الفتاح أبو العينين : ص ٤٢٨ .

ولكن لتضرره من عملها دون رغبته ، أو لأن الجو المحيط بها في العمل يكون غير لائق بها ولا به ، أو قد يريد لها مؤانسته في بيته إذا كان عمله يتطلب أن يمكث كثيراً في البيت ، كأن يكون قاضياً أو أستاذاً جامعياً ، أو أن تقوم على أولاده ورعاية بيته أو غير ذلك ، فكيف إذا طلب الزوج ذلك ، واستخدم حقه الشرعي ؛ يقال له ليس ذلك لك قانوناً ما دامت لم تسعى استعمال حقها ، طالما وافقت على عملها من قبل ^(١) . فكان على القانون ألا يهمل الجوانب النفسية للرجل ، وأن يجعل حق الاحتباس حقاً كاملاً للرجل على زوجته ، وأن مجرد تضرر الزوج من عمل زوجته دون رغبته يسقط نفقتها ، طالما أنه غير متعسف والقرائن تدل على أنه غير متعسف في منعها وأن بيتها يحتاجها ، ولكن القانون لم يجعل للزوج أن يمنعها إلا في أضيق الحدود .

ولا يفهم مما قلناه أن ذلك انحياز إلى جانب الرجل ، ولكن ذلك حق الرجل في الاحتباس ، وكل حالة تقدر بقدرها ، ولا يفهم من ذلك أن الإسلام يضيق على المرأة أو أن الإسلام يمنع عمل المرأة ، إن المرأة في الإسلام شريكة الرجل ، وتعمل كل الأعمال التي تناسبها والتي يتطلبها المجتمع ويحتاج إليها فيها ، ما دام هناك اتفاق بين الزوجين على العمل ، وإن ذلك لا يتعارض مع الحياة الزوجية ولا يؤثر فيها ، ووافق الزوج على عملها ، فلقد كانت المرأة تخرج في الغزوات تجاهد وتقاتل وتداوي ، وكانت المرأة تتعلم وتعلم ، وكل ذلك في إطار الضوابط الشرعية ، فإذا تزوجت المرأة فلها حقوق وعليها واجبات ، والزوج الذي يمنع زوجته من العمل يتكف النفقة على زوجته بما يليق بها من مطعم ومشرب وملبس ومسكن وخادم إن كانت تخدم في بيت أبيها .

وإن المرأة لها أن تعمل ولها أن تسعى على نفسها وأولادها ، فيما يناسبها وبالضوابط الشرعية إذا لم يكن لها عائل يعولها ، أما إذا كان لها عائل

(١) انظر المرجع السابق .

يتكفل بها وبأولادها ولا يقصد في واجبه تجاه أسرته ، وينفق عليها النفقة اللائقة بها ، ومنع زوجته من العمل ، فله ذلك ؛ لأن ذلك حقه ، ومقتضى عقد الزواج يعطيه ذلك ، وعليها أن تطيعه فإذا لم تطعه سقطت نفقتها .

اشتراط الزوجة العمل عند العقد :

فلو اشترطت الزوجة ، حين العقد بقاءها في العمل الذي يضطرها إلى ترك البيت مدة ليلاً أو نهاراً فهذا الشرط فاسد عند الحنفية ، فيلغى ولا يبطل العقد باشتراطه ، وعلى هذا فللزوجة أن يمنعها من العمل ، فإن استمرت فيه كانت ناشزة فيسقط حقها في النفقة (١).

وقال المالكية : إن هذا الشرط صحيح لكنه مكروه ؛ لأن فيه تحجيراً على الرجل في معاشرته المرأة ، كما لو شرطت عليه ألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها من دار أبيها أو من بلدها ، فلا يلزم الوفاء به ولكن يستحب ، وعلى هذا فللزوجة أن يمنع المرأة من العمل ، فإن لم تمتنع عنه كانت ناشزة ، فيسقط حقها في النفقة (٢).

(١) انظر الدر المختار ٥٣/٣ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: ص ٣٢٠ . جاء في الدر المختار: ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لتقص التسليم . قال في المجتبى: وبه عرف جواب واقعه في زماننا أنه لو تزوج من المحترفات التي تكون بالنهار في مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها . قال في النهر: وفيه نظر الدر المختار ٥٧٧/٣ . وجاء في الدر: وفي البحر: له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعاً لأجنبي ولو قابلة أو مفسلة ؛ لتقدم حقه على فرض الكفاية ، فإن امتنعت وخرجت سقطت نفقتها ؛ لأن حق الإقامة في المنزل فرض عين ، والخروج لتفصيل المولى أو القبالة فرض كفائية ، والفرض العيني مقدم على فرض الكفاية: الدر المختار ٦٠٣/٣ ، الأحوال الشخصية للشيخ أبو زهرة: ص ٢٧٩ . وجاء في رد المحتار عن البحر: للزوج أن يمنع زوجته من الأعمال كلها المقتضية للكسب ؛ لأنها مستغنية عنه لرجوب كفايتها عليه ، وكذا من العمل تبرعاً لأجنبي: قال ابن عابدين: والذي ينبغي تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه ، أو ضرره ، أو إلى خروجها من بيته ، أما العمل الذي لا ضرر له فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصاً في حال غيبته من بيته ، فإن ترك المرأة بلا عمل في بيتها يؤدي إلى وسأوس النفس والشيطان ، والاشتغال بما لا يعني مع الأجانب والجيران . انظر رد المحتار ٦٠٣/٣ .

(٢) انظر القوانين الفقهية: ص ٢٤٢ ، الشرح الصغير: ٣٨٤/٢ ، ٣٨٥ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: ص ٣٢٠ . قال ابن عرفة: إن المرأة لا يلزمها أن تنسج ، ولا أن تغزل ولا أن تخطيط للناس بلجزة ، وتدفعها لزوجها بنفقتها ، لأن هذه الأشياء ليست من أنواع الخدمة ، وإنما هي من أنواع التكسب =

وعند الشافعية هذا شرط فاسد فيلغى ، فالعقد صحيح ويقسد الشرط؛ لأنه يخالف مقتضى العقد ^(١).

أما الحنابلة : فهذا الشرط صحيح عندهم ؛ لأن الاحتباس الكامل حق للزوج ، فيكون له أن يتنازل عنه بقبول بقاء المرأة في العمل بعد الزواج ، وعلى هذا لا يكون للزوج أن يمنع المرأة من العمل ، ولو منعها ولم تمتنع لا تكون ناشزة ، فلا يسقط حقها في النفقة ^(٢).

وللزوجة أن تقوم بأي عمل في منزلها بشرط ألا يتنافى هذا العمل مع حقوق الزوجية ، وألا تؤدي هذه المهنة إلى إضعافها ونقصان جمالها ، وللزوج أن يمنعها من ذلك العمل الذي يؤثر فيها ، ولكنها لا تعد ناشزة إذا خالفته ، ولا تسقط بذلك نفقتها ؛ لأن الاحتباس موجود ، وللزوج أن يؤدبها لعصيانها أمره ، كما هو الشأن في كل الأمور التي تخالف الزوجة أمر زوجها فيها ، وهي في بيته ^(٣).

سابعاً : حبس الزوجة :

عند الحنفية : إذا حبست الزوجة بدين ، فإما أن يكون الحابس لها غير الزوج ، أو الزوج ، فإن كان الأول فلا تجب لها النفقة ، سواء كانت قادرة على أداء الدين أو غير قادرة ؛ لأنها إذا كانت قادرة فقوات الاحتباس منها بالمطالبة ، وإن كانت عاجزة عن أدائه فقوات الاحتباس ليس من الزوج ، فلا تجب عليه نفقتها . ولا نفقة لها أيضاً إذا حبست بغير دين ولو كان حبسها

= وليس عليها أن تتكسب له إلا أن تتلوع بذلك ؛ لأنه ليس عليها أن تتكسب ، بأن تخطب أو تنسج للناس ، وتجمع أجرة ذلك وتدفعها له ، ويلزمها أن تخطب ثوبها وثوبه ؛ لأن هذا ليس تكسباً بل من الخدمة . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٥٤/٢ . الخرشى على مختصر خليل : ١٨٧/٤ .

(١) المهذب : ٤٧/٢ . مغني المحتاج : ٢٢٦/٣ .

(٢) انظر كشاف القناع : ٢٩١/٢ . ولكن هذا الحكم مقيد بما إذا لم يتعارض عمل الزوجة مع مصلحة الأسرة ، فإن تعارض عملها مع مصلحة الأسرة كان للزوج أن يمنعها من العمل . انظر الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٢١ .

(٣) انظر رد المحتار : ٦٠٣/٣ ، ٦٠٤ . الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمكي الدين شعبان : ص ٣٢١ . الفقه الإسلامي وأدلته : ٧٩٣/٧ .

ظلماً ؛ لأن المعتبر في سقوط نفقتها فوات الاحتباس ، لا من جهة الزوج ، وقد فات الاحتباس هنا لا من جهته ، وهذا هو الصحيح .

وقال أبو يوسف : إن كان حبسها بدين لا تقدر على أدائه ، أو حبست ظلماً تجب لها النفقة . وجاء في المادة (١٧٠) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : «إذا حبست المرأة ولو في دين لا تقدر على إيفائه فلا يلزم زوجها نفقتها مدة حبسها إلا إذا كان هو الذي حبسها في دين له» . وإن كان الحابس لها هو الزوج ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأن فوات الاحتباس من جهته ، فكان باقياً تقديراً ، فتجب النفقة ^(١) .

وقال الكرخي من الحنفية : إنها إذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة ، فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة ، وإن كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها ؛ لأنها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها ، فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج ، وهذا تفسير التسليم ، فإن لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله ، فلا يسقط حقها . وإن كانت لا تقدر على التخلية ، فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة .

ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها ، وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما إذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه ، فأما إذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض ، فلا نفقة لها وهذا صحيح ؛ لأنها إذا لم تقض مع القدرة على القضاء وصارت كأنها حبست نفسها ، فتصير بمعنى الناشئة ^(٢) .

(١) انظر بدائع الصنائع : ٢٠/٤ . الهداية : ٤٠/٢ . فتح القدير : ٣٨٥/٤ . الدر المختار ورواه المعتمد : ٥٧٨/٣ . البحر الرائق : ١٨١/٤ . اللباب : ٩٤/٣ . الاختيار : ٥/٤ . شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٢٣٧/١ ، ٢٣٨ . كتاب النفقات وشرحه : من ٤٣ . وذكر القاضي الإمام أبو الحسن علي بن الحسين السرخسي : «أنه لو غصبها إنسان أو حبست ظلماً إنها تستحق النفقة» . انظر شرح كتاب النفقات السابق : من ٤٣ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : ٢٠/٤ .

وقال المالكية : ولا تسقط نفقتها بحبسها في دين شرعي ، ترتب عليها لا تقدر على أدائه ؛ لأن المانع من الاستمتاع ليس من جهتها ؛ وكذلك لا تسقط نفقتها بحبس زوجها في دين ترتب عليه لها أو لغيرها ؛ لاحتمال أن يكون معه مال أو أخفاه ، فيكون متمكناً من الاستمتاع لعدم أدائه لما هو عليه ^(١) . وأما لو كان الحبس من جهتها ، بأن كانت مماطلة ، فإنها تسقط نفقتها ^(٢) .

وقال الشافعية : وتسقط نفقتها بحبسها ولو ظلماً ، ولو حبسها الزوج بدينه ، فإن منعه منه عناداً سقطت نفقتها ، وإن كان لإعسار تسقط ^(٣) . وقال الحنابلة : أي زوجة حبست عن زوجها ، ولو كان حبسها ظلماً سقطت نفقتها ، لفوات التمكين المقابل للنفقة ^(٤) .

ونحن نرى أن حبس الزوجة ظلماً ، أو بسبب دين عليها وهي معسرة أن ذلك لا يسقط نفقتها كما ذهب إلى ذلك أبو يوسف والمالكية وبعض الزيدية ؛ لأن فوات الاحتباس ليس من جهتها ، ولا يدخل لها فيه ، فلا يسقط حقها في النفقة . أما إن كان حبسها بسبب جريمة ارتكبتها ، أو بسبب دين ماطلت فيه ، فلا تجب لها النفقة مدة الحبس ؛ لأن فوات حق الزوج في الاحتباس بسبب من الزوجة ، فيكون نشوذاً فيسقط حقها في النفقة .

وقد أخذ القانون بأن نفقتها تسقط بحبسها ، حيث جاء في المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية : «ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت ، أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق ، أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج» . وجاء في المذكرة التفسيرية : «ثم أبان الاقتراح في

(١) الخرشني على مختصر خليل وحاشية الشيخ علي العدوي : ١٩٥/٤ . الشرح الكبير وحاشية لادسوقي : ٤٥٩/٣ .

(٢) انظر المرجعين السابقين . التفريع : ٥٤/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٤٣٧/٣ .

(٤) الروض للمربع وحاشية الروض : ١١٥/٧ .

الفقرة الرابعة أحوال سقوط نفقة الزوجة في حال امتناعها مختارة عن تسليم نفسها لزوجها بدون حق أو اضطرارها إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما إذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت .

ومعلوم أنه إذا حبس الزوج في جريمة ارتكبتها فلا تسقط نفقة زوجته عنه ، أو كان الحبس بسبب دين لزوجته ، أو كان الزوج مريضاً مريضاً يتمتع من الاتصال الجنسي بزوجته ؛ لأن فوات الاحتباس بسبب من جهة الزوج ، فلا يفوت به حق الزوجة في النفقة (١).

ثامناً : اغتصاب الزوجة :

قال الكاساني : ولو فرض القاضي لها النفقة ، ثم أخذها رجل كارهة ، فهرب بها شهراً ، أو غصبها غاصب ، لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها ؛ لفوات التسليم ، لا لمعنى من جهة الزوج . وقال أبو يوسف : إن لها النفقة ؛ لأن الفوات ما جاء من قبلها (٢).

قال ابن عابدين : والفتوى على الأول ؛ لأن فوات الاحتباس ليس منه ؛ ليجعل باقياً تقديراً . أما لو ذهب بها على صورة الغصب ، لكن برضاها فلا خلاف فيها ، إذ لا شك في أنها ناشزة (٣).

ولا يسقط حقها بذلك عند المالكية ؛ لأنها مظلومة ، وأما الهاربة خفية لكان مجهول فإن نفقتها تسقط (٤).

تاسعاً : المعقود عليها بعقد فاسد :

قال الكاساني : لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد ؛ لانعدام سبب الوجود ، وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح ؛ لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد ، وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ،

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٠/٤ . الفتاوى الهندية : ٥٤٥/١ . مجمع الأنهر : ٤٨٥/١ .

(٣) الدر المختار وورد المختار : ٤٧٩/٣ . الهداية : ٤٠/٢ . البحر الرائق وكنز الدقائق : ١٨١/٤ .

(٤) انظر حاشية للسوقي : ٤٥٧/٢ . الخرشبي على مختصر خليل : ١٩١/٢ .

وكذلك لا تثبت النفقة في عدة منه إن ثبت حق الحبس ، لأنه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه ، وإنما يثبت لتحسين الماء ؛ ولأن حال العدة ، لا يكون أقوى من حال النكاح ، فلما لم تجب في النكاح الفاسد ، فلأن لا تجب في العدة أولى^(١).

وجاء في الفتاوى الهندية : ولا نفقة في النكاح الفاسد ، ولا في العدة منه ، ولو كان النكاح صحيحاً من حيث الظاهر ففرض القاضي لها النفقة ، وأخذت ذلك شهراً ، ثم ظهر فساد النكاح. بأن شهد الشهود أنها أخته من الرضاعة ، وفرق القاضي بينهما رجوع الزوج على المرأة بما أخذت ، وأما إذا أنفق الزوج عليها مسامحة من غير فرض القاضي لها النفقة لم يرجع عليها بشيء^(٢). وجاء كذلك في الفتاوى السابقة : أنهم أجمعوا على أن في النكاح بغير شهود تستحق الزوجة فيه النفقة . قال ابن عابدين : والظاهر أن الصواب لا تستحق ، إذ لا شك أن النكاح بلا شهود فاسد ، والنفقة إنما تستحق بالاحتباس ولا احتباس في الفاسد^(٣).

وجاء في المادة (١٧٢) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: أن المنكوحة نكاحاً فاسداً ، والموطوءة بشبهة لا نفقة لهما إلا المنكوحة بلا شهود ، فإذا فرض الحاكم لإحدهما نفقة قبل ظهور فساد النكاح وفرق بينهما ، فللزوج الرجوع عليها بما أخذته منه بأمر الحاكم ، لا بما أخذته بغير أمره^(٤).

(١) بدائع الصنائع : ١٦/٤ . الدر المختار ورد المحتار : ٥٧٦/٣ .

(٢) الفتاوى الهندية : ٥٤٧/١ .

(٣) انظر الفتاوى الهندية : منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين : ١٧٨/٤ .

(٤) علق الأستاذ زكي الدين شعبان على هذه التفرقة فقال : « ونحن لا نرى سبباً معقولاً للتفرقة في الحكم

بين ما إذا قام الزوج بالإنتفاق عليها بحكم القاضي أو بدون حكمه ما دام الزوجان لا يعلمان بالفساد

وقت العقد إلى حين ظهور فساده ، فالزوجة محتبسة لأجل الزوج ، تقوم بواجبه كزوجة بمقتضى عقد

الزواج الصحيح بحسب علمهما ، فيجب عليه أن ينفق عليها جزاء احتباسها ، وقيامها بحاجات الزوجية ،

فلا ينبغي أن يجوز له الرجوع ، ولو كان بحكم القاضي ، انظر الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية :

ص ٣١٢ .

قال الشيرازي : وإن سلمت إليه ، ومكن من الاستمتاع بها في نكاح فاسد لم تجب النفقة ؛ لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ، ولا يستحق ما في مقابلته . وقال : وإن نكح امرأة نكاحاً فاسداً ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى ؛ لأنها إذا لم تجب مع قيام الفراش واجتماعهما على النكاح ، فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى ، وأما النفقة فإنها إن كانت حائلاً لم تجب ؛ لأنها إذا لم تجب في العدة عند نكاح صحيح ، فلأن لا تجب في العدة عن نكاح فاسد أولى ، وإن كانت حاملاً فعلى القولين .

وقال كذلك : إن تزوج امرأة ودخل بها ، ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب ، وجب لها السكن في العدة ، وأما النفقة ، فإنها إن كانت حائلاً لم تجب ، وإن كانت حاملاً وجبت ؛ لأنها معتدة عن فرقة في حال الحياة ، فكان حكمها في النفقة والسكنى كال المطلقة ^(١) .

قال ابن قدامة : ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد ؛ لأنه ليس بينهما نكاح صحيح ، فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء ، فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء ، فعليها العدة ، ولا نفقة لها ولا سكنى ، إن كانت حائلاً ؛ لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق ، فبعده أولى ^(٢) .

مما سبق يتبين أن سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو العقد الصحيح ، لكن بشرط وجود الاحتباس ، فعقد الزواج ليس هو السبب المباشر في وجود نفقة الزوجة على زوجها كما هو الشأن في المهر ، بل احتباس الزوج لزوجته ، ودخولها في طاعته ، ليتمكن من جني ثمرات زواجه ، واستيفاء حقوق الزوجية ، وعليه فإذا كان العقد فاسداً ، أو باطلاً ، فلا نفقة للزوجة على زوجها ؛ لأن شرط وجوب النفقة ، أن يكون عقد النكاح صحيحاً ، وكذلك فإن في العقد الفاسد والباطل ، لم يتحقق سبب

(١) المهذب : ١٦٠/٢ ، ١٦٥ . الخريفي على مختصر خليل : ١٩٢/٤ .

(٢) انظر المغني : ٤٠٧/١١ . كشاف القناع : ٤٦٦/٥ . المهذب : ٨٥٩/٢ . الشرح الصغير : ٧٢٩/٢ .

وجوب النفقة وهو الاحتباس المشروع المؤدي إلى المقصود من النكاح، وذلك لأن من تزوج امرأة بعقد فاسد، أو دخل بامرأة بشبهة، لم يجز له احتباسها، بل يجب عليهما أن يفترقا من تلقاء أنفسهما، وإلا فرق بينهما القاضي، ولكل واحد من المسلمين إذا علم بفساد العقد بين الزوجين، أن يرفع دعوى حسبة بالتفريق بينهما أمام القضاء^(١).

عاشراً : الإبراء عن النفقة ومضي الزمان :

قال الكاساني : وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها ديناً في ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قبل صيرورتها ديناً في الذمة وهو مضي الزمان، من غير فرض القاضي أو التراضي، وأما المسقط لها بعد صيرورتها ديناً في الذمة فأمور منها الإبراء عن النفقة الماضية : لأنها لما صارت ديناً في ذمته، كان الإبراء إسقاطاً لدين واجب فيصح كما في سائر الديون، ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الإبراء؛ لأنها تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان، فكان الإبراء منها إسقاط الواجب قبل الوجوب، وقبل وجود سبب الوجوب أيضاً وهو حق الحبس؛ لأنه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح^(٢).

وقال الكاساني كذلك : وتسقط بعد صيرورتها ديناً في الذمة بموت أحد الزوجين، حتى لو مات الرجل قبل إعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله، ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوها من ماله؛ لأنها تجري مجرى الصلة، والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة، فإن كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها، ثم مات قبل مضي ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان قائماً أو مستهلكاً، وكذلك لو ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها عندهما. وقال

(١) انظر الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٣٦ . أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية : ص ٣٣٥.

الفقه الإسلامي وأدلته : ٧/٢٨٩ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣١١ .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٩/٤ .

محمد : لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ، ويجب رد الباقي إن كان قائماً ، وإن كان هالكا لا شيء بالإجماع ^(١).

ومعلوم أن النفقة واجبة بلا خلاف بين الفقهاء ، وإنما الخلاف بينهم في وقت اعتبارها ديناً في الذمة ، وفي قوة ذلك الدين ، فالأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قالوا: إن النفقة تصير ديناً بمجرد وجوبها، وامتناع الزوج عن أدائها ، وإذا صارت تكون ديناً قوياً لا يسقط إلا بالاداء أو الإبراء كسائر الديون ، ولا يسقط بمضي المدة بدون إنفاق ، ولا يسقط المتجمد منها في الماضي بنشوز الزوجة ، ولا بالطلاق ، ولا بالموت ^(٢).

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تصير ديناً بمجرد الامتناع بعد الوجوب، وإنما تصير ديناً إذا حكم بها القاضي ، أو تراضى على تقديرها الزوجان، ولذلك ليس للمرأة في المذهب الحنفي أن تطالب بنفقة عن مدة سابقة على رفع الدعوى إلا عن الشهر الذي حصلت فيه الدعوى . وإذا تم القضاء بها، أو التراضي عليها ، لا يصبح المتجمد فيها ديناً قوياً بحيث لا يسقط إلا بالاداء أو الإبراء ، وإنما يكون ديناً ضعيفاً ، يسقط بما يسقط به الدين القوي بالاداء أو الإبراء ، ويسقط أيضاً بنشوز الزوجة ، والطلاق ، والموت على خلاف في بعض ذلك ، ولا تصير ديناً قوياً إلا إذا أذن الزوج لها أو القاضي بالاستدانة واستدانته بالفعل .

وأساس الاختلاف بين الحنفية والأئمة الثلاثة ، هو الاختلاف في الوضع الفقهي لوجوب النفقة ، فالأئمة الثلاثة يرون أنها عوض الاحتباس، ولا وجه للتبرع فيها ، ولأنه إذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة ، صارت النفقة ديناً ، ولا تسقط بمضي الزمان ؛ ولأنه مال يجب على سبيل البدل في عقد معاوضة ، فلا يسقط بمضي الزمان كالثلث

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر الشرح الصغير : ٧٤٣/٢ . مغني المحتاج : ٤٤١/٣ . الروض للربع : ١٢٠/٧ ، ١٢١ . المذهب : ١٦٤/٢ . الأحوال الشخصية : ص ٢٩١ .

والأجرة والمهر ، ويصح ضمان ما استقر منها بمضي الزمان كما يصح ضمان سائر الديون ^(١).

ويرى الحنفية : أن النفقة جزء الاحتباس مع أن فيها ناحية صلة ، فهي جزء فيه نوع من الصلة ، أو هي صلة وجزء معاً ، فمن حيث إنها احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع ، وإصلاح أمر المعيشة ، والاستئناس هي عوض ، ومن حيث إنه إقامة لأمر الشارع ، وأمور مشتركة ، كإعفاف كل الآخر ، وتحصيله من المفاصد ، وحفظ النسب ، وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية ، هي صلة : لأن منافع الاحتباس تعود على الزوجين جميعاً ، لا على الزوج وحده ، وعلى اعتبار أنها عوض تثبت إذا قضى بها القاضي ، أو اصطلاحاً عليها ، وعلى اعتبار أنها صلة تسقط بمضي المدة من غير قضاء ^(٢).

وقال الزيدية : ولا يسقط عنه ما استحقته من النفقة ونحوها في الزمان الماضي بالمطل لها ، وسواء كان الحاكم قد فرض لها أم لا ، ولا يسقط عنه نفقة المستقبل بالإبراء ؛ لأنه إبراء من الحق قبل ثبوته ، بخلاف الماضي منها فإنه يسقط بالإبراء ؛ لأنها قد استحقته ^(٣).

ومما سبق يتبين أن الإبراء من النفقة قد يكون إبراء من النفقة الماضية ، وقد يكون إبراء من النفقة المستقبلية ، فإذا كان الإبراء من النفقة الماضية ، فإن كانت مفروضة بقضاء القاضي أو تراضي الزوجين صح إبراء الزوجة زوجها من هذه النفقة باتفاق الفقهاء ؛ لأنها دين ثابت في ذمة الزوج ،

(١) انظر للمراجع السابقة . والمذهب : ١٦٤/٢ : الفقه الإسلامي وأدلته : ٨١٥/٧ . الأحوال الشخصية : ص ٢٩٢ .

(٢) انظر الدر المختار وورد المختار : ٥٩٤/٣ ، ٥٩٥ . شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٢٧٣/١ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ . النهاية : ٤١/٢ ، ٤٢ . الأحوال الشخصية : ص ٢٦٢ . وقد أخذ لقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠م والمعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م بمذهب الأئمة الثلاثة وذلك في المادة

(١) حيث قال : «وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق بعد وجوبه ، ولا تسقط إلا بالاداء أو الإبراء» . انظر الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات : ص ٢ .

(٣) التاج المذهب : ٢٨٢/٢ .

• منسلمات النفقة الزوجية •

والإبراء يكون مما هو ثابت في الذمة . وأما إن كانت غير مفروضة بقضاء أو تراضي ، فلا يصح الإبراء منها عند الحنفية ؛ لأنها لم تثبت ديناً في ذمة الزوج ، والإبراء لا يكون إلا مما هو ثابت في الذمة .

وعند الأئمة الثلاثة يصح الإبراء منها ؛ لأنها تصير ديناً في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق ، مع وجوبه عليه ، سواء كانت مقررة بالقضاء ، أو التراضي ، أم غير مقررة ^(١) .

وأما الإبراء عن النفقة المستقبلية فلا يصح اتفاقاً ؛ لأن النفقة لم تجب بعد ؛ ولأن الإبراء لدين وجب الوفاء به ، والنفقة المستقبلية لم تجب بعد ، فلا تكون ديناً ، فلا تقبل الإبراء ، ولكن قد أجاز الحنفية الإبراء عن نفقة مستقبلية في حالتين :

الأولى : أن تيرئ الزوجة زوجها من النفقة المستقبلية ، عن مدة واحدة من المدد التي فرضت وقررت فيها النفقة ، وهي المدة التي بدأت بالفعل ، وجب فيها تنجيز النفقة حسبما تقرر بالقضاء أو التراضي ، فإذا فرضت النفقة شهرية ، وبدأ الشهر فإنه يصح الإبراء من نفقة هذا الشهر ، لتحقيق وجوبها ، إذ النفقة يجب تنجيزها في أول المدة ، ولا يصح الإبراء من نفقة الأشهر التي بعده ؛ لأنها لم تجب بعد . وكذلك الحكم إذا قدرت النفقة بالسنة أو باليوم أو بالأسبوع ، فإن الإبراء يصح فيما وجب تنفيذه من ذلك ، وهو نفقة السنة ، أو اليوم ، أو الأسبوع الذي بدأ فعلاً ، ولا يصح فيما وراء ذلك ما لم تبدأ مدته ؛ لعدم وجوبه فعلاً ^(٢) .

الثانية : لو خالع الزوج زوجته على أن تيرئه من نفقة العدة ؛ لأنه إبراء

(١) انظر المرجع السابق . والفتاوى الهندية : ٥٥٣/١ . الفقه الإسلامي وأدلته : ٨١٨/٧ . بدائع الصنائع : ٢٩ ، ١٦/٤ . الدر المختار و رد المحتار : ٥٨٦/٣ ، ٥٨٧ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٣٩ . الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٦١ . التاج المذهب : ٢٨٢/٢ .

(٢) انظر رد المحتار : ٥٨٦/٣ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٤٠ . الفتاوى الهندية : ٥٥٣/١ . الفقه الإسلامي وأدلته : ٨١٩/٧ . الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٢٦١ ، ٢٦٢ . أحكام الأسرة في الإسلام : ص ٤٥١ ، ٤٥٢ .

بعوض وهو ملك الزوجة لنفسها ، فيعد الإبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها فيجوز ، أما في غير الخلع والطلاق ، فالإبراء إسقاط للنشيء قبل وجوبه وإسقاطه قبل وجوبه لا يجوز ^(١) . هذا عن الإبراء .

وقد أخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء في النفقة المتجمدة بأنها لا تسقط بمضي الزمان ولا بنشوز الزوجة ولا بالطلاق ولا بموت أحد الزوجين ، سواء كان الزوج موسراً في أثناء مدة الامتناع عن الإنفاق أم كان معسراً ، وسواء كانت النفقة مفروضة بحكم القاضي أم بالاتفاق ، أم كانت غير مفروضة بشيء مما ذكر وذلك كسائر الديون ، وإنما تسقط بالأداء أو الإبراء ، وهذا ما يتفق مع موجب عقد الزواج .

وأما عن دين النفقة ومضي الزمان فكما قلنا إن عند الحنفية إن كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو بحكم القضاء ، أو كانت الزوجة مأذوناً لها بالاستدانة على الزوج واستدانت بالفعل ، فإن هذه النفقة تكون ديناً على الزوج ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فإن لم يكن مأذوناً لها بالاستدانة ، أو كان مأذوناً لها ولم تستدن عن تلك المدة تكون ديناً على الزوج كذلك ، ولكنه يكون قابلاً للسقوط بموت أحد الزوجين ونشوز الزوجة والإبراء والطلاق إن كان بسبب من قبلها ، كما يسقط بالأداء كذلك .

وإن لم تكن النفقة مفروضة بالتراضي ولا بحكم القاضي لا تكون ديناً على الزوج ؛ لأن النفقة مشروعة للكفاية ، فلا تصير لها بدون القضاء كنفقة الأقارب ؛ ولأنها تجب يوماً فيوماً فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب ؛ ولأن نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها كنفقة الأقارب ، ولأن النفقة صلة والصلوات لا تتأكد بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكد كالهبة والصدقة من حيث إنها لا تتم إلا بالقبض ^(٢) .

وقال الجمهور: إن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان ولا تسقط إلا

(١) انظر المرجع السابق .

(٢) المبسوط : ١٨٤/٥ . الإسلام والأسرة : ص ٤٥٠ .

بالأداء أو الإبراء ، سواء كان الزوج موسراً في أثناء مدة الامتناع عن الإنفاق أم كان معسراً ، وسواء كانت النفقة مفروضة بحكم القاضي أم بالاتفاق ، أو كانت غير مفروضة بشيء مما ذكر .

حادي عشر : إعسار الزوج بالنفقة :

اختلف الفقهاء في إسقاط النفقة بالإعسار . قال الحنفية : ومن أعسر بالنفقة لم يفرق بينهما ، وتؤمر الزوجة بالاستدانة : لتحيل عليه : لأنه في التفريق إبطال حقه ، وفي الاستدانة تأخير حقه مع بقاء حقه ، والإبطال أضر ، فكان دفعه أولى ، فإذا فرض لها القاضي ، وأمرها بالاستدانة ، صارت ديناً عليه ، فستتمكن من إحالة الغريم عليه ، والرجوع في تركته لو مات ، ولو استدانته بغير أمر القاضي تكون المطالبة عليها ، ولا يمكنها الإحالة عليه ، ولا ترجع في تركته : لأنها لا ولاية لها عليه (١).

والنفقة المفروضة على الزوج لا تسقط بإعساره بل تكون ديناً يطالب به إذا أيسر ، وذلك لقوله تعالى : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ (٢). فإن الله تعالى أمر بتأجيل مطالبة المعسر إلى الميسرة ، وفي هذا دليل على عدم سقوط الواجب إذا لم يقدر المكلف على أدائه لإعساره ، بل يصير ديناً يطالب به عند الميسرة .

فعند الحنفية كما سبق ، إذا طلبت زوجة المعسر من القاضي أن يفرق بينها وبين زوجها لإعساره وعجزه عن النفقة ، فلا يجيبها القاضي إلى طلبها ، ولا تسقط النفقة عن الزوج بإعساره (٣).

أما عند الشافعية والحنابلة : فللزوجة أن تفسخ الزواج إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر كلها أو بعضها ، ولا تفسخ إذا أعسر بما زاد عن نفقة المعسر :

(١) انظر الاختيار : ٦/٤ ، اللباب : ٩٦/٣ . الدر المختار ورد المحتار : ٥٩٠/٣ . البحر الرائق : ١٨٥/٤ .

فتح القدير : ٣٨٩/٤ ، ٣٩٠ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٠ .

(٣) انظر الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٣٣٢ .

لأن الزيادة تسقط بإعساره ، ولا تسقط النفقة عن الزوج بإعساره ، بل تكون ديناً عليه يطالب بها إذا أيسر .

قال الشافعية : وإذا أعسر الزوج بنفقة المعسر ، فلها أن تفسخ النكاح؛ لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، قال: (يفرق بينهما) ^(١)؛ لأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل ، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى ، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ؛ لأن البدن لا يقوم بما دون المد ، وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر ، لم يثبت لها الفسخ؛ لأن ما زاد غير مستحق مع الإعسار ، وإن أعسر بالآدم لم يثبت لها الفسخ؛ لأن البدن يقوم بالطعام من غير آدم ، وإن أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ ؛ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة ، كما لا يقوم بغير القوت ، وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ ؛ لأن النفس تقوم بغير الخادم ، وإن أعسر بالمسكن ففيه وجهان .

وإذا ثبت لها الفسخ واختارت المقام معه ، ثبت لها في ذمتها ما يجب على المعسر من الطعام والآدم والكسوة ونفقة الخادم ، فإذا أيسر طولب بها ؛ لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها ، فإذا قدر طولب بها كسائر الديون ، ولا يثبت لها في الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر ؛ لأنه غير مستحق ^(٢).

وجاء في الإقناع عند الشافعية كذلك : وإن أعسر الزوج بنفقتها المستقبلية ؛ لتلف ماله مثلاً ، فإن صبرت وأنفقت على نفسها من ماله أو مما اقترضته ، صار ديناً عليه ، وإن لم يفرضها القاضي كسائر الديون المستقرة ، فإن لم تصبر فلها فسخ النكاح ، أما لو أعسر بنفقة ما مضى فلا فسخ على الأصح ^(٣).

(١) سنن الدارقطني : ٢٩٧/٣ . حديث رقم ١٩٤ .

(٢) انظر المهذب : ١٦٣/٢ . الإقناع للماوردي : ١٤٣/١ .

(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع وحاشية البجيرمي : ٨٧/٤ . كفاية الأخيان : ٩٢/٢ . السراج الوهاج شرح متن المنهاج : ص ٤٧٠ .

● مسقطات النفقة الزوجية ●

وقال الشافعي: «وإذا فرق بينهما ثم أيسر لم ترد عليه ، ولا يملك رجعتها في العدة إلا أن تشاء هي بِنكاح جديد»^(١).

وقال الحنابلة : وإذا أعسر الزوج بنفقة القوت ، أو أعسر بالكسوة - أي كسوة المعسر - أو أعسر ببعض نفقة المعسر ، أو كسوته ، أو أعسر بمسكن معسر ، أو صار لا يجد النفقة إلا يوماً دون يوم ، فلها فسخ النكاح من زوجها المعسر ، وخيرت على التراخي بين الفسخ من غير انتظار وبين المقام معه على النكاح ؛ لقوله تعالى : ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾^(٢). وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف ، فتعين التسريح ؛ ولقوله ﷺ : (امراتك تقول أطعمني وإلا فارقني)^(٣). وعن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ؟ قال: يفرق بينهما . قال أبو الزناد لسعيد : سنة ؟ قال سعيد : سنة^(٤) . ولأن هذا أولى بالفسخ من الفسخ بالعجز عن الوطء . وإذا اختارت المقام فلها تمكينه ، وتكون النفقة ديناً في ذمته ما لم تمنع نفسها ؛ لأن ذلك واجب على الزوج ، فإذا رضيت بتأخير حقها فهو في ذمته ، كما لو رضيت بتأخير مهرها ، ولها المقام على النكاح ، ومنعه من نفسها ، فلا يلزمها تمكينه ، ولا الإقامة في منزله ، وعليه ألا يحبسها ، بل يدعها تكتسب ، ولو كانت موسرة ؛ لأنه لم يسلم لها عوض الاستمتاع^(٥).

والتفريق عند الشافعية والحنابلة بالإعسار ففسخ لا طلاق ، وعند المالكية طلاق .

(١) الأم : ٩١/٥ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٩ .

(٣) سنن الدارقطني : ٢٩٧/٣ حديث (١٩١) . السنن الكبرى : ٤٧٠/٧ . مسند أحمد : ٥٤٧/٢ . حديث رقم (١٠٨٣٠) .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي : ٤٦٩/٧ باب الرجل لا يجد نفقة . مصنف ابن أبي شيبة : ١٦٩/٤ باب في الرجل يعجز عن نفقة امرأته .

(٥) انظر كشاف القناع : ٤٧٧/٥ ، ٤٧٦ . الروض المربع : ١٢٤/٧ ، ١٢٥ . المغني : ٣٦١/١١ .

وقال المالكية : إن واجبات الزوجة من نفقة وما معها تسقط عن الزوج بإعساره ، أي في ذمته فقط ، وسواء دخل بها أم لا ، لقوله تعالى : ﴿لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ، لَا يَكُفَّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾^(١) . وهذا معسر لم يؤته شيئاً ، فلا يكلف بشيء ، وإذا سقطت فأنفقت على نفسها شيئاً في زمن إعساره ، فإنها لا ترجع عليه بشيء من ذلك ؛ لأنها ساقطة عنه في هذه الحالة ، وتحمل على التبرع ، وسواء كان في حال الإنفاق حاضراً أو غائباً ، والمراد بالسقوط عدم اللزوم ؛ لانقضاء تكليفه حين العسر . وإذا أعسر بعد أن كان موسراً فإن ما تجمد لزوجه في زمن اليسر من نفقة ، فإنه باقٍ في ذمته كسائر الديون ، تأخذه منه إذا أيسر ، سواء كان فرضه حاكماً أم لا ، وللزوجة إن عجز الزوج عن النفقة الحاضرة أو المستقبلية الخيار في المقام معه على ذلك أو الفسخ .

وللزوجة طلب فسخ النكاح إن عجز زوجها عن النفقة الحاضرة ، ولم تعلم الزوجة حال العقد فقره وإعساره ، فإن كانت قد علمت فليس لها الفسخ ، ولو أيسر بعده ثم أعسر مدة ثانية . وللزوج الذي طلق عليه لعسره رجعتها إن وجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها عادة ، لا دونه فلا رجعة ، بل لا تصح^(٢) .

وقال الصاوي : إذا امتنع الزوج من النفقة وطولب بها فلما أن يدعي الملاءة ، ويمتنع من الإنفاق ، ولما ألا يجيب بشيء ، ولما أن يدعي العجز ، فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالاً ، وإن قال أنا موسر ولكن لا أنفق فقيل يعجل عليه الطلاق ، وقيل يحبس وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه ، وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر ، وإلا أخذ منه ، فإن ادعى العجز ، فلما أن يثبت ، أو لا ، فإن لم يثبت العجز قيل له طلق أو أنفق ، فإن امتنع من الطلاق والإنفاق تلوم له (أمهل) ثم طلق عليه ، وقيل يطلق عليه حالاً من

(١) سورة الطلاق من الآية ٧ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل : ١٩٥/٤ ، ١٩٦ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٤٥٩/٢ ، ٤٦٠ . الفواكه الدواني : ١٠٤/٢ . الشرح الصغير : ٧٤٧ ، ٧٤٥/٢ .

غير تلوم وهو المعتمد ، وإن أثبت عسره تلوم له (أمهل) ثم طلق عليه ، وما سبق في الزوج الحاضر .

وإن كان الزوج غائباً ، ولم يترك لها شيئاً ولا وكل وكيلاً بها ، ولا أسقطت عنه النفقة حال غيبته ، فإنه يطلق عليه للعسر بالنفقة دخل بها أو لم يدخل ، دعي إلى الدخول بها أو لم يدخل على المعتمد في المذهب المالكي ، إلا إذا كان له مال ظاهر فرضت لها فيه ^(١).

ويرى ابن حزم أن النفقة تسقط عن الزوج بإعساره ، وأن الزوجة يلزمها النفقة على زوجها إن كان عاجزاً وكانت غنية .

قال ابن حزم: ومن منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها -فسواء كان غائباً أو حاضراً هو دين في ذمته ، يؤخذ منه أبداً ، ويقضى لها به في حياته وبعد موته ... فمن قدر على بعض النفقة والكسوة ، فسواء قل ما يقدر عليه أو أكثر ، الواجب أن يقضى عليه بما قدر ، ويسقط عنه ما لا يقدر ، فإن لم يقدر على شيء من ذلك سقط عنه ، ولم يجب أن يقضى عليه بشيء ، فإن أيسر بعد ذلك قضي عليه من حين يوسر ، ولا يقضى عليه بشيء مما أنفقته على نفسها من نفقة أو كسوة مدة عسره ؛ لقوله: ﴿لَا يَكْفِيكَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا﴾ ^(٢). وقوله تعالى: ﴿لَا يَكْفِيكَ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ ^(٣). فصح يقيناً أن ما ليس في وسعه ، ولا آتاه الله إياه ، فلم يكفه الله عز وجل إياه ، وما لم يكفه الله تعالى فهو غير واجب عليه ، وما لم يجب عليه فلا يجوز أن يقضى عليه به أبداً أيسر أو لم يوسر . وهذا بخلاف ما يجب لها من نفقة أو كسوة فمنعها إياها -وهو قادر عليها- فهذا يؤخذ به أبداً أعسر أو لم يعسر ؛ لأن الله تعالى كلفه إياه ، فهو واجب عليه ، فلا يسقطه عنه إعساره ، لكن يوجب الإعسار أن ينظر إلى ميسرة . ولو أن الزوج يمنعها النفقة أو الكسوة أو الصداق ظلماً ، أو لانه فقير

(١) الشرح للصغير وحاشية للصاوي : ٧٤٦/٢ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٦ .

(٣) سورة الطلاق من الآية ٧ .

لا يقدر لم يجز لها منع نفسها منه من أجل ذلك : لأنه وإن ظلم فلا يجوز لها أن تمنعه حقاً له قبلها ، إنما لها أن تنتصف من ماله - إن وجدته له - بمقدار حقها ، فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه وامراته غنية ، كلفت النفقة عليه ، ولا ترجع بشيء من ذلك عليه إن أيسر ^(١).

إذن يرى المالكية والظاهرية أن النفقة تسقط بالإعسار ، ويرى الشافعية والحنابلة ، أنها لا تسقط ويجوز لها طلب التفريق ، ويرى الحنفية أنها لا تسقط ولا يجوز لها طلب التفريق للإعسار . وأما القانون فقد نصت المادة الأولى منه على أنه : «تعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء» . ولم يفرق القانون بين ما إذا كان الزوج موسراً أو معسراً ولا بين ما إذا كان فرض النفقة بالاتفاق أو بحكم القاضي أو بدونهما ، ولا بين ما إذا كانت الزوجة مأزوناً لها بالاستدانة أم لا ، فلا تسقط النفقة بالإعسار وتكون ديناً ..

ثاني عشر : المطلقة ثلاثاً (المعتدة بعد الطلقة الثالثة) :

اختلف الفقهاء في إسقاط نفقة المبتوتة : فقال الحنفية لها النفقة والعدة ، فقد جاء عندهم : ولكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة ما دامت في العدة ، أما المطلقة الرجعية فلأنها في بيته منكوجة له كما كانت من قبل ، وإنما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة ، وذلك غير مسقط للنفقة .

وأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة ، وقالوا عن حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها عندما طلقها زوجها ثلاثاً ، فلم يجعل لها رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى ^(٢) . قالوا : إن في صحة هذا الحديث كلاماً ،

(١) المطى : ٣٢٧ ، ٣٢٦ / ١١ ، المسائل : ١٩٣١ ، ١٩٣٢ ، ١٩٣٣ ، ١٩٣٤ .

(٢) صحيح مسلم : كتاب الطلاق حديث رقم (٧١١ ، ٧١٢ ، ٧١٣) ، سنن الترمذي : كتاب النكاح حديث رقم

(١٠٥٤) ، وأخرجه كذلك في كتاب الطلاق واللعان حديث رقم (١١٠٠) . قال الترمذي : هذا حديث

حسن صحيح ، سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق حديث رقم (٢٠٢٦) ، مسند أحمد : حديث رقم

(٢٦٠٥٨) ، مسند القبائل .

فإنه روى أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده .

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «تلك المرأة فسدت العالم -أي بروايتها هذا الحديث» (١).

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا ﷺ بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت، حفظت أم نسيت، سمعت رسول الله ﷺ يقول: (للمطلة ثلاثاً النفقة والسكنى ما دامت في العدة)، (٢).

وتأويل الحديث عندهم من وجهين :

أحدهما : أن زوجها كان غائباً ، فإنه خرج إلى اليمن ، ووكّل أخاه بأن ينفق عليها خبز الشعير ، فأبّت هي ذلك ، ولم يكن الزوج حاضراً ليقضى عليه بشيء آخر .

الثاني : أنها كنت بذيعة اللسان ، على ما روي أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها ، فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم رضي الله عنه فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ، ولا سكنى ، ثم لا خلاف في استحقاقها السكنى ، فإنه منصوص عليه ، بقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بَيْتِهِنَّ﴾ (٣)، وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ (٤).

فقال علماؤنا: النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح ، وهذه العدة حق من حقوق النكاح ، فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى ، فكذلك النفقة ، وباستحقاق السكنى

(١) عند مسلم : قالت عائشة رضي الله عنها: «ما لفاطمة بنت قيس خير في أن تذكر هذا الحديث» . كتاب الطلاق حديث رقم (٢٧٢٣) .

(٢) صحيح مسلم : كتاب الطلاق : حديث رقم (٢٧١٩) ، سنن أبي داود : كتاب الطلاق حديث رقم (١٩٤٨) ، سنن الدارمي : كتاب الطلاق حديث رقم (٢١٧٤) ، سنن الترمذي : كتاب الطلاق واللعان حديث رقم (١١٠٠) ، مسند الإمام أحمد : مسند القبائل : حديث رقم (٢٦٠٧٢) .

(٣) سورة الطلاق من الآية ١ .

(٤) سورة الطلاق من الآية ٦ .

يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ، ما دامت في العدة ، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين ، يثبت بسبب ملك اليد . فإذا ثبت أن النفقة لها ، قلنا لا بد من سبب لاستحقاق النفقة بينها وبين الزوج ، ولا سبب لذلك سوى العدة ^(١) . وبما سبق قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وعمر ، وابن مسعود ^(٢) .

وقال الحنابلة : إن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً فلا نفقة لها ، وفي السكنى روايتان إحداها : لها ذلك . والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة ، وهي ظاهر المذهب وهو قول علي ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاؤوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وداود . واستدلوا على أنها ليس لها نفقة ولا سكنى بقول قاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ قال لها أن ليس لك عليه نفقة ولا سكنى وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ^(٣) .

وفي لفظ فقال لها رسول الله ﷺ : (انظري يا ابنة قيس ، إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة ، فلا نفقة ولا سكنى) ^(٤) .

قال ابن عبد البر : من طريق الحجة وما يلزم فيها ، قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأجح ؛ لأنه ثبت عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله مراده ، ولا شيء يدفع ذلك ، ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : ﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ۖ ﴾ ^(٥) .

(١) انظر المبسوط : ٢٠١/٥ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ . أحكام القرآن للجصاص : ٣٥٥/٥ . تفسير ابن كثير : ٣٨٤/٤ . اللباب : ٩٣/٣ . الاختيار : ٨/٤ .

(٢) المغني : ٤٠٣/١١ . المبدع : ١٩١/٨ . التشريع والفقه في الإسلام تاريخاً ومنهجاً : ص ١٤٩-١٥١ . الإنصاف : ٣٦٠/٩ .

(٣) سنن الترمذي : كتاب النكاح حديث رقم (١٠٥٤) . صحيح مسلم : كتاب الطلاق (٢٧٠٩ ، ٢٧١٠ ، ٢٧١١) .

(٤) سنن النسائي : كتاب الطلاق حديث رقم (٣٣٥٠) ، مسند الإمام أحمد : باقي مسند الانصار حديث رقم (٢٥٨٥١) .

(٥) سورة الطلاق من الآية ٦ .

وقال الحنابلة عن قول عمر : وأما قول عمر ومن وافقه ، فقد خالفه علي وابن عباس ، ومن وافقهما والحجة معهم ، ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ ، فإن قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره ، ولم يصح عن عمر أنه قال: لا ندع كتاب ربنا، وسنة نبينا ، لقول امرأة ، فإن أحمد أنكره ، وقال: أما هذا فلا ، ولكن قال: لا نقبل في ديننا قول امرأة ، وهذا أمر يرده الإجماع ، على قبول قول المرأة في الرواية ، فأبي حجة في شيء يخالفه الإجماع ، وترده السنة ويخالفه فيه علماء الصحابة .

قال إسماعيل بن إسحاق : نحن نعلم أن عمر لا يقول: لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله ، والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملاً ، بقوله سبحانه: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾^(١) . وأما غير ذوات الحمل ، فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن ؛ لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق^(٢) .

قال ابن القيم: المطلقة البائن لا نفقة لها ولا سكنى ، بسنة رسول الله ﷺ ، بل موافقة لكتاب الله ، وهي مقتضى القياس ، ومذهب فقهاء الحديث^(٣) . وقال الشافعية : فإن طلقها طلاقاً بائناً وجب لها السكنى في العدة حائلاً كانت أو حاملاً ؛ لقوله عز وجل: ﴿وأسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾^(٤) ، وأما النفقة فإنها إن كانت حائلاً لم تجب ، وإن كانت حاملاً وجبت ؛ لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾^(٥) . فأوجب النفقة مع الحمل ، فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل^(٦) .

(١) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٢) انظر المغني : ٤٠٢/١١ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ . منار السبيل : ٢٣٨/٢ .

(٣) نقلاً عن حاشية الروض المربع : ١١٣/٧ .

(٤) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٥) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٦) المهذب : ١٦٤/٢ . السراج الوهاج : ص ٤٧٠ .

وقال المالكية : إن لها السكنى ولا نفقة لها ، واستدلوا بما رواه مالك في موطنه من حديث فاطمة ، وفيه : فقال رسول الله ﷺ : (ليس لك عليه نفقة) ^(١) . وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ، ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقي على عمومته في قوله تعالى : ﴿ اسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ ، وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ، بأنه كان في لسانها بذاءة ^(٢) .

قال ابن عبد البر : والمبتوتة لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً ، فإن كانت حاملاً كان لها السكنى والنفقة ، وكل مطلقة بائن كالمختلعة وغيرها فهي بمنزلة المبتوتة ، والسكنى لكل مطلقة حامل أو غير حامل ، مبتوتة وغير مبتوتة ، ولا سكنى ولا نفقة لمطلقة لا عدة عليها ، وهي التي لم يدخل بها ^(٣) .

وذهب ابن حزم أن المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ولا سكنى . وقال : لعمري لو لم يأت أثر لكان الواجب أن لا نفقة لمبتوتة ولا سكنى ؛ لأنها أجنبية ، ليست بزوجة ، فلا حق لها في ماله - لا في إسكان ، ولا في نفقة ، والعدة شيء ألزمها الله إياها ، لا مدخل للزوج في إسقاطه ولا الزيادة فيه ^(٤) . ومما سبق يتبين أن الحنفية أوجبوا للمبتوتة النفقة والسكنى ، ولم يوجب الحنابلة والظاهرية لها شيئاً على عكس الحنفية ، وأوجب المالكية والشافعية لها السكنى دون النفقة .

ثالث عشر : المعتدة من وفاة :

إذا كانت المرأة معتدة لوفاة زوجها ، فلا تجب لها النفقة بأنواعها المختلفة باتفاق الأئمة الأربعة ؛ لأنه لا سبيل لإيجاب النفقة على الزوج

(١) الموطأ : كتاب الطلاق حديث رقم (١٠٦٤) .

(٢) بداية المجتهد : ١٤٥/٢ . الجامع لأحكام القرآن : ١١٦/١٨ .

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : ٦٢٧/٢ .

(٤) انظر المحلى : ١١/٦٦٨-٧٠١ .

• مستطانات النفقة الزوجية •

لانتفاء ملكه بالوفاة ، ولا سبيل لإيجابها على الورثة ؛ لأنها من آثار عقد الزواج ، وعقد الزواج عقد شخصي بين الزوجة وزوجها المتوفى ، ولا يسوغ إيجاب شيء من آثار العقد الشخصي على غير العاقد^(١).

قال الحنفية : ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها سواء كانت حاملاً أو غير حامل ؛ لأن احتباسها ليس لحق الزوج ، بل لحق الشرع ، فإن التبرص عبادة منها ، ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه ، حتى لا يشترط فيها الحيض ، فلا تجب نفقتها عليه ؛ ولأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، ولا ملك له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة ؛ ولأن المتوفى غالباً يترك شيئاً فترث منه زوجته ، فتتفق على نفسها مما ورثته منه^(٢).

وقال المالكية : إذا مات الرجل عن امرأته ، فلا نفقة لها من ماله ، حائلاً كانت أم حاملاً ، فإذا وضعت حملها كان رضاع الولد في ماله ، وإن لم يكن له مال ، فرضاعه في بيت مال المسلمين ، وليس على أحد من ورثة أبيه رضاة ، وليس على أمه رضاة ، موسرة كانت أو معسرة ، إلا أن لا يقبل الرضاة من غيرها ، فيلزمها إرضاعه . إلا أن مالكا قال : تجب لها السكنى مدة العدة ، لو كان المسكن مملوكاً للزوج ، أو كان غير مملوك له ، ولكنه دفع أجرته قبل وفاته ، فإن لم يكن مملوكاً له ، أو لم يدفع أجرته قبل وفاته ، فلا تجب لها السكنى^(٣).

قال الشافعية : إن كانت الزوجة معتدة عن الوفاة لم تجب لها النفقة ؛ لأن النفقة إنما تجب للمتمكن من الاستمتاع ، وقد زال التمكين بالموت ، أو بسبب الحمل ، والميت لا يستحق عليه حق لأجل الولد . وهل تجب لها

(١) انظر الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٥٤٤ . تفسير الطبري : ١٤٦/٢٨ .

(٢) انظر الهداية : ٤٤/٢ . وجاء في الأحكام الشرعية للمادة (٣٣١) « لا تجب النفقة بأنواعها للمرأة المتوفى عنها زوجها سواء كانت حائلاً أم حاملاً ، .

(٣) التفريع لابن الجلاب : ١١٢/٢ ، ١٢٠ . المدونة : ٤٧٥/٢ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٥٤٤ .

السكنى ٩ فيه قولان ، أحدهما : لا تجب وهو اختيار المزنبي ؛ لأنه حق يجب يوماً بيوم ، فلم تجب في عدة الوفاة كالنفقة . والثاني : تجب لما روت فريعة بنت مالك ، أن النبي ﷺ قال : (اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، أربعة أشهر وعشراً) ^(١) ؛ ولأنها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى المطلقة .

وقال الحنابلة : فأما المعتدة من الوفاة ، فإن كانت حائلاً ، فلا سكنى لها ولا نفقة ؛ لأن النكاح قد زال بالموت ، وإن كانت حاملاً ، ففيها روايتان ، إحداهما : لها السكنى والنفقة ؛ لأنها حامل من زوجها ، فكانت لها السكنى والنفقة ، كالمفارقة في الحياة . والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة ؛ لأن المال قد صار للورثة ، ونفقة الحامل وسكنائها إنما هو للحمل أو من أجله ، ولا يلزم ذلك الورثة ؛ لأنه إن كان للميت ميراث ، فنفقة الحمل من نصيبه ، وإن لم يكن له ميراث ، لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة . قال القاضي : وهذه الرواية أصح ^(٢).

وقال ابن حزم : ولا نفقة ولا سكنى للمتوفى عنها زوجها ، وقال : ولم يصح في وجوب السكنى للمتوفى عنها أثر أصلاً ؛ لأن المنزل لا يخلو من أن يكون ملكاً للميت ، أو ملكاً لغيره ، فإن كان ملكاً لغيره - وهو مكثري أو مباح - فقد بطل العقد بموته ، فلا يحل لأحد سكناه إلا بإذن صاحبه ، وطيب نفسه ، وإن كان ملكاً للميت فقد صار للغرماء أو الورثة ، أو للوصية ، فلا يحل لها مال الغرماء ، والورثة ، والموصى لهم ، وإنما لها منه مقدار ميراثها إن كانت وارثة فقط ، وهذا برهان قاطع لأنح ، وما عدا هذا فظلم لا خفاء فيه ^(٣).

(١) مسند أحمد : باقي مسند الأنصار حديث رقم (٢٥٨٤) ، سنن الترمذي : كتاب الطلاق واللعان حديث رقم (١١٢٥) . سنن النسائي : كتاب الطلاق حديث رقم (٣٤٧١ ، ٣٤٧٢ ، ٣٤٧٤) . سنن أبي داود : كتاب الطلاق حديث رقم (١٩٥٧) . سنن ابن ماجه : كتاب الطلاق حديث رقم (٢٠٢١) .

(٢) انظر المغني : ٤٠٥/١١ .

(٣) المحلى : ٦٦٧/١١ ، ٦٦٩ ، ٦٧٠ .

رابع عشر : المعتدة من نكاح فاسد أو شبهة :

إذا كانت الزوجة معتدة من زواج فاسد أو شبهة ، فلا نفقة لها عند الجمهور ، إذ لا نفقة لها في الزواج الفاسد ، ولا نفقة لها في أثناء العدة منه . قال الحنفية : لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد ؛ لانعدام سبب الوجوب ، وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها ، بسبب النكاح ؛ لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد ، وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ، وكذا في عدة منه ، إن ثبت حق الحبس ؛ لأنه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه ، وإنما يثبت لتحسين الماء ؛ ولأن حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح ، فلما لم تجب في النكاح ، فلأن لا تجب في العدة أولى ^(١) .

فلو غاب رجل عن زوجته فتزوجت بآخر ، ودخل بها وفرق بينهما بعد عود الأول ، فلا نفقة لها في عدتها ، لا على الأول ، ولا على الثاني ؛ لأنها معتدة من وطء الثاني بعقد فاسد ، فلا نفقة لها عليه ، ولا على زوجها ؛ لأنها منعت نفسها بمعنى من جهتها ^(٢) .

وقال الشافعية : وإن نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، ودخل بها ، وفرق بينهما ، لم تجب لها السكنى ؛ لأنها إذا لم تجب مع قيام الفراش ، واجتماعهما على النكاح فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى . وأما النفقة فإنها إن كانت حائلاً لم تجب ؛ لأنها إذا لم تجب في العدة عن نكاح صحيح ، فلأن لا تجب في العدة عن نكاح فاسد أولى . وإن كانت حاملاً ، فعلى القولين : إن قلنا إن النفقة للحامل لم تجب ؛ لأن حرمتها في النكاح الفاسد غير كاملة ، وإن قلنا إنها تجب للحمل وجبت ؛ لأن الحمل في النكاح الفاسد كالحمل في النكاح الصحيح ^(٣) .

وقال الحنابلة : ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد ؛ لأنه

(١) بدائع الصنائع : ١٦/٤ الدر المختار و رد المحتار : ٥٧٦/٣ .

(٢) رد المحتار : ٥٧٦/٣ .

(٣) المهذب : ١٦٥/٢ .

ليس بينهما نكاح صحيح ، فإن طلقها ، أو فرق بينهما قبل الوطء ، فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ، ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلاً ؛ لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى .

وإن كانت حاملاً ، فإن قلنا لها النفقة إذا كانت حاملاً فلها ذلك قبل التفريق ؛ لأنه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى . ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها ، لم يرجع عليها بشيء ؛ لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب فهو مستطوع به ، وإن لم يكن عالماً فهو مفرط فلم يرجع به ، كما لو أنفق على أجنبية ^(١).

وقال المالكية : إن كانت المرأة حاملاً ممن تزوجها زواجاً فاسداً ، أو اتصل بناءً على شبهة ، وجبت لها النفقة والسكنى عليه ؛ لأنها محبوسة بسببه فيكون ملزماً بنفقتها وسكنائها طوال مدة العدة ، وإن كانت غير حامل ، وجب لها السكنى فقط ^(٢).

خامس عشر : الزوجة المختلة (المعتدة بعد الخلع) :

اختلف الفقهاء في سقوط نفقة عدة المختلة ، فقال الحنفية لا تسقط ، وقال الأئمة الثلاثة تسقط .

قال الحنفية : إذا قال الرجل لزوجته خالعتك في نظير كذا من الأموال فقبلت ، وقع الطلاق البائن ، ولزمتها العدة ، فما دامت فيها ، وجبت لها النفقة ؛ لأنه هو السبب في هذه الفرقة ، وإن كان لها دخل فيها بالقبول ، إذ لو لم تقبل لم يقع الطلاق ، ولكن محل وجوب نفقة العدة على الزوج في هذه الصورة إذا لم تحصل البراءة منها وقت الخلع ، بأن قال لها خالعتك على كذا ونفقة العدة فقبلت ، وقع الطلاق البائن ، ولا تلزمه نفقة العدة؛ لرضاها بسقوطها ، وهي حقها فتسقط ^(٣).

(١) المغني : ٤٠٧/١١ ، ٤٠٨ . كشف القناع : ٤٦٥/٥ .

(٢) انظر الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٥٤٤ ، المدونة : ٤٧٩/٢ .

(٣) انظر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٤٤٩/١ ، ٤٥٠ . الفتاوى الهندية : ٥٥٠/١ .

إذن لا تسقط النفقة عند الحنفية إلا إذا نص عليها ؛ لأنه إذا نص عليها صارت من بدل الخلع فتسقط به ؛ ولأنه إذا تم الخلع بين الزوجين وقعت طلقة بائنة ؛ لأن الزوجة إنما دفعت المال لتتخلص من سلطان الزوج عليها، ولا يتم لها ذلك ، إلا إذا كان الطلاق الواقع عليها بائناً ، وإذا وقع بائناً، فلها النفقة عند الحنفية .

فإذا خالعت الزوجة زوجها في مقابل إبرائه من نفقة العدة ، صح الخلع، وبرئ الزوج من النفقة ، وإن كانت النفقة غير معلومة ؛ لأن هذه الجهالة يسيرة ، والجهالة اليسيرة لا تضر في الخلع ؛ ولأن المرأة بهذا الخلع تسقط حقها في المطالبة بنفقتها مدة العدة ، وذلك أمر ثابت لها ، وإن كان المقدار غير معلوم ، فيصح الإسقاط ، وإن كان الساقط مجهولاً .

ولو اتفق الزوجان على الخلع في مقابل إسقاط السكنى عن الزوج في مدة العدة ، صح الخلع ، ولا تسقط عنه السكنى ؛ لأن سكنى المطلقة مدة العدة في البيت الذي كانت تسكنه وقت الطلاق واجب يلزم به المطلق حقاً للشرع ، فلا تملك الزوجة أن تعفيه منه ، إلا إذا كان ذلك البيت ملكاً لها، أو لم يكن ملكاً لها ، ولكن التزمت أن تسكنه وتدفع أجرته من مالها ، فإنه يصح أن تعفي الزوج من هذه الأجرة ؛ لأن حق الشرع لا يفوت بذلك ^(١) .

قال الخصاف : والمختلعة والمبارئة لها النفقة ، والسكنى ما دامت في العدة ، فإن اختلعت على أن أبرأته من النفقة والسكنى صححت البراءة عن النفقة ولم تصبح عن السكنى ؛ لأن النفقة حقها ، والسكنى حق الشرع، لكن لو أبرأته عن مؤنة السكنى يصح ^(٢) .

وقال المالكية : ولا نفقة للمختلعة إلا أن تكون حاملاً ، فتكون لها النفقة حتى تضع حملها ، ولها السكنى ما دامت في العدة ، حاملاً كانت أو غير حامل ^(٣) .

(١) انظر الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ص ٤٦٧ ، ٤٦٨ .

(٢) انظر كتاب النفقات للخصاف : ص ٧٧ .

(٣) التفريع : ٨٣/٢ ، المدونة : ٤٧٤/٢ .

قال ابن عبد البر : وكل مطلقة بائن كالمختلعة وغيرها ، فهي بمنزلة المبتوتة ، أي لها السكنى ، ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً ، فإن كانت حاملاً كان لها السكنى والنفقة ^(١).

وقال الخرشي : إن المطلقة بائناً بثلاث ، أو بخلع ، أو بفسخ ، أو إيقاع حاكم ونحوه ، لا نفقة لها إن لم تحمل ؛ لقوله تعالى : ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهم حتى يضعن حملهن﴾ ^(٢).

فشرط في نفقة المطلقة البائن أن تكون حاملاً ، فتنتفي النفقة لانتهاء شرطها ، وهو مذهبنا ، ومذهب الشافعي . وأوجب أبو حنيفة لها النفقة في العدة كالسكنى ؛ لأنها محبوسة بسببه فيهما ، وهذا إن لم تحمل ، فإن حملت فلها النفقة ^(٣).

وقال الحنابلة : والبائن بفسخ أو طلاق أو على عوض إن كانت حائلاً فلا نفقة لها ولا سكنى ، لحديث فاطمة بنت قيس ، أما إن كانت حاملاً فلها النفقة والكسوة والسكنى ^(٤).

قال الخرقي : وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ، فلا سكنى لها ولا نفقة ؛ إلا أن تكون حاملاً . وقال ابن قدامة : إن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فإما أن يكون ثلاثاً ، أو بخلع ، أو بائن بفسخ ، وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى ، بإجماع أهل العلم ؛ لأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها ، فوجب كما وجبت أجره الرضاع ، وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها وفي السكنى روايتان ، إحداهما : لها السكنى . والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة وهي ظاهر المذهب ^(٥).

(١) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : ٦٢٧/٢ . وانظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٤٥٧/٢ .

أسهل الدارك : ١٢١/٢ . الخرشي على مختصر خليل : ١٩٢/٢ .

(٢) سورة الطلاق من الآية ٦ .

(٣) الخرشي على مختصر خليل : ١٩٢/٢ .

(٤) الروض الربيع والحاشية : ١١٣/٧ .

(٥) الفني : ٤٠٣ ، ٤٠٢/١١ .

وإذا خالعت المرأة زوجها ، وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ، ولا للولد حتى تقطعه ، أما إذا خالعت ، ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كما لو طلقها ثلاثاً وهي حامل ؛ لأن الحمل ولده ، فعليه نفقته ، وإن أبرأته من الحمل ، عوضاً في الخلع ، صح ، سواء كان العوض كله أو بعضه ، ويبرأ حتى تقطعه ، إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك . أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالاته لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها ، وهي مدة الحمل والإرضاع ؛ لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إلي العرف ، وإن اختلفا في مدة الرضاع انصرف إلى حولين ^(١).

وقال الشافعية : إذا طلق الرجل زوجته على عوض ، أو خالعتها فلا رجعة له ، سواء كان العوض صحيحاً أو فاسداً ، وسواء قلنا الخلع فسخ أو طلاق ؛ لأنها بذلت المال لتملك البضع ، فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليه ، ولا يلحق المختلعة طلاق ؛ لأنها تبين بالخلع ، والبائن لا يلحقها طلاق ؛ لأنها أجنبية ، بدليل عدم جواز النظر والخلوة ونحوهما ، وعلى ذلك فإنها تجب لها السكنى في العدة حائلاً كانت أو حاملاً ، وأما النفقة ، فإنها إن كانت حائلاً لم تجب ، وإن كانت حاملاً وجبت ^(٢). وقد رأينا أن الخلع عند المذاهب الأربعة طلاق بائن ، ولكن يرى ابن حزم أن المختلعة مطلقة طلاقاً رجعيّاً ، لا تخرج فيه من موضعها الذي طلقها فيه ، حتى تتم عدتها ، وعلى ذلك فلها النفقة والسكنى .

قال ابن حزم : ومن خالغ امرأته خلعاً صحيحاً لم يسقط بذلك عنه نفقتها وكسوتها وإسكانها في العدة ، إلا أن تكون ثلاثة مجموعة أو مفرقة ، ولا يسقط بذلك عنه ما بقي عليه من صداقها ، قل أو كثر ^(٣).

(١) المغني : ٤٠٨/١١ .

(٢) روضة الطالبين : ٦٦/٩ ، المهذب : ١٦٤/٢ ، كفاية الأخيار : ٥١/٢ ، ٥٢ .

(٣) انظر المحلى : ٦٧٠ ، ٦٠٠/١١ ، مسألة (١٩٨٥ ، ٢٠٠٨) .

سادس عشر : الزوجة الملائنة (المعتدة بعد الملائنة) :

اختلف الفقهاء في الفرقة بالملائنة ، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن الفرقة باللعان فرقة بتطليقة بائنة ؛ لأنها تتوقف على القضاء ، وكل فرقة يقوم بها القاضي تعد طلاقاً بائناً ، فيزول ملك النكاح ، وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج ، ما دام على حالة اللعان ، ولا يمكن للرجل أن يتزوجها بعد ذلك إلا في حالتين :

الأولى : إذا أكذب الزوج نفسه فجلد الحد ؛ لأن هذا يعد رجوعاً عن الشهادة ، والشهادة لا حكم لها بعد الرجوع عنها ، وحينئذ يحد حد القذف ، ويثبت نسب الولد منه إذا كان القذف بنفي الولد ، أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته ، جاز النكاح بينهما ويجتمعان .

الثانية : أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة ، إذ بذلك ينتفي السبب الذي كان من أجله التفريق .

وذهب الأئمة الثلاثة وأبو يوسف وزفر والحسن بن زياد إلى أن الفرقة باللعان تعد فسخاً ، وهي توجب حرمة مؤبدة ، كحرمة الرضاع والمصاهرة ، فلا يمكن أن يعود المتلاعنان إلى الزواج بعدها أبداً ، وعلى هذا لو أكذب الزوج نفسه أو خرج عن أهلية الشهادة ، أو صدقته الزوجة ، فلا تحل له ؛ لقول رسول الله ﷺ في المتلاعنين : (لا يجتمعان أبداً)^(١) . وهو ظاهر الدلالة على المطلوب ؛ ولأن اللعان قد وجد وهو سبب التفريق ، وهو رأي جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم أنهم قالوا : المتلاعنان لا يجتمعان أبداً^(٢) .

أما عن النفقة فقال الحنفية : إذا قذف الرجل زوجته بصريح الزنا ، ورفعت أمرها إلى الحاكم ، وتلاعن الزوجان ، وفرق الحاكم بينهما ، وجبت

(١) سنن أبي داود : كتاب الطلاق حديث رقم (١٩١٨) . الموطأ : كتاب الطلاق حديث رقم (١٠٣٦) .

(٢) انظر بدائع الصنائع ٢٤٥/٣ . الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : ص ٥١٤ ، ٥١٥ . الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : ٦١٤/٢ .

● مسقطات النفقة الزوجية ●

عليها العدة ، ولها النفقة والسكنى ما دامت فيها : لأن هذه الفرقة آتت من قبله ، وإن كان لها دخل فيها ، لكنه هو السبب لحصول القذف منه أولاً ، فهي مضطرة للدفاع عن شرفها وعرضها : لأن كل فرقة عندهم طلاقاً أو فسخاً ، وقعت من قبل الزوج ، لا توجب سقوط النفقة ، سواء كانت بمعصية أم لا ، فتجب عليه النفقة في العدة وإن طالت (١).

وقال المالكية : إن المطلقة يائناً بثلاث ، أو بخلع أو بفسخ ، أو إيقاع حاكم ونحوه ، لا نفقة لها إن لم تحمل ، فشرط في نفقة المطلقة أن تكون حاملاً ، فإن حملت فلها النفقة (٢).

وجاء في المدونة : وأما الملائنة فلا نفقة لها على الزوج إن كانت حاملاً : لأن ما في بطنها ليس يلحق الزوج ولها السكنى (٣).

وقال الشافعية : وإن لاعنها بعد الدخول ، فإن لم ينف الحمل وجبت النفقة ، وإن نفى الحمل لم تجب النفقة : لأن النفقة تجب في أحد القولين للحمل . والثاني تجب لها بسبب الحمل ، والحمل منتف عنه ، فلم تجب بسببه النفقة . وأما السكنى ففيها وجهان . أحدهما : تجب لأنها معتدة عن فرقة في حال الحياة ، فوجب لها السكنى كالمطلقة ، والثاني : لا تجب ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى أن لا تثبت لها ، من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ، ولا متوفى عنها زوجها : ولأنها لم تحصن ماءه ، فلم يلزمه سكناها (٤).

وقال الحنابلة : وأما الملائنة ، فلا سكنى لها ولا نفقة إن كانت غير حامل : لما روي عن ابن عباس قال : ففرق رسول الله بينهما - يعني

(١) انظر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٤٤٩/١ . رد المحتار : ٦٠٩/٣ . كتاب النفقات : ص ٧٨ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل : ١٩٢/٤ .

(٣) المدونة : ٤٧٤/٢ . أسهل المدارك : ١٢١/٢ .

(٤) اللمع : ١٦٥/٢ .

المتلاعنين - وقضى أن لا بيت لها عليه ، ولا قوت ^(١) . وكذلك إن كانت حاملاً فنقي حملها ، وإن لم ينفه ، ولحقه نسبه ، فلها السكنى والنفقة ؛ لأن ذلك للحمل ، أولها بسببه ، وهو موجود ، فأشبهت المطلقة البائن ^(٢) .

سابع عشر : ردة الزوجة :

قال الحنفية : ولو أن امرأة الرجل ارتدت عن الإسلام ، بانت منه ، ولم يكن لها عليه نفقة العدة ؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها بسبب هو معصية . فكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة فلا نفقة لها ، وكذلك إن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت سقطت نفقتها ، وإنما سقطت النفقة في هذه الصور ؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصارت كما إذا كانت ناشزة ، فتسقط نفقتها ، والنفقة الساقطة هي الطعام والكسوة ، أما السكنى فلا تسقط ؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها ، فهو حق الله ، فلا يسقط بمعصيتها ، وأما النفقة فواجبة لها فتجazy بسقوطها لمعصيتها .

ومتى سقطت النفقة لا تعود ، وإن زال السبب المسقط لها ، فإذا ارتدت الزوجة سقطت نفقتها ، فإذا فرض أنها أسلمت والعدة باقية فلا تستحق شيئاً من النفقة أيضاً ؛ لأنها سقطت بالردة والساقط لا يعود ^(٣) .

وقال المالكية : إن المرتدة لها النفقة والسكنى ما دامت حاملاً ؛ لأن الولد يلحق بأبيه فمن هنا وجبت النفقة ، وإن كانت غير حامل استتبيت ، فإن تابت وإلا ضرب عنقها ، وليس على الزوج نفقة في هذه الاستتابة ؛ لأنها قد بانت منه ، وإن رجعت إلى الإسلام كانت تطليقة بائنة ولها السكنى ^(٤) .

(١) سنن أبي داود : كتاب الطلاق حديث رقم (١٩٢٣) .

(٢) المغني : ٤٠٤/١١ ، ٤٠٥ .

(٣) انظر كتاب النفقات : ص ٨٠ ، الهداية : ٤٥/٢ . الدر المختار يورد المختار : ٦١١/٣ . شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٤٥٣/١ . جاء في المادة (٣٢٦) من الأحكام الشرعية : «كل فرقة جاءت من قبل المرأة وكانت بمعصيتها ترجب سقوط النفقة ، فلا تجب للمعدة لفرقة ناشئة عن ربتها بعد المخول أو الخلوة بها أو عن فعلها طائفة ما يوجب حرمة المصاهرة بأصل زوجها أو بفرعه ، وإنما تكون لها السكنى إن لم تخرج من بيت العدة» .

(٤) المدونة : ٤٧٨/٢ .

• مسقطات النفقة الزوجية •

وقال الشافعية : وإن ارتدت المرأة سقطت نفقتها ؛ لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، فهل تجب نفقة ما مضى في الردة ؟ قال الشيرازي : فيه طريقان من أصحابنا .

وإن ارتدت الزوجة وعادت إلى الإسلام والزوج غائب استحققت النفقة من حين عادت إلى الإسلام . وإن أسلم الزوج بعد الدخول ، وهي مجوسية أو وثنية وتخلفت في الشرك سقطت نفقتها ؛ لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، وإن أسلمت قبل انقضاء العدة ، فهل تستحق النفقة للمدة التي تخلفت في الشرك ؟ قال الشيرازي : فيه قولان ، أحدهما : تستحق ؛ لأن بالإسلام زال ما تشعث من النكاح ، فصار كأن لم يكن . والقول الثاني : أنها لا تستحق ؛ لأنه تعذر التمكن من الاستمتاع فيما مضى ، فلم تستحق النفقة كالناشزة إذا رجعت إلى الطاعة ^(١).

وعند الحنابلة قال ابن قدامة : ولو ارتدت المرأة سقطت نفقتها ، فإن عادت إلى الإسلام عادت نفقتها بمجرد عودها ؛ لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها بخروجها عن الإسلام ، فإن عادت إليه ، زال المعنى المسقط ، فعادت النفقة ^(٢).

وقال البهوتي : إنه بمجرد إسلام المرتدة في غيبة زوجها بعد الدخول في العدة تعود نفقتها ، وبمجرد إسلام متخلفة عن الإسلام في غيبته -أي الزوج- لزمت النفقة ؛ لأن الردة وتخلفها عن الإسلام أسقط النفقة لحصول الفرقة بينهما ، كسقوطها بالطلاق ، فإذا رجعت عن ذلك عاد النكاح إلى حاله فعادت النفقة ^(٣). إذن تسقط نفقة معتدة الفرقة بسبب من جهة الزوجة بسبب محذور ، كان تردد الزوجة عن دين الإسلام ، أو تمتنع

(١) انظر المذهب : ١٦٠/٢ ، ١٦١ ، الوسيط : ٢١٦/٦ .

(٢) المغني : ٤١٠/١١ .

(٣) كشف القناع : ٤٧٣/٥ .

عن الإسلام بعد أن يسلم زوجها ، ولم تكن كتابية ؛ لأن النفقة فيها معنى الصلة ، فإذا وقعت الفرقة من جهة المرأة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة ، بل تستحق العقوبة والزجر ؛ ولأن الفرقة لما جاءت من جهتها بغير حق كانت مبطله لحقها في النفقة . وقد نص فقهاء الحنفية كما سبق على أن الذي يسقط بهذه الفرقة هو الطعام والكسوة ، أما السكنى فلا تسقط بهذه الفرقة ؛ لأن فيها حقاً لله تعالى ، فلا يسقط بمعصية من جهتها ، وهذا بخلاف الطعام والكسوة ؛ لأن كلاً منهما حق خالص للمرأة فيسقط بفعلها الذي هو معصية ^(١) . ونصت الفقرة الرابعة من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية على سقوط نفقة المرتدة فقالت: «ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت» .

أثر الردة على الزواج :

اتفق الفقهاء على أنه إذا ارتد أحد الزوجين ، حيل بينهما فلا يقربها بخلوة ولا جماع ولا نحوهما .

قال الحنفية : إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين بآنت منه امرأته مسلمة كانت أو كتابية ، دخل بها أو لم يدخل ؛ لأن الردة تنافي النكاح ، ويكون ذلك فسخاً عاجلاً ، لا طلاقاً ، ولا يتوقف على قضاء . ثم إن كانت الردة قبل الدخول ، وكان المرتد هو الزوج فلها نصف المسمى أو المتعة ، وإن كانت هي المرتدة فلا شيء لها وإن كان بعد الدخول فلها المهر كله سواء كان المرتد الزوج أو الزوجة .

قال المالكية في المشهور : إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين ، كان ذلك طلاقاً بائنة ، فإن رجع إلى الإسلام لم ترجع له إلا بعقد جديد ما لم تقصد المرأة بردها ففسخ النكاح ، فلا يفسخ معاملة لها بنقيض قصدها . وقيل عندهم : إن الردة فسخ بغير طلاق .

(١) انظر الفقه المقارن للأحوال الشخصية : ص ٤٨٠ .

• مسقطات النفقة الزوجية •

قال الشافعية : إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين فلا تقع الفرقة بينهما حتى تمضي عدة الزوجة قبل أن يتوب ويرجع إلى الإسلام ، فإذا انقضت بانت منه ، وبينونتها منه فسخ لا طلاق ، وإن عاد إلى الإسلام قبل انقضائها فهي امرأته .

قال الحنابلة : إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح فوراً ، وتنصف مهرها إن كان الزوج هو المرتد ، وسقط مهرها إن كانت هي المرتدة . ولو كانت الردة بعد الدخول ففي رواية تنجز الفرقة ، وفي أخرى تتوقف الفرقة على انقضاء العدة ^(١).

قال الزيدية : إذا ارتدت عن الإسلام والزوج باق ، أو يسلم الزوج أو أحد أبويه وهو صغير وتبقى على الكفر وهي بالغة فقد وقع الفسخ لأمر يقضي النشوز من المرأة فلا نفقة لها في العدة ^(٢).

ثامن عشر : الزوجة العاصية بما يوجب حرمة المصاهرة :

إذا فعلت الزوجة بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، بأن قبلت أباه ، أو ابنه بشهوة ، أو مكنته من نفسها تسقط نفقتها وإن كانت في العدة عند أبي حنيفة وأصحابه ؛ لأنها بذلك تحرم على زوجها حرمة مؤبدة ، بفعلها هذه الأشياء ؛ ولأن سبب الفرقة معصية من جهتها، ولكن محل سقوط نفقتها ، في هذه الحالة إن كانت طائفة ، فلو أكرهت على تمكينه منها ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها مضطرة في ذلك ، ولا بد أن يكون ما فعلته بعد الدخول أو الخلوة .

وقد سقطت النفقة في هذه الصورة ؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصارت كما إذا كانت ناشزة ، فتسقط نفقتها ؛ لأن النفقة فيها معنى الصلة ، فإذا وقعت الفرقة من جهة المرأة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة ، بل تستحق العقوبة والزجر ؛ ولأن الفرقة لما جاءت من

(١) انظر الموسوعة الفقهية : ١٩٨/٢٢ . الم : ١٦٠/٦ . المبسوط : ٤٩/٥ . المدونة : ٤٧٨/٢ .

(٢) التاج المذهب : ١٩٠/٢ .

جهتها بغير حق كانت مبطله لحقها في النفقة . والنفقة الساقطة في هذه الصورة ، هي الطعام والكسوة أما السكنى ، فلا تسقط ؛ لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها ، وأما النفقة فواجبة لها ، فتجازى بسقوطها لمعصيتها ^(١).

وأوجب الحنفية لها النفقة بكل أنواعها إذا كان الفسخ بسبب من قبل الزوج ، سواء كان السبب مباحاً كخيار البلوغ أو الإفاقة أو للمبانة بالإيلاء ، أو بسبب محظور كفعله مع إحدى أصول الزوجة أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة ، أو إباته عن الإسلام ، أو ربه ، وسواء حصلت الفرقة بغير القاضي أو بقضائه . وكذلك لا تسقط النفقة إذا كان سبب الفسخ من قبل الزوجة ولكنه ليس محظوراً ، كخيار البلوغ ، والإفاقة ، أو الفسخ بسبب نقصان مهرها عن مهر مثلها إذا زوجت نفسها بدون إذن وليها ؛ لأن الفسخ عند الحنفية يأخذ حكم الطلاق البائن في أكثر أحكامه وبخاصة ما يتعلق منها بالعدة ^(٢).

تسعة عشر : الزوجة المعتدة لفقد الزوج :

قال الشيرازي من الشافعية : إذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة ؛ لأنها محبوسة عليه في بيته ، فإن طلبت الفرقة بعد أربع سنين ففرق الحاكم بينهما ، فإن قلنا بقوله القديم ، إن التفريق صحيح فهي كالمتوفى عنها زوجها ؛ لأنها معتدة عن وفاة ، فلا تجب لها النفقة ، وفي السكنى قولان . فإن رجع الزوج ، فإن قلنا: تسلم إليه عادت إلى نفقته في

(١) انظر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٤٥٣/١ . الدر المختار ورد المحتار : ٦١١/٣ . كتاب النفقات : ص ٨٠ . الفقه للقارن للأحوال الشخصية : ص ٤٨٠ . وجاء في المادة (٢٢٦) من الأحكام الشرعية: «كل فرقة جاءت من قبل المرأة وكانت بمعصيتها ، توجب سقوط النفقة ، فلا تجب للمعتدة لفرقة ناشئة عن ربتها بعد النكاح أو الغلوة بها ، أو عن فعلها طائفة ما يوجب حرمة المصاهرة بأصل زوجها أو بفرعه وإما تكون لها السكنى إن لم تخرج من بيت زوجها .

(٢) انظر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : ٤٤٨/١ . ٤٤٩ وما بعدها . أحكام الأسرة في الإسلام : ص ٤٦٥ .

المستقبل ، وإن قلنا: لا تسلم إليه ، لم يكن لها عليه نفقة ، وإن قلنا بقوله الجديد ، إن التفريق باطل ، فلها النفقة مدة التريص ، ومدة العدة ؛ لأنها محبوسة عليه في بيته ، وإن تزوجت سقطت نفقتها ؛ لأنها صارت كالناشزة ^(١).

وقال المالكية : بعد أن يكشف الحاكم أمر المفقود ، ويعلن أنه لم يعرف خبره ولا موضعه ، فإن زوجته تعتد حينئذ كعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، ولا نفقة لها فيها ؛ لأنه متوفى عنها ، ولأن المتوفى عنها لا نفقة لها ، بخلاف الأجل (وهو أربعة أعوام ، فإن لها فيها النفقة) سواء دخل بها أم لا ^(٢).

وعند الحنابلة : تسقط النفقة بتفريق الحاكم بينهما وبين زوجها المفقود ، أو بزواجها من غيره ، وقيل بالعدة ^(٣).

وجاء في كشاف القناع : وإن ضرب الحاكم لامرأة المفقود مدة التريص فلها فيها النفقة ؛ لأنه لم يحكم بموته بعد ، ولا نفقة لها في العدة ؛ لأنه حكم بموته بعد مدة التريص ، فصارت معتدة للوفاة ، والوجه الثاني لها النفقة قاله القاضي ، وهو نص أحمد ؛ لأن النفقة لا تسقط إلا بيقين الموت ، ولم يوجد هاهنا . وقيل إن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضاً ؛ لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما ، فإن تزوجت سقطت نفقتها ، وإن فرق الحاكم بينهما سقطت النفقة ؛ لانقطاع الزوجية ظاهراً ^(٤).

وقال ابن حزم : ومن فقد فعرف أين موضعه ، أو لم يعرف في حرب فقد أو في غير حرب ، وله زوجة أو أم ولد ومال ، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً ، وهي امرأته حتى يصح موته ، أو تموت هي ، ولا تعتق أم

(١) المهذب : ١٦٥/٢ . مغني المحتاج : ٣٩٨ ، ٣٩٧/٣ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل : ١٥٠/٤ .

(٣) كتاب الفروع : ٥٤٨/٥ .

(٤) كشاف القناع : ٤٢٤/٥ ، الإقناع : ١١٤/٤ .

ولده ، ولا تباع أمته ، ولا يفرق ماله ، لكن ينفق على من ذكرنا من ماله ، فإن لم يكن له مال بيعت الأمة ، وقيل للزوجة ولأم الولد: انظروا لأنفسكما ، فإن لم يكن لهما مال مكتسب أنفق عليهما من سهم الفقراء والمساكين من الصدقات كسائر الفقراء ^(١).

وقال الحنفية : وينفق على أولاده من ماله ، فإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت ^(٢).

وجاء في المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية: «يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدته ، ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي سنة من تاريخ فقدته في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان في طائرة سقطت ، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد في أثناء العمليات العسكرية ... وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات ، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً» .

وجاء في المادة (٢٢) من القانون نفسه: «عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة تعدد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى» .

(١) المحلى : ٤٠٠/١١ .

(٢) الباب شرح الكتاب : ١٦٧ ، ١٦٦/٢ .

الخاتمة

- ١- إنه من القواعد المقررة فقهاً أن من حبس لحق غيره فنفقتة واجبة على ذلك الغير ، وإن المرأة إذا حبست على الزوج للقيام على البيت، ورعاية شئونه ، وفرغت نفسها لمنفعة زوجها ، فتكون نفقتها واجبة عليه .
- ٢- المرأة الناشئة بغير عذر تسقط نفقتها ، والنشوز يكون بالامتناع من فراش الزوج ، وبالامتناع من الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، وبالامتناع من السفر معه أو الخروج بدون إذنه وبدون مبرر شرعي .
- ٣- إذا سافرت الزوجة بغير إذن زوجها سقطت نفقتها عنه ؛ لأنها في حكم الناشئة ، وإن سافرت بإذنه في حاجته لا تسقط نفقتها ، وإن كان سفرها في حاجتها بإذنه فالأولى عدم سقوط نفقتها في رأينا .
- ٤- أداء الزوجة لفريضة الحج مع محرم أو رفقة مأمونة لا يسقط نفقتها ، وكذلك أدائها للصلاة في أول وقتها ، وصيامها للفرص ، أو قضاؤها للصيام في آخر شعبان لا يسقط نفقتها . وأما أدائها لحج التطوع أو صوم التطوع أو القضاء للصيام مع سعة الوقت بغير إذنه كل ذلك يسقط نفقتها .
- ٥- لا تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا كانت صغيرة بحيث لا تصلح للرجال ، ولا تشتهى للوقاع ؛ لأن الاحتباس الموجب للنفقة هو الذي يكون وسيلة إلى المقصود المستحق بالعقد ، وما لم يوجد فلا تجب لها النفقة . وفي الزوجة الكبيرة إذا كان الزوج صغيراً ففي النفقة عليها خلاف بين الفقهاء .
- ٦- إذا مرضت الزوجة قبل الزفاف بحيث لا يمكنها الانتقال إلى بيت الزوج ، فلا تستحق النفقة ؛ لأن الاحتباس غير ممكن ولا يتأتى الاستعداد له ، أما لو انتقلت إلى بيت الزوج ومرضت فيه فلها النفقة وعليه علاجها .

٧- المرأة العاملة إذا طلب منها زوجها ترك العمل ، وكان ينفق عليها النفقة اللازمة لمثلها ورفضت ترك العمل سقطت نفقتها لنشوزها ، ولقوات الاحتباس اللازم عليها لزوجها .

٨- المرأة المحبوسة بجناية أو الهاربة تسقط نفقتها إلا إذا حبست ظملاً أو اغتصبت فأرى ألا تسقط نفقتها بذلك .

٩- المعقود عليها بعقد فاسد لا نفقة لها فيه ولا في عدة منه ؛ لأن شرط وجوب النفقة أن يكون العقد صحيحاً ، ففي العقد الفاسد لم يتحقق سبب وجوب النفقة وهو الاحتباس المشروع المؤدي إلى المقصود من النكاح .

١٠- يصح إبراء الزوجة زوجها من النفقة الماضية إن كانت مفروضة بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين ، وإن كانت غير مفروضة بقضاء القاضي أو بالتراضي فلا يصح الإبراء منها عند الحنفية ، ويصح الإبراء منها عند الجمهور .

١١- إن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان ولا تسقط إلا بالاداء أو الإبراء ، سواء كان الزوج موسراً في أثناء مدة الامتناع عن الإنفاق أم كان معسراً ، وسواء كانت النفقة مفروضة بحكم القاضي أم بالاتفاق أم كانت غير مفروضة بشيء مما ذكر .

١٢- أوجب الحنفية النفقة والسكنى للمطلقة ثلاثاً وأسقطها الحنابلة والظاهرية ، وأوجب المالكية والشافعية لها السكنى دون النفقة ، أما المتوفى عنها فلا نفقة لها ولا سكنى ؛ لأنه لا سبيل لإيجاب النفقة على الزوج لانقضاء ملكه بالوفاة ، وأوجب الإمام مالك لها السكنى في مدة العدة إذا كان المسكن مملوكاً للزوج أو دفع أجرته قبل وفاته . وتسقط نفقة المعتدة لفقد الزوج للحكم بوفاته ، ولا تسقط مدة التبرص ؛ لأنه لم يحكم فيها بموته .

• مسقطات النفقة الزوجية •

١٣- الزوجة التي خالعت زوجها لا نفقة لها عند الأئمة الثلاثة ، وأوجب الحنفية والظاهرية لها النفقة . ومن لاعنها زوجها أوجب أبو حنيفة لها النفقة والسكنى ، ولم يوجب المالكية والحنابلة والشافعية لها نفقة ولا سكنى .

١٤- تسقط نفقة معتدة الفرقة إذا كانت الفرقة بسبب من الزوجة وكانت الفرقة بسبب محظور ، كأن ترد الزوجة عن دين الإسلام ، أو تمتنع عن الإسلام بعد أن يسلم زوجها ولم تكن كتابية ، أو فعلت بأصول زوجها أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : كتب التفسير :

- ١- أحكام القرآن : لأحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى ٣٧٠هـ دار إحياء التراث العربي ، بيروت - ١٤٠٥هـ .
- ٢- تفسير الطبري : لمحمد بن جرير الطبري المتوفى ٣١٠هـ ، دار الفكر ، بيروت - ١٤٠٥هـ .
- ٣- تفسير القرآن العظيم : لإسماعيل بن عمر بن كثير المتوفى ٧٧٤هـ ، دار الفكر ، بيروت - ١٤٠١هـ .
- ٤- تفسير القرطبي : لمحمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي المتوفى ٦٧١هـ ، دار الشعب ، القاهرة - ط الثانية - ١٣٧٢هـ .

ثالثاً : كتب الحديث :

- ٥- سبل السلام شرح بلوغ المرام : لمحمد بن إسماعيل الصنعاني ، دار الجيل ، بيروت - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- ٦- سنن ابن ماجه : لمحمد بن يزيد القزويني بن ماجه ، دار الفكر ، بيروت .
- ٧- سنن الترمذي : لمحمد بن عيسى الترمذي ، دار إحياء التراث ، بيروت .
- ٨- سنن الدارقطني : لعلي بن عمر الدارقطني ، دار المعرفة ، بيروت - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .
- ٩- سنن النسائي : لأحمد بن شعيب النسائي ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، حلب - ط الثانية - ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .
- ١٠- السنن الكبرى : لأحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، دار الباز ، مكة المكرمة - ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .
- ١١- صحيح البخاري : لمحمد بن إسماعيل البخاري ، دار ابن كثير ، بيروت - ط الثالثة - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

• مسقطات النفقة الزوجية •

- ١٢- صحيح مسلم : لمسلم بن الحجاج النيسابوري ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار إحياء التراث العربى - بيروت .
- ١٣- المسند : للإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، مؤسسة قرطبة - مصر .
- ١٤- مصنف ابن أبي شيبة : لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، مكتبة الرشد ، الرياض - ط الأولى - ١٤٠٩هـ .
- ١٥- الموطأ : للإمام مالك بن أنس ، دار إحياء التراث العربى - مصر .

رابعاً : كتب الفقه :

الفقه الحنفي :

- ١٦- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : على مذهب الإمام أبي حنيفة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربى ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت - ط الثانية - ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ١٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لزين الدين بن نجيم ، كراتشي - باكستان .
- ١٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، المتوفى سنة ٥٨٧هـ ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، لبنان - ط الثانية - ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .
- ١٩- تنوير الأبصار : للتمرتاشي وهو يمتن رد المختار ، ط الثانية، مصطفى البابي الحلبي - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .
- ٢٠- الدر المختار شرح تنوير الأبصار : للحصكفي ، وهو يمتن رد المختار، مصطفى البابي الحلبي بمصر - ط الثانية - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .
- ٢١- رد المختار على الدر المختار : لمحمد أمين بن عابدين ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - ط الثانية - ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .
- ٢٢- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : لمحمد زيد الإبياني، مكتبة النهضة ، بيروت - لبنان .

٢٣- شرح كتاب النفقات : لشمس الأئمة حسام الدين أبي محمد عمر بن برهان الأئمة عبد العزيز بن عمر البخاري ، المتوفى ٥٣٦هـ - دار السلفية - الهند .

٢٤- الفتاوى الهندية : للعلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان - ط الثانية - ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

٢٥- فتح القدير: لكمال الدين بن الهمام، مصطفى البابي الحلبي، ط الأولى - ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م .

٢٦- الكتاب : لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري ، المتوفى ٤٢٨هـ، وهو بمتم اللباب ، مكتبة محمد علي صبيح ، القاهرة - ط الرابعة - ١٣٨١هـ - ١٩٦١م .

٢٧- كتاب النفقات : للإمام المجتهد أبي بكر أحمد بن عمرو الخصاص الشيباني ، المتوفى ٢٦١هـ ، دار السلفية - الهند .

٢٨- اللباب شرح الكتاب : للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي، ط الرابعة، مكتبة محمد علي صبيح ، القاهرة - ١٣٨١هـ - ١٩٦١م .

٢٩- الميسوط : لشمس الدين السرخسي ، دار المعرفة ، بيروت - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

٣٠- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : لعبد الرحمن بن محمد شفي زاده ، دار إحياء التراث العربي .

٣١- منحة الخالق على البحر الرائق : لمحمد أمين بن عابدين ، كراتشي - باكستان .

٣٢- الهداية شرح بداية المبتدى : لبرهان الدين المرغيناني - المتوفى سنة ٥٩٣هـ ، المكتبة الإسلامية .

الفقه المالكي :

٣٣- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك : لأبي بكر حسن الكشناوي ، دار الفكر - ط الثانية .

● مسقطات النفقة الزوجية ●

٣٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المتوفى ٥٩٥هـ ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ، المكتبة الأزهرية للتراث ، القاهرة - ١٤١١هـ - ١٩٩١م .

٣٥- التفريع : لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري ، المتوفى ١٣٧٨هـ ، تحقيق الدكتور حسين بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت - ط الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م .

٣٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : لمحمد بن عرفة الدسوقي ، دار الفكر ، بيروت .

٣٧- حاشية الشيخ أحمد الصاوي المالكي على الشرح الصغير : وهي بهامش الشرح الصغير ، دار المعارف ، القاهرة - ط الأولى .

٣٨- حاشية الشيخ علي العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل : بيروت .

٣٩- الخرشي على مختصر خليل : للخرشي ، بيروت .

٤٠- الشرح الصغير : للشيخ أحمد بن محمد الدرديري ، دار المعارف - القاهرة .

٤١- الشرح الكبير لمختصر خليل : لأحمد بن محمد الدرديري ، وهو بهامش حاشية الدسوقي ، دار الفكر - بيروت .

٤٢- القواكه الدواني : للشيخ أحمد بن غنيم النفراوي المالكي الأزهرى ، المتوفى ١١٢٠هـ ، دار المعرفة - بيروت .

٤٣- قوانين الأحكام الشرعية : لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي ، دار العلم للملايين - بيروت .

٤٤- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : لابن عبد البر ، دار الكتب العلمية ، بيروت - ١٤٠٧هـ .

٤٥- المدونة الكبرى : للإمام مالك بن أنس ، دار الفكر ، بيروت - ١٣٩٢هـ - ١٩٨٧م .

الفقه الشافعي :

- ٤٦- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، وهو موجود بهامش حاشية البجيرمي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ٤٧- الإقناع للماوردي .
- ٤٨- الأم : للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان - الطبعة الثانية - ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .
- ٤٩- حاشية البجيرمي المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب : للشيخ سليمان البجيرمي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان - ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .
- ٥٠- روضة الطالبين وعمدة المفتين : ليحيى بن شرف النووي ، المكتب الإسلامي ، بيروت - ط الثانية - ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٥١- السراج الوهاج على متن المنهاج : للعلامة الشيخ محمد الزهري الغمراوي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .
- ٥٢- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار : لأبي بكر بن الحسين الدمشقي من علماء القرن التاسع الهجري ، مصطفى البابي الحلبي - ط الثانية - ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م .
- ٥٣- منهاج الطالبين : لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، وهو بمن مغني المحتاج .
- ٥٤- مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج : للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر - ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .
- ٥٥- المذهب : لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، دار الفكر ، بيروت .
- ٥٦- الوسيط : للإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، دار السلام ، القاهرة - ط الأولى - ١٤١٧ هـ .

الفقه الحنبلي :

٥٧- الإنصاح عن معاني الصحاح : ليحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي، المتوفى سنة ٥٦٠هـ - الرياض .

٥٨- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : لأبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ، المتوفى سنة ٩٦٨هـ ، تصحيح وتعليق عبداللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان .

٥٩- الإنصاف : لعلي بن سليمان المرداوي ، دار إحياء التراث العربي- بيروت .

٦٠- الروض المربع : لعبد الرحمن بن قاسم النجدي - ط الثانية - ١٤١٩هـ .

٦١- الروض المربع شرح زاد المستقنع : للبهوتي ، وحاشية الروض المربع : لعبد الرحمن بن قاسم النجدي - ط الثانية - ١٤١٩هـ .

٦٢- زاد المستقنع مع الروض المربع : لأبي النجا الحجاوي .

٦٣- الفروع : لابن مفلح ، عالم الكتب ، بيروت - ١٣٨٨هـ - ١٩٦٧م .

٦٤- الكافي في فقه أحمد : لابن قدامة المقدسي ، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة .

٦٥- كشف القناع : لمنصور بن يونس البهوتي ، بيروت - ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

٦٦- المبدع : لإبراهيم بن محمد بن مفلح ، المكتب الإسلامي ، بيروت - ١٤٠٠هـ .

٦٧- منار السبيل في معرفة الدليل : للشيخ إبراهيم بن ضويان ، بيروت - ط السادسة - ١٩٨٤م .

٦٨- المغني : لابن قدامة المقدسي، دار هجر - ط الثانية - ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .

الفقه الظاهري :

٦٩- المحلى : لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المتوفى سنة

٤٥٦هـ ، الناشر مكتبة الجمهورية العربية ، مصر - ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م .

خامساً : المراجع الحديثة :

٧٢- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية : للدكتور زكريا البري ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

٧٣- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية : للأستاذ زكي الدين شعبان- ط الثالثة - ١٩٧٣ م .

٧٤- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: للدكتور عبدالعظيم شرف الدين ، شرف الدين للتجارة ، طنطا ، القاهرة - ط الثالثة - ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م .

٧٥- أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون : للدكتور محمد مصطفى شلبي ، دار النهضة العربية ، بيروت - ط الثانية ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .

٧٦- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية : للدكتور أحمد فراج حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية - القاهرة .

٧٧- الأحوال الشخصية : للشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، القاهرة .

٧٨- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية : للشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد ، المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة - ط الثانية - ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .

٧٩- الإسلام والأسرة ، دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية : للدكتور عبد الفتاح محمد أبو العيتين ، مكتبة العالمية، المنصورة - القاهرة .

٨٠- التشريع والفقه في الإسلام تاريخاً ومنهجاً : للشيخ مناع القطان، مؤسسة الرسالة ، بيروت - ط السابعة - ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .

٨١- دراسات في أحكام الأسرة : للدكتور محمد بلتاجي ، مكتبة الشباب، القاهرة - ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

• مسقطات الثقة الزوجية •

٨٢- الزواج في الشريعة الإسلامية : للشيخ علي حسب الله ، دار الفكر، القاهرة - ط الأولى - ١٩٧١ م .

٨٣- الفقه الإسلامي وأدلته : للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق - ط الثالثة - ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .

٨٤- الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون : للأستاذ بدران أبو العينين ، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان .

٨٥- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات : إعداد ومراجعة الإدارة العامة للشؤون القانونية بالهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية - ١٩٩٩ م - ومعه المذكرة الإيضاحية .

٨٦- الموسوعة الفقهية : الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت .

٨٧- لسان العرب : لابن منظور المصري ، دار المعارف - القاهرة .

٨٨- المعجم الوسيط : الصادر عن مجمع اللغة العربية - القاهرة .

ماهية العقد في الفقه الإسلامي

الدكتور / صلاح عبد الغني الشرع (*)

مقدمة :-

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ، وعلى آله وأصحابه أجمعين ، وبعد ،،

إن المسائل الاقتصادية وما يتصل بها كانت ولا تزال الشاغل الأول للتفكير البشري وبخاصة في هذا العصر الذي طغت عليه المادة بمفاسدها ومفائنها فهو العصر الذي تقدم فيه الإنسان في ميادين المعرفة وازداد فهمه لحقيقة نفسه وللكون الذي يحيط به ، ازداد وعيه وازداد إدراكه لحاجاته ، فازدادت مطالبه ، فاشتدت الحاجة إلى هذا التعامل . وازداد نتيجة ذلك عوزة وفقره . فأخذ العلماء والمفكرون يسعون إلى إيجاد الحل الأمثل للقضاء على هذا الفقر وسوء التوزيع . فأخذوا بأساليب التبادل والمعاوضة بين الناس لتحقيق حاجاتهم ، واقتضى الأمر أن تنضبط هذه الأساليب بضوابط تصون التعامل بين الناس خشية أن ينقلب إلى شكل من أشكال الاستغلال والظلم .

والشريعة الإسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع الإلهية ، جاءت واقية بحاجات الناس في شتى ما يحتاجون ، بحيث تحقق للناس مصالحهم، وتعطي كل ذي حق حقه ، وتبين واجب كل من المتعاملين على أكمل الوجوه في كل زمان ومكان . فهي منهاج كامل للحياة البشرية بكل مقوماتها في عالم الروح والمادة وفي ضمير الفرد أو محيط الجماعة .

ونظراً لهذه الأهمية فإن برامج الدراسة في كليات الشريعة والقانون لا

(*) استاذ مشارك - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة - دولة الإمارات العربية المتحدة .

تخلو من أفراد نظرية العقد بالدراسة حتى يتعرف طلاب هذه الكليات على مفاهيم النظرية المتعلقة بكثير من جوانب العقود في الشريعة الإسلامية موضع الدراسة . وهو ما يعني أن الفقه الإسلامي لم يجمد حتى الآن وكأنه يتهيأ لاداء دوره المرتقب . ولأهمية هذا الموضوع رأيت أن أكتب بحثي هذا لتعم الفائدة .

وقد قمت بتقسيم البحث إلى أربع مباحث هي :

المبحث الأول : وسأتحدث فيه عن :

- ١- تعريف العقد عند أهل اللغة والفقه .
- ٢- معنى التصرف في اللغة وفي الفقه الإسلامي .
- ٣- العقد والوعد والفرق بينهما .

المبحث الثاني : وسأتحدث فيه عن :

- ١- معنى الركن .
- ٢- العاقدین .
- ٣- المعقود عليه (المبيع والثمن) .
- ٤- الصيغة .
- ٥- المراد باتحاد المجلس .
- ٦- عقود مستثناة من اتحاد المجلس .

المبحث الثالث : وسأتحدث فيه عن :

- ١- التعاقد حال حضور العاقدین .
- ٢- التعاقد بالكتابة .
- ٣- العقد بالإشارة .
- ٤- العقد بوسائل الاتصال الحديثة .

المبحث الرابع : وسأتحدث فيه عن اقسام العقود من حيث البحث :

- ١- عقود التمليكات ، بحسب موضوعها والفرق بينها .
- ٢- عقود معاوضات ، بحسب موضوعها والفرق بينها .
- ٣- عقود إسقاطات ، بحسب موضوعها والفرق بينها .
- ٤- تقسيم العقود إلى منجزة ومضافة ومعلقة ، من حيث الإطلاق والتقييد .
- ٥- تقسيم العقد إلى صحيح وفاسد وباطل ، من حيث الصحة وعدمها .
- ٦- تقسيم العقد الصحيح إلى نافذ وموقوف ، من حيث النفاذ وعدمه .

المبحث الأول

العقد

التعريف بالعقد : يطلق العقد في اللغة العربية على معان كثيرة - يجمعها كلها معنى: الربط والشد والتوثيق والضمنان والعهد والقوة والإبرام والالتزام ونقيض الحل سواء كان من جانب واحد أو من جانبين بشيء عملاً أو تركاً .

قال في القاموس : عقد الحبل والبيع والعهدة والعهد: شدة .

وفي المصباح : قيل عقدت البيع ونحوه ، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد توكيد ، وعاقدته على كذا ، وعقدته عليه بمعنى: عاهدته ، ومعقد الشيء مثل مجلس : موضع عقده وعقدة النكاح وغيره: أحكامه وإبرامه ، والجمع عقود . ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) . وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾^(٢) .

أي: أحكامه ، والمعنى: لا تعزموا على عقدة النكاح في أيام العدة^(٣) .

(١) سورة المائدة من الآية ١ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٥ .

(٣) انظر: المصباح والعرب: واللسان مادة "بيع" ، والحطاب ج ٤ ص ٢٢٢ .

معنى العقد عند الفقهاء : عرف الفقهاء العقد بتعريفين : أحدهما : أن العقد هو : ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المحل . وعلى هذا فمجرد وجود الإيجاب والقبول بدون وجود رابطة بينهما يرتب الشارع عليها أثراً ، لا يسمى عقداً . وقال صاحب العناية ^(١) في تعريف العقد " ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المحل . فالارتباط الحكمي بين الإيجاب والقبول أمر لا يتحقق وجود العقد بدونه فإذا قال شخص لآخر : بعتك هذا العقار بمائة دينار ، وأجابه الآخر بقوله قبلت : فإن الشخص الأول يكون قد ألزم نفسه بأن يسير العقار ملكاً لهذا القابل نظير أن يملك بائع العقار من مال المشتري مائة دينار ، وبالتالي يكون المشتري قد ألزم نفسه بأن يكون للبائع من ماله مائة دينار ، نظير أن يملكه البائع هذا العقار . ففي هذا العقد التزام من الطرفين ناتج من ارتباط كلام أحدهما بكلام الآخر وينشأ عن هذا الارتباط ويترتب عليه تبادل الملك في العوضين حيث يملك المشتري العقار المبيع نظير ملكية البائع للثمن . ويسمى الفقهاء الربط الحاصل بين الإيجاب والقبول على هذا الوجه انعقاداً .

وبناء عليه فلا يكون ما يتم بكلام طرف واحد عقداً على هذا الاصطلاح . مثل : الطلاق والعتاق المجردين عن العوض ، بأن يعتق أو يطلق مجاناً ، فإن الطلاق والعتاق يتم كل واحد منهما بإرادة منفردة هي إرادة المعتق والمطلق قبل الطرف الآخر . وكذلك الحال في الوقف على غير معين ، كالوقف على المؤسسات العامة أو على الفقراء مثلاً . ومثل ذلك الإبراء من الدين ، حيث يتم بإرادة الدائنين ولا يتوقف على قبول الدين عند جمهور الفقهاء ، وكذلك حق التنازل عن رد المبيع بسبب عيب يظهر فيه ، وكذلك النذر ، واليمين ، والتنازل عن الحقوق كحق الطريق . والسبل وحق الشفعة .

(١) انظر : العناية على هامش فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ لإكمال الدين محمد بن محمود البابرني ، مطبوع بهامش فتح القدير ، المطبعة الكبرى الاميرية الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ هـ بمصر .

فإن كل هذه التصرفات السابقة لا تسمى عقداً على هذا الاصطلاح، لعدم وجود الإيجاب والقبول من طرفين تتفق إرادتهما على إيجاد شيء معين ، لأن الموجود في التصرفات المذكورة إرادة واحدة فقط بها وجد التصرف ، وهذه الإرادة هي إرادة المطلق ، والحالف ، والناذر ، ومن تنازل عن حقه ، وإذا لم تتحقق الإرادتان فلا يسمى التصرف الحاصل بدونهما على هذا الاصطلاح عقداً .

ثانيهما: عرف الفقهاء العقد بتعريف آخر أعم من التعريف السابق فقالوا: العقد كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي سواء كان صادراً من شخصين أو أكثر كالبيع ، والإجارة ، وغيرهما ، أو من شخص واحد، كالنذر واليمين والهبة والصدقة .

وتعريف العقد بهذا أقرب إلى المعنى اللغوي ، إذ يصدق العقد لغة على كل ما ألزم الإنسان به نفسه من فعل شيء أو تركه ، كما أنه أعم من التعريف الأول لأنه ينتظم جميع التصرفات سواء أكانت توجد بإرادتين كالبيع مثلاً أم كانت توجد بإرادة واحدة كالوقف والإبراء من الدين، وغيرهما كما تنتظم جميع عقود التبرعات ، على رأي من يرى أنها تتم وتوجد من جانب المتبرع وحده ، كالصدقة والهبة ، والعطية ^(١).

مما ذكر سابقاً ينبغي أن يحمل قول من عرف العقد بأنه كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي على أن المراد بالتصرف التصرف القولي .

أما التصرف الفعلي الذي ينشأ عنه حكم شرعي كالقتل الذي يترتب عليه القصاص ، أو الدية ، والسرقه التي يترتب عليها الحد ، والإتلاف الذي يترتب عليه الضمان ، فإن كل واحد منها وإن كان تصرفاً ينشأ عنه حكم شرعي إلا أنه لا يسمى عقداً .

لأن المراد بالعقد : عادة وعرفاً التصرفات القولية ، وعلى هذا يكون

(١) انظر: البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٤ في باب البيع ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ .

المراد بالعقد بمعناه العام كل تصرف قولي ينشئ حكماً شرعياً ، سواء كان هذا التصرف صادراً من شخصين أو أكثر . أو كان صادراً من شخص واحد ، فالعقد على هذا يساوي الالتزام . أما التصرف فاعم منهما ، لأنه يشمل التصرف القولي والتصرف الفعلي ، كما يشمل التصرف الذي لا يتم إلا بين اثنين أو أكثر ، والتصرف الذي يتم بوجود إرادة واحدة .

يقول القرافي في الفروق ^(١) : اعلم أن الأصل في العقود للزوم لأن العقد إنما شرع لتحقيق المقصود من العقود به ، أو العقود عليه ، ودفع الحاجات ، ويناسب ذلك للزوم دفعاً للحاجة ، وتحصيلاً للمقصود غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود إلى قسمين :

أحدهما : فإن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقب العقد ، كالبيع ، والإجارة ، والنكاح ، والهبة ، والصدقة ، وعقود الولايات .

ثانيهما : لا يستلزم مصلحته مع الزوم ، بل مع الجواز وعدم الزوم . وهو خمسة عقود: الجعالة ، القراض ، المضاربة ، الوكالة ، تحكيم الحاكم ما لم يشرع في الحكومة .

فهنا أطلق العقد على التصرف الذي يتم بإرادة واحدة حيث سمي كلاً من الصدقة ، والهبة عقداً . وفي جامع الفصولين ^(٢) : ذكر الطلاق والعتاق والإبراء ، والاعتكاف ، في بيان ما يبطل من العقود بالشروط وما لا يبطل بها . ومن الواضح أن تسمية هذه الالتزامات عقوداً لا يتم إلا إذا كان المراد بالعقد معناه العام .

وجاء في كتاب التحرير للشيخ زكريا الأنصاري ^(٣) العقد نوعان :

أحدهما : يتفرد به عاقد واحد ، وهو النذور ، واليمين ، والحج ، والعمرة والوقف .

(١) انظر: الفروق للقرافي ج ٤ ص ١٣ .

(٢) انظر: جامع الفصولين ج ٢ ص ٢ .

(٣) انظر: التحرير وشرحه للأنصاري ج ٢ ص ٣ .

الثاني : يعتبر فيه عاقدان ... إلخ .

فهذا واضح في إطلاق العقد على ما يكون فيه التزام من جانب واحد .
أما الحنفية : فلا يطلقون العقد إلا على الالتزام الناشئ عن توافق إرادتين ، سواء في عقود المعاوضات : كالبيع ، والإجارة ، وعقود التبرعات : كالهبة .

قال صاحب الهداية : شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول ^(١) . كما قال في موضوع آخر : البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي ^(٢) .

وقال في موضع آخر تعليقا على صاحب البداية في بيان ما تنعقد به الهبة : وتصح بالإيجاب والقبول والقبض : أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد ، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول .

فظاهر هذا النص ، أن كل عقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول أي أنه لا بد في العقد من تلاقي إرادتين يستدل عليهما بالإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما . من كل ما يدل على الرضا ، وما لم يوجد فيه ذلك لا يسمى عند الحنفية عقداً . حتى ولو كان عقد تبرع كالهبة . إلا أن هذا الظاهر ليس محل اتفاق بين علماء المذهب الحنفي . فقد نقل صاحب تكملة فتح القدير عن صاحب النهاية ^(٣) : " أن الهبة تصح بالإيجاب وحده في حق الواهب ، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له لأن الهبة عقد تبرع ، فيتم بالتبرع ، فصار بمنزلة الإقرار والوصية " .

وظاهر هذا : أن عقود التبرع تتم بالتبرع وحده ، بمعنى أنها عقود يستقل بإيجادها المتبرع ، وتنشأ بإرادته المستقلة . وعلى هذا تكون العقود عندهم نوعين :-

(١) انظر: فتح القدير ج ٥ ص ٤ .

(٢) انظر فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ .

(٣) انظر: نتائج الأفكار ج ٧ ص ١١٤ ، ١١٥ .

أ- عقود معاوضات : ولا بد فيها من الإيجاب والقبول ، على معنى أنه لا بد فيها من تلاقي إرادتين ، فلا يملك أحد أن ينشئها بإرادته المستقلة .

ب- عقود تبرعات : وهذه يكفي في إنشائها إرادة المتبرع .

فهي إذن تنشأ بإرادة واحدة كما تسمى عندهم عقداً . وهذا استحسان . والقياس أن يكون القبول في عقود التبرعات ركناً . قال صاحب البدائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب ، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً ، والقياس أن يكون ركناً ، وهو قول زفر ، وفي قول قال : القبض ركن .

وفائدة هذا الخلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب فلم يقبل ، يحنث استحساناً ، وعند زفر : لا يحنث ما لم يقبل .

وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لم يحنث ^(١) .

ومن هذا يظهر لنا أن بعض علماء الحنفية يسمي ما ينشأ من الالتزامات بإرادة واحدة عقداً ، وإلى هذا ذهب الجصاص ، حيث أطلق العقد على كل التزام بشيء في المستقبل . أعم من أن يكون الالتزام من جهة واحدة كما في التبرعات أو يكون من جهتين كعقود المعاوضات ^(٢) .

وهكذا نرى أن المناط في وجود العقد عند جمهور الفقهاء هو التحقق من وجود إرادتي العاقلين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعي بينهما بما يدل على ذلك من عبارة أو غيرها ، وكثيراً ما يطلق العقد على ما يتم به الارتباط بين العاقلين من كلامين أو كتابتين ، أو غير ذلك مما يدل على توافقهما على التزام شرعي .

فيسمون مجموع "بعت كذا بكذا ، وقبلت ذلك : بعقد البيع .

(١) انظر نفس المصدر السابق .

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص الحنفي ج ٢ ص ٣٦٠ ، ٣٦١ .

فهذا هو العقد عند الفقهاء في أكثر إطلاقه لا يعنون به في أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين أو ما يتم به هذا الالتزام من عبارة أو كتابة أو فعل أو غير ذلك . أما ما يكون من طرف واحد فلا يسمى عقداً وإنما يسمى التزاماً أو تصرفاً .

ولما كان العقد تصرفاً من تصرفات الإنسان نوضح فيما يأتي :

معنى التصرف :

التصرف في اللغة : التقلب في الأمور . والسعي في طلب الكسب .
والتصرف في الفقه الإسلامي : هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويترتب عليه في الشرع نتائج . والتصرف إما قولی : أي قوامه ما يصدره الإنسان من قول أو فعل أو إشارة يترتب عليه الشارع حقاً معيناً .
 وإما فعلي : أي قوامه عمل غير لسانی . إحراز المباحثات ، والغصب ، والإتلاف ، واستلام المبيع ، وقبض الثمن .
والتصرف القولي : نوعان : عقدي وغير عقدي .

فالتصرف القولي العقدي : هو الذي يتم نتيجة إرادتين كالبيع والزواج وغيرهما من أنواع العقود .

أما التصرف القولي غير العقدي فنوعان :

- ١- ما كان عزيمة مبرمة ، وإرادة منشئة لحق كالوقف أو منهية له كالطلاق ، أو مسقطة له كما في الإبراء من الدين والتنازل عن حق الشفعة .
 - ٢- ما لم يكن شيئاً مما سبق ، لكنه أقوال تترتب عليها نتائج كالدعوى والإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم ^(١) .
- وبالنظر في أقسام التصرف السابقة يظهر: أن التصرف الفعلي لا شبه

(١) انظر ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ص ١٨ ، ٢٠ ، ٢١ ، للدكتور عبدان خالد التركماني ، دار الشروق ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

بينه وبين العقد ، وأن التصرف القولي العقدي يتفق مع العقد لما في كل منهما من اتفاق إرادتين ، وأن التصرف القولي غير العقدي قد يسمى عقداً في اصطلاح فريق من الفقهاء الذين يجعلون التصرف مرادفاً للعقد .
«ويعرفون العقد بأنه كل ما يعقد الشخص العزم عليه ولو كان بكلام طرف واحد» .

أما النوع الثاني من التصرف وهو (القول المحض) فليس فيه أي شبهة بالعقد ومن هنا كان التصرف أعم من العقد مطلقاً لأن العقد من بعض أنواع التصرف ، لأنه تصرف قولي محض . أما التصرف فيشمل العقد وغيره فيدخل فيه من التعهدات والالتزامات والإسقاطات ما ينفذ على الصادر منه بدون احتياج إلى قبول أحد ، كالوقف والطلاق والإبراء ورد المبيع بخيار شرط أو رؤية فكل عقد تصرف ولا عكس^(١).

هذا والتصرف قد يكون فيه التزام ، وقد لا يكون فيه .

فالالتزام في اللغة : من لزم يلزم لزوماً أي ثبت ودام ، يقال: لزمه المال: وجب عليه . ولزمه الطلاق: وجب عليه حكمه ، وألزمته المال والعمل فالتزم ، والالتزام : الاعتناق .

والالتزام في الاصطلاح : إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً عليه من قبل ، وقال الحطاب : إنه إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف أو معلقاً على شيء .

وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك . وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام . والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص^(٢).

(١) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ٦٦ عبد الرزاق السنهوري ، الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٠ للشيخ محمد أبو زهرة .

(٢) انظر: حاشية السنهوري ج ٣ ص ١٨٤ ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ٢ ص ١٠٩ لعز الدين بن عبد السلام ، طبعة سنة ١٣٥٣ هـ بمصر ، كشاف القناع شرح من الإقناع ج ٢ ص ١١٧ لمنصور بن يونس البهوتي ، المطبعة الشرقية الطبعة الأولى سنة ١٣١٩ هـ بالقاهرة .

العقد والالتزام : الالتزام يرادف التصرف القولي ، فيشمل كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال يرتب عليه الشارع أثراً ، سواء صدرت هذه الأقوال من طرف واحد أو من طرفين ، وسواء كانت لازمة كالبيع ، أو غير لازمة كالهبة ، فيدخل في الالتزام بهذا المعنى العقد . إذ هو التزامات متبادلة ، والإرادة المنفردة التي تنشئ التزاماً (١).

ويخص بعض الفقهاء الالتزام بالتصرف القولي الملزم ، أي الذي يجب الوفاء به ديانة وقضاء ، بحيث إذا لم يوف به الملتزم باختياره أمكن إجباره على هذا الوفاء قضاءً .

وعلى هذا التعريف يشمل الالتزام العقود اللازمة وحدها دون العقود الجائزة (٢).

والإلزام في الفقه : هو إيجاب أمر على شخص . والالتزام : هو إيجاب الشخص أمراً على نفسه (٣).

العقد والوعد ، والفرق بينهما :

اتفقت كلمة الفقهاء على أن العقد إذا وجد مستوفياً أركاناً وشروطه استتبع أثره في الحال ، ووجب على كل من المتعاقدين القيام بما التزم به ، فإن امتنع عن ذلك من غير مسوغ شرعي أجبره القاضي على ذلك بماله من ولاية عامة ، ومن هذا يتضح لنا أن العقد إنشاء التزام في الحال .

أما الوعد : فهو عبارة عن الإخبار عن الرغبة في فعل شيء في المستقبل تعود فائده على من حصل الإخبار من أجله وهو الموعود .

أما في عرف الفقهاء فالوعد : هو الإخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل (٤).

(١) انظر: أحكام المعاملات الشرعية ص ٦٨ للشيخ علي الخفيف .

(٢) انظر: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ٢٣٨ للدكتور حسين حامد حسان .

(٣) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي ج ٤ فصل اللام - باب الميم ص ١٧٧ .

(٤) انظر: العيني على البخاري ج ١ ص ٢٥٦ .

وقد اتفق الفقهاء على أن الوفاء بالوعد مستحب ، وأنه من مكارم الأخلاق . وإنما الخلاف بينهم في أمر وراء ذلك هو : وجوب الوفاء بالوعد . هل الوفاء به واجب ؟ فإذا امتنع الواعد عن الوفاء بما وعد به من غير مسوغ يجبره القاضي على ذلك كما يفعل في العقد ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما ألزم به نفسه لصاحبه ، أو أن الوفاء يرجع إلى إرادة الواعد ورغبته ، إن شاء وفى بما وعد به ، وإن شاء لم يوف من غير أن يكون لأحد سلطان عليه في كلتا الحالتين .

وذهب جمهور الفقهاء وأهل الحديث إلى أن الوفاء بالوعد غير واجب ولا يقدح خلف الوعد في عدالة الواعد ، ولا يناله بذلك إثم ما دام لم يعزم على عدم الوفاء حين الوعد بأن وعد ، وهو يريد الوفاء ثم عرض له ما منعه من ذلك ، أو بدا له عدم الوفاء .

أما إذا وعد وهو مصمم على عدم الوفاء بما وعد به فهذه إمارة النفاق.

يقول الرسول ﷺ : (آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان)^(١)

وقال أهل الحديث : إن خلف الوعد لا يقدح إلا إذا كان عازماً عليه وقت الوعد ، أما إذا كان عازماً على الوفاء حين الوعد ثم بدا له ما جعله يعدل عن هذا الوعد ، فلا شيء عليه إلا أن الوفاء بالوعد مستحب ، ويكره خلفه كراهة تنزيه^(٢).

وحيث لم يكن الوفاء بالوعد واجباً فلا يملك القاضي إجبار الواعد على الوفاء بما وعد ، بخلاف العقد هذا ما ذهب إليه الجمهور .

وقال ابن شبرمة فيما ينقله عنه ابن حزم : الوعد كله لازم ، ويقضى به على الواعد ويجبر^(٣).

(١) انظر: صحيح البخاري : ٣٢ ، ورقم ٢٤٨٥ ورقم ٢٥٤٤ ، صحيح مسلم : رقم ٨٩ ، ٩٠ ، ابن ملجاء رقم ٣٠٥٢ ، الترمذي رقم ٢٥٥٥ .

(٢) انظر: العيني على البخاري ج ١ ص ٢٥٨ .

(٣) انظر: المحلى ج ٨ ص ٢٨ لابن حزم .

ويروى عن المالكية في ذلك عدة أقوال :-

القول الأول : إن الوفاء بالوعد واجب على كل حال . أي سواء كان الوعد مبنياً على سبب أو لا ، دخل الموعود في هذا السبب أو لا . وهذا الرأي موافق لمذهب ابن شبرمة ، وهو قول ضعيف غير معول عليه في المذهب . وعليه: إذا قال شخص لآخر إذا كنت الأول في الامتحان فلك مني مائة دينار فنجد على الصفة المذكورة استحق هذا المبلغ ، ويقضى به على الواعد إذا امتنع عن الوفاء .

القول الثاني : إن الوفاء بالوعد غير واجب ، ولا يقضى به مطلقاً، أي سواء كان الوعد مبنياً على سبب أو لا . وسواء دخل الموعود في هذا السبب بناءً على الوعد أو لا . وهذا موافق لقول جمهور الفقهاء وأهل الحديث ، إلا أنه قول ضعيف في مذهب المالكية كسابقه .

القول الثالث : إن الوعد إذا كان مبنياً على سبب . وجب الوفاء به ، سواء دخل الموعود في هذا السبب بناءً على هذا الوعد أو لم يدخل في هذا السبب . كأن يقول شخص لآخر : إنني أريد الحج ، وليس معي نقود فقال له أنا أعطيك ما تحج به . أو قال: أريد فعل كذا فوعده بإعطائه ما يمكنه من الشيء الذي يريده .. فهذا وعد مبنى على سبب ، ويجب الوفاء به سواء أخذ الموعود في مباشرة ما وعد به أولاً ، وهذا هو المراد بقولهم . سواء دخل في السبب أو لم يدخل فيه وهو لختيار أصبغ .

وهذا الوعد يجب الوفاء به بناءً على الرأي الأول من باب أولى ، لا على الرأي الثاني الموافق لقول الجمهور .

القول الرابع : إن الوفاء بالوعد لا يجب قضاءً إلا إذا أسخّل الواعد الموعود في السبب بالفعل . وهذا هو الراجح في مذهبهم ، وهو قول مالك . فإذا قال شخص لآخر أريد أن أشتري كذا . أو أن أتزوج ، أو لحج فأسلفني كذا ، أو قال أريد السفر إلى مكان كذا فأعزني سيارتك فوعده

بذلك . ثم شرع في فعل الموعود به فعلاً ، فإنه يجب على الواعد الوفاء بما وعد ، ويجبره القاضي عليه ، على هذا الرأي الأخير . كما يجبره أيضاً على الرأي الأول والثالث من باب أولى .

ومن هذا يتضح لنا أن جمهور الفقهاء لا يرون في الوعد التزاماً يجب الوفاء به ، بل إن ذلك راجع إلى رغبة الواعد ومشيبته ، إن شاء وقى بما وعد وإن شاء لم يوف .

أما المالكية : فلهم في ذلك أقوال بعضها يجعل الوعد كالعقد في قوة الالتزام مطلقاً ، وبعضهم لا يرى له ذلك إلا إذا كان مبنياً على سبب ، وإن كان الموعود لم يدخل في السبب بالفعل ، ومنهم من لا يجعل له ذلك إلا إذا نخل الموعود في السبب بناءً على هذا الوعد .

هذا هو الفرق بين العقد والوعد ، من حيث الأثر المترتب على كل منهما فلاحظنا أن العقد ينشئ التزاماً للمتعاقدين في الحال ، تكون نتيجته أن كل واحد منهما مطالب بالوفاء بما ألزم به نفسه لصاحبه . فإذا لم يوف بذلك أجبره القاضي عليه .

أما الوعد : فإنه لا ينشئ التزامات في الحال عند جميع الفقهاء ولكنه مجرد وعد بفعل شيء في المستقبل فيه منفعة للموعود (١).

ومن هذا يتضح لنا أن الموعود لم يلتزم بشيء للواعد ، وأنه غير ملزم بقبول ما وقع به ، وهذا أمر لم يخالف فيه أحد .

أما الواعد : فرأينا جمهور الفقهاء لا يرون في الوعد أي نوع من أنواع الالتزام ، فله ألا يفي بما وعد به ، وليس للقاضي إجباره في حال الامتناع لأنه متبرع بوعده . والمتبرع أمير نفسه . وإن كان الأفضل له والأولى أن يفي بوعده ، لأن ذلك من مكارم الأخلاق والأمور المستحبة في الدين .

أما المالكية فلهم في ذلك أقوال أصحابها عندهم أن الواعد ملزم بالوفاء

(١) انظر: عقد البيع من ١٣٢ للدكتور عبد المنعم البدراني ، طبعة ١٩٦١م - القاهرة .

بوعده ، إذا كان هذا الوعد مبنياً على سبب ، وشرع الموعد في الدخول في هذا السبب فعلاً ، بناء على هذا الوعد .

أما ابن شبرمة وبعض المالكية فيرون الوفاء بالوعد مطلقاً أمراً واجباً ، وجعلوا للوعد قوة العقد في الالتزام بالنسبة للواعد فقط .

ولكنهم اختلفوا في الوعد بالإعارة : إذا لم يقر الواعد بالوفاء بما وعد بإعارته هل ينفذ الوعد عيناً بأن يجبر الواعد على إعارة ما وعد بإعارته ، أو أنه يكتفى في حالة عدم الوفاء بإلزام الواعد بدفع التعويض المناسب للموعد .

هذا ما يظهر لي من فرق بين العقد والوعد من حيث الأمر الذي يترتب على كل منهما .

أما الفرق بينهما من حيث الصيغة المنشئة لكل منهما ، فإنه يبدو أنه ليس هناك كبير فرق بينهما في ذلك . لأنه وإن كان الغالب في العقود أن يكون إنشائها بعبارة الإخبار . وأن أكثر ما يستعمل في ذلك هو لفظ الماضي ، وإن الوعود دائماً تكون بلفظ المستقبل إلا أن ذلك ليس بإلزام دائماً ، فقد ينعقد العقد بلفظ يدل على المستقبل إذا قامت قرينة دالة على أن المراد إنشاء العقد لا الاستخبار كما في النكاح .

فإنه إذا قال شخص لامرأة: أتزوجك ؟ قالت زوجتك نفسي بعقد النكاح لأن هذا لا يحتمل الوعد ^(١) .

فالفرق إذن بين صيغة العقد وصيغة الوعد مرجعه إلى قرائن الأحوال ما دام لم توجد صيغة خاصة بكل منهما ، بحيث لا يجوز استعمالها في الآخر ، فإن العقد لا يلزم أن يكون إنشائه بصيغة الماضي ، بل ينعقد بكل ما يدل على رضا المتعاقدين بصرف النظر عن كون الصيغة للماضي أو المستقبل .

(١) انظر: فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٥ .

المبحث الثاني أركان العقد

اتفق الفقهاء على أن كل عقد لا يتحقق إلا إذا وجد له أركان وهذه الأركان هي :

- ١- العاقدان اللذان يصدران الإيجاب والقبول .
 - ٢- المحل الذي يرد عليه العقد ، وهو المفعول عليه لأنه هو الملتزم به ولا يوجد التزام بدونه .
 - ٣- الصيغة الدالة على العقد لأنه لا يوجد المدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه .
- وذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذه الثلاثة كلها أركان العقد ^(١) .
- وذهب الحنفية ^(٢) إلى أن ركن العقد هو الصيغة فقط . أما العاقدان والمحل فما يستلزمه وجود الصيغة لا من الأركان ، وذلك لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة العقد وإن كان يتوقف وجوده عليه .

معنى الركن :

الركن في اللغة العربية : جانب الشيء الأقوى .

الركن في الاصطلاح : عرقه الحنفية بأنه ما توقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً منه ، ودخلاً في تركيبه .

أما من حيث الأثر الذي يترتب على عدم وجود الركن أو الشرط فيقولون إنه لا فرق بينهما في العبادات على معنى أن العبادة التي يفوت ركنها أو يتخلف شرطها تكون باطلة ؛ فالركن والشرط إذن لأبد من وجودهما لصحة العبادة ، وفوات أي منهما يبطلها ، ويجعلها غير صالحة لإداء ما هو المقصود بها شرعاً . وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء جميعاً .

(١) انظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٣ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٥-٧ ، منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٤ ، الخرشني ج ٣ ص ٣٥٩ ، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢ ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٢ .

(٢) انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٣ ، الاختيار ج ٢ ص ٤ ، المختل الفقهي العام ج ١ ص ٢٩٩-٣٠٠ .

أما في المعاملات : فالحنفية يفرقون بين ما فقد ركنه منها ، وما تخلف شرطه ويقولون: إن كل معاملة لا يتحقق ركنها تكون باطلة ، لا تفيد شيئاً ولا يترتب على القبض فيها ملك . أما ما كان الخلل فيها راجعاً إلى الشرط فهي معاملة فاسدة ، وحكمها أن الملك فيها يثبت بالقبض ، وإن كان ملكاً خبيثاً لأنه ناتج من عقد يجب فسخه ، دفعاً للفساد ورفعاً له .

ويخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك ويرون أنه لا فرق بين العبادات والمعاملات في أن كل ما تخلف ركنه أو فقد شرطه منها يكون باطلاً والعبادة والمعاملة في ذلك سواء .

وهذا راجع إلى أن الركن عندهم ، ما لا بد للشيء منه في وجود صورته عقلاً ، إما لدخوله في حقيقته أو اختصاصه به . وظاهر أن تعريف الركن بذلك يشمل الركن والشرط في اصطلاح الحنفية . وقد ترتب على هذا الخلاف في المراد بالركن ، الخلاف في حكم المعاملة التي فقد شرطها .
فقد قال الحنفية : إنها معاملة فاسدة ، تفيد الملك بالقبض وإن كان الواجب فسخ هذه المعاملة رفعاً للفساد .

أما جمهور الفقهاء فيقولون: إنها معاملة باطلة على معنى أنه لا يترتب على القبض فيها ملك تماماً كالتي فقدت ركنها لأنه يصدق على كل منهما أنها معاملة فقدت ما لا يمكن تصورها بدونه ، سواء كان جزءاً منها أو خارجاً منها . وحينئذ لا يتصور لها وجود يرتب الشارع عليه أثراً . ولكن هذا لا يمنع من أن نقول: إن تعريف الحنفية للركن في اصطلاحهم أقرب إلى معناه اللغوي وإن كان العلماء يقولون : لا مشاحة في الاصطلاح^(١).

العاقدان : وهما البائع والمشتري ، وكل من يتولى العقد .

إما أصالة : كان يبيع أو يشتري لنفسه .

وإما وكالة : كان يعقد نيابة عن الغير بتفويض منه في حياته .

(١) انظر: الخروشي ج ٢ ص ٣٥٩ ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٣ ص ٢ ، كشف القناع ج ٢ ص ٢ .

وإما وصاية : كمن يتصرف خلافة عن الغير في شئون صغاره بعد وفاته بإذن منه أو من قبل الحاكم .

وحيث إن العقد لا يتصور وجوده من غير عاقد فقد جعله جمهور الفقهاء من أركان العقد .

ولكي ينقذ العقد صحيحاً نافذاً يشترط في العاقلين ما يأتي :

أولاً : الأهلية : وهو أن يكون العاقد أهلاً للتصرف وهو : البالغ، الرشيد فلا يصح من صغير غير مميز ومجنون ومبرسم .

أما الصبي المميز فتصح عقوده وتصرفاته النافعة نقعاً محضاً ، كقبول الهبة والصدقة والوصية والوقف دون حاجة إلى إذن الولي ، ولا تصح عقوده وتصرفاته الضارة ضرراً محضاً كالهبة والوصية للغير والطلاق والكفالة بالدين ونحوها ، ولو أجاز هذه التصرفات وليه أو وصيه . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ونحوهما ، فتصح من الصبي المميز بإجازة الولي . ولا تصح بدونها عند جمهور الفقهاء : الحنفية والمالكية والحنابلة ^(١) . ويشترط عند الشافعية ^(٢) لصحة البيع في العقد الرشيد .

ثانياً : الولاية : مأخوذة من الولي ، وهو في اللغة : بمعنى القرب .

والولاية : النصرة ، وفي الاصطلاح : تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو لا .

ولكي ينقذ العقد صحيحاً نافذاً تظهر آثاره شرعاً لا بد في العاقد - بجانب أهلية الأداء - أن تكون له ولاية التصرف ليعقد العقد .

ثالثاً : الرضا والاختيار : اتفق الفقهاء على أن الرضا أساس العقود، قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٣) . وقال تعالى :

(١) انظر: بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٩، الشرح الصغير ج ٣ ص ١٨، كشاف القناع ج ٣ ص ١٥١ .

(٢) انظر: مغني المحتاج ج ٢ ص ٧ .

(٣) سورة المائدة من الآية ١ .

﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(١)
وقال ﷺ: (إنما البيع عن تراض)^(٢).

والرضا : سرور القلب وطيب النفس ، وهو ضد السخط والكراهية .
وعرفه الحنفية : بأنه امتلاء الاختيار ، أي بلوغه نهايته ، بحيث يفضي
أثره إلى الظاهر من البشاشة في الوجه أو إثارة الشيء واستحسانه .
أما الاختيار : فهو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم لدخل في
قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر .

وبناءً على هذه التفرقة قال الحنفية : إن الرضا شرط لصحة العقود
التي تقبل الفسخ وهي العقود المالية من بيع وإجارة ونحوهما . فهي لا
تصح إلا من التراضي ، وقد تنعقد العقود المالية لكنها تكون فاسدة كما في
بيع المكره ونحوه ، لأنه من شروط صحة هذه العقود التراضي .

فأصل العقود المالية تنعقد عندهم بدون الرضا لكنها لا تكون صحيحة
فينعقد بيع المخطئ نظراً إلى أصل الإختيار ، لأن الكلام صدر عنه باختياره
أو بإقامة البلوغ مقام القصد ، لكن يكون فاسداً لعدم الرضا حقيقة .

أما العقود التي لا تقبل الفسخ عند الحنفية فالرضا ليس شرطاً
لصحتها . فيصح عندهم النكاح والطلاق والعتاق والرجعة ونحوها حتى
مع الإكراه .

أما جمهور الفقهاء : فتدور عباراتهم بين التصريح بأن الرضا أصل أو
أساس أو شرط للعقود كلها ، فلا ينعقد العقد إذا لم يتحقق الرضا سواء
أكان مالياً أو غير مالي^(٣).

عيوب الرضا : ذكر الفقهاء في عيوب الرضا : الإكراه ، والجهل ،

(١) أسرة البقرة الآية ١٨٨ .

(٢) أخرجه ابن ماجة في كتاب التجارات ، باب بيع الخيار برقم ٢١٨٥ ، سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٣٦-٧٣٧ .
ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية .

(٣) انظر: بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٣ .

والغلط والتدليس ، والغبن ، والتفجير ، والهزل ، والخلابة ونحوها فإذا وجد عيب من هذه العيوب في عقد من العقود يكون العقد باطلاً أو فاسداً في بعض الحالات على خلاف بين الجمهور والحنفية ، أو غير لازم يكون لكلا العاقلين أو أحدهما الخيار في فسخه في حالات أخرى .

بيع الآخرس: فقد اتفقوا على صحة عقده بالإشارة المفهمة أو الكتابة^(١).

بيع الفضولي: اتفق الحنابلة مع الشافعية على بطلان بيع الفضولي وإن أجازته المالك خلافاً لما ذهب إليه الحنفية والمالكية من اعتبار الملك شرط نقان لا شرط انعقاد بيع ...^(٢).

بيع الأعمى: ذهب الشافعية وحدهم إلى بطلان بيعه ، إلا أن رأى شيئاً لا يتغير ، ثم فقد بصره ، فإنه يصح بيعه وشرأؤه إياه ، بينما ذهب سائر المذاهب إلى صحة بيع الأعمى إذا وصف له المبيع وصفاً كاملاً .

مسألة هل يمكن أن يتولى طرفي العقد شخص واحد :-

ذكر الفقهاء إمكان ذلك : فإن كان أباً جاز أن يتولى طرفي العقد لنفسه من ولده أو لولده من نفسه ، لوفور شفقتة ، ولأن التهمة منفية بين الأب وابنه^(٣).

وإن كان غير الأب كالحاكم والوصي وغيرهما : جاز أن يتولى طرفي العقد ، ولكن لا لنفسه ، بأن كان بين يتيمين تحت ولايته .

أما أن يتولى طرفي العقد بأن يشتري لموليه من نفسه أو لنفسه من موليه ، فلا يصح للتهمة^(٤) . ولأن تصرفه قضاء وقضاؤه لنفسه باطل . وبذلك قال مالك والشافعي وأبو حنيفة والأوزاعي رحمهم الله .

(١) انظر: الروضة ج ٣ ص ٣٤١ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٩ ، كشاف القناع ج ٣ ص ١٥٧ .

(٢) انظر: المجموع ج ٩ ص ٣١٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص ١٥٧ .

(٣) انظر: المجموع ج ٩ ص ١٧٠ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٦ ، ١٥٤ .

(٤) انظر: المجموع ج ٩ ص ٢٠١ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ج ٥ ص ٣٥٥ .

المعقود عليه : أي المبيع والثمن

يختلف هذا الشرط باختلاف العقود : ففي عقد البيع مثلاً : اتفق الفقهاء في الجملة على وجود المحل بالشروط التالية :

١- أن يكون موجوداً ^(١)، فلا يصح بيع المعدوم لقوله ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك) ^(٢). ولأن في بيع ما لم يوجد غرراً وجهالة فيمنع لحديث: "أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر" وعلى ذلك صرحوا ببطلان بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبله .

ومنعوا من بيع الزروع والثمار قبل ظهورها ، لقوله ﷺ: (أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه) إلا في صورة عقد السلم ، وذكر الحنفية أن هذا شرط في المبيع دون الثمن ^(٣).

أما بيع الزرع أو الثمر قبل ظهوره فلا يجوز ، لأنه معدوم ولا يجوز العقد على المعدوم ، أما بعد الظهور وقبل بدو الصلاح فإن كان الثمر أو الزرع بحال ينتفع بهما فيجوز البيع بشرط القطع في الحال اتفاقاً لعدم الغرر في ذلك ، ولا يجوز بغير شرط القطع عند جمهور الفقهاء .

٢- أن يكون مالاً متقوماً مملوكاً للبائع . فما لم يكن مالاً بالمعنى الشرعي : وهو ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع لا يصح بيعه، كبيع الميتة مثلاً عند المسلمين. وكذا إذا لم يكن متقوماً : أي منتقياً به شرعاً كبيع الخمر والخنزير ، فإنهما وإن كانا مالاً عند غير المسلمين لكنهما ليسا متقومين عند المسلمين . فحرم بيعهما - كما ورد في حديث جابر رضي الله عنه: (إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير) ^(٤).

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية المواد ١٩٧، ٢٥١، ٢٥٦ .

(٢) انظر: سنن أبي داود ج ٣ رقم ٣٥٠٣ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكسائي ج ٥ ص ١٣٨، ١٣٩، المبسوط للرخسي ج ١٥ ص ٧٤، مجلة الأحكام العدلية مادة ١٩٧، ٢٥١ .

(٤) انظر: صحيح البخاري: رقم ٢٠٨٢، صحيح مسلم: رقم ٢٩٦٠، سنن الترمذي: رقم ١٢٨١ .

وفي عقود المنفعة كعقد الإجارة والإعارة ونحوهما - يشترط أن يكون محل العقد - أي: المنفعة المعقود عليها - منفعة مقصودة مباحة فلا تجوز الإجارة على المنافع المحرمة كالزنا والنوح ونحوهما .

وكما لا يجوز إجارة المنافع المحرمة لا يجوز إعارتها كذلك ، لأن من شروط صحة العارية إمكان الانتفاع بمحل العقد (المعار أو المستعار) انتفاعاً مباحاً شرعاً مع بقاء عينه ، كالدار للسكنى ، والدابة للركوب مثلاً فلا يجوز إجارة الفروج للاستمتاع ، ولا آلات الملاهي للهو ، كما لا تصح الإجارة للغناء أو الزمر أو نحوهما من المحرمات ، فالإجارة لا تبيح ما لا يبيحه الشرع ، وفي عقد الوكالة يشترط في المحل (الموكل به) أن يكون قابلاً للانتقال للغير والتفويض فيه ، ولا يكون خاصاً بشخص الموكل .

٣- أن يكون معيناً ومعروفاً ومعلوماً للعاقدين : بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى النزاع والضرر ويحصل العلم بمحل العقد بكل ما يميزه عن الغير من رؤيته أو رؤية بعضه عند العقد ، أو بوصفه وصفاً يكشف عنه تماماً ، أو بالإشارة إليه وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء في عقود المعاوضة في الجملة ، فلا يجوز بيع شاة من القطيع مثلاً ولا إجارة إحدى هاتين الدارين ، وذلك : لأن الجهالة في محل العقد : (المعقود عليه) تسبب الضرر وتفضي إلى النزاع .

وفرق بعض الفقهاء في هذه المسألة بين الجهالة الفاحشة - وهي: التي تفضي إلى النزاع - وبين الجهالة اليسيرة - وهي: التي لا تفضي إلى النزاع - فمنعوا الأولى وأجازوا الثانية (١).

جعل جمهور الفقهاء العرف حكماً في تعيين ما تقع عليه الإجارة من منفعة وتمييز الجهالة الفاحشة عن الجهالة اليسيرة .

وفي عقد السلم يشترط في المحل : (المسلم فيه) أن يكون معلوم

(١) انظر: دائع الصنائع للكاتاني ج ٥ ص ٣٨، المبسوط للسرخسي ج ١٢ ص ١٩٤، بداية المجتهد لابن رشد ج ٣ ص ٤٨، ج ٢ ص ٦٢، الفتاوى الهندية ج ٥ ص ٤٦١، ج ٣ ص ١٠٦ .

الجنس والنوع والصفة والقدر كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً ، وذلك لأن الجهالة في كل منها تفضي إلى المنازعة .

وقد ورد في الحديث عن النبي ﷺ : (من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) ^(١).

أما عقود التبرع : فقد اختلف الفقهاء في جواز كون المحل مجهولاً، ومن أمثلة ذلك عقد الهبة .

فيشترط الحنفية ، والشافعية والحنابلة في الموهوب - وهو محل عقد الهبة- أن يكون معلوماً ومعيناً ، قال الحصكفي: شرائط صحة الهبة في الموهوب : أن يكون مقبوضاً غير مشاع مميزاً ، غير مشغول ، فلا تصح هبة لبن في ضرع وصوف على غنم ، ونخل في أرض ، وتمر في نخل .

وقال الشرييني الخطيب : كل ما يجوز بيعه تجوز هبته ، وكل ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته كمجهول ومغصوب لغير قادر على انتزاعه ، وضال وأبق . أما المالكية فقد توسعوا فيها ، فأجازوا هبة المجهول والمشاع . وكذلك تصح وصية الموصي بجزء أو سهم من ماله ولو غير معين ، كما صرح به الحنفية ، وفي هذه الصورة يكون البيان إلى الورثة . لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، والوصية لا تمنع بالجهالة .

وأجاز الحنابلة الوصية بالحمل إن كان مملوكاً للموصي ، والضرر والخطر لا يمنع صحة الوصية عندهم ، كما أجاز الشافعية الوصية بالمجهول كالحمل الموجود في البطن منفرداً عن أمه أو معها . وكالوصية باللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم .

٤- أن يكون مقدور التسليم : وهذا الشرط محل اتفاق في عقود المعاوضة في الجملة .

فالحيوان الضال الشارد ونحوه لا يصلح أن يكون موضوعاً لعقد البيع

(١) انظر: صحيح البخاري رقم ٢٠٨٥ ، سنن الترمذي رقم ١٢٣٢ .

أو الإيجار أو الصلح أو نحوها . وكذلك الدار المغصوبة من غير غاصبها أو الأرض أو أي شيء آخر تحت يد العدو .

قال الكاساني^(١) : من شروط المبيع أن يكون مقدور التسليم عند العقد ، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينقذ . وإن كان مملوكاً له كبيع الأبى حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي .

وقال في شروط المستأجر : من شروطه أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً ، لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المقصود عليه بدونه ، فلا يجوز استئجار الأبى ، ولا إجارة المغصوب من غير الغاصب .

أما في عقود التبرع فأجاز المالكية : هبة الأبى والحيوان الشارد ، مع أنهما غير مقدوري التسليم حين العقد . لأنه إحسان صرف ، فإذا وجده وتسلمه يستفيد منه ، وإلا لا يتضرر .

وأجاز الشافعية الوصية فيما يعجز عن تسليمه .

٥- أن يكون مملوكاً للبائع^(٢) : فإذا كان المال لا يقبل الملك مثل الأموال المشتركة كالمراعي والمياه والطرق والاسواق والقنوات ، فلا يجوز للفرد أن يستبد بمنافعها دون غيره حتى ولو كانت المراعي في أرضه أو خرج الماء من بئر مملوكة له .

ولا يجوز التعامل فيما يقبل الملك قبل تملكه كالطير في الهواء والسمك في الماء والصيد في الأرض لأن هذه الأشياء لا تدخل حين التملك الخاص قبل الاستيلاء عليها وحيازتها^(٣) . ويجب كذلك في المال أن يكون خالصاً لم يتعلق بالمال حق لازم لله تعالى أو للعبد .

(١) انظر: البدائع ج ٥ ص ١٤٤ وما بعدها ، فتح القدير ج ٥ ص ١٠٩ ، رد المحتار ج ٤ ص ٤٣ وما بعدها ، ابن عابدين ج ٤ ص ٦ .

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ١٨ ، والمجموع ج ٩ ص ٢٥٩ ، البدائع ج ٥ ص ١٤٨ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ١٥ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٦ ، والبدائع ج ٥ ص ١٦٤ ، الفرق للقرافي ج ٣ ص ٢٤٠ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٦ ، كشاف للقناع ج ٣ ص ١٦٠ ، والقلوبي ج ٢ ص ١٦٠ .

إذا تعلق بالمال حق لله تعالى فإنه لا يجوز التعامل فيه بما يفوت هذا الحق مثل المساجد ، والمسجد الحرام . وحفظ النفس حق لله تعالى فيمنع كل تعامل يفوت النفس أو العضو والمحافظة على العرض فلا يجوز الاتفاق على ما يفوت هذا الحق . وكذلك حفظ الأموال حق لله تعالى ، ولذلك فإن أي اتفاق يفوت هذا الحق مثل عقود الضرر والربا فهي باطلة ، وكل ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل مثل ألعاب القمار وبذل عوض في مقابل رد مسروق أو مغصوب فهو باطل .

فكل ما كان حقاً لله تعالى فلا يجوز للأفراد التنازل عنه ولا الإبراء منه . ولا التصالح عليه ، كما أنه ليس لهم أن يتفقوا على ما يخالفه أو يفوته . وحق الله تعالى هو الذي يترتب على حفظه وصيانتته تحقيق مصلحة عامة للمسلمين . ويقابلون بينه وبين حق الفرد الذي يترتب على حمايته وحفظه تحقيق مصلحة خاصة بصاحب الحق .

فإقامة الحدود : حق لله تعالى ، فلا يجوز للأفراد أن يتنازلوا عنها . أما الإبراء من الديون : فهو حق للعباد ، ولذلك جاز لصاحب الدين أن يبرئ المدين منه ، وإذا تعلق بالمال حق الآدمي : فإن هذا المال يمتنع التعامل فيه بما يفوت هذا الحق .

وعلى ذلك يقرر الفقهاء أنه لا يجوز التعامل في المال المرهون بعد قبضه لتعلق حق الدائن المرتهن به . ولا في الموقوف لتعلق حق الموقوف عليه به . وهذا ما ذهب إليه الشافعي أيضاً^(١).

٦- أن يكون مملوكاً في نفسه^(٢) : فلا يصح بيع المباح كماء النهر ، والكلا في أرض مباحة قبل حيازتها .

٧- أن يكون منتفعاً به^(٣) : فلا يصح بيع العقرب والذباب ونحوهما مما لا نفع فيه .

(١) انظر : المجموع شرح المذهب للنووي ج ١ ص ٢٣٨ ، شرح مواهب الجليل للعطابي ج ٤ ص ٢٦٣ .

(٢) انظر : الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ٢٤ ، المجموع ج ٩ ص ٢٧٠ ، البدائع ج ٥ ص ١٤٦ .

(٣) انظر : المجموع ج ٩ ص ٣٧٥ ، الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ٢٨ .

٨- أن يكون طاهراً^(١): فلا يصح بيع الميتة مثلاً ، ولم يشترط الحنفية الطهارة ، اكتفاءً بشرط المالية ، والتقويم الذي يعني عندهم : أن يكون منتفعاً به شرعاً ، كما لم يذكر الجمهور شرط المالية اكتفاءً منهم بأن يكون منتفعاً به شرعاً وأن يكون طاهراً .

آثار البيع :

تترتب على عقد البيع إذا استوفى مقومات صحته آثار شرعية ، اتفق العلماء عليها إجمالاً ، واختلفوا في بعض تفاصيلها من هذه الآثار :-

١- انتقال ملكية المبيع إلى المشتري وانتقال ملكية الثمن إلى البائع :

وهو أثر يترتب على العقد الصحيح اللازم تلقائياً ، بالاتفاق بين الأئمة^(٢). واختلفوا في العقد الذي فيه خيار ، هل يتم التملك فيه بمجرد العقد أم بانقضاء مدة الخيار وإجازة العقد ؟ :

الشافعية والحنابلة : في قول عندهم ذهبوا إلى انتقال ملكية العوضين بمجرد العقد وذهب المالكية والحنفية : إلى عدم انتقال الملك عندهم إلا بعد انتهاء مدة الخيار وهو قول آخر للشافعية . والأظهر عند الشافعية : أن انتقال الملكية موقوف . وبإجازة العقد يتبين انتقال الملك بالعقد وبفسخه يتبين خلافه^(٣).

٢- تسليم المبيع للمشتري وتسليم الثمن للبائع :

وهو أثر يترتب على الأثر الأول ، لأن الملك يعني حق الانتفاع والتصرف وهذا لا يتم إلا بالقبض ، والتسليم والتزام يجب لكل طرف على

(١) انظر: الشرح الكبير مع المغني ج ٤ ص ١٥ ، المجموع ج ٩ ص ٢٢٦ ، منح الجليل ج ٤ ص ٤٥٣ .

(٢) انظر: مرشد الحيران: مادة ٤٢٥ ، المجلة العدلية مادة: ٣٦٩ ، تحفة الفقهاء ج ٢ ص ٤٣ ، المجموع ج ٩ ص ٢١١ ، المغني ج ٤ ص ٧٩ .

(٣) انظر: المجموع ج ٩ ص ٢١١ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٤ ، الشرح الصغير ج ٣ ص ١٤٦ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٧٢ .

الطرف الآخر ، وليس أثراً تلقائياً ، وقبض المبيع حق يثبت للمشتري بمجرد العقد . أما قبض الثمن فيمكن أن يكون مؤجلاً ^(١) .

وهل للمشتري الاستقلال في قبض ما تملكه بالعقد ؟

ذهب الشافعية والحنفية ^(٢) : إلى أن للمشتري قبض المبيع إذا نقد الثمن أو كان الثمن مؤجلاً ، وأنه ليس للبائع إذا رضي بتأجيل الثمن حبس المبيع .

أما إذا لم ينقده الثمن ، ولا كان مؤجلاً فليس له أن يستقل بقبضه ^(٣) بل لا بد من إذن البائع فيه ، لأن حق الحبس ثابت له .

فإن امتنع كل من الطرفين عن التسليم في الصورة الثانية ألزم المشتري على دفع الثمن أولاً عند المالكية والحنفية ، وفي قول عند الشافعية ، وذهب الإمام أحمد في قول له ، وهو الراجح عند الشافعية : أنه يلزم البائع على تسليم المبيع أولاً . والمعتمد ^(٤) عند الحنابلة أن يجعل بينهما عدلاً يقبض منهما ويسلم إليهما .

٣- ضمان الدرك أو ضمان الاستحقاق والتعرض والعيب :

الكفالة بالدرك هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق المبيع .

وقيدت هذا الضمان في المادة ٦٣٨ من مجلة الأحكام العدلية: التي نصها: لا يؤخذ الكفيل بالدرك إذا ظهر مستحق، ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن ^(٥) .

ومقتضى ذلك : أن من آثار عقد البيع ضمان البائع استحقاق المبيع

(١) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٤٨ .

(٢) انظر: مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٣ ، وبدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٩ .

(٣) انظر: مغني المحتاج ج ٢ ص ٧٣ .

(٤) انظر: المغني والشرح الكبير ج ٤ ص ١٢٢ .

(٥) انظر: مجلة الأحكام العدلية بشرح الأتاسي ج ٣ ص ٦ .

لإنسان آخر بثبوت ملكية عينه له ، وضمانه من التعرض لما دون ملكية العين ، كحق الارتفاق وحق المستأجر .

وهذا الضمان متفق عليه بين العلماء ، نص عليه الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة^(١).

٤- حق تصرف المشتري بالبيع :

الأصل في الحكم أن للمالك أن يتصرف بما يملك ، انتفاعاً وبيعاً وإيجاراً ورهنًا وغير ذلك من وجوه التصرف . إلا أنه قد يمتنع تصرفه شرعاً لسبب من الأسباب كأن يكون محجوراً عليه مثلاً .

وعلى الرغم من أن عقد البيع الصحيح اللازم يثبت الملكية للمشتري إلا أنه لا يحق للمشتري أن يتصرف بالمبيع إلا بعد قبضه ، لأن تملكه يعد غير مستقر ما لم يقبض ، إذ ربما هلك المبيع فأنفسخ العقد .

ولأنه يعد قبل قبضه في ضمان البائع بغض النظر عن التفاصيل .

وهذا الحكم موضع اتفاق فيما إذا كان المبيع مطعوماً^(٢). وكذلك في المكيل والموزون والمعدود عند الحنابلة^(٣) وفي غير العقار عند الحنفية ، أما الشافعية فقد أطلقوا الحكم في كل المبيعات^(٤) ووافقهم في ذلك محمد وزفر من الحنفية . فقالوا بعدم صحة بيع المشتري المبيع قبل قبضه مطلقاً منقولاً كان أم عقاراً مطعوماً أم غير مطعوم مثلياً أم عينيّاً لحديث ابن عباس عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يقبض» وقال ابن عباس : «وأحسب كل شيء مثله»^(٥).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٩٢، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٠١ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٦٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٦٢ ، مجلة الأحكام العدلية بشرح الأتاسي ج ٣ ص ٦ .

(٢) انظر: الشرح الصغير ج ٣ ص ٢٠٤ .

(٣) انظر: المغني ج ٤ ص ٢٣٩ .

(٤) انظر: نهاية المحتاج ج ٤ ص ٧٥-٨٣ .

(٥) انظر: صحيح البخاري في البيوع : باب بيع الطعام قبل أن يقبض رقم ٢٠٢٨ ، ومسلم في البيوع : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم ١٥٢٥ .

الصيغة : المراد بالصيغة: الصورة الحسية التي يوجد العقد بوجودها في الخارج ، فهي ما يصدر من المتعاقدين الذين يرغبان في إنشاء العقد من عبارة كاشفة عن إرادتهما ، مظهرة لرغبتهما ، كقول بعت أو اشتريت. أو وهبت أو تزوجت ، أو قبلت . وبمعنى أوضح هي ما تظهر الإرادة به من لفظ أو ما يقوم مقامه . ومن المحتم أن تكون صيغة العقد واضحة قاطعة ليست مجرد وعد بالتزام أو مساومة . وإلا لا يحصل الارتباط ، لأن التردد يورث الشك والرفض وعلى هذا قرر الفقهاء أن الوعد بالبيع لا ينعقد به البيع ، ومن صور الوعد أن تقترن عبارة الإيجاب أو القبول بأداة التسويق، كحرف السين أو سوف .

وقد تكون الصيغة لفظاً ، وقد تكون كتابة أو إشارة أو فعلاً ، فليس النطق طريقاً حتمياً لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة ، بل النطق هو الأصل ، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى ، اختيارية ، أو اضطرارية، مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً (١).

والصيغة التي يرجحها الفقهاء للدلالة على الإرادة الجازمة هي صيغة الماضي نحو : بعت واشتريت ، ورهنت ، وزوجت وتزوجت ، وكلفظ: قبلت أو رضيت ، أو ما في معناهما ، ذلك لأن المقصود بالعقد إنشاء معنى في الحال لم يكن حاصلًا من قبل ، وصيغة الماضي تفيد تحقيق معناها وثبوتها بالفعل فكانت أدل على المراد وأقرب إلى المقصود في العقود ، وهو الإنشاء في الحال .

وصيغة الماضي ينعقد بها العقد من غير توقف على نية أو قرينة . على أن صيغة الماضي ليست بشرط بل هي أفضل من سواها . ولم يختلف الفقهاء في جواز الانعقاد بصيغة المضارع متى وجدت قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد وتنفي العدة والمساومة . فلو قال: أبيعك الآن هذا

(١) انظر الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣ ، كشاف القناع للبهوتي ج ٣ ص ١٤٩ ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٤ .

الشيء فقال المشتري اشتريه الآن صح العقد متى نوبا ^(١)، وإنما اشترطت القرينة في المضارع لأن صيغته يكثر استعمالها في الإخبار عن حصول الفعل في المستقبل ، إما على سبيل الحقيقة ، وإما على سبيل المجاز فكانت الحاجة ماسة إلى القرينة الدالة على إرادة الإنشاء .

فإذا اقترن المضارع بما يدل على الاستقبال كحرف السين ، أو سوف ، لا ينعقد العقد وإن نوى للفرق الكبير بين الاستقبال والإنشاء ، وكذلك لا ينعقد بصيغة الاستفهام لأنه عبارة عن سؤال ، فلا ينعقد بها العقد أصلاً ، فإذا قال المشتري للبائع : أتبيع لي هذا الشيء بكذا ؟ أتبيعه لي بكذا ؟ فقال البائع : بعت ، لا ينعقد البيع ما لم يقل المشتري ثانية اشتريت .

والجملة الاسمية تصلح للانعقاد على الأصح . فمن قال لآخر: أنا بائع لك كذا أو واهب لك كذا . فقال الآخر: أنا قابل ، انعقد .

وختلف الفقهاء في انعقاد صيغة الأمر : كقوله : بعني ، فإذا أجابه الآخر بقوله : بعثك قال الحنفية: كان هذا اللفظ الثاني إيجاباً واحتاج إلى قبول من الأول ، وهذا رواية عند الحنابلة ، ومقابل الأظهر عند الشافعية أيضاً ، وقال المالكية: وهو الأظهر عند الشافعية ورواية عند الحنابلة - ينعقد بهما البيع ، ولا يحتاج إلى قبول من الأول .

والكلام الصادر عن أحد المتعاقدين أولاً يسمى إيجاباً ، والصادر بعده بالموافقة من الطرف الثاني على الكلام الأول يسمى قبولاً . على اختلاف بين الفقهاء في ذلك . أما الرابط بينهما فهو الاتصال الحقيقي أو الحكمي بين الإيجاب والقبول .

معنى الإيجاب والقبول :

الإيجاب في اللغة العربية : الإثبات .

(١) انظر: الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤ .

والإيجاب في اصطلاح الفقهاء : عرفه الحنفية بأنه ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين دالاً على رضاه بالعقد .

والقبول في اللغة العربية : مصدر من قبلت العقد أقبله . من باب تعب ، بالفتح والضم .

القبول في اصطلاح الفقهاء : فهو ما صدر ثانياً من أحد المتعاقدين جواباً للأول ، وسمي ما صدر من أحد المتعاقدين أولاً إيجاباً لأنه أثبت للآخر حق القبول لما أوجبه الأول ، كما سمي الثاني قبولاً لما فيه من الرضا بما أثبتته الأول .

والواقع أن كلا منهما إيجاب لما فيه معنى الإثبات ولكن سمي ما صدر ثانياً قبولاً تمييزاً له عن الأول ولأنه يقع رضاً وقبولاً لفعل الأول ، وهذا هو رأي الحنفية .

قال في فتح القدير ^(١) : الإيجاب لغة : الإثبات لأي شيء كان ، والمزاد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً ، سواء وقع من البائع كبعت ، أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول : اشتريت منك هذا بألف . والقبول : الفعل الثاني ، وإلا فكل منهما إيجاب ، أي إثبات ، فسمي الإثبات الأول قبولاً تمييزاً له لأنه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأول .

ومن هذا يظهر أن العبرة في التسمية والتمييز بين الإيجاب والقبول هو الصدور أولاً ، فما صدر أولاً من أحد المتعاقدين يسمى إيجاباً ، سواء كان المبتدئ هو البائع أو المشتري ، أو ولي المرأة في النكاح أو الخاطب .

فإذا قال المشتري : اشتريت منك هذا الكتاب بمائة قرش كان ذلك إيجاباً وكان قول البائع : بعته لك ، قبولاً ، لأنه كلام صادر ثانياً مرتباً على الكلام الأول ورضاً به .

(١) انظر : فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ والعناية بهامشه .

وكذلك إذا ابتدأ البائع فقال بعتك هذا الكتاب بكذا كان ذلك إيجاباً وإذا قال المشتري اشتريت أو قبلت كان ذلك قبولاً .

وكذلك الأمر في النكاح فإذا ابتدأ الخاطب فقال: تزوجتك ، كان قوله ذلك إيجاباً ، فإذا قالت المرأة قبلت أو قال وليها أو وكيلها زوجتها لك كان ذلك قبولاً ، وهكذا فمدار الفرق بين الإيجاب والقبول هو الصدور أولاً .

فما صدر أولاً : إيجاب وما صدر ثانياً : قبول ، سواء كان البادئ هو البائع أو المشتري ، ولي المرأة في النكاح أو الخاطب .

أما جمهور الفقهاء : فلم يسلكوا هذا المسلك بل خصوا اسم الإيجاب بما يصدر ممن يكون منه التملك سواء صدر أولاً كأن يقول البائع : بعتك هذا الشيء بكذا ، أو صدر ثانياً كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت هذا الشيء بكذا فيقول البائع بعته لك أو قبلت ، فإن قول البائع هو الإيجاب وإن كان متأخراً في الصدور عن القبول .

ومن هنا قالوا : إن تقديم القبول على الإيجاب جائز .

أما القبول : فهو ما صدر ممن يصير إليه الملك دالاً على رضاه بما أوجبه الطرف الآخر وإن صدر أولاً .

وكذلك في النكاح : فإن الإيجاب في هذا العقد هو ما صدر من ولي المرأة ، سواء صدر أولاً أو ثانياً ، أما القبول : فهو ما صدر من الطرف الآخر تقدم أو تأخر ^(١) .

الترجيح : بعد النظر والتأمل في تعريف الإيجاب والقبول عند الحنفية والجمهور يترجح عندي أن ما ذهب إليه الحنفية في اصطلاحهم أدق ، وأسهل في التمييز بين الإيجاب والقبول في سهولة ويسر إذ يستطيع الإنسان أن يميز بينهما بمجرد أن يعرف أيهما صدر أولاً ، ولا يحتاج إلى

(١) انظر: الخرشني ج ٣ ص ٣٦٢ ، نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٣ .

معرفة من يكون منه التمليك ، ومن يكون له التملك خاصة أن هذا الخلاف مبناه الاصطلاح ، ولا تترتب عليه ثمرة عملية . ومما لا شك فيه أن الاصطلاح كلما كان واضح الدلالة على المراد كان أولى بالاعتبار .

شروط الإيجاب والقبول :

يشترط في الإيجاب والقبول شروط ليتحقق الارتباط بينهما ، حتى إذا فقد شرط منها لم ينعقد البيع ، ولا يترتب عليه شيء من الآثار ، وهذه الشروط هي :

أولاً : توافق الإيجاب والقبول : ويحصل هذا التوافق باتحاد موضوع العقد حقيقة ، كما إذا قالت المرأة زوجتك نفسي بمائة ، فيقول الرجل لها: قبلت الزواج بمائة وخمسين فمثل هذا جعله الفقهاء توافقاً ضمناً ، لأن القبول بمائة وخمسين يتضمن القبول بمائة ، فهي مخالفة إلى خير ، فينعقد العقد لكن لا يلزم الزوج إلا بمائة ، أما الزيادة فموقوفة على قبول المرأة لها في المجلس فإن قبلتها لزم الزوج ، وإن لم تقبلها لا تلزمه .

وكذلك الحكم لو كان العقد بيعاً كما إذا قال البائع: بعثك هذا بعشرة فقال المشتري قبلت بعشرين ، أما إذا بدأ المشتري فقال اشتريت هذه بعشرة فقال البائع قبلت بعشرين لا ينعقد البيع لأن المخالفة ليست في مصلحة الموجب ^(١) فإن لم يشتمل القبول على جميع جزئيات الإيجاب فلا يعد متوافقاً ولا ينعقد العقد ، فمن قال لآخر: بعثك هذه الدار وما فيها من منقولات بألف فقبل القابل الدار وحدها بثمانمائة ، لأن القبول لم يتضمن كل ما جاء به الإيجاب وفيه تجزئة الصفقة على البائع وهو ضاربة . لكن يعد قول المشتري بمائة إيجاب منه يحتاج إلى قبول البائع . فإذا حصل من البائع قبول بما عرضه المشتري تم العقد ، وعدت عبارة البائع الأولى لاغية .

(١) انظر: فتح القدير ج ٥ ص ٧٧ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٧ .

ثانياً: أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد المتعاقدين: وذلك بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل لغة أو عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين ، لأن العقود يختلف بعضها عن بعض في موضوعها أو أحكامها ، أما إذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصداً عقداً بعينه فإنه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة . ويكفي في هذا الدلالة المجازية . ومن هنا انعقد الزواج بلفظ الهبة إذا قرن بالمهر لأنه قرينة واضحة على إرادة الزواج .

ثالثاً : اتصال القبول بالإيجاب : والمقصود أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب في مجلس العقد ، وإن كان المتعاقدان حاضرين ، دون أن يفصل بينهما فاصل ، فإذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فيجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب دون فاصل وقد اختلف الفقهاء في المراد بالاتصال .

الجمهور ^(١): إن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس فإذا صدر الإيجاب من أحد الطرفين فليس من اللازم أن يصدر القبول من الطرف الآخر فوراً بل يجوز أن يتأخر في إصداره بعض الوقت ما دام المجلس قائماً .

الشافعية ^(٢): إن المراد بالاتصال أن يصدر القبول عقب الإيجاب فوراً من غير وجود أي فاصل كان ولو يسيراً في غير موضع العقد فإذا لم يصدر القبول فوراً لا ينعقد العقد ، واعتبروا أن صدور أي شيء من الآخر في مجلس العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلاً مانعاً من تلاقي الإيجاب والقبول . ويجعلونه بهذا منهياً لمجلس العقد ، فلو تكلم بأي كلام ليس متصلاً بالعقد أو أحدث أي فعل بعد صدور الإيجاب عدوه معرضاً عن إيجاب الموجب .

(١) انظر: مواهب الجليل على مختصر خليل ج ٤ ص ٢٤٠، والعناية بهامش فتح القدير ج ٥ ص ٧٨، بدائع

المنائع ج ٥ ص ١٣٧ .

(٢) انظر: نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨ .

وحجة الشافعية : أن الإيجاب عرض ينتهي بمجرد صدوره من صاحبه فإذا لم يوجد القبول بعده فوراً لا يتحقق الاتصال والإقتران فلا يتم العقد . أما الجمهور : فقد احتجوا بأن من يتوجه إليه الإيجاب قد يحتاج إلى مدة يتروى فيها حتى إذا وجد في إتمام العقد مصلحة له أصدر القبول وإلا لم يقبل .

ولما كان لابد من تحديد هذه المدة بزمان معين ، لأن تركها بدون تحديد يترتب عليه إلحاق الضرر بالموجب . حددوها بمجلس العقد لأنه كاف للتروي والتفكير ، وفي ذلك مراعاة للطرفين ودفع للضرر عنهما بقدر الإمكان .

المراد باتحاد المجلس :

الراجع أن المراد به اتحاد الزمان والوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد ، فلا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي كإعراض القابل عن الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد ، أو يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول . ومن الفقهاء من يرى أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد ^(١) ، وعلى هذا قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين أو راكبين لشيء يستطيعان إيقافه عن السير ، لأن المجلس تغير بتغير المكان فصار مكان القبول غير مكان الإيجاب فلا يحصل التلاقي بينهما . أما إذا كانا يركبان شيئاً لا يملكان إيقافه كطائرة أو باخرة فإنه يعد المجلس واحداً .

ولكن الرأي الأول أرجح ، لأن أحد المتعاقدين قد يكون في مكان غير مكان الآخر . كما في المتعاقدين بواسطة المسرة (الهاتف) أو بالمراسلة فإن التعاقد بالمسرة هو زمن الاتصال ، فما دامت المحادثة في شأن البيع قائمة عد المجلس قائماً ، وإذا انتقلا إلى حديث آخر عد المجلس منتهياً ، وكذلك

(١) انظر: فتح القدير شرح الهداية ج ٥ ص ٧٨ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٢٤١ .

يكون المجلس إذا تعاقد بواسطة إرسال رسول أو خطاب مكتوب، هو مجلس وصول الرسول ، أو وصول الخطاب (المكتوب) ^(١).

أما ما يعد إعراضاً منهياً للمجلس فقد صوره الفقهاء بأن يقوم أحدهما عن المجلس بعد أن كان قاعداً قبل القبول ، أو أن ينتقل إلى حديث آخر أو ينأى أحد المتعاقدين مضطجعا ، أو يكمل الناقلة أربعا ، وهذا كله تصوير وتعبير عما كان عليه عرف الناس في عصرهم ، والأولى أن يحكم العرف فيما يكون إعراضاً عن العقد وما لا يكون كما يقول المالكية ، فما يعبده العرف إعراضاً أو فاصلاً بين الإيجاب والقبول يكون قاطعاً لمجلس العقد، وما لا يعبده إعراضاً لا يكون .

هذا ومجلس العقد في التعاقد بين الغائبين غير مجلس العقد بين الحاضرين ، فهو بين الغائبين محل وصول الكتاب أو تبليغ الرسالة من الرسول ، وفي الحاضرين محل صدور الإيجاب . وليس من الضروري أن يكون القبول فوراً بل يصح متراخياً بشرطين :

١- أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد ، فإذا انصرف أي واحد منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انقض و سقط الإيجاب .

٢- أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه في أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً ، وإذا كان المتبايعان في سفينة أو قطار ، فكما لو كانا في غرفة ، وبعبارة أخرى إذا صدر القبول من أحدهما متراخياً عن الإيجاب فالبيع يتعقد وسير السفينة والقطار لا يمنع من انعقاد البيع ، لأنه ليس في استطاعة المتبايعين إيقاف السفينة أو القطار ، ويرد على ذلك أنه ينبغي أن يتعقد البيع بقبول أحد المتبايعين للإيجاب ، ولو حصل القبول بعد صدور فعل منه يدل على الإعراض ، لأن الإعراض يفهم من ذلك الفعل بطريق الدلالة ، وقبول البيع قول صريح ، والقاعدة الأصولية أنه لا اعتبار للدلالة مع التصريح .

(١) انظر: المجموع ج ٩ ص ١٦٨ .

والجواب أن تقديم التصريح على الدلالة إنما يكون عند التعارض ولم يسبق الحكم بالدلالة ، فاما هنا فإن الحكم بالدلالة سابق ، فالتصريح الذي يرد بعدئذ يكون لغواً فلا يفيد إجازة المفسوخ .

عقود مستثناة من اتحاد المجلس :

استثنى الفقهاء من شرطية اتحاد مجلس العقد في صحة الإيجاب والقبول عقوداً ثلاثة هي :

أ- الوصية : لأن عقد الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، فالقبول قبل موت الموصى له لا عبرة به ، ويكون لغواً ويجب على الموصى له إعادته بعد وفاة الموصي .

ب- الإيصاء : (وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شئونهم بعد وفاته) ، فالموصى إليه لا يكون وصياً إلا بعد وفاة الموصي سواء قبل في حياة الموصي أو بعد وفاته .

ج- الوكالة : لأن المقصود منها المعاونة فيناسبها التوسعة واليسر بأن يصح قبولها في مجلس آخر . ومن هنا صح توكيل الغائب ولا يشترط فيها القبول باللفظ ، بل يكفي في القبول أن يشرع في فعل ما وكل به ، أو أن لا يرد الوكالة على رأي البعض .

ما يبطل الإيجاب :

أولاً : رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر: سواء كان ذلك صريحاً أو دلالة .

فمثال الدلالة : أن يعرض الموجب عنه إلى حديث آخر .

ومثال الصريح : ما إذا أوجب إيجاباً ثانياً بأن قال أولاً : بعث لك هذا بعشر ، ثم قال ثانياً : بعث لك هذا بخمسة عشر ، فالقول الثاني يكون مبطلاً للإيجاب الأول ويصير كأن لم يكن حتى إذا قبل الطرف الآخر بعد

ذلك كان قبوله وارداً على الإيجاب الثاني ، دون الإيجاب الأول الذي بطل ، وكذلك إذا قال الموجب رجعت عن إجابتي وقبل الطرف الآخر كان قبوله باطلاً لوروده على غير إيجاب ، فلا يعتبر ولا يتم العقد ، هذا على رأي جمهور الفقهاء وبعض المالكية .

وذهب أكثر المالكية ^(١) إلى أن الموجب لا يملك الرجوع عن إجابته ، وأن الإيجاب يبقى قائماً ممن أصدره حتى يوجد إعراض من الطرف الآخر عنه ، أو ينتهي المجلس ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه يقبل فيها العاقد أو يرفضه ، وعلى هذا إذا رجع الموجب عن إجابته قبل صدور القبول من الطرف الآخر ثم صدر القبول منه بعد الرجوع تم العقد ، وحجتهم في ذلك: أن الموجب بإيجابه قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك مدة المجلس ، أو طول المدة التي حددها للقبول ، فللقابل أن يستعمل هذا الحق إذا أراد ، ويقبل ، وله أن يرفضه ويتنازل عنه فلا يقبل ، ومن هنا كان الموجب مقيداً في تصرفه حتى يتنازل الآخر ولو أثبتنا للموجب أن يرجع قبل القبول لكان في ذلك إبطال حق الغير ، وهو لا يجوز .

واحتج الجمهور لمذهبهم : بأن الموجب له حق الملك وإيجابه قد أثبت للطرف الآخر حق التملك ، وحق الملك أقوى من حق التملك ، فإذا لم يجر للموجب الرجوع رعاية للمتعاقد الآخر لزم تعطيل الأقوى بالأضعف وهذا لا يجوز .

ولأن الموجب لم ينشئ التزاماً مطلقاً ، بل مقيداً بقبول الطرف الآخر ومعلقاً عليه ، فما دام لم يتحقق القبول لم يكن هناك التزام ، إنما هو مجرد عرض ليس فيه إثبات حق للآخر لأن صحته مقيدة ببقاء رضا الموجب بما أوجب ^(٢).

(١) انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٢٤١ .

(٢) انظر: بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٤ ، فتح القدير ج ٥ ص ٨٧ .

ثانياً : خروج الموجب عن أهليته قبل القبول : فإذا صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين وهو أهل للتعاقد ثم قبل القبول أو الإعراض خرج الموجب عن أهليته ، بأن مات أو عرض له جنون فإن إيجابه يبطل حينئذ حتى إذا صدر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك لا ينقعد العقد ، لأن العقد لا يتم إلا بارتباط الإيجاب والقبول . وبخروج الموجب عن الأهلية صار الإيجاب الصادر كان لم يكن ، فإذا جاء القبول من الطرف الآخر لا يكون هناك إيجاب يرتبط به .

وهذا الحكم يتفق مع الرأي القائل أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر ، لكن لا يستقيم مع الرأي الآخر الذي لا يجيز له الرجوع وهم المالكية ، لأن الإيجاب إذا جعل قائماً في حالة الرجوع من صاحبه فينبغي أن يجعل قائماً في حال خروج الموجب عن أهليته . بل قيام الإيجاب في هذه الحالة أولى من قيامه في الحالة الأولى .

ثالثاً : رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه لأنه موجه إليه ليقبله أو يرفضه ، فإذا رفضه بصريح العبارة أو أعرض عنه كان إبطالاً له .

رابعاً : هلاك المبيع المعين : بالإشارة ونحوها بعد صدور الإيجاب وقبل القبول وكذا تغير المعقود عليه تغيراً يصير شيئاً آخر .

خامساً : انتهاء مجلس العقد : باتفاق المتعاقدين وانعقاد العقد أو بافتراق الطرفين أو إعراض أحدهما ، لأن الإيجاب عد موجوداً ما دام المجلس قائماً ، فلما انتهى زال ذلك الاعتبار والإنهاء المبطل قد يكون من الموجب إذا أتى بشيء ينهي المجلس ، وقد يكون من الموجه إليه الإيجاب بالإعراض ونحوه .

المبحث الثالث

التعاقد بالكتابة حال حضور العاقدین

ذهب جمهور الفقهاء : في أصح الروايات عنهم : إلى جواز إنشاء العقود بالكتابة بين الحاضرين مع القدرة على النطق .

وأنه توجد بذلك صيغة العقد ، لأن الصيغة هي ما يدل على إرادة العاقدین ورضاهما . ولا شك أن الكتابة تؤدي هذا المعنى على أتم وجه ، فما الكلام إلا ترجماناً عما في النفس وكذلك الكتابة ليست إلا تسجيلاً لما يجري على اللسان على الورق ، فكانت الكتابة أحد اللسانين كما يقولون^(١) . ولا يستثنى من ذلك إلا عقد النكاح ، فإنه لا ينعقد بالكتابة بين الحاضرين لأن من شرط صحة عقد النكاح عند جمهور الفقهاء^(٢) أن يسمع الشهود كلام العاقدین ، وعلى هذا فلو كتب رجل لامرأة : تزوجتك ، أو كتبت هي له : تزوجتك ، وهما حاضران في المجلس ، فقالت : أو قال : قبلت . لا ينعقد النكاح بينهما ، وكذا لو كتب لها أو كتبت له بالقبول^(٣) .

العقد بالإشارة :

إذا كان أحد المتعاقدين غير قادر على النطق لخرس ، وكان لا يعرف الكتابة ، فإن عقده ينعقد بإشارته المفهمة ، لأنها الوسيلة الوحيدة التي يستطيع بها أن يعبر عن إرادته ، فيصبح إنشاء العقد بها حفظاً لحياته وتحقيقاً لمصالحه ودفعاً لحاجته ، لا يعلم في ذلك خلاف لأحد .

أما إذا كان قادراً على الكتابة فهل يصح عقده بالإشارة بوصفها الوسيلة التي يستعملها في قضاء مصالحه ، أو أنه لا يجوز عقد إلا بالكتابة بوصفها الوسيلة الأوضح دلالة على المراد لأن الإشارة مهما كانت

(١) انظر: تبیین الحقائق للزيلعي في بحث مسائل شتى ، وحاشية الشلبي ج ٦ ص ٢١٨ ، شرح المجلة ج ٢ ص ٣٤ ، الخرشي ج ٥ ص ٥ ، الخطاب ج ٤ ص ٢٤١ ، القليوبي ج ٢ ص ١٥٤ ، كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٨ .

(٢) اشترط المالكية لصحة النكاح أحد أمرين الإشهاد عند العقد ، أو الشهرة عند الدخول .

(٣) انظر: فتح القدير ج ٥ ص ٣٤٤ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ .

دقيقة لا تخلو عن الاحتمال أما الكتابة فتدل دلالة تامة على مراده لأنها تسجيل على اللسان بواسطة القلم .

ذهب جمهور الحنفية ^(١) : إلى أن إشارة الأخرس معتبرة ينعقد بها عقده متى كانت مفهومة حتى ولو كان عالماً بالكتابة ، واختار البعض منهم أن الأخرس القادر على الكتابة لا يجوز عقده بالإشارة لأن الكتابة أوضح دلالة على المراد .

طلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت مفهومة فكانت العبرة في الدلالة استحساناً فصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه سواء قدر على الكتابة أو لا ، وهذا استحسان بالضرورة فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته جوعاً وعطشاً وعرياً . ثم إن الشرع اعتبرها منه في العبادات فكذا في المعاملات .

وقال بعض الشافعية : إن كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة .

ولكن الراجح عند الحنفية : أن إشارة الأخرس معتبرة حتى ولو كان قادراً على الكتابة .

وقال في الأشباه والنظائر : الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق .. إلى أن قال : وكتابة الأخرس كإشارته ، واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بإشارته أو لا ، والمعتمد : لا .

أما معتقل اللسان فلا تصح الإشارة منه إلا إذا كان ميؤوساً من شفائه ، فهذا واضح في أن الحنفية يجيزون تصرفات الأخرس القادر على الكتابة بالإشارة المفهومة ولا يشترطون لصحة الإشارة عدم القدرة على الكتابة ، بل

(١) انظر: بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٢٧ وما بعدها ، شرح المجلة ج ٢ ص ٣٥ ، الفواكه الدواني ج ٢ ص ١٥٧ .

يجعلون الكتابة والإشارة في درجة واحدة من حيث جواز استعمال كل من الوسيطتين في إنشاء العقد^(١).

أما المالكية فيجعلون للعقود الحرية التامة في اختيار الوسيلة التي ينشئ بها العقد : العبارة والكتابة والإشارة في ذلك سواء .

وبأيها باشر العقد صح عقده لأنهم يرون أن الإبانة عن الإرادة تحصل لأن الإشارة من هذه الوسائل الثلاث تسمى كلاماً في اللغة كما جاء ذلك في القرآن الكريم . قال في الحطاب وشرحه : وعلم أيضاً أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا: بالإشارة الدالة على ذلك ، وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام^(٢).

قال الله تعالى: ﴿قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا﴾^(٣).

والرمز : الإشارة وغير الأخرس كالأخرس .

فمن هذا النص يظهر لنا أن العبرة فيما تصح به العقود عند المالكية أن يكون دالاً على رضا العاقدين ثم يقولون إن العبارة والإشارة في ذلك سواء ، لأن الإشارة تسمى كلاماً لغة ، ولأن الإشارة المفهومة تؤدي ما تؤديه العبارة ، ومع التسليم بأن هذا هو المذهب ، إلا أن دعوى أن العبارة والإشارة سواء في الإبانة عن الإرادة ربما كان فيه شيء من التسامح لأن الإشارة مهما كانت معتادة فيها احتمال أن يراد بها غير ما يفهمه من يراها، وهذا من الواضوح بحيث لا ينكره أحد . أما أنها تسمى كلاماً فلأنه يحصل بها ما يحصل من العبارة من الإفهام في الجملة فهي تسمية مجازية وإن كان القول بذلك أمراً معتاداً بين الناس خصوصاً إذا كانت بعض الإشارات واضحة الدلالة على المراد .

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨، شرح المجلة ج ٢ ص ٣٥، الفواكه الدواني ج ٢ ص ١٥٧.

(٢) انظر: الحطاب ج ٤ ص ٢٢٩.

(٣) سورة آل عمران الآية ٤١ .

أما الشافعية : فيرون أن إشارة الأخرس ينعقد بها عقده للضرورة وتعتبر إشارته الواضحة كالنطق من غيره ، وكذلك تصح تصرفاته بالكتابة لأن كلاً من الكتابة والإشارة صالح للإبانة عن إرادة الأخرس ومراده. وهذا أساس صحة العقود ومعنى هذا أنهم لا يجيزون استعمال الإشارة في إنشاء العقد من القادر على النطق لأن ذلك صح من الأخرس للضرورة ولا ضرورة في حق القادر على النطق فلا يجوز عندهم العقد بالإشارة حينئذ إذ الضرورة تقدر بقدرها فهم يوافقون الحنفية في ذلك إلا أنهم يقولون إذا كانت إشارة الأخرس واضحة ، بحيث يفهمها كل أحد كانت صريحة في الدلالة على مراده ، وإن كانت بحيث لا يفهمها إلا الفطن كانت من قبيل الكتابة فتحتاج إلى إشارة أخرى^(١).

والحنابلة : يوافقون الحنفية والشافعية في أن انعقاد العقد بالإشارة صحيح من الأخرس للضرورة متى كانت إشارته مفهومة ، فلا يجوز استعمال الإشارة من القادر على النطق ، ولا ينعقد العقد حتى ولو كانت مقترنة بالكتابة فإنهم يرون أن كتابة الأخرس التي لا تقتصرن بها الإشارة الواضحة منه لا ينعقد بها العقد إذ لا تصلح حينئذ للتعبير عن إرادته لأنه من المحتمل أن تكون كتابته عبثاً أو تجربة قلم ، والاحتمال لا يصلح أساساً لتكوين العقد^(٢). ولعل عند الحنابلة قولاً آخر يجيز انعقاد العقد بكل ما يدل على الرضا ويكشف عن الإرادة ولو كان ذلك إشارة كما هو مذهب مالك ؛ فقد قال ابن تيمية في الفتاوى في صدد ذكره لأراء الفقهاء فيما يصلح لإنشاء العقود : القول الثالث أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودهما من قول أو فعل وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد^(٣).

ومما تقدم نرى أن الفقهاء يجيزون إنشاء العقود بالكتابة بين

(١) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٣ ص ١٠، المجموع شرح المذهب ج ١ ص ١٧١ .

(٢) انظر: كشاف القناع ج ٢ ص ١٧٣ .

(٣) انظر: الفتاوى لابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٨ .

الحاضرين باستثناء عقد النكاح ، ولو كان العاقد قادراً على النطق ، لأن الكتابة تكشف عن إرادة الكاتب ورغبته . وهذا مناط صحة العقود بشرط أن تكون الكتابة باقية ثابتة ، بأن تبقى بعد الانتهاء منها كالكتابة المعروفة . أما الكتابة في الهواء أو على صفحة الماء فإنه لا يجوز انعقاد العقد بها . لأنه حينئذ نوع من الإشارة ولا ينعقد بها العقد مع القدرة على الكلام ، وربما كانت أصول مالك تجيز ذلك ، لأن الكتابة في الهواء أو على صفحة الماء إذا فهم من كتبت له المراد منها ، نوع من الإشارة المفهمة ، وبها يجوز إجراء التعاقد عنده ، حتى مع القدرة على الكلام .

وقال الدسوقي في باب البيع : يصح بقول من الجانبين أو كتابة منهما أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر^(١).

أما عقد النكاح : فلا ينعقد بالكتابة عند جمهور الفقهاء : المالكية والشافعية والحنابلة ، سواء كان العاقدان حاضرين أم غائبين .

وقال الدردير^(٢) : ولا تكفي في النكاح الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة خرس ، وقال في موضع آخر : وفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده وإن طال . كما لو اختل شرط من شروط الولي أو الزوجين أو أحدهما ، أو اختل ركن كما لو زوجت نفسها بلا ولي أو لم تقع الصيغة بقول ، بل بكتابة أو إشارة أو بقول غير معتبر شرعاً .

وقال الشربيني الخطيب^(٣) : ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور لأنها كتابة ، فلو قال لغائب : زوجتك ابنتي أو قال لزوجتها من فلان ثم كتب قبله الكتاب فقال : قبلت لم يصح .

وقال البهوتي من الحنابلة^(٤) : لا يصح النكاح من القادر على النطق ولا

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ وما بعدها ، والبهجة الوردية ج ٢ ص ٢٩٥ .

(٢) انظر: الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠ وما بعدها .

(٣) انظر: مغني المحتاج ج ٢ ص ٥ .

(٤) انظر: كشف القناع ج ٢ ص ١٧٣ .

كتابة للاستغناء عنها ، وفصل الحنفية في جواز عقد النكاح بالكتابة فقالوا: لا ينعقد بكتابة حاضر فلو كتب: تزوجتك ، فكتبت: قبلت لم ينعقد ، وكذلك إذا قالت: قبلت ، أما كتابة غائب عن المجلس فينعقد بها النكاح بشروط وكيفية خاصة نقلها ابن عابدين عن الفتح فقال: ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب ، وصورته: أن يكتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم ، وقالت: زوجت نفسي منه ، أو تقول: إن فلاناً كتب إلي يخطبني فاشهدوا أنني زوجت نفسي منه ، أما لو لم تقل بحضرتهم سوى: زوجت نفسي من فلان لا ينعقد ، لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح ، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها يكونون قد سمعوا الشطرين بخلاف ما إذا انتقيا .

نقل ابن عابدين عن الكامل : هذا الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ التزويج أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله: زوجي نفسك مني فلا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة .

ويشترط في انعقاد العقد بالكتابة عموماً أن تكون مستبينة أي تبقى صورتها بعد الانتهاء منها . كالكتابة على الصحيفة أو الوزق وأن تكون مرسومة بالطريقة المعتادة بحسب العرف فتقرأ وتفهـم ، أما إذا كانت غير مستبينة كالكتابة على الماء أو الهواء أو غير مرسومة بالطريقة المعتادة فلا ينعقد بها أي عقد .

وجه انعقاد العقود بالكتابة هو أن القلم أحد اللسانين كما قال الفقهاء بل ربما تكون هي أقوى من الألفاظ ، ولذلك حث الله تعالى المؤمنين على توثيق ديونهم بالكتابة حيث قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها﴾^(١).

(١) سورة البقرة آية الدين ٢٨٢ .

انعقاد العقد بوسائل الاتصال الحديثة :

إذا كان العقد يصح بالكتابة والرسالة فكذلك يصح بما أحدثه العلم من وسائل الاتصال (كالبرق والراديو والهاتف) لأن البرقية عبارة عن صورة لما حرره المرسل بنفسه ووقع عليه ، فيعلم منها رغبته في إنشاء العقد خصوصاً إذا علمنا أن مكتب الإرسال لا يقبل مثل هذه البرقية إلا بعد التأكد من شخصية مرسلها بواسطة اطلاع موظف مكتب الإرسال على بطاقة المرسل ، ومثله ما يسمى (الإبراق) اليوم .

وكذلك المناظرة التلفازية والإذاعية لأن كلاً منهما يسمع كلام الآخر، وذلك يحقق اتحاد المجلس مهما كانت مسافة البعد بينهما لأن اتحاد المجلس اشتراط ، فيعلم كل واحد من العاقدين رغبة الآخر ويفهم كلامه .

وهذا حاصل في حال التعاقد (بالتلفاز) - المناظرة التلفازية بينهما . وكذلك الحال بواسطة (الراديو) لأن كل منهما يسمع كلام الآخر ويفهمه .

وكذلك الحال إذا كان العقد بواسطة (الهاتف) غاية الأمر أن في انعقاد العقد بالهاتف احتمال أن المتكلم ربما قلد صوت من نسب الإيجاب إليه . ولكن هذا المعنى موجود في الكتاب والرسالة إذ في كل منهما هذا الاحتمال ومع ذلك لم تمنع صحة التعاقد بهما .

انعقاد البيع بالتعاطي : (المعاطاة) :

التعاطي لغة المناولة : أي الإعطاء والأخذ .

التعاطي اصطلاحاً : وضع الثمن وأخذ المبيع عن تراض من الطرفين من غير لفظ .

وصورته في البيع : أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع الآخر الثمن من غير تكلم ولا إشارة وكما يكون التعاطي في البيع يكون في غيره من المعاولات ، وعقد الزواج لا ينعقد بالتعاطي .

أما سائر العقود فالأصل فيها أن تنعقد بالأقوال لأن الأفعال ليس لها دلالة بأصل وضعها على الالتزام بالعقد . ولكن إذا كان التعاطي ينطوي على دلالة تشبه الدلالة اللفظية حسب العرف والعادة ، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ينعقد به العقد إذا وجدت قرائن تدل على أنه يفيد الرضا . وهذا في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والاستصناع ونحوها ، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة ^(١).

والمذهب عند الشافعية ^(٢) : عدم جواز العقود بالتعاطي وبعضهم أجاز العقد بالتعاطي في المحقرات دون غيرها واختار النووي وجماعة منهم المتولي والبغوي الانعقاد بها في كل ما يعده الناس بيعاً .

المبحث الرابع

أقسام العقود

قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات ، تحتوي كل مجموعة منها على ما يندرج تحتها من عقود تتفق في مقاصدها ، والغاية الموجودة منها ، وأطلقوا على كل مجموعة اسماً خاصاً بها ، يميزها عن غيرها ، ومع هذا فيوجد عقود تدخل في أكثر من مجموعة واحدة لأن لها أكثر من خاصية ، وقد حصرها البعض في سبع مجموعات هي :-

الأولى : عقود التمليكات : وهي التي يكون المقصود منها تملك الشيء فإن ورد التملك على الأعيان كان بيعاً ، وإن ورد على المنافع كان إجارة أو إعارة وقد يكون التملك بعوض وقد يكون بغير عوض ومن هنا كانت عقود التملك نوعين :

١- عقود معاوضات : وهي ما قامت على أساس المبادلة بين المتعاقدين وعلى تملك كل منها ما للآخر ، سواء أكانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣ ، حاشية ابن علقين ج ٤ ص ٥١٤ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٢٩٨ .

(٢) انظر: الروضة للنووي ج ٣ ص ٣٣٧ ، المجموع ج ٩ ص ١٦٢ ، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٢٦ .

بجميع أنواعه ، الشامل والصرف والقرض ، والصلح عن إقرار أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة والمضاربة ؟ أم كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالزواج ، والخلع أم كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع بطريق المهايأة الزمنية أو المكانية فكل ما فيه معنى المفاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة^(١).

٢- عقود التبرعات : وهي التي يكون فيها التملك غير قابل فإن المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به ، وذلك مثل الهبة والوصية والوقف والصدقة والإعارة وإبراء المدين مما عليه حتى لا يبقى للدائن حق في مطالبته به ، وكالقرض لأن المقرض متبرع في تمكين المقرض من الانتفاع بالقرض والمحابة في عقود المعاوضات والكفالة بأمر المكفول له ، والحالة إذا لم تكن بأمر المحيل .

هذا وعقود التبرعات والمعاوضات تفيد التملك أي تملك البذل في المعاوضات ، وتمليك ما تم عليه التبرع في التبرعات ، ولذا أمكن أن يطلق عليهما عقود التملكيات .

الثانية : عقود الإسقاطات : وهي ما كان المقصود فيها إسقاط حق من الحقوق سواء كان ذلك في مقابل شيء أو من غير مقابل ، وهي نوعان أيضاً :

١- عقود إسقاطات فيها معنى المعاوضة : مثل الطلاق على مال تدفعه الزوجة لزوجها ، والعفو عن القصاص في مقابل مال يدفعه الجاني ، وهذا يأخذ حكم المعاوضات من الجانب الذي هو من قبله كانت معاوضة . وتأخذ حكم الإسقاطات من جانب من هو في حقه إسقاط ، فمثلاً لو أن رجلاً خالع زوجته على سقوط مؤخر صداقها ونفقة عدتها ثم أعرض عن المجلس قبل قبولها لم يسقط حقها في القبول ما لم تعرض هي ، لأن المجلس غير معتبر في حقه لأن الخلع من جانبه إسقاط لا يتوقف على

(١) انظر : مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٢١ ، ٤٩٨ ، ٥٠٤ .

المجلس وإنما يسقط المجلس في حق الزوجة لأنه بالنسبة لها معاوضة .

ب- عقود إسقاطات خالصة : وهي التي تكون من غير مقابل كإبراء الدائن المدين من الدين ، وكالطلاق المجرد عن المال وكالعفو عن القصاص من غير بدل ونحو ذلك .

الثالثة : عقود الإطلاقات : وهي العقود التي يكون فيها المقصود منها إطلاق يد الإنسان في تصرف لم يكن ثابتاً له من قبل ذلك ، ومنها عقد الوكالة والإمارة والقضاء والإيصاء ، فإن الوكيل والقاضي والوالي والوصي كل منهم كان ممنوعاً عن التصرف قبل أن تثبت له هذه الصفة وبعد ثبوتها لهم أطلقت أيديهم .

الرابعة : عقود التقييدات : وهي التي يكون المقصود منها تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كان مباحاً له وذلك كعزل الوكيل عن الوكالة ومنع المحجور عليه والصبي المميز من التصرف بعد الإذن لهما فيه ، فإن ذلك فيه منع وتقييد بعد إطلاق سابق .

الخامسة : عقود التوثيقات : وهي التي يكون المقصود منها ضمان الديون لأصحابها ومن هذا النوع الكفالة والحوالة والرهن ، فإن الدائن بهذه العقود يؤكد حقه في استرداد دينه ، ويبعد عنها احتمال خطر الضياع وتسمى هذه عقود الضمانات .

السادسة : عقود الشركات : وهي التي يكون المقصود منها الاشتراك في نماء المال ، وهي العقود في شركة العنان ، وشركة الأموال والمضاربة وشركة المفاوضة .

السابعة : عقود الاستحفاظات : وهي العقود التي تحدث بين الشخص وغيره لقصد حفظ المال فقط كعقد الإيداع وعقد الحراسة (١).

(١) انظر: للملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، د. أحمد فراج حسين ، ص ٢٨٠ ، وما بعدها ، مطبعة الدار الجامعية .

تقسيم العقود إلى منجزة ومضافة ومعلقة

فالعقد المنجز : هو الذي تكون صيغته دالة على إنشائه وإمضائه من حيث صدوره ما لم يوجد أمر آخر يمنع من ترتب الحكم عليه ، وخلا من التعليق والإضافة .

فإذا قال شخص لآخر : اشتريت منك هذه الساعة بكذا بشرط أن تقوم بإصلاحها مدة سنة من الآن ، وقال الآخر: قبلت ، فإن هذه الصيغة تفيد إنشاء عقد البيع من وقت صدوره ، وترتب آثاره عليه والشرط لا يمنع من ذلك شيئاً ولكنه ألزم البائع بالإصلاح في المدة المشروطة فيجب الوفاء بهذا الالتزام إذا كان العرف جرى بمثله .

العقد المضاف : هو الذي تدل صيغته على إنشائه من حين صدورها على ألا يترتب عليه حكمه إلا من زمن مستقبل يضيفه إليه مثل أن يقول شخص لآخر: استأجرت منك هذه الدار بكذا من أول الشهر القادم . ويقول الآخر: قبلت ، فالإجارة قد أنشئت من وقت صدورها ولكن تأخر ترتب الحكم إلى مجيء أول الشهر ، فلا يملك المستأجر بناء على هذا الانتفاع بالدار ، ولا يملك المؤجر أن ينتفع بالأجر قبل ترتب الحكم^(١).

والعقد المضاف يكون كذلك مطلقاً عن التقيد بالشرط، وقد يكون مقيداً به كما إذا قال: أجرتك هذه الأرض لتزرعها مدة ثلاث سنين بكذا ابتداء من العام القادم بشرط أن تدفع لي نصف الأجرة عند ابتداء المدة ويقول الآخر: قبلت .

العقد المعلق : هو الذي ربط وعلق وجوده على حصول أمر آخر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها مثل إن ، إذا ، كلما ، وما أشبه على تعليق هذا الإنشاء وربط وجوده بوجود أمر مستقبل بحيث إن وجد ؛ وجد العقد حين وجوده ، وإن لم يوجد ذلك فلا يوجد العقد نحو: إن سافرت من هذه البلدة فقد وكلتك ببيع منزلي وما فيه من أثاث .

(١) انظر: مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٠٤ ، البحر ج ٧ ص ٢٩ ، ٣٩ .

فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة ، وإنما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فالفرق بينه وبين المضاف ، أن العقد في حالة الإضافة^(١) موجود وقت التكلم والحكم غير موجود بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف إليه وفي حال التعليق كلاهما غير موجود ، وإنما يوجدان عند تحقق المعلق عليه .

فإذا قال شخص لآخر: إذا أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا كفيل به ، فإن هذا الكلام لا ينعقد سبباً للكفالة الآن ، بل حينما يتحقق الإقراض ، فيصبح القائل كفياً بعده ، ويترتب حكم الكفالة من ذلك الوقت .

والترقية بين المضاف والمعلق هو مذهب الحنفية ، ولكن الشافعية يذهبون إلى التسوية بينهما على معنى أن العقد موجود في حال التعليق كما في حال الإضافة ، والتعليق منع من ترتب الحكم عليه لحين تحقق الشرط كما أن الإضافة منعت ترتب الحكم إلى أن يجيء الوقت المضاف إليه .

ثم إن التعليق لا يفيد الحكم السابق إلا إذا كان المعلق عليه معدوماً عند التعليق ممكن الوجود في المستقبل مثل ما إذا قال شخص عند مريض: إن شفى الله مريضى لاتصدقن بكذا من المال أو يقول شخص لآخر: إن سافرت فقد وكلتك ، أو يقول الرجل لامرأته: إن خرجت اليوم فأنت طالق، وما شابه ذلك ، فإن الشفاء معدوم الآن ، ويحتمل وجوده في المستقبل، وكذلك السفر وخروج المرأة اليوم .

أما إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت التكلم فالتعليق صوري ، وهو في الحقيقة تنجيز ، كما إذا قال شخص لآخر وهبتك هذه الساعة إن نجحت في الامتحان ، وكان في هذا الوقت ناجحاً .

أو إذا قال شخص لآخر: إن ملكت هذه الدار أجرتها لك بكذا ابتداء من

(١) انظر: البحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ وما بعدها ، منجم الأنهر ج ٢ ص ١١ وما بعدها ، إعلام الموقعين ص ٤٧٦ .

الشهر القادم ، وقال الآخر : قبلت ، وتبين أنه كان مالكا لها وقت العقد بطريق الإرث مثلاً فإن التعليق يكون صورياً .

وإذا كان المعلق عليه معدوماً يستحيل وجوده في المستقبل لم ينعقد العقد أصلاً ، كما إذا قال رجل لامرأته : زوجيني نفسك ، فإن هذا التعليق مبطل للعقد لأن الغرض منه واضح وهو إفهام المخاطب أن إنشاء هذا الزواج مستحيل ، ومثل هذا يجعله محالاً .

وإذا قال شخص لآخر: إن شريت ماء هذا البحر كله وهيتك هذا الشيء ، فإن هذا التعليق ينبئ عن استحالة الهبة ، فيكون الكلام لغواً لا أثر له في إنشاء العقد ^(١) .

تقسيم العقد إلى صحيح وفاسد وباطل

فالعقد الصحيح ^(٢):

هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه معاً ، بحيث يكون مستجماً لأركانه وأوصافه ، فيترتب عليه أثره المقصود منه ، كبيع العاقل البالغ المال المتقوم الموجود المملوك له القابل للتسليم بإيجاب وقبول معتبرين شرعاً ، فإنه يترتب عليه أثره من نقل ملكية المبيع للمشتري ونقل ملكية الثمن للبائع ، وكالإجارة للانتفاع بعين موجودة انتفاعاً مشروعاً فيترتب عليها أثرها المقصود منها من نقل الانتفاع إلى المستأجر والأجرة إلى المؤجر ، وهكذا في سائر العقود إذا لم يقع خلل في أركانها أو شروطها .

والعقد غير الصحيح :

هو ما لا يعتبره الشرع ولا يترتب عليه مقصوده أو هو : ما لا يكون مشروعاً أصلاً ووصفاً أو يكون مشروعاً أصلاً ولكن لا يكون مشروعاً وصفاً .

(١) انظر: نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة) للدكتور محمد سراج ، ص ٢٠٥ وما بعدها ، مطبعة سعد سمك للنسخ ، القاهرة .

(٢) انظر: البحر الرائق ج ٦ ص ٧٥ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٤٣٦ وما بعدها ، جماع الأصول ج ١ ص ١٩٧ .

مثال الأول : عقد المجنون والصبي غير المميز ، أو العقد على الميتة والدم وكل ما لا يعد مالاً .

ومثال الثاني : العقد في حالة الإكراه والعقد على مجهول في عقود المعاوضة وقد قسم الحنفية العقد غير الصحيح إلى عقد باطل وعقد فاسد .

فالعقد الباطل^(١) : عند الحنفية فهو ما لم يشرع بأصله ، ولا بوصفه ، على معنى أن العقد ليس له وجود ولا انعقاد كأن يكون العاقد مجنوناً أو صبيّاً غير مميز ، أو أن يكون العقد وارداً على ميتة أو على امرأة محرمة على الزوج ، أو كأن يبيع المسلم خمراً أو خنزيراً .

ومنشأ هذا الخلاف يرجع إلى خلافهم في أثر النهي في المنهي عنه . فلما كان الجمهور يذهبون إلى أن النهي مطلقاً يقتضي عدم وجود العقد شرعاً أعم من أن يكون راجعاً إلى أصل العقد أو وصفه الملازم له ، قالوا إن العقد الذي يكون كذلك لا يترتب عليه أثر من آثاره لكان النهي من الشارع عنه ، فهو عقد غير مشروع وهو عقد باطل لذلك ، لأن النهي يقتضي البطلان .

ولما كان الحنفية يقولون بالتفصيل : وأن النهي إذا رجع إلى أصل العقد (العاقد أو المحل أو الصيغة) يقتضي بطلان العقد ، وعدم ترتب أي أثر من الآثار عليه فإن كان النهي راجعاً إلى وصف ملازم للعقد فإنه يقتضي بطلان هذا الوصف فقط ، أما أصل العقد فغير باطل ، لكونه صادراً من أهله في محله ، ويسمونه فاسداً .

تقسيم العقد إلى نافذ وموقوف^(٢)

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية إلى نافذ وموقوف :

فالعقد النافذ : هو الذي يصدر من الشخص الذي له ولاية إصداره

(١) انظر : البدائع ج ٥ ص ٣٠٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١٢ .

(٢) انظر : البدائع ج ٥ ص ١٤٨ وما بعدها ، فتح القدير ج ٥ ص ١٠٩ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧١ .

سواء أكانت هذه الولاية أصلية أو نيابية ، مثاله : إذا باع الشخص المتمتع برشده أو أجر أو تزوج وكون الوصي للقاصر .

وهذا العقد حكمه : أن تترتب عليه آثاره دون توقف على أن يجيزه أحد فيثبت به الملك للمشتري والبائع ، ملك الثمن للثاني وملك المبيع للأول ويثبت حق التمتع لكل من الزوجين في الزواج .

والعقد الموقوف : هو الذي يصدر من الشخص الذي ليس له ولاية الإصدار لكنه يتمتع بأهلية التعاقد ، كمباشرة الفضولي عقد بيع أو زواج ، أو عقود المعاوضات التي تصدر من الصبيان المميزين والسفهاء والمعاتيه المميزين .

وهذا العقد حكمه : أن آثاره لا تترتب عليه ، إلا إذا أجازته من له حق الإجازة ، وهو الذي يملك حق الإصدار ، ولا بد أن تكون الإجازة صحيحة ، فإذا لم توجد بطل العقد ، هذا عند الحنفية والمالكية .

وأكثر الفقهاء غير الحنفية قالوا إن العقد الصحيح لا يكون إلا نافذاً فليس عندهم عقد صحيح موقوف ، وذلك راجع إلى أنهم اشترطوا لانعقاد العقد كون العاقد له ولاية إنشاء العقد وإصداره .

الخاتمة

احتوى هذا الموضوع على مقدمة وأربعة مباحث اشتملت على ما يلي :

- ١- التعريف بالعقد عند أهل اللغة والفقه .
- ٢- معنى التصرف في (اللغة والفقه الإسلامي) ، وبيان أن التصرف القولي نوعان عقدي وغير عقدي .
- والتصرف القولي العقدي : هو الذي يتم نتيجة إرادتين كالبيع والزواج .
وأما التصرف القولي غير العقدي فنوعان :
 - أ- ما كان عزيمة مبرمة وإرادة منشئة لحق كالوقف .
 - ب- ما لم يكن شيئاً مما سبق ، لكنه أقوال تترتب عليها نتائج كالدعوى والإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم .
- ٣- بيّنتُ الفرق بين العقد والوعد وذكرت أقوال الفقهاء .
- ٤- بيّنتُ أركان العقد وهي: العاقدان ، المحل الذي يرد عليه العقد، والصيغة الدالة على العقد .
- ٥- بيّنتُ معنى الركن لغة واصطلاحاً .
- ٦- بيّنتُ ماذا يشترط في العاقدين من حيث :
 - أ- الأهلية . ب- الولاية . ج- الرضا والاختيار .
- ٧- بيّنتُ حالة بيع الأخرس ، وبيع الفضولي ، وبيع الأعمى ، ومتى يجوز بيعهم ومتى لا يجوز .
- ٨- بيّنتُ مسألة هل يمكن أن يتولى طرفي العقد شخص واحد .
- ٩- بيّنتُ المعقود عليه : أي المبيع والثمن ، وذكرت ما اتفق الفقهاء في الجملة على وجود المحل بشروطهم وهي :
 - أ- أن يكون موجوداً .

ب- أن يكون مالاً مقوماً مملوكاً للبائع .

ج- أن يكون معيناً ومعروفاً ومعلوماً للعاقدين .

د- أن يكون مقدور التسليم .

هـ- أن يكون مملوكاً للبائع .

و- أن يكون مملوكاً في نفسه .

ز- أن يكون منتفعاً به شرعاً .

ح- أن يكون طاهراً .

١٠- بيّنت آثار البيع ومن هذه الآثار :

أ- انتقال ملكية المبيع إلى المشتري وانتقال ملكية الثمن إلى البائع .

ب- تسليم المبيع للمشتري وتسليم الثمن للبائع .

ج- ضمان الدرك أو ضمان الاستحقاق .

د- حق تصرف المشتري بالمبيع .

١١- بيّنت معنى الإيجاب والقبول لغة واصطلاحاً .

١٢- بيّنت شروط الإيجاب والقبول :

أ- توافق الإيجاب والقبول .

ب- أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد المتعاقدين .

ج- اتصال القبول بالإيجاب .

١٣- بيّنت المراد باتحاد المجلس .

١٤- بيّنت أن هناك عقوداً مستثناة من اتحاد المجلس :

أ- الوصية . ب- الإيضاء . ج- الوكالة .

١٥- بيّنت ما يبطل الإيجاب :

- أ- رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبُول الطرف الآخر .
- ب- خروج الموجب عن أهليته قبل القبول .
- ج- رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه .
- د- هلاك المبيع المعيّن .
- هـ- انتهاء مجلس العقد .
- ١٦- بيّنت التعاقد بالكتابة حال حضور العاقدين وبيّنت اتفاق الفقهاء واختلافهم .
- ١٧- بيّنت العقد بوسائل الاتصال الحديثة .
- ١٨- بيّنت انعقاد البيع بالتعاطي (المعاوضة) .
- ١٩- بيّنت أقسام العقود :
 - أ- عقود التمليكات .
 - ب- عقود الإسقاطات .
 - ج- عقود الإطلاقات .
 - د- عقود التقييدات .
 - هـ- عقود التوثيقات .
 - و- عقود الشركات .
 - ز- عقود الاستحفاظات .
- ٢٠- بيّنت تقسيم العقود إلى: منجزة ومضافة ومعلقة
- ٢١- بيّنت تقسيم العقد إلى: صحيح وفاسد وباطل .
- ٢٢- بيّنت تقسيم العقد إلى: نافذ وموقوف .

فهرس المصادر والمراجع

- ١- إعلام الموقعين / لابن قيم الجوزية ، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد ، مطبعة السعادة بمصر عام ١٩٥٥ م .
- ٢- أحكام القرآن للجصاص الحنفي ، المطبعة البهية ، مصر ١٣٤٧ هـ .
- ٣- أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف .
- ٤- الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، الأستانة ، ١٢٩٠ هـ .
- ٥- الأموال ونظرية العقد ، د. محمد يوسف موسى .
- ٦- البحر الرائق شرح كنز الرقائق / ابن نجيم ، مطبعة الحلبي ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م .
- ٧- الحاشية على الدر المختار ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ٨- الخرشي على مختصر خليل : وبهامشه حاشية الشيخ العدوي ، دار الفكر .
- ٩- الشرح الصغير على أقرب المسالك للعلامة أحمد الدردير ، وبهامشه حاوية الصاوي ، دار المعارف ، مصر .
- ١٠- العناية شرح الهداية / أكمل محمد بن البابرتي ، مطبوع بهامش فتح القدير ، المطبعة الكبرى الأميرية ، الطبعة الأولى ، عام ١٣١٦ هـ بمصر .
- ١١- الفتاوى ، لابن تيمية ، تصوير دار المعرفة ، بيروت .
- ١٢- الفتاوى الهندية ، علماء الهند ، المطبعة الأميرية .
- ١٣- الفروق ، للقرافي ، طبع دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤ هـ ، القاهرة .
- ١٤- الفقه الإسلامي وأدلته ، أ.د. وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، دمشق .
- ١٥- القاموس المحيط ، الفيروزآبادي ، دار الحديث ، القاهرة .
- ١٦- القوانين الفقهية / لابن جزي ، طبع تونس .
- ١٧- المبسوط شرح الكافي / للسرخسي ، مطبعة السعادة ١٣٢٤ - ١٣٣١ هـ .

- ١٨- المحلى / لابن حزم ، منشورات المكتب التجاري ، بيروت (مصور) .
- ١٩- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د. حسين حامد حسان .
- ٢٠- المصباح المنير ، للفيومي .
- ٢١- المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة، تصوير دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٢٢- المجموع شرح المذهب / للزوي ، مطبعة الإرشاد ، جدة .
- ٢٣- الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة .
- ٢٤- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية / د. أحمد فراج حسين، مطبعة الدار الجامعية .
- ٢٥- بدائع الصنائع / للكاساني - الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م .
- ٢٦- بداية المجتهد / لابن رشد ، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات العربية.
- ٢٧- تبين الحقائق ، شرح كنز الرقائق / للزيلعي ، الطبعة الأولى، بولاق، ١٣١٣-١٣١٥ هـ .
- ٢٨- جامع الأصول / لابن الأثير ، مطبعة الملاح ، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .
- ٢٩- جامع الفصولين ، بدر الدين محمود بن إسماعيل المشهور بابن قاضي سماوه (٨٣٢ هـ) ، طبعة الأزهرية .
- ٣٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : للشيخ محمد عليش ، طباعة دار الفكر .
- ٣١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / السيد أحمد الدردير ، طبع دار إحياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى البابي ، القاهرة .
- ٣٢- روضة الطالبين : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، مطبعة المكتب الإسلامي ، دمشق ١٣٩٦ هـ .
- ٣٣- سنن الترمذي : (الجامع الصحيح) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية .

- ٣٤- سنن ابن ماجة : للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، عيسى الحلبي ، القاهرة، عام ١٩٥٢ م.
- ٣٥- شرح صحيح البخاري ، المكتبة السلفية ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، تصوير بيروت .
- ٣٦- شرح صحيح مسلم ، تصوير دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ٣٧- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي / الدكتور عدنان خالد التركماني، دار الشروق، جدة ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى عام ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م .
- ٣٨- عقد البيع / الدكتور عبد المنعم البدر اوي .
- ٣٩- فتح القدير شرح الهداية/ الكمال بن الهمام ، المطبعة الأميرية، ١٣١٦هـ -
- ٤٠- قواعد الأحكام في مصالح الأنام / للعز بن عبد السلام ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨ م ، القاهرة .
- ٤١- كشف القناع شرح متن الإقناع / للبهوتي ، نشر مكتبة النصر الحديثة ، الرياض .
- ٤٢- مجلة الأحكام العدلية .
- ٤٣- مصادر الحق في الفقه الإسلامي / عبد الرزاق السنهوري .
- ٤٤- مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل ، مطبعة السعادة ١٣٢٨هـ - ١٣٢٩هـ ، القاهرة .
- ٤٥- مغني المحتاج ، للشربيني، تصوير دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
- ٤٦- نظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة) للدكتور محمد سراج ، مطبعة سعد سمك ، مصر .
- ٤٧- نهاية المحتاج بحاشية الشبرايملسي / للرملي ، مطبعة البابي الحلبي ١٣٥٧هـ ، ١٩٣٨ م .

أمان الرسل في الشريعة الإسلامية

الدكتور/ الدين الجيلالي محمد بوزيد (*)

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على رسول الله .

مقدمة :-

يحتل موضوع التعامل الدبلوماسي مكانة بارزة في العلاقات الدولية الحديثة والقديمة نظراً لما تقتضيه الحاجة إلى التواصل بين الشعوب والأمم، فمنذ أن وجدت الكيانات البشرية وشعرت بالتمايز والذاتية في مواجهة الآخر ، ظهرت الحاجة إلى التواصل للحفاظ على الذات وجلب المنافع ^(١). وربما ازدادت الحاجة إلى هذا التواصل اليوم ، أكثر من أي وقت مضى ، بسبب التطور الذي عرفته الإنسانية وطبيعة العلاقات الدولية المعقدة والتي تستدعي تبادل وجهات النظر بين الدول وخاصة في المسائل التي أصبحت تهم المجتمع الدولي ولا يقتصر أثرها على دولة دون أخرى كالإقتصاد (العولة) والبيئة والإجرام الدولي والمخدرات .

ويكتسب دور الرسل أو المبعوثين أهمية قصوى في المنظور الإسلامي، فإذا كان تبادل الرسل عموماً قد اقتضته ضرورات حربية واقتصادية وثقافية ، فإنه في الشريعة الإسلامية له أهمية أخرى أجل وأهم فهو وسيلة لتبليغ الدعوة الإسلامية إلى الشعوب الأخرى ، فرسالة الإسلام للناس كافة .

(*) استاذ مشارك - كلية العلوم الإدارية - وهران - الجزائر . عميد كلية العلوم الإدارية - جامعة وهران - سابقاً - . استاذ القانون الدولي المساعد - كلية العلوم الإدارية - جامعة الملك سعود .

(١) د. كمال توفيق: الدبلوماسية الإسلامية والعلاقات السلمية مع الصليبيين ، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٦م ص ٢١ .

• امان الرسل في الشريعة الإسلامية •

إن الدولة الإسلامية منذ تأسيسها على يد النبي عليه الصلاة والسلام اعتمدت الرسل لتبليغ الدعوة الإسلامية ، كما استقبل الرسول عليه السلام وفوداً لأغراض مختلفة فنشأت من هذه الممارسة قواعد تقرر أمان الرسل ومنح الحماية اللازمة لهم لاداء مهامهم ، وكانت تلك القواعد مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وليس مجرد معاملة بالمثل أو مراعاة للملابسات القوى الدولية ، وهذا ما يفسر لنا أن أحكام أمان الرسل في الإسلام لم تكن محل تفاوض دولي ، وإن كان بعضها أقره العرف الدولي، وإنما هي مستمدة من مصادر الشريعة الإسلامية .

وهناك أكثر من دليل على أهمية التواصل بين الشعوب والأمم في المنظور الإسلامي من ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾^(١) . فهذه الآية تحث على التواصل ولكي يتم هذا التواصل لا بد من وسيلة لتحقيقه وهم الرسل أو السفراء . وسنحاول في هذا البحث المتواضع الكشف عن هذه القواعد والوقوف على مدى تطابقها مع تلك المقررة وما هو معمول به بين الأمم .

وتعرضت لهذه الموضوعات في خمسة مباحث خصصت للبحث الأول للكلام عن تاريخ الدبلوماسية عند العرب والمسلمين ، والبحث الثاني تعرضت فيه لبيان وظائف المبعوث الدبلوماسي ومهامه في الإسلام . أما البحث الثالث فتناولت فيه مفهوم الأمان وأساسه . والبحث الرابع بحثت فيه موضوع الحصانة القضائية وبينت أقوال الفقهاء في الموضوع . أما البحث الخامس فحاولت فيه بيان وجهة نظري في الموضوع ، وأخيراً خاتمة تضمنتها أهم النتائج والمقترحات .

(١) سورة المجرات الآية ١٣ .

المبحث الأول

تاريخ الدبلوماسية عند العرب والمسلمين

لم يكن التعامل الدبلوماسي غريباً عن العرب والمسلمين لقد عرفوا تبادل الرسل بين القبائل حتى قبل الإسلام^(١)، فطبيعتهم وتعلقهم بالأسفار وما أحاط بهم من ظروف اجتماعية واقتصادية ومركز بلادهم الجغرافي والديني دفعهم إلى الدخول في علاقات مع غيرهم ، فأدى ذلك إلى قيام البعثات والمراسلات الدبلوماسية .

لقد دلت الحفريات الأثرية على معرفة الدويلات القديمة التي سكنت وادي الرافدين بالنظم الدبلوماسية وأن رؤساء الدول كانوا مسؤولين في الخارج عن الأفعال والتصرفات التي تصدر منهم ، وكان المبعوث الدبلوماسي يلقي الود والاحترام في أثناء أدائه لمهمته بصورة لم تألفها المجتمعات الغربية في القرون الوسطى . لقد كان للعرب دور مهم في تطوير العلاقات الدبلوماسية ، وقد اهتموا بالرسل وأطلقوا عليهم مصطلحات مختلفة تبعاً لعلاقاتهم مع الدول المجاورة لأراضيهم^(٢) . لقد كانت القبائل العربية في الجاهلية ترسل وفوداً لتقديم التهاني والتعازي أو التفاوض والتحالف . وكانت السفارة معروفة في مكة ، ومن أشهر هذه السفارات سفارة ابن هاشم إلى سيف بن ذي يزن الحميري مقدماً له تهنئة قريش بعد طرد الأحباش . ولما جاء الإسلام أصبح للرسول أو المبعوث

(١) الرسول لغة المرسل والمبعوث برسالة ، وفي الشرع : من ببعثه الله بشرع يعمل به ويبليغه . وهو صاحب الرسالة الذي يتابع إخبار الذي بعثه ، والسفير هو الرسول والمصلح بين القوم ، وقد استعملت الكلمتان اصطلاحاً بمعنى واحد للموفود الدبلوماسي ، وإن غلب أحياناً للدلول الديني في استعمال كلمة الرسول . ابن منظور : لسان العرب ، كلمتا سفير ورسول .

(٢) فقد أطلق العرب (كتوبيون) على السفير الذي يمثل دولة لها صلة ممتازة جداً مع دولة صديقة أخرى لفظ حشكت كالذي جاء في نص أبرهة الشهير ، فقد أطلق في هذا النص هذه اللفظة على سفيدي الحبشة والروم الذين وفدوا عليه بينما أطلق لفظ تنبلت على مبعوث الساسانيين إليه . د. سهيل حسين الفتلاوي ، الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي ، العراق ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ م ، ص ٤٩ .

الدبلوماسي أهمية خاصة بسبب طبيعة الدعوة الإسلامية التي تتطلب الاتصال بالشعوب الأخرى بهدف نشر الدين الإسلامي . وانطلاقاً من المبادئ الأساسية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في نشر الفكر الإسلامي بالإقناع والحجة ودون اللجوء إلى استخدام الأساليب القسرية إلا عند الضرورة ، وكانت نظرة الشريعة الإسلامية إلى الرسل نظرة احترام وتقدير بالنظر إلى المهمة الموكولة إليهم ^(١) ، وكانت حمايتهم واجبة . ونؤكد في هذا الصدد أن مصادر القانون الدبلوماسي في الإسلام هي نفسها مصادر التشريع الإسلامي وأهمها كتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

لقد بعث الرسول عليه السلام الكثير من الرسل إلى الملوك يدعوهم إلى الإسلام ، من ذلك رسوله إلى هرقل الروم ابن دحية الكلبي وحاطب بن أبي بلتعة إلى المقوقس عظيم مصر وعبد الله بن خدامة إلى كسرى عظيم الفرس ، كما بعث بعمر بن أمية الصخري إلى النجاشي ملك الحبشة ، وكان عليه السلام يضع خاتمه على الرسائل . كما استقبل عليه السلام كثيراً من شيوخ القبائل العربية كمنذر بن ساوى ملك البحرين والحارث الغساني ، كما استقبل سفارة قريش بقيادة سهيل بن عمرو وكان ممثل النبي ﷺ في هذه المفاوضات خراش بن أمية الخزاعي ثم عثمان بن عفان رضي الله عنه وانتهت بصلح الحديبية . وفي عهد الخلفاء صارت الدعوة على النحو الذي رسمه الرسول ﷺ ^(٢) وظلت مقاصد السفارات تتركز بين

(١) نادية محمود مصطفى : أصول العلاقات الدولية في الإسلام : المعهد العالي للفكر الإسلامي ، القاهرة ١٩٩٦ م ص ١١٣ .

(٢) بعث النبي ﷺ الرسل خارج الجزيرة العربية إلى الملوك يدعوهم إلى الدين الجديد ومن هؤلاء كسرى والنجاشي ملك الحبشة والمقوقس حاكم مصر ، وقد استقبل بعض هؤلاء رسل النبي وأكرمهم وحملوهم الهدايا إلى النبي ﷺ . د. إبراهيم حسن : تاريخ الإسلام ، ج ٢ ص ١٩٨ مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٤ م . السيد موماس أونولد : الدعوة إلى الإسلام ، ترجمة حسن إبراهيم حسن ، مطبعة السبكي بالأزهر ١٩٥٧ م ، ص ٢٣ . محمد حميد الله الحيدر آبادي : مجموعة الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة ، مطبعة لجنة التأليف والنشر ، القاهرة ١٩٤١ م ص ٣٢ .

الدعوة الإسلامية وإعلان الحرب أو عقد المعاهدات ومفاداة الأسرى^(١)، وقد تبادل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما السفراء مع قيصر الروم^(٢).

وفي العهد الأموي حرص الأمويون على استخدام الرسل في حل مشاكلهم مع الدول الأخرى وخاصة الدولة البيزنطية، حيث وصف قادتهم بالذكاء الدبلوماسي ولم تختلف أغراض السفارات كثيراً في هذا العهد عما كانت عليه في عهد الخلفاء، وإنما حدث تطور في الجانب الفني متمثلاً في أسلوب السفارات، طابعها وتنظيمها وتشعب مباديها، انعكاساً لقوة الدولة الأموية في بداية العصر العلمي والأخذ بأسباب الحضارة بعد الانفتاح على حضارات البلاد المفتوحة.

فقد وضعت الدولة الأموية برنامجاً للرسل الأجانب ومنحتهم الامتيازات اللازمة حيث كان يستقبلهم عامل خاص يلقنهم الآداب والتقاليد التي يجب أن تراعى عند مقابلة الخليفة، وخصصت لهم أماكن خاصة يقيمون فيها طوال الفترة التي يقضونها. لقد تمتع السفراء في الدولة الأموية بكافة أنواع الحصانة الدبلوماسية التي نعرفها اليوم فكان السفير رمز الدولة التي توفده^(٣).

ازدهرت الدبلوماسية الإسلامية في العصر العباسي وأصبحت تخضع لقواعد دقيقة وأصول واضحة، وتعددت أغراض السفارة ووظائفها بحيث ساهمت في توثيق الصلات التجارية والثقافية وتبادل الأسرى والعطايا

(١) د. سعيد محمد أحمد باباجة: المبادئ الأساسية للعلاقات الدولية والدبلوماسية في وقت السلم والحرب، بين التشريع الإسلامي والقانون الدولي العام، مؤسسة الرسالة ١٩٨٠، ص ٣٨. نجيب الأرمنازي: الشرع الدولي في الإسلام، دمشق ١٩٣٠م ص ١.

(٢) بعثت أم كلثوم بنت علي وزوج عمر رضي الله عنهما بهدية من طاق المدينة إلى زوجة ملك الروم، فجمعت الملكة نساءها وقالت: هذه هدية امرأة ملك العرب وكافلتها وأهدت لها عقداً فاسخراً. د. سعيد محمد أحمد باباجة: المرجع السابق ص ٤٠.

(٣) نظراً للحروب المستمرة مع الروم لم يكن هناك مجال واسع للتطور الفني الدبلوماسي إلا وجود بعض السفارات لعقد الهدنة أو تبادل الأسرى وكانت الدولة الأموية تخشى السفراء الأجانب وغالباً ما كانت تحيطهم برجال الأمن لئلا يقوموا بأعمال التجسس. د. مجيد خدوري: السلم والحرب في شريعة الإسلام، الدار المتحدة للنشر، بيروت ١٩٧٣م ص ٢٤٢.

وحل المنازعات^(١)، وازدادت العلاقات الدبلوماسية بين الدولة العباسية والدول المسيحية في أوروبا وكان أساس هذه العلاقات تبادل السفارات. ومن أهمها السفارات بين الخليفة المنصور وملك الإفرنج وملك الروم وبين الخليفة هارون الرشيد وشارلمان ملك الإفرنج سنة ٧٩٧، و٨٠٢م وبين الخليفة المأمون والبيزنطيين^(٢).

ونشير هنا إلى أن الممارسة الدبلوماسية الإسلامية قد أوجدت نظاماً متقدماً في أصول الدبلوماسية وقواعدها في اختيار الرسل، كان المسلمون يختارون سفراءهم من الشخصيات البارزة المشهورة برجاحة الرأي وبلاغه القول وسرعة البديهة واحتياال الأمور وتلقيها. وأبلغ ما كتب عن صفات من يصلح للسفارة ما جاء في كتاب رسل الملوك لابن الفراء^(٣) على لسان أحد الحكماء "اختر لرسالتك، في هديتك وصلحك ومناظرتك والنيابة عنك رجلاً حسيفاً بليفاً حولاً قلباً، ذا رأي جزل، وقول فصل ولسان سليط وقلب حديد. قليل الغفلة منتهز الفرصة .. سامياً إلى ما يستدعيه إليك ويستدفعه عنك، إن حاول جر أمر أحسن اقتلاعه، وإن رام دفعه أحسن رده. حاضر الفصاحة مبتدر العبارة ظاهر الطلاقة وثاباً على الحجج مبرماً لما نقض خصمك ناقضاً لما أبرم يحيل الباطل في شخص الحق والحق في شخص الباطل".

وكان السفراء عند عودتهم يقدمون إلى الخليفة أو السلطان تقريراً بما انتهت إليه مهمتهم وقد حفلت دار المحفوظات في عاصمة الدولة الإسلامية

(١) د. سموي فوق العادة: الدبلوماسية الحديثة، دار البقعة العربية، بيروت، ١٩٧٣م ط١ ص ٤٠.
د. فاضل زكي: حقيقفة التراث العربي الإسلامي، الجانب الدبلوماسي، بحث مقدم إلى مؤتمر الآباء العرب ببغداد ١٩٦٢م، مطبعة العاني ١٩٦٥م، ص ١٦.

(٢) د. مجيد خدوري: الصلات الدبلوماسية بين هارون الرشيد وشارلمان، مطبعة التقيض، بغداد ١٩٣٩م ص ٢٠. السيد عبد الجليل رضا راشد: العلاقات السياسية بين الدولة العباسية والأندلس، مكتبة النهضة، الرياض ١٩٦٩م ص ١٤١.

(٣) ابن الفراء: رسل الملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة، تحقيق صلاح الدين المنجد، دار الكتاب الجديد بيروت ١٩٧٢م ص ٣٠.

في العهد العباسي بهذه التقارير كما كان للدولة الإسلامية في صدرها الأول ديوان يسمى ديوان الرسائل يختص بالمكاتبات مع الملوك وغيرهم من رؤساء الدول .

وقد قام كاتب الرسائل في العصر الأموي والعباسي بنفس المهمة في إعداد كتاب الاعتماد أو الرد عليه ، وكان للمكتبات الإسلامية أسلوبها الخاص وصيغتها المتميزة ، وكان استقبال السفراء يتم على الحدود ثم اصطحابهم إلى العاصمة .

ولم يحدث أن رفضت الدولة الإسلامية قدوم السفراء إلا في حالة وجود حالة غير طبيعية كحالة الحرب. وكان السفير يستقبل بحفاوة كبيرة لا سيما في العصر العباسي ، فعندما يدخل الرسول الأجنبي العاصمة الإسلامية بغداد كان يدخلها في موكب يجتاز الشوارع ويصطف له الجنود ويطاف به حول القصور والأماكن المهمة لإظهار عظمة^(١) الدولة وإرهاب الأعداء ، وقد استحدث المسلمون نظام البروتوكول وعرف القائم عليه باسم الوظائف ، وفي العهد الأيوبي عرف بالمهماندار^(٢).

ومن المؤكد أن المسلمين كانوا يعاملون السفراء الوافدين إليهم من خلال أحكام الشريعة الإسلامية السمحة دون الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل ، وهو المبدأ الذي ما زال حتى اليوم من المبادئ السائدة في القانون الدولي العام. وهكذا نجد أن فن التعامل الدبلوماسي قد تبلور في العالم الإسلامي منذ قرون خلت قبل أن تتضح معالمه وتسن قواعده في العالم الغربي الذي ما زال البعض يعتقد أنهم مؤسسو القانون الدولي المعاصر ورواده^(٣).

(١) د. صلاح الدين المنجد : النظم الدبلوماسية في الإسلام ص ١٥٣ .

(٢) د. عبد الكريم زيدان : الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، مجلة القانون والعلوم السياسية الحلقة الدراسية الثالثة ، بغداد ، ١٩٦٩ م ص ١٨٣ . والمهماندار : كلمة فارسية معناها الموظف القائم في خدمة الضيوف والمسؤول عن المراسم الرسمية في الدولة .

(٣) د. وهبة الزحيلي : آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٥٢ م ص ٢٠ .

المبحث الثاني وظائف الرسل ومهامهم في الشريعة الإسلامية

يضطلع الرسول أو المبعوث بوظائف عديدة يرتبط بعضها برسالة الإسلام والبعض الآخر اقتضته طبيعة التنظيم الدولي وقواعد تنظيم علاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم ، خاصة بعد اعتماد التمثيل الدائم لرعاية المصالح المتبادلة بين الأمم .

١- الدعوة إلى الإسلام : من أعظم واجبات الدولة الإسلامية هو الدعوة إلى الدين الحنيف وتبليغه إلى الأمم والشعوب ، ثم التمكين له في الأرض وحماية معتنقيه ، ولا شك أن التمثيل الدبلوماسي المعاصر يوفر فرصة سانحة ينبغي الاستفادة منها في الدعوة للإسلام ، علماً أن المبعوث يستفيد من حماية خاصة تمكنه من تبليغ رسالته إلى الشعوب الموقد لديها، خاصة بعد اعتماد البعثات الدائمة . وقد عمدت الدول إلى إلحاق مكلف بالشؤون الثقافية (ملحق ثقافي) بكل بعثة دبلوماسية للتحسين لثقافتها والدعوة إليها بالطرق السلمية ، فالدول الإسلامية أولى من غيرها بوصفها صاحبة رسالة عالمية وعليها أن تستغل هذه الوسيلة في الحدود القصوى الممكنة ، ويجب أن تضطلع البعثات الدبلوماسية الإسلامية بدور رائد في نشر الإسلام ونقل الصورة الصحيحة للدين الحنيف في الدول المعتمد لديها وأي إساءة في عرض الدعوة إساءة إلى الإسلام ذاته^(١).

٢- التفاوض : إن الدولة الإسلامية قد تحتاج في صلاتها مع الأمم الأخرى إلى تبادل وجهات النظر في مسائل محددة بقصد التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر كالتفاوض لإبرام اتفاقية تجارية أو تبادل أسرى،

(١) ورد في كتب السيرة أن مصعب بن عمير رضي الله عنه كان أول سفير لدولة الإسلام ، إذ بعثه الرسول ﷺ إلى المدينة بعد بيعة العقبة الثانية قبل الهجرة ، وذلك لغرض أن يفقههم في الدين ويعلمهم القرآن . ابن هشام ، السيرة النبوية ، ج ٢ ص ٥٨ .

أو تنظيم أوضاع معينة . وتعد وسيلة المفاوضات أداة فعالة في إدارة العلاقات وحل الخلافات بالطرق السلمية ، ولقد حرصت الممارسة الإسلامية على أن يتحلى المفاوض المسلم بكفاءة عالية وخبرة في فن التفاوض .

٣- تمثيل الدولة الإسلامية ورعاية مصالحها : إن رعاية المصالح الإسلامية ونشر الدعوة في الدول الأخرى استدعى في الوقت الراهن الحضور الدائم لمن يمثل الدولة الإسلامية لدى هذه الدول حتى يتسنى لها معرفة الأوضاع السائدة ومتابعتها وحتى يكون أولو الأمر في الدولة على بينة ويحددوا ما ينبغي فعله ، ولا شك أن مهمة السفير في هذا الشأن جلية ودقيقة ؛ فالسفير هو الناطق الرسمي لدولته لدى هذه الدول ، ولابد أن يكون على مستوى المهمة من حيث الكفاءة ليعبر بصدق عن إرادة دولته.

المبحث الثالث

مفهوم أمان الرسل في الإسلام وأساسه

حظيت مسألة حرمة السفراء وأمانهم باهتمام خاص عند فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرف العرب حرمة السفير^(١)، ولما جاء الإسلام شملت الدولة الإسلامية السفراء الوافدين إليها بالأمان والسلام طوال مدة بقائهم في بلادها ليتمكنوا من أداء مهامهم ، قال تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾^(٢). قال ابن كثير في تفسير هذه الآية "والغرض أن من قدم من دار الحرب إلى دار الإسلام في أداء رسالة أو تجارة أو طلب صلح أو مهادنة أو حمل جزية أو نحو ذلك من الأسباب وطلب من الإمام أو نائبه أماناً ، أعطي أماناً ما دام متردداً في دار الإسلام وحتى يرجع إلى داره ومأمنه ووطنه"^(٣). ويتفق القانون الدولي مع الشريعة الإسلامية في إقرار أمان الرسل وعلى حد قول غرسيوس "في قانون الأمم ميدان ثابتان ومنتهى إلى اتفاق حولهما أولهما مبدأ استقلال السفراء و ثانيهما ألا يلحق بهم أذى أو ضرر" . كما أنهما يتفقان من حيث الأساس لمنح الأمان أو الحصانة .

المطلب الأول

مفهوم الأمان

الأمان في اللغة من الأمن وضد الخوف قال تعالى: ﴿فليعبدوا رب هذا البيت﴾^(٤)، ﴿الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف﴾^(٥). وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف .

(١) محمد علي خميس : الشريعة الإسلامية والأجانب في دار الإسلام ص ٤ .

(٢) سورة التوبة الآية ٦ .

(٣) مختصر تفسير ابن كثير : اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني المجلد الثاني ، دار القرآن الكريم ، بيروت ١٤٠٢ هـ ، ١٩٨١ م ص ١٢٧ .

(٤) سورة قريش الآية ٣ .

(٥) سورة قريش الآية ٤ .

واصطلاحاً : رفع إباحة دم الحربي مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة معينة . وعرفه أحد الفقهاء ^(١) بأنه المنعة الكاملة للموحد في نفسه وماله في أثناء إقامته في دار الإسلام حتى مفادرتها والعودة إلى بلده سالمًا ، وفي مفهوم القانون الدولي تعني الحصانة الشخصية أو الحرمة حماية شخص المبعوث ضد أي اعتداء قد يهدده ، وعدم تعرضه لأي مضايقة وحفظ كرامته .

وعموماً يمكن تقسيم المقيمين على الأرض الإسلامية إلى عدة أصناف هم :

- المسلمون بوصفهم أهل الدار .

- الذميون بمقتضى عقد الذمة .

وهؤلاء هم رعايا الدولة الإسلامية (يحملون جنسية الدولة) وإقامتهم دائمة .

وهناك المستأمنون وهم صنفان .

- المستأمنون بمقتضى عقد الأمان الذي يمنحه لهم أحد المسلمين بموافقة ولي الأمر أو نائبه عند أغلب الفقهاء .

- الرسل والتجار بمقتضى الأمان الذي تقره الشريعة الإسلامية ولا يحتاجون إلى عقد أمان .

وهذان الصنفان ليسا من رعايا الدولة الإسلامية وإقامتهم مؤقتة .

جاء في كتاب السير الكبير وكتاب الخراج أن "الولاة إذا ما لقوا رسولاً يسألونه عن اسمه ، فإن قال أنا رسول الملك بعثني إلى ملك العرب ، وهذا كتاب معي وما معي من الدواب والمتاع والرقيق هدية إليه فإنه يصدق ولا

(١) د. صبيح المحمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ، دار العلم للملايين بيروت ١٩٧٢م ص ١٣٢ ، د. وهبة الزحيلي : العلاقات الدولية في الإسلام مقارنة بالقانون الدولي ، مؤسسة الرسالة ١٩٨١م ص ١٥٣ . محمد بن الحسن الشيباني : شرح السير الكبير ج ١ ، تحقيق صلاح الدين المنجد ، طبعة معهد المخطوطات بجامعة الدول العربية ١٩٥٧م ص ٢٨٣ ، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الخراج ، دار المعرفة للطباعة والنشر ١٩٧٩م ص ١٠٨ .

سبيل عليه ولا يتعرض له ولا لما معه من المتاع والسلاح والمال . وكذلك لو أن المسلمين أسروا مركباً في البحر وقال نفر من ركابه نحن رسل بعثنا الملك فلا يتعرض لهم " .

أما الأدلة على عصمة دم الرسول وصيانة شخصه فهي كثيرة نذكر منها ما روي عن رسول الله ﷺ مع ابن نواحة وابن أثال رسولي مسيلمة الكذاب قال لهما رسول الله: (تشهدان بأنني رسول الله) قالوا: لا . تشهد أن مسيلمة رسول الله ، فقال عليه السلام: (أمنت بالله ورسوله لو كنت قاتلاً رسولاً لقتلتكما) ، فقال عبد الله بن مسعود فمضت السنة أن الرسل لا تقتل^(١).

ويروى عن أبي زافع مولى رسول الله ﷺ أنه قال: "بعثتني قریش إلى رسول الله فلما رأيته ألقي في قلبي الإسلام فقلت: يا رسول الله إني والله لا أرجع إليهم أبداً فقال ﷺ: (إني لا أخيس^(٢) بالعهد ولا أحبس البرود ولكن أرجع فإن كان في نفسك الذي في نفسك الآن فارجع). وكذلك ما ذكره ابن هشام في السيرة النبوية "قال عامر بن الطفيل لرسول الله ﷺ: يا محمد خالني ، قال: (لا والله حتى تؤمن بالله وحده) ، وكررها ثم قال: أما والله لا ملأنها عليك خيلاً ورجالاً ، فلما ولى قال رسول الله ﷺ: (اللهم اكفيني عامر بن طفيل)^(٣).

وللشريعة الإسلامية منحي خاص في نظرتها للرسل ، لقد استخدمت الرسل في السلم والحرب لأن الفتح الإسلامي لم يتخذ من الحرب وسيلة للفتوحات وإنما سبق ذلك بالدعوة إلى الإسلام بواسطة الرسل ، وهذا ما جرى عليه العمل في وقت الرسول عليه السلام حيث كانت رسله تحمل الرسائل إلى الملوك و الأمراء لدعوتهم إلى الإسلام ومن هذه الأدلة يظهر

(١) سنن أبي داود ج ٣ ص ١١١ . ابن القيم الجوزي : زاد المعاد في هدي خير العباد ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ١٩٨١ م ، ج ٣ ص ٢٢ .

(٢) لا أخيس : أي لا أنقض والبرود جمع برد أي الرسول .

(٣) الهداية : شرح بداية المبتدي للعلامة أبي الحسن الرقيني ، ج ٢ القاهرة ١٩٣٦ م .

لنا جلياً أن الشريعة الإسلامية تضمنت أحكاماً فرعية لآمان الرسل، انطلاقاً من المبادئ الأساسية التي جاءت بها الشريعة .. وقد احترمت الدولة الإسلامية دائماً آمان الرسل بل بسطت الحماية حتى على اتباع الرسل من خدم ، وبذلك وقفت قواعد البروتوكول الإسلامي على قدم المساواة مع أرقى المبادئ والأعراف الدولية الحديثة في المجال الدبلوماسي، والتي تقرر منح جميع أعضاء البعثة الحصانة الدبلوماسية .

ومما يكشف عن نبل الإسلام والدولة الإسلامية في عهد الرسول عليه السلام واحترامها الدائم للمركز القانوني للمبعوث أو الرسول ، أنه في الوقت الذي كان يقابل فيه سفراء هذه الدول باحترام ويحاطون بالحماية الكاملة حتى ولو خرجوا على القواعد الأولى التي يجب احترامها ومراعاتها عند مخاطبة رؤساء الدول ، كان سفراء الرسول عليه السلام إلى هذه الدول يعاملون في كثير من الأحيان أسوأ معاملة ، من ذلك أن ملك الفرس مزق الخطاب الذي أرسله إليه الرسول الكريم وداسه بقدميه ونجا حامله من الموت بأعجوبة . ومن ذلك أيضاً أن السفراء الذين أرسلهم رسول الله ﷺ إلى أمير الغساسنة قيدوا على يد هذا الأخير ^(١) .

يختلف مفهوم الحصانة عن مفهوم الآمان من حيث المدلول الاصطلاحي : فالحصانة تعني بالإضافة إلى الحرمة الشخصية الإعفاء من الاختصاص القضائي المحلي ، بينما يعني الآمان عدم الاعتداء على الرسول وحمايته حتى يتمكن من أداء رسالته ولا يتعداها إلى حد الإعفاء من القضاء عند غالبية الفقهاء على النحو الذي سنبينه بالتفصيل . فكل من القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية يتفقان على ضرورة توفير الحماية اللازمة للرسول وإنما هناك خلاف نظري حول مسألة الحصانة القضائية وخاصة الجنائية ^(٢) .

(١) د. عبد العزيز محمد سرحان : قانون العلاقات الدبلوماسية . مطبعة جامعة عين شمس القاهرة ١٩٩٤ م.

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة ، ج ١ ، الجريمة ، دار الفكر العربي ١٩٧٤ م ص ٣٤٥ .

المطلب الثاني أساس منح الأمان (الحصانة)

يخط البعض بين الأساس الشرعي الذي يبيح منح المبعوث الأمان وبين التبرير الفلسفي أو القصد من إقرار الأمان ، فالأساس الشرعي ثابت في سنة النبي عليه السلام كما ذكرنا ، أما مبرر حكمة منح الأمان أو الحصانة فهو الذي كان محل خلاف ، فهل يتمتع بالأمان لأنه رسول يؤدي رسالة أم لأنه ممثل دولة يؤدي رسالة ؟

لقد قيلت نظريات عديدة ^(١) في القانون الدولي ، وأهم هذه النظريات نظرية مقتضيات الوظيفة . أما في الشريعة الإسلامية فإن هذا الموضوع لم يتصد له الأقدمون صراحة ، وإن كان بالإمكان استنباط أحكامه من كتاباتهم أما الذين كتبوا فيه حديثاً فقد جاءت آراؤهم متباينة : فذهب البعض إلى أن حصانات الرسل في الإسلام مستمدة من عهد الأمان ^(٢) الذي منحته الشريعة الإسلامية للرسل ، وبمقتضاها يدخل المستامن

(١) من هذه النظريات نظرية امتداد الإقليم ، ومقتضى هذه النظرية أن مقر البعثة الدبلوماسية يعد امتداداً لإقليم الدولة صلبة البعثة ، وبالتالي فلا يجوز دخولها إلا بإذن من الدولة للوفدة ويعد المبعوث وكأنه على أرض بلاده وبالتالي لا يخضع لاختصاص الدولة للتعهد لديها . وقد انتقدت هذه النظرية لأنها تقوم على افتراض أو تصور غير مقبول ، فالمبعوث يجب عليه احترام قانون الدولة للتعهد لديها ويمكن إخضاعه للقانون المحلي بعد تجريده من الحصانة إذا رافقت دولته على ذلك .

أما النظرية الثانية فهي نظرية الصفة التمثيلية . فحوى هذه النظرية أن المبعوث يعد ممثلاً لدولته ولأنه من المحافظة على كرامته وسمة الدولة التي يمثلها ، وضرورة استقلاله في أداء مهامه . وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها لا تفسر كثيراً من الأوضاع كالحصانات التي يتمتع بها المبعوث في دولة ثالثة مع أنه ليس له الصفة التمثيلية لديها ، وامتداد الحصانة إلى أسرة المبعوث ومقر البعثة .

(٢) أن عقد الأمان نوعان : إما مؤقت ، وإما مؤبد . وللمؤقت نوعان عام وخاص ، فعقد الأمان العام الخاص هو لكل مسلم ، وأصله أو سنده قوله ﷺ (للمسلمون تكلفاً بماؤمهم ويسمى بدمتهم أمانهم وهم يد على من سواهم) . أما للمؤقت العام فهو حق لا يملكه إلا الإمام (الخليفة) لأن تقدير الصلحة العامة من اختصاصه أما عقد الأمان المؤبد فهو عقد الذمة . الإمام محمد بن إدريس الشافعي : الأم . دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ط ٢ ، ج ٤ ، ١٩٧٤ م ص ٢٢٦ . د. عبد الخالق النوري : العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ١٩٧٤ م ص ١٥٨ .

(الرسول) الدار الإسلامية بغير نية الإقامة فيها بل تكون المدة محدودة في عقد الأمان سواء كان ذلك بقصد الزيارة أو التجارة . وهناك من يرى أن أمان الرسل في الإسلام ثابت بدون عقد الأمان . ويثبت بمجرد دخوله دار الإسلام إذا أثبت أنه رسول موفد من دولته ^(١).

ومن المؤكد أن إرسال الرسل أو السفراء فيه مصلحة مؤكدة للمسلمين إذ إنه ضروري لتبليغ الرسالة السماوية ، وعقد الهدنة وتحسين العلاقات بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول ، وفق قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد (المصالح المرسله) .

وفي رأينا أن الآراء السابقة تبحث في الأساس القانوني أو الشرعي لأمان الرسل ، والحقيقة أنه ثابت في السنة والسؤال الذي تحسن الإجابة عليه ما هي الحكمة أو الغاية في تقرير أمان الرسل في الإسلام ؟ ففي تقديرنا أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة للأخذ بنظرية مقتضيات الوظيفة ^(٢) . فالأمان ضروري حتى يستطيع البعث إنجاز مهمته . يقول ابن قدامة: " ويجوز عقد الأمان للرسل والمستأمن لأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإننا لو قتلنا رسلهم لقتلوا رسلنا فتفوت مصلحة المراسلة " ^(٣). ويقول السرخسي إن الرسل لم تزل آمنة في الجاهلية والإسلام ، وهذا لأن أمر القتال والصلح لا يقوم إلا بالرسل ، فلا بد من أمان الرسل ليتوصل إلى ما هو مقصود ^(٤).

والواقع أن هناك رجحان المصلحة على المقسدة التي تترتب على

(١) د. محمد الصادق عفيفي : تطور التبادل الدبلوماسي في الإسلام ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ١٩٨٦ م ص ٢٢ .

(٢) ورد في ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية ما يقترب من هذا التفسير " نعتقد أن الزايا والحصانات المذكورة ليس الغرض منها تمييز أفراد وإنما تمكين البعثات الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدول للقيام بمهامها على أكمل وجه " . وهو نفس الرأي الذي خلصت إليه محكمة العدل الدولية في قضية الرهائن الأمريكيين في طهران ١٩٨٠ م .

(٣) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ط ١ ، ج ١٠ ص ٤٣٦ .

(٤) للبسوط للسرخسي : ج ١ ص ٩٢ .

استقبال الرسل (التجسس مثلاً) . ورغم الاختلاف فيما يبرر الأمان إلا أنه من المتفق عليه أنه لا بد أن يتمتع الرسول بالأمان اللازم لأداء مهمته أو وظيفته ؛ فالمؤكد عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن الرسول يتمتع بالأمان بمجرد أن يثبت أنه رسول . وحادثة النبي عليه السلام مع رسولي مسيلمة تؤكد هذا المبدأ (لو لم تكونا رسولين لقتلتما) وتبين أن الشريعة الإسلامية أقرت حماية المبعوثين لما في ذلك من مصالح للمسلمين ويجب التنبيه أنه على المبعوث أن يلتزم بأنظمة الدولة الإسلامية ، وألا يحدث حدثاً وعلى المسلمين أن يقولوا له بالأمان اللازم لتبليغ رسالته والانصراف إلى وطنه .

المطلب الثالث

نطاق الأمان (الحصانة) من حيث الأشخاص

لقد اقتضى التمثيل الدبلوماسي في ظل العلاقات الدولية المعاصرة الدائمة أن يضم الوفد الدبلوماسي أكثر من شخص نظراً لتنوع العلاقات بين الدول ، فهناك العلاقات الاقتصادية والعسكرية والثقافية بالإضافة إلى الفريق الإداري والفني الذي يلزم لأداء هذه المهام ، وكذلك أسر المبعوثين ومما لا شك فيه أنه في ظل التعامل الدبلوماسي المؤقت لم يكن حجم البعثة بهذا الشكل لعدم الحاجة إليه ، غير أنه ومع ظهور التمثيل الدبلوماسي الدائم ظهرت الحاجة إلى تنظيم المركز القانوني لأعضاء الوفد الدبلوماسي ، بل إن الدول بدأت تتوجس خيفة من تزايد أعضاء البعثة أو الوفد وتخرج كثيراً في منح الحصانة لكل الأعضاء وهو الأمر الذي أدى إلى تباين الدول في منح الحصانة ، وظهرت الحاجة إلى وضع تنظيم دولي يرسم حدود الحصانة الدبلوماسية من حيث الأشخاص . ولم تكن هناك أحكام أو قواعد رسمية تتناول هذا الوضع الجديد حتى اتفاقية فيينا ١٩٦١ م .

وبتوقيع اتفاقية قيسنا أقر القانون الدولي الحصانة لرئيس البعثة ومساعديه وجميع الملحقين ، أما الإداريون والفنيون فلا يستفيدون من الحصانة إلا في أعمالهم الرسمية بينما يستفيد أفراد أسرة الدبلوماسي بحصانة كاملة لعلاقتهم بالمبعوث الدبلوماسي .

أما في الشريعة الإسلامية فلم يعرف نظام التمثيل الدائم إلا في العصور اللاحقة ، ومما لا شك فيه أن مفهوم الأمان يتسع لجميع أعضاء الوفد المرسل بصرف النظر عن عدده ، ولكن بشرط أن يكون ذلك ضمن الوظيفة أو ما تقتضيه ، وبالتالي يمكن استبعاد الأفراد الذين لا علاقة لهم بالوظيفة ، كما يمكن حصر الحصانة في حدود الأعمال اللازمة لأداء هذه الوظيفة . على خلاف إذا كانوا من رعايا الدولة الإسلامية الموفد لديها ، أو من لهم إقامة دائمة بها ، فهؤلاء يخضعون لسلطان الدولة الإسلامية لأنهم من أهل دار الإسلام ويخضعون لسلطان الشريعة الإسلامية (١).

(١) الأعضاء الإداريون والفنيون للبعثة ، وكذا أفراد أسرة كل منهم الذين يعيشون معه في معيشة واحدة، يستفيدون من الحصانات والمزايا المنصوص عليها في المواد ٢٩-٣٥ ، بشرط ألا يكونوا من رعايا الدولة الماعتمد لديها وألا تكون إقاماتهم الدائمة بها .. المادة ٣٧ من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية.

المبحث الرابع الحصانة القضائية (الجزائية والمدنية)

استقر التعامل الدولي على أن يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالإعفاء من الخضوع للقضاء الجنائي والمدني (مع بعض الاستثناءات) ، بيد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يجمعوا على هذا الإعفاء . ونتعرض هنا لهذه الآراء بنوع من التفصيل .

فهناك من يرى بأن الرسول يُسال مدنياً عن تصرفاته ويضمن حقوق الأفراد . فالإسلام يجعل حقوق الأفراد لها سلطاناً^(١) على كل اعتبار في الدولة ، ولا يجوز إهدارها مهما كانت الظروف والمبررات ، كما أن الأصل في أحكام الشريعة الإسلامية سريانها على جميع المقيمين في دار الإسلام من مسلمين وذميين ومستأمنين . وعلى هذا الأساس (إقليمية القوانين الإسلامية) يطالب المستأمن الرسول بحقوق الآخرين لأن في ذلك إقامة للعدل وإنصافاً للمظلوم . كما أن الدعوى المدنية لا تشكل مساساً بذات المبعوث كما هو الحال في الدعوى الجنائية .

وهناك رأي آخر يرى بأنه إذا تعاقدت الدولة على ترك ديون الممثلين السياسيين فإن على الدولة أن تعوض رعاياها الذين فقدوا أموالهم في معاملة أحد الممثلين السياسيين حتى لا تضيع حقوق رعاياها ، لأنها إذا كانت قد منعتهم من مقاضاة هؤلاء مراعاة لعرف دولي فهي ضامنة للحقوق التي تضيع بسبب ذلك^(٢) .

ويقول أحد مؤيدي هذا الرأي "إذا كان عدوان المبعوث على شيء مالي مملوك للغير واقتضى قانون العلاقات الدولية عدم مؤاخذه المبعوث فإن على الدولة الإسلامية أن تتحمل ذلك وتؤدي للمواطنين تعويضاً عما فقدوه"^(٣) .

(١) د. قاضي الملاح المرجع السابق ص ١ .

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة : العلاقات الدولية في الإسلام ص ٣٢ .

(٣) د. أحمد شلبي : العلاقات الدولية في الفكر الإسلامي ص ٣٣ .

وخلاصة هذه الآراء أنها أجمعت على ضمان حقوق الأفراد ولا يجوز التضحية بها نظراً للحصانة القضائية . والحقيقة أن القانون الدولي يضمن حقوق الرعايا ، ولكن الخلاف بين فقهاء الشريعة والقانون الدولي يكمن في طريقة استيفاء هذه الحقوق ، فالقانون الدولي لا يعطي للقضاء المحلي سلطة تقرير هذه الحقوق وتحديد إجراءات اقتضائها من المبعوث الدبلوماسي (مع بعض الاستثناءات) بينما يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إسناد ذلك إلى القضاء الإسلامي ، علماً أن هناك من يرى إمكانية تحمل الدولة مسؤولية الوفاء بحقوق الأفراد على أن تتولى هي متابعة المبعوث المسؤول بالطرق التي يكفلها القانون الدولي .

والمسألة الجوهرية تكمن في سلطة تقرير الحقوق ؛ فالقانون الدولي لا يخول القضاء الوطني هذه السلطة على أساس أنه لا يمكن اتخاذ أي إجراء من إجراءات الدعاوى ضد المبعوث ، بينما يرى بعض فقهاء الشريعة أن القضاء الوطني مخول بالفصل في هذه الدعاوى . أما مسألة استيفاء الحقوق فهذه لا تثير إشكالية كبيرة ويمكن للدولة أن تساعد في حلها . والحقيقة أن القانون الدولي لا يختلف كثيراً عن رأي فقهاء الشريعة حيث إن هناك دعاوى معينة يختص بها القضاء الوطني مثل النزاعات المتعلقة بالتركات والمسائل التجارية ، كما أن الدولة المعتمدة تستطيع دائماً رفع الحصانة عن مبعوثها لتمكين القضاء المحلي من متابعته ، هذا بالإضافة إلى إمكانية مقاضاة المبعوث أمام قضاؤه الوطني . ثم إن هناك الوسائل السياسية (الدبلوماسية) التي يمكن بواسطتها حل الكثير من النزاعات دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، ويتم ذلك عادة عن طريق الصلح وهذا هو الذي يحدث الآن في مجال النزاعات التي يكون أحد أطرافها دبلوماسي وهناك أخيراً الحماية الدبلوماسية التي تمكن الدولة من تبني حقوق مواطنيها ومخاصمة الدولة المتسببة في الضرر نيابة عنهم أمام القضاء الدولي . ولذلك لا نرى غرضاً في إعمال مفهوم الحصانة المدنية على

النحو الذي أقره القانون الدولي ، ثم لا ننسى أن هذا الإعفاء متبادل بمعنى أن سفير الدولة الإسلامية يستفيد من الحصانة نفسها في الدول المعتمد لديها .

أما الحصانة الجنائية فهي موضوع خلاف كبير بين الشريعة والقانون، ففقهاء الشريعة الإسلامية لم يجمعوا على رأي واحد في الموضوع لأسباب سنذكرها بعد قليل .

فالجرائم على حد قول الماوردي ^(١) محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير ، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية ولها عند ثبوتها وصحتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية .

إن إقامة المبعوث في دار الإسلام قد يترتب عنها ارتكابه لجريمة ما فهل يختص القضاء المحلي بتقرير العقوبة (الشرعية) وتطبيقها ؟

باستقراء آراء الفقهاء في الموضوع تبين لنا أن هناك ثلاثة اتجاهات: الأول - يفرق بين أنواع الجرائم . والثاني - يخضع المبعوث لاختصاص القضاء الإسلامي في جميع الجرائم . والاتجاه الثالث - يقر الحصانة المطلقة للمبعوث على النحو الذي أقره القانون الدولي .

الاتجاه الأول :

يقوم هذا الاتجاه على التفرقة بين الجرائم التي هي حقوق لله وتلك التي تتعلق بحقوق الأفراد فيجوز عدم العقوبة في الأولى بينما في النوع الثاني لا يمكن ذلك إلا بعفو من أصحاب الحق إذا كان العفو جائزاً. ودليل هؤلاء أن الرسول (المبعوث) لم يلتزم بالأمان فيما يتعلق بحقوق الله بل هو ملتزم فيما يتعلق بحقوق العباد . فيحد مثلاً بالقذف لأنه من حقوق العباد ولا يحد بالزنا ^(٢) لأنه من حقوق الله وهذا رأي بعض

(١) الماوردي : الأحكام السلطانية ص ٢٤٨ .

(٢) كان هناك خلاف في هذا المجال بين أبي حنيفة والأوزاعي في خصوص قوم من أهل الحرب خرجوا مستائمين للتجارة ، فزنى بعضهم في دار الإسلام ، أو سرق هل يحد ؟ قال أبو حنيفة : لا حد عليه =

الحنيفة يقول الإمام أبو يوسف: «ولو أن هذا الداخل إلينا بأمان أو الرسول زنى أو سرق فإن بعض فقهاءنا قال: لا أقيم عليه الحد»^(١). وكذلك الشافعية فهم يقررون وجوب الضمان في المتلفات وكذلك الحدود والقصاص ، أما حقوق الله كالزنا والخمر فلا حد فيها .

ويرى أحد أنصار هذا الرأي أن الامتيازات الكبيرة التي يضعها القانون الدولي للممثلين السياسيين لا يعترف بها الإسلام ، وهكذا فإن الفقهاء لا يعطون السفراء امتيازاً يفضلونهم به أي مستأمن عادي ولا يفرقون بين سفير دائم وسفير في مهمة مؤقتة ، فهذا وذاك مصونان دماءً وأموالاً إلا في جناية يجنيانها أو حدث يحدثانه . والقاعدة العامة أن المؤمنين عامة سفراء وهم وسياحهم خاضعون للقوانين الجنائية والمدنية التي تفرضها الشريعة الإسلامية في بلاد الإسلام ولا يعفون إلا في العقوبات التي فيها حق خالص لله كشراب الخمر .

إن هذا الاتجاه الذي ينسب إلى بعض الحنيفة ينتقده بعض الفقهاء المعاصرين فيقول الإمام أبو زهرة : "النظر الذي اتجه إليه الإمام الأعظم لا يتفق مع ما ينبغي أن تكون عليه أمور الدولة الإسلامية من إقرار للأحكام ومنع الفساد في الأرض ، وأنه من البدهة أنه من يدخل دار الإسلام يلتزم بعدم الإفساد في الأرض"^(٢).

الاتجاه الثاني :

هذا الاتجاه لا يفرق بين الجرائم ويرى أن المبعوث يعاقب على الجرائم

«ويضمن السرقة لأنه لم يصلح ولم تكن له ذمة . وقال الأوزاعي تقام عليه الحدود ، ورد على ذلك أبو يوسف بقوله : "القول ما قاله أبو حنيفة ليس تقام عليه الحدود لأنهم ليسوا بأهل ذمة لأن الحكم لا يجري عليهم أرايت إن كان رسولاً للمكهم فزنى أترجمه ؟ أرايت إن زنى رجل بامرأة منهم مستمنة أترجمها ؟" .

(١) أبو يوسف : الخراج ص ١٨٩ . د . أحمد أبو الوفا محمد : القانون الدبلوماسي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ١ ، ١٤١٢ هـ ، ١٩٩٢ م ص ٣٨٨ .

(٢) الإمام أبو زهرة : الجريمة والعقوبة ، المرجع السابق ص ١٣٤٤ .

التي يرتكبها ، وهذا الاتجاه هو السائد عند أبي يوسف " ولو أن الداخل إلينا بأمان أو رسول زنى أو سرق فإن بعض فقهاءنا قال لا أقيم عليه الحد ، فإن كان استهلك المتاع في السرقة ضمنته . وقال لو يدخل إلينا ليكون ذمياً تجري عليه أحكامنا وقال لو قذف رجلاً حددته وكذلك لو شتم رجلاً عزرتة لأن هذا حق من حقوق الناس . وقال بعضهم إن سرق قطعته وإن زنى حددته وكان أحسن ما سمعنا في ذلك والله أعلم أن يؤخذ بالحدود كلها حتى تقام عليه " (١).

ومن المعاصرين الذين تبنوا هذا الرأي الإمام أبو زهرة حيث يقول (٢) "إنه لا غريب كل الغرابة أن يدخل ويسرق ويزني ولا يعاقب وذلك فساد بالبداهة " ، ويضيف " وقد يقول قائل أن الممثلين السياسيين لا يخضعون إلا لقوانين بلادهم وقضائهم وذلك عرف دولي أقرته أكثر الدول وارتضته فإن استقر مثل هذا العرف وارتضاه حكام المسلمين لا تكون فيه مخالفة للإسلام وإنني أقول في الجواب عن ذلك: إن العقوبات التعزيرية التي لم يرد في عقوبتها نص شرعي تخضع لهذا العهد بلا ريب لأن تقديرها من حق ولي الأمر ، أما الحدود والقصاص فأبني أرى أن مصادر الشريعة ومواردها لا تسوغ ترك المجرم الذي ارتكب ما يوجبها ليحاكم على أساس قانون آخر لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل حدود الله تعالى في أرض الإسلام... " .

فالمبعوث حسب هذا الاتجاه يسأل عما يرتكبه من أفعال في دار الإسلام فهو ملزم بأحكام الشريعة ويجري عليه ما يجري على الذمي من أحكام .
فالمجتمع المسلم وغير المسلم ملزم بدفع الفساد ، والمجرم لا يستحق الحماية (٣)، وهناك من يرى أن الأمان الذي منحه الرسول ﷺ بقوله: (لولا

(١) أبو يوسف : الخراج المرجع السابق ص ١٨٩ .

(٢) الإمام أبو زهرة : الجريمة والعقوبة ، المرجع السابق ص ٣٤٥ .

(٣) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي للقانون الوضعي ، ج ١ مطبعة دار نشر الثقافة الإسكندرية ١٩٦٨ م ص ١٢٤ .

أن الرسل لا تقتل لقتلتكما) لا يصدق إلا على الرسل الدينيين الذين جاؤوا ليسمعوا كلام الله . وهذا الرأي للإمام الطحاوي وفيه يربط بين مضمون الآية الكريمة: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله﴾ ومضمون الحديث السابق فيكون الأمان للرسول الذي جاء يسمع كلام الله فقط أما غيره فلا . يقول الإمام الطحاوي " هذا عندنا هو المعنى الذي به رفع الرسول عليه السلام عن المبعوث القتل وإن كان منهم ما يوجب قتلهم لو لم يكونوا رسلاً " .

غير أن هذا الاجتهاد من الإمام الطحاوي يناقض القاعدة الأصولية التي تقرر أن العبرة بعموم النص لا بخصوص السبب ، ولذلك جرى العمل على سريان الحماية على جميع الرسل الواقدين إلى الديار الإسلامية ^(١).

ويقول الأستاذ عبد القادر عودة "تسري الشريعة الإسلامية على رجال السلك السياسي فيما يرتكبونه من جرائم في دار الإسلام سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد وليس في قواعد الشريعة الإسلامية ما يسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم" . ويضيف " ليس في أخذ رجال السلك السياسي بجرائمهم ما يعيب الشريعة ما دامت الشريعة تسوي بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة الإسلامية وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة ، ولكن العيب في التفرقة التي تأخذ بها القوانين الوضعية" .

وتأكيداً لهذا الاتجاه يقول كاتب آخر ^(٢) " يختلف التشريع الإسلامي عن القانون الدولي فيما يتعلق بالحصانة القضائية (المدنية أو الجزائية) فالمستأمن والسفير يسأل كل منهما مدنياً وجزائياً عما يرتكبه من أعمال في بلاد الإسلام وأساس الاختلاف هو أن الإسلام يجعل حقوق الأفراد لها سلطان على كل اعتبار في الدولة ، فلا يجوز إهدارها مهما كانت الظروف وبالتالي فالمبعوث يتمتع بالحصانة الشخصية و المالية دون القضائية " .

(١) د. أحمد أبو الوفا : المرجع السابق ص ٣٩٤ .

(٢) د. سهيل الفتلاوي ، المرجع السابق ص ٦٦ .

الاتجاه الثالث :

انصار هذا الاتجاه من الكتاب المعاصرين الذين تأثروا بالدراسات الغربية والنظرة الاستشراقية إلى النظام الإسلامي والأدلة التي يستندون إليها عقلية غير مدعمة بالأدلة النقلية الأمر الذي جعلها لا تصمد أمام رأي الجمهور .

والجزء الوحيد الذي يمكن توقيعه على المبعوث حسب هذا الرأي هو الطرد أو إعلان الدبلوماسية شخصاً غير مرغوب فيه .

ويرى أصحاب هذا الرأي أن المبعوث يتمتع بالحصانة الدبلوماسية منذ دخوله أرض الإسلام ^(١) ولو أن للإعفاء من القضاء المدني في الشريعة دائرة ضيقة بخلاف الإعفاء من القضاء الجنائي ذلك أن المبعوث يضمن حقوق الأفراد .

ويضيف مؤلف آخر ^(٢) " والواقع أننا لا نجد غضاضة في إعفاء الرسل والسفراء من الخضوع للقضاء المدني والجنائي متى كانت أعراف الدول واتفاقاتهم قد استقرت على ذلك . ويؤكد صاحب هذا الرأي أنه " ليست هي الحالة الوحيدة التي يعفى فيها شخص من العقاب نتيجة الاعتداء على المسلمين في أرواحهم أو أموالهم ومن الأمثلة التي يذكرها صاحب هذا الرأي :
- بالنسبة للأسير فهناك المن أو الفداء .
- تسقط العقوبة عن السكران والنائم .

ويخلص صاحب هذا الرأي إلى القول بأن الجريمة التي يرتكبها المبعوث الدبلوماسية لا تخلو من أحد أنواع ثلاثة :

أ- جرائم الحدود يمكن عدم توقيع العقاب عليها استناداً إلى ما قرره أبو حنيفة .

(١) S. PURZADA ; ISLAM AND INTERNATIONAL LAW . THE CHALLENGE OF ISLAM.
ED. A. GAUHAR. ISLAMIC CONCIL OF EUROPE. LONDON 1978.

(٢) د. أبو الوفاء المرجع السابق ص ٤٠٨ .

ب- جرائم القصاص والدية والتي يمكن العفو فيها من المجني عليه أو ولي الدم وهذه أيضاً يمكن عدم العقاب عليها إذا صدر هذا العفو وتلعب السلطات الإسلامية دوراً مهماً في إقناع المجني عليه .

ج- جرائم التعزير وهذه لا تثير أي صعوبة لأن أمرها متروك للإمام (ولي الأمر) فهو يملك بشأنها سلطة العفو عن الجريمة أو العقوبة .

ويستدل الكاتب المذكور بالمادة ٦٠ف٨ من ميثاق منظمة المؤتمر الإسلامي حيث جاء فيها "يتمتع مندوبو الدول الأعضاء بالحصانات والامتيازات اللازمة لمهام أعمالهم المتعلقة بالمؤتمر" .

وقد قرر وزراء خارجية الدول الإسلامية الذي انعقد في استانبول (تركيا) ١٩٧٦م اتفاقية الحصانات والامتيازات التي تضمنت المادة ١٠ منها ما يلي "يتمتع ممثلو الدول الأعضاء في الهيئة الرئيسية أو الفرعية أو المؤتمرات التي تدعو إليها المنظمة في أثناء قيامهم بأعمالهم وسفرهم إلى مقر اجتماعاتهم وعودتهم منها بالحصانات والامتيازات الآتية :

- عدم جواز القبض عليهم أو حجزهم أو حجز أمتعتهم الشخصية .
- الحصانة القضائية فيما يصدر عنهم قولاً أو كتابة بوصفهم ممثلين لدولهم» .

ومن الفقهاء الذين دعموا هذا الاتجاه د. الغنيمي في معرض تعليقه على الرأي الذي ينكر الحصانة القضائية ويرى أن من شأن هذا الرأي أن يؤدي إلى مبدأ المعاملة بالمثل ولا يستفيد المبعوث الدبلوماسي لدى هذه الدول من الحصانة القضائية وسابقة الرسول ﷺ مع رسولي مسيلمة يفيد إقرار الحصانة مع أنهما ارتكبا جريمة قرر الرسول في حينه أن عقوبتها الإعدام^(١).

(١) د. طلعت الغنيمي : قانون السلام في الإسلام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩م ص ٦٦٦ .

المبحث الخامس رأينا الخاص

نعتقد أن هذا الاختلاف والتباين في الآراء بين فقهاء الشريعة الإسلامية يعود إلى عدة أسباب نوجزها فيما يلي :

١- إن التمثيل الدبلوماسي الدائم لم يكن معروفاً في بداية العهد الإسلامي ، فلم يتعرض له الفقهاء في فترة ظهور المذاهب الإسلامية المعروفة ، وعليه فإن الاجتهادات المتعلقة بهذا الموضوع منعدمة في هذه الفترة .

٢- إن الذين كتبوا في الموضوع من المتأخرين منهم من اكتفى بالجانب التنظيري (الأصولي) للمركز القانوني لغير المسلمين في دار الإسلام متجاهلاً الواقع الجديد ، والصنف الثاني اعتمد على الممارسة والواقع الدوليين في تأييده لفكرة الحصانة القضائية وأهمل الجانب الأصولي في الموضوع . ولهذا جاءت الآراء متناقضة أحياناً بين مؤيد للحصانة وبين ناف لها بصفة مطلقة .

٣- هناك سوء فهم للمصطلحات ^(١) فأمان الرسول في الإسلام له مدلوله الخاص الذي يعني عدم جواز الاعتداء على الرسول (باعتباره من دار الحرب) ومنحه الأمان لأداء الرسالة ، والحصانة لها مدلول آخر وهو يعني بالإضافة إلى مدلول الأمان عدم إمكانية معاقبة الرسول إذا اقترف ما يستدعي هذا العقاب ، فالذين يؤيدون الحصانة القضائية يجعلونها من الأمان أو على الأقل من نتائج الأمان المعترف به للرسول في الشريعة الإسلامية واستدلوا بقوله ﷺ : (لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكم) .

والذين نفوا الحصانة القضائية انطلقوا من مفهوم الأمان السالف الذكر

(١) انظر هذا الاختلاف في الآراء في مؤلف د. أحمد أبو الوفا القانون الدبلوماسي للرجع السابق

الذي لا يعطي الحصانة بل يقر الأمان ، وأكدوا إقليمية القوانين الجنائية الإسلامية .

٤- لقد كشف الواقع الدولي عن إساءة استعمال الحصانة الممنوحة في غير الأغراض التي منحت من أجلها ، الأمر الذي أدى بكثير من الدول ورجال القانون إلى المطالبة بضرورة الحد من الحصانة منعاً للتعسف في استعمالها، وإقرار إمكانية محاكمة المبعوث أمام المحاكم الوطنية عن بعض الجرائم «كتلك المتعلقة بأمن الدولة» وإمكانية تفتيش الحقيبة الدبلوماسية عند الشك^(١). وقد أيد هذا الاتجاه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية متأثرين بالسوابق التاريخية في العالم الإسلامي والمتمثلة في الامتيازات الأجنبية في العهد العثماني والتي ما زال المسلمون ينظرون إليها على أنها إساءة للإسلام وانحراف عن أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها^(٢). والذي نراه في هذا المجال أن آراء الطرفين (المؤيد والمعارض) تحتاج إلى توضيح .

فالمعلوم أن العقوبات في الإسلام إما أن تكون مقدرة أو ورد فيها نص شرعي من الكتاب والسنة وتسمى جرائم الحدود والقصاص ، وإما جرائم يكون أمر تقدير عقوبتها متروكاً لولي الأمر وهي جرائم التعزير . والمتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع الأخير من الجرائم يمكن إعفاء المبعوث الدبلوماسي منها إن قدر ولي الأمر أن في ذلك مصلحة للأمة ، وفي هذا ليس هناك خلاف بين الفقهاء^(٣). والقاعدة أنه ليس لولي الأمر منح العفو الخاص أو العام إلا في الجرائم التعزيرية .

(١) د. محمد عمر مدني : العلاقات الدبلوماسية للمملكة العربية السعودية ، معهد الدراسات الدبلوماسية ، الرياض ١٩٨٣ م .

(٢) الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٣٤٣ .

(٣) يقول الإمام أبو زهرة : " وقد يقول قائل إن المثلين السياسيين لا يخضعون في العقوبات إلا لقوانين بلادهم وذلك عرف دولي اقرته أكثر الدول فإن استقر مثل هذا العرف وارتضاه حكام المسلمين لا تكون فيه مخالفة للإسلام ، وإنني أقول في الجواب عن ذلك إن العقوبات التعزيرية التي لم يرد في عقوبتها نص من كتاب أو سنة تخضع لهذا المبدأ بلا ريب لأن تقريرها من ولي الأمر " . الجريمة والعقوبة ، المرجع السابق ص ٣٤٥ .

أما جرائم الحدود والقصاص فالراجع فيها قول جمهور الفقهاء، وملخص قول أبي يوسف بمقتضى عقد الأمان الذي خوله الإقامة المؤقتة في دار الإسلام وبطلبه دخول هذه الدار قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام فصار حكمه حكم الذمي ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما طال مدة إقامته على الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو حقوق الأفراد ، وأدلة الجمهور في هذا الباب أقوى في الدلالة ، فالعقوبات في الإسلام شرعت لرفع الفساد ومنع نمو الشر وحفظ كيان الجماعة ، فكل جريمة فساد في الأرض وعلى المسلمين رفع هذا الفساد متى كانت لهم الولاية على ذلك .

كما أن مصادر الشريعة لا تسوغ تعطيل الحدود بحجة اتفاق الدول على ذلك ، ومع ذلك قرأني الجمهور في حاجة إلى فهم وقراءة جديدة في ضوء المستجدات أو النوازل .

والذي نراه أن هناك قواعد كلية في الفقه الإسلامي يمكن إعمالها في هذا الصدد ^(١) . فالمؤكد اليوم أن التعامل الدبلوماسي أصبح ضرورياً لكل دولة بما في ذلك الدول الإسلامية لما فيه من مصلحة مؤكدة للمسلمين ^(٢) . والتاريخ الإسلامي حافل بالبعثات الدبلوماسية لأغراض متعددة . ولا أحسب اقتصار المسلمين إبان ازدهار الشرع الإسلامي على السفارات أو البعثات المؤقتة إلا أثراً من آثار العرف الدولي السائد آنذاك . صحيح أن المبعوث يقوم بجمع المعلومات المتعلقة بجميع شؤون الحياة في الدولة وخاصة العسكرية منها ومن شأن ذلك أن يضر بالمسلمين ، والحقيقة أن المبعوث لا يفعل ذلك إلا بالوسائل المشروعة ، ثم إن ذلك يتم على سبيل المعاملة بالمثل . كما أن التمثيل الدبلوماسي أصبح نظاماً متبعاً بين الدول ولا يمكن الاستغناء عنه ، بل إن قطع العلاقات الدبلوماسية أصبح نوعاً من

(١) د. بلحاج العربي : المخل لداسة التشريع الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ١٩٩٢م ص ٧٩٤ .

(٢) د. أبو الوفا : المرجع السابق ص ١٩٥ .

العقاب الذي يمكن تسليطه على الدول ، وهناك سوابق كثيرة استعمل فيها هذا السلاح للضغط على الدول لحملها على سلوك دولي معين رغم أن الأجهزة الدولية كثيراً ما أساءت استعماله وأضررت بمصالح بعض الدول، ولذا أصبحت الدول حريصة على استمرار علاقاتها الدبلوماسية مع الدول الأخرى لما في ذلك من مصلحة .

إن العالم اليوم -نتيجة تطور وسائل المواصلات- أصبح مدينة كبيرة ولا تخلو دولة من الدول من الجاليات الأجنبية التي تحتاج إلى جهاز يرعى مصالحها في دول إقامتها ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق التمثيل الدبلوماسي والقنصلي .

ولا أظن أنه في مقدور أية دولة أن تعيش في عزلة مطلقة عن العالم الخارجي ، والذي أريد أن أصل إليه هو أن الدولة الإسلامية الآن لا تستطيع العيش خارج المنظومة الدولية ولا بد لها من التعامل مع هذا الواقع عبر التمثيل الدبلوماسي الذي تحكمه قواعد القانون الدولي العام سواء الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن أو الأعراف الدولية ، وهذه في نظري مسلمة لا تحتاج إلى دليل .

ويمكن القول إن هذا التعامل أصبح واجباً على أولياء الأمر لما عليهم من النظر للمسلمين ولما في تركه من إضرار بالمصلحة العامة للأمة ، هذا إن لم نقل أصبح مفروضاً عليهم ، وعلى حد قول أوبنهايم فهو شرط للاندماج في العائلة الدولية ذلك أن قبول دولة ما في المحيط الدولي يقتضي الاعتراف بها ، وذلك لا يتم إلا إذا قبلت الدولة تبادل البعثات الدبلوماسية .

وأضيف في هذا الصدد أن التعامل الدبلوماسي أصبح وسيلة متيسرة لنشر الدعوة الإسلامية بالوسائل السلمية أكثر من أي وقت مضى وعلى الدول الإسلامية أن تحسن استعمال هذه الوسيلة للتمكين للدين الإسلامي

مستغلة ما يتيحها التعامل الدبلوماسي من حماية ، وحضور مستمر للدعاة في دول أخرى ، ولا شك أن الذي يمكن أن يجنيه المسلمون أكثر بكثير مما يمكن أن يصدر من المبعوثين لديهم من مخالفة كحسب الخمر أو مخالفة لقوانين المرور ، علماً أن هذه المخالفات لا يسمح بها القانون الدولي ذاته. كما أن الوسائل التي يخولها القانون الدولي للدولة لحماية نظامها العام كفيلة برصد المخالف ، فمن ارتكب ما لا يليق أو توجست الدولة منه خيفة كان لولي الأمر الحق المطلق في طرده أو استبعاده عن طريق النبذ وما اصطلح عليه في القانون الدولي بعبارة شخص غير مرغوب فيه (PERSONNA NON GRATA) .

ولا اعتقد أن الأمة ستتضرر من هذا التعامل إذا أحسنت الاستفادة منه خاصة في الوقت الذي أصبح فيه العلم والتكنولوجيا وتبادل المنافع عموماً مشروطاً بالتعامل الدبلوماسي ، وأصبحت المقاطعة الدبلوماسية والتي قد تتبعها مقاطعة اقتصادية وثقافية من الوسائل المعتمدة في العلاقات الدولية ومن شأنها الإضرار بمصالح الأمم والشعوب .

خاتمة

لا شك أن المبعوث الدبلوماسي أو الرسول كان ولا يزال أداة الاتصال بين الأمم والشعوب ، والأمة الإسلامية بوصفها صاحبة رسالة عالمية خالدة ، اكتسبت لديها هذه الوسيلة أهمية خاصة بوصفها الوسيلة الرئيسية لتبليغ الرسالة .

لقد كانت الرسل وسيلة الدعوة الإسلامية الأولى للاتصال بالأمم الأخرى ، لذا عني المسلمون بالرسول عناية خاصة من حيث الشروط الواجب توافرها في السفير ، كما تمتعت الرسل الموفدة إلى الديار الإسلامية بحماية خاصة ليتمكنوا من تبليغ الرسالة ، وكان هذا التعامل نابعاً من الشريعة الإسلامية في مصادرها الأصلية وليس مجرد اعتبار لعرف سائد أو معاملة بالمثل .

لقد كان للتطور الذي عرفه المجتمع الإنساني خاصة في مجال الاتصال أثر كبير على صياغة قواعد خاصة تنظم وضع المبعوث الدبلوماسي ، ويرجع الفضل للشريعة الإسلامية في إرساء الكثير من هذه الأحكام ، غير أن ظهور التمثيل الدبلوماسي الدائم استدعى إقرار أحكام جديدة. ورغم الخلاف بين الفقهاء حول مشروعية بعض المزايا والحصانات إلا أنهم أجمعوا على تمتع الرسول أو المبعوث بحرمة خاصة ، وأن الدولة الإسلامية لا يمكنها العيش في عزلة ولا بد لها من تبادل المنافع والمصالح ولن يتأتى لها ذلك إلا باعتماد التمثيل الدبلوماسي .

والله ولي التوفيق

مراجع البحث ومصادره

- إبراهيم حسن : تاريخ الإسلام ، مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٦٤ م .
- أبو يوسف : الخراج ، المطبعة السلفية ، القاهرة ١٣٩٢ هـ .
- أحمد إبراهيم العدوي : الأمويون والبيزنطيون ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ١٩٣٠ م .
- أحمد أبو الوفا : القانون الدبلوماسي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٢ م .
- أحمد شلبي : العلاقات الدولية في الإسلام .
- أحمد محمد أحمد : الجانب السياسي في حياة الرسول ﷺ .
- بلحاج العربي : المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية ١٩٩٢ م .
- توماس أرلوند : الدعوة إلى الإسلام ، ترجمه للعربية حسن إبراهيم حسن ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ١٩٨١ م .
- جعفر عبد السلام : قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، مكتبة السلام العالمية ، القاهرة ١٩٨١ م .
- السرخسي : شرح السير الكبير للشيباني : تحقيق صلاح الدين المنجد ، معهد المخطوطات العربية ، القاهرة ١٩٧١ م .
- سموحي فوق العادة : الدبلوماسية الحديثة ، دار اليقظة العربية ، بيروت ١٩٧٣ م .
- صلاح بن عبد الكريم الزيد : أحكام عقد الأمان والمستأمن في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المعهد العالي للقضاء ، ١٤١٠ هـ ، ١٩٩٠ م .
- صبحي المحمصاني : القانون والعلاقات الدولية في الإسلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٧٢ م .

- صلاح الدين المنجد : النظم الدبلوماسية في الإسلام ، دار الكتاب الجديد ، بيروت ١٩٨٣ م .
- عبد الغني عبد الحميد : التمثيل السياسي في أحكام القانون الدولي مقارناً بالشريعة الإسلامية ، جامعة الأزهر (رسالة ماجستير) ١٩٨٠ م .
- عبد الجليل رضا راشد : العلاقات السياسية بين الدولة العباسية والأندلس ، مكتبة النهضة ، الرياض ١٩٧٤ م .
- عبد الخالق النواوي : العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ١٩٧٤ م .
- عبد العزيز محمد سرحان : قانون العلاقات الدبلوماسية ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ١٩٩٤ م .
- عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ١٩٦٠ م .
- عبد الكريم زيدان : أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ، بغداد مكتبة القدس ١٩٨٢ م .
- عز الدين فوده : النظم الدبلوماسية مكتبة الآداب ، القاهرة ١٩٨٩ م .
- علي صادق أبو هيف : القانون الدبلوماسي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٧ م .
- فاوي الملاح : سلطات الأمن والحصانات والامتيازات الدبلوماسية، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨١ م .
- ابن الفراء : رسل الملوك ومن يصلح للرسالة والسفارة ، تحقيق صلاح الدين المنجد ، دار الكتاب الجديد ، بيروت ١٩٧٢ م .
- ابن قيم الجوزية : أحكام أهل الذمة ، تحقيق صبحي الصالح دار العلم للملايين ، بيروت ١٩٨٣ م .
- الماوردي : الأحكام السلطانية والولايات ، الدينية المكتبة التوفيقية، القاهرة ١٩٧٨ م .

• امان الرسل في الشريعة الإسلامية •

- مجيد خدوري : الحرب والسلام في شريعة الإسلام ، الدار المتحدة للنشر، بيروت ١٩٧٣ م .
- مجيد خدوري : الصلات الدبلوماسية بين هارون الرشيد وشارلمان، مطبعة التقيض ، بغداد ١٩٣٩ م .
- محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٥ م .
- محمد أبو زهرة : العلاقات الدولية في الإسلام ، الدار القومية للنشر والتوزيع ، القاهرة ١٩٦٤ م .
- محمد التابعي : السفارات في الإسلام ، مكتبة مدبولي ١٩٨٨ م .
- محمد حميد الله الحيدرآبادي : مجموعة الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٩٤١ م .
- محمد طلعت الغنيمي : أحكام المعاهدات في الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٥ م .
- محمد طلعت الغنيمي : قانون السلام في الإسلام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٩ م .
- محمد عمر مدني : العلاقات الدبلوماسية للمملكة العربية السعودية، معهد الدراسات الدبلوماسية الرياض .
- نجيب الارمنازي : الشرع الدولي في الإسلام ، رياض الرئيس للكتب والنشر ، لندن ١٩٩١ م .
- وهبة الزحيلي : آثار الحرب في الفقه الإسلامي ، دار الفكر دمشق ١٩٦٢ م .
- وهبة الزحيلي : العلاقات الدولية في الإسلام مقارنة بالقانون الدولي، مؤسسة الرسالة ١٩٨١ م .

فتاوى الفقهاء (*)

حكم إجارة الوقف

عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (**)

لا تجوز إجارة الوقف أكثر من المدة التي شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فإن لم يشترط مدة فالتقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أي مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لا يجوز أكثر من سنة لثلاث يتخذ ملكاً بطول المدة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة في زماننا وتغلبهم واستحلالهم ، وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين وفي غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لا يرغب في الضياع أقل من ذلك ، ولا تجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعاً للضرر عن الفقراء ، فلو أجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لا تنقض الإجارة ، لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد ، وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون ولياً من جهة الواقف أو نائباً عن القاضي ، وإذا أجره القاضي أو نائبه أو الولي لا تنفسخ الإجارة بموته ، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لا تنفسخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قيل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن

(*) تختار المجلة في كل عدد من أعدادها بعضاً من فتاوى فقهاء السلف في القضايا والمشكلات المعاصرة.

(**) هو الإمام عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود ، أبو الفضل مجد الدين الموصلي ، ولد بمدينة الموصل سنة ٥٩٩ هـ ، تلقى مبادئ العلوم على أبيه الشيخ محمود ، ثم رحل إلى دمشق الشام ، فتلقى العلوم عن جمال الدين الحصري . وكان منفرداً في عصره في الفروع والأصول ، وكان عند القسوى لا يحتاج إلى مراجعة النصوص لحفظه لها ، ومعرفة التامة بكيفية التطبيق ، تولى القضاء بالكوفة ، ثم عزل وبغداد ، ولم يزل يفتي ويدرس إلى أن توفي يوم السبت التاسع عشر من المحرم سنة ثلاث وثمانين وستمائة ، من تصانيفه المختارة وشرحه الاختياره ومثله هذا من المتون المعتمدة إلى جانب الوقاية ، ومجمع البحرين ، والمختار ، وكنز الدقائق . انظر : مقدمة كتبه الاختيار ص ٤ .

يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إجارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حق الفقراء ، ولا يصح رهنه فإن سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله ، وكذا لو باع المتولي منزلاً موقوفاً فسكنه المشتري ، ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر مثله والفتوى في غصب عقار الوقف وإتلاف منفعه وجوب الضمان نظراً للوقف وهو المختار ، ولو استدان القيم للخراج والجنايات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصح أنه إن لم يكن له بد من ذلك يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة قيم اشترى من غلة المسجد حانوتاً للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف ، لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلم لا يبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوي في بيت من بيوتها ، وله فيه آلة السكنى لأنه يعد ساكناً فيه ، ولو اشتغل بالليل بالحراسة وبالنهار يقصر في التعليم ، فإن كان مشغلاً بعمل آخر لا يعد به من طلبة العلم لا يحل له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعد من طلبة العلم حل ؛ ولو وقف على ساكني مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو والأول سواء لأن التعارف في ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم ، ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لا يحل له ، وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً لا وظيفة له لأنه لم يبق ساكناً ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام خمسة عشر يوماً فلا وظيفة له ، فإن أقام أقل من ذلك فإن كان لا بد له منه كطلب القوت ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتنزه لا يحل له ^(١) .

(١) الاختيار لتعليل المختار، ج ٣ ص ٤٧-٤٨، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بتعليق الشيخ

محمود أبو دقيقة .

الموجب للضمان في الغصب

(*) الإمام محمد بن رشد القرطبي

(الركن الأول) وأما الموجب للضمان ، فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه . واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرة الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر ، هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصاً فيه طائر فيطير بعد الفتح ، فقال مالك : يضمه هاجه على الطيران أو لم يهجه . وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال ؛ وقرق الشافعي بين أن يهجه على الطيران أو لا يهجه ، فقال : يضمن إن هاجه ، ولا يضمن إن لم يهجه ؛ ومن هذا من حفز بئراً فسقط فيه شيء فهلك ؛ فمالك والشافعي يقولان : إن حفره بحيث أن يكون حفره تعدياً ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضمن ، ويجئ على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمن في مسألة الطائر ، وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمداً وخطأً ، وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختاراً ؟ فالمعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مختاراً ، ولذلك رأى على المكره الضمان : أعني المكره على الإتلاف .

(الركن الثاني) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلّفت عينه أو تلّفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار ، فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعني أنها إن انهدمت الدار ضمن

(*) هو الإمام محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد «الشهير بالحفيد» من أهل قرطبة ، وقاضي الجماعة بها ، يكنى بابا الوليد ؛ ولد سنة ٥٢٠هـ . كانت الدراية عليه أغلب من الرواية درس الفقه والأصول وعلم الكلام ، ولم ينشأ بالأندلس مثله علماً وقضلاً ، كان يفرغ إلى فتواه في الطب كما يفرغ إلى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الإعراب والآداب والحكمة ، له «بداية المجتهد في الفقه» و «الكليات في الطب» ، توفي سنة ٥٩٥هـ . انظر ترجمته في كتابه بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٧٧-٤٧٨ .

قيمتها ؛ وقال أبو حنيفة : لا يضمن . وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان ؛ ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال : لا ضمان .

(الركن الثالث) وهو الواجب في الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهب عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أن على الغاصب المثل ، أعني مثل ما استهلك صفة ووزناً واختلفوا في العروض فقال مالك : لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود : الواجب في ذلك مثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل . وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي ﷺ : (**مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي قِيَمَةُ الْعَدْلِ**) الحديث . ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة . وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى : **﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾** ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه . ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره «أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبي ﷺ الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول : (**غَارَتْ أُمُكُمْ كُلُّوا**) ، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها ، وحبس رسول الله ﷺ القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحيفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة في بيته » . وفي حديث آخر «أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله ﷺ : ما كفارة ما صنعت ؟ قال : (**إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ**) »^(١)

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ص ٣١٦-٣١٧ . طبع دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

من انتسب إلى نسب فهو منه

الإمام الماوردي (*)

قال المزني : قال الشافعي رحمه الله : «من انتسب إلى نسب فهو منه ، إلا أن تثبت بينة بخلاف ذلك ، ولا يدفع نسب بالسَّماع»^(١).

قال الماوردي : اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على وجهين :

أحدهما : وهو قول أبي حامد الأسفراييني وطائفة : أنها محمولة على دعوى النسب الخاص . وهو الواحد يدعي أباً فيقول : أنا ابن فلان ، فإن اعترف له بالأبوة ثبت نسبه . أو يدعي الواحد ابناً فيقول : هذا ابني ، فإن اعترف له بالأبوة ثبت نسبه . وصار جميع من ناسبهما عواقل لكل واحد منهما .

فإذا ادعاه رجل أقر أنه ولده ، لم يقبل دعواه بعد لحوقه بالأول إلا ببينة تشهد له أنه ولد على فراشه فيلحق به ، لأن لحوق البينة بالفراش أقوى من لحوقه بمجرد الدعوى ، ولو شهدت البينة له بأنه ابنه ، ولم يشهد له بالفراش ، لم يحكم له بنسبه وكان لاحقاً بالأول ، سواء صدقه الولد أو لم يصدقه ، لأن لحوقه بالأول يمنع من نفيه عنه ، إلا بما هو أقوى منه ، وليس في هذه البينة زيادة قوة إلا أن تشهد بالفراش ، وإلا فشهادتها منسوبة إلى السماع . وقد قال الشافعي : «لا يدفع نسب بالسَّماع» فهذا حكم تأويلها على الوجه الأول .

(*) هو الإمام علي بن محمد بن حبيب الماوردي نسبته إلى بيع ماء الورد ، ولد بالبصرة سنة ٣٦٤ هـ وانتقل إلى بغداد . إمام في مذهب الشافعي ، كان حافظاً له ، وهو أول من لقب بـ «أقضى القضاة» في عهد القائم بأمر الله العباسي . وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد . اتهم بالميل إلى الاعتزال ، توفي في بغداد سنة ٤٥٠ هـ ، من تصانيفه : «الحاوي» في الفقه ٢٢ مجلداً و«الأحكام السلطانية» ، و«آداب الدنيا والدين» ، و«قانون الوزارة» . انظر : الأعلام للزركلي ، ج ٥ ص ١٤٦ .

(١) مختصر المزني ، ص ٢٤٩ .

• من انتسب إلى نسب فهو منه •

والوجه الثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي ، وأبي علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا : إنها محمولة على دعوى النسب العام ، وهو : أن يدعي الرجل أنه من قريش وقريش تسمع دعواه ولا تنكره ، أو يدعي أنه من بني هاشم وبني هاشم يسمعون ولا ينكرونه ، فيحكم بنسبه فيهم بإقرارهم على دعوى نسبهم ، وبمثل هذا تثبت أكثر الأنساب العامة .

فإن تجرد من أنكر نسبه ونفاه عنهم ، وقال : لست منهم ، لم يقبل نفيه له . ولو شهد أنه ليس منهم ، لأن الشهادة على مجرد النفي لا تصح . وقال مالك : إذا شاغ هذا القول وذاع ، حكمت به ونفيته عنهم .

وهذا خطأ ، لأن انتشار القول محكوم به في ثبوت الأنساب ، غير محكوم به في نفيها . لأن القول المنتشر في الأنساب كالبيئة ، والبيئة تسمع من النسب ولا تسمع على مجرد النفي ، فكذاك شائع الخبر ، ويكون على لحوقه بهم حتى تشهد بيئته على أنه من غيرهم ولد على فراش أحدهم ، ولا تقبل شهادتهم بالسماع أنه من غيرهم بعد لحوقه بهم ، وهو معنى قول الشافعي : «ولا يدقع نسب بالسماع» والله أعلم^(١).

(١) الحاوي الكبير ، ج ٦ ص ١٨٩-١٩٠ ، تحقيق الدكتور محمود مطرجي وجماعة من المحققين ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

توبة المرتد

الإمام عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني الحنبلي (*)

(وتوبة المرتد و) توبة (كل كافر إتيانه بالشهادتين) وهو قول: (أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله) لقوله ﷺ: (أمرت أن أقتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله عز وجل) (١). متفق عليه من رواية ابن عمر وهذا يدل على أن العصمة تثبت بمجرد الاتيان بالشهادتين (مع رجوعه عما كفر به) أي مع إقرار جاحد لفرض أو تحليل أو تحريم أو نبي أو كتاب أو رسالة محمد ﷺ إلى غير العرب بما جحد.

(ولا يغني قوله) أي قول الكافر (محمد رسول الله عن كلمة التوحيد) وهي: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله ، ولو من مقر بالتوحيد (وقوله أنا مسلم توبة) وإن لم يلفظ بالشهادتين لأنه إذا أخبر عن نفسه بما تضمن الشهادتين كان مخبراً بهما .

(وإن كتب كافر الشهادتين) بما يبين (صار مسلماً) لأن الخط كاللفظ،

(*) هو الإمام عبد القادر بن عمر بن عبد القادر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني الحنبلي الدمشقي ، ولد في دمشق عام ١٠٥٢ هـ ، بدأ في طلب العلم صغيراً ولزم الشيخ عبد الباقي الحنبلي الدمشقي ، وولده أبا المواهب وقرأ عليهما كتباً كثيرة في عدة فنون ، لم تشر المصادر إلى أنه تولى منصباً رسمياً في الدولة ، ولم يكن يقتات بعلمه بل كان يرزق من عمل يده في تجليد الكتب ، وظل حياته ملازماً للدرس لإقراء العلوم بالجامع الأموي في دمشق بكرة النهار فأخذ عنه خلق كثير ، وتوفي ليلة الثلاثاء الثامن عشر من ربيع الأول سنة ١١٣٥ هـ انظر: ترجمته في مقدمة كتابه نيل المآرب ، ص ٥-٧ .

(١) متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتاب الإيمان ، باب (فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) ، برقم ٢٥ ، فتح الباري ج ١ ص ٩٤-٩٥ ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان ، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، برقم ٣٢ ، صحيح مسلم مع شرحه إكمال إكمال المعلم للابن ، ج ١ ص ١٧٠-١٧٥ .

فإذا تلفظ كافر بالشهادتين أو كتبهما . ثم قال: لم أرد الإسلام فقد صار مرتداً ويجبر على الإسلام .

(وإن قال) كافر (أسلمت أو أنا مسلم أو أنا مؤمن صار مسلماً) بهذا القول وإن لم يتلفظ بالشهادتين . فلو قال : لم أرد الإسلام ، أو قال لم أعتقه لم يقبل منه ذلك وأجبر على الإسلام ، وقد علم ما يراد منه وإن قال: أنا مسلم ولا أنطق بالشهادتين لا يحكم بإسلامه حتى يأتي بالشهادتين .

(ولا يقبل في الدنيا بحسب الظاهر) بحيث يترك قتلهم وتثبت أحكام الإسلام في حقهم (توبة زنديق وهو المنافق الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر) لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَلَبَّوْا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنَّا﴾^(١). والزنديق لا يظهر منه على ما يتبين به رجوعه وتوبته ، لأن الزنديق لا يظهر منه بالتوبة خلاف ما كان عليه ، فإنه كان ينفي الكفر عن نفسه قبل ذلك وقلبه ولا يطلع عليه إلا الله ، فلا يكون لما قاله حكم لأن الظاهر من حاله أنه إنما يستدفع القتل بإظهار التوبة في ذلك .

والمشهور على السنة الناس أن الزنديق هو الذي لا يتمسك بشريعة ويقول بدوام الدهر ، والعرب تعبر عن هذا بقولهم : ملحد أي طاعن في الأديان .

ولا تقبل توبة الحلولية ولا المباحية ، وكمن يفضل متبوعه على النبي ﷺ أو يعتقد أنه إذا حصلت له المعرفة والتحقيق سقط عنه الأمر والنهي، أو يعتقد أن العارف المحقق يجوز له التدين بدين اليهود والنصارى فلا يجب عليه الاعتصام بالكتاب والسنة وأمثال هؤلاء الطوائف المارقين من الدين فلا تقبل توبتهم في الظاهر كالمنافق .

(ولا) تقبل توبة (من تكررت رده) لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أزدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا

(١) سورة البقرة الآية ١٦٠ .

ليهدبهم سبيلاً^(١). ولأن تكرار الردة منه يدل على فساد عقيدته وقلة مبالاته بالإسلام .

(أو سب الله) سبحانه و (تعالى) سباً صريحاً يعني أنه لا تقبل توبة من سب الله على الأصح لأن ذنبه عظيم جداً يدل منه على فساد عقيدته واستخفافه بالله الواحد القهار (أو) سب (رسوله) أي رسول كان (أو ملكاً له) يعني أنه لا تقبل توبة من سب رسولاً أو ملكاً لله سبحانه وتعالى أو تنقصه . ومن أظهر الخير وأبطن القسق كزندق في توبته .

(وكذا) لا تقبل توبة (من قذف نبياً) من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام (أو) قذف (أمه) كفر لما في ذلك من التعرض للقدح في النبوة الموجب للكفر . (ويقتل حتى ولو كان كافراً) ملتزماً (فأسلم) لأن قتله حد قذفه فلا يسقط بالتوبة كقذف غيرهما ، ومن قذف عائشة رضي الله تعالى عنها بما برأها الله تعالى منه كفر بلا خلاف .

ومن سب غيرها من أزواجه ﷺ ففيه قولان . أحدهما : أنه كسب واحد من الصحابة . والثاني: هو الصحيح أنه كقذف عائشة رضي الله تعالى عنها لقدحه فيه ﷺ ، ومن أنكر صحبة أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه فقد كفر لقوله تعالى: ﴿إِذ يَقُولُ لِصَاحِبِهِ﴾^(٢) .^(٣)

(١) سورة النساء الآية ١٣٧ .

(٢) سورة التوبة من الآية ٤٠ .

(٣) نيل المأرب بشرح دليل الطالب ، ج ٢ ص ٣١٠-٣١٣ ، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد .

مسائل في الفقه (*)

٢٤١- حكم دفع الرشوة لدفع الضرر .

كتاب من الاخ بلقاسم ... يقول فيه : شخص له شاحنة يشتري بها البضائع ويبيعها للناس ، ويضطر في بعض الاحيان إلى إعطاء رشوة لكي يسمح له بالمرور وإلا تفرض عليه غرامة مالية ، أو حبس الشاحنة لمدة طويلة ، ويسأل الاخ بلقاسم عما إذا كان يجوز له إعطاء هذه الرشوة أو يجعل الغرامة تفرض عليه ؟

الرشوة ما يعطى لإبطال حق أو لإحقاق باطل ^(١). وهي محرمة بنص الكتاب والسنة والاجماع والمعقول. أما الكتاب فأولاً- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّام لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ ^(٢). والمال المراد في الآية كلما كان مصدره أكل الأموال بغير حق ويشمل هذا الرشوة والقمار والميسر وسائر أنواع الغصوب وجدد الحقوق ، وكل ما لا تطيب به نفس صاحبه أو ما طابت به نفسه ولكنه محرم في الشريعة كثمن الخمر وما في حكمه. والمراد بالإدلاء بالأموال إلى الحكام تحريم إرشائهم بها للحصول منهم على أكثر منها من أموال الناس عن طريق التعدي عليهم، وظلمهم وسلبهم أموالهم ^(٣).

وثانياً- قوله تعالى: ﴿سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَالُونَ لِلْسَحْتِ فإِنْ جَاؤُوكَ فَلَحَّكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ ^(٤). والمراد بالسحت في الآية الرشا ، وفي ذلك قال رسول الله ﷺ: (كل لحم ثبت بالسحت فالنار

(*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء ويتولى الإجابة عنها صاحب المجلة ورئيس تحريرها الدكتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة .

(١) التعريفات للجرجاني ، ص ١٤٨ .

(٢) سورة البقرة الآية ١٨٨ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ٣٣٨-٣٤٠ .

(٤) سورة المائدة الآية ٤٢ .

أولى به) قالوا: يا رسول الله وما السحت ؟ قال: (الرشوة في الحكم) ^(١).
وأما السنة فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لعن الله الراشي
والمرتشي) ^(٢)، وفي حديث آخر: (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش) ^(٣).
وما روي أن رسول الله ﷺ قال: (ما من قوم يظهر فيهم الزنا إلا أخذوا
بالسنة وما من قوم يظهر فيهم الرشأ إلا أخذوا بالرعب) ^(٤). وما روي
أيضاً عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: (من شفع لرجل شفاعه فأهدى له
عليها هدية فقد أتى باباً كبيراً من أبواب الربا) ^(٥).

وما روي أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام استعمل رجلاً من الأزد يقال
له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي . قال:
(فهلاً جلس في بيت أبيه - أو بيت أمه - فينظر أيهدى له أم لا ؟ والذي
نفسى بيده لا يأخذ أحد منكم شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على
رقبته ، إن كان بعيراً له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيعر ثم رفع
بيده حتى روي غفرة إبطيه - اللهم هل بلغت اللهم هل بلغت ثلاثاً) ^(٦).

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على أن الرشوة حرام على المعطي وعلى
الآخذ وعلى الوسيط بينهما ، وأن من أخذ الرشوة وهو يتولى أمراً من

(١) قال الحافظ ابن حجر: رواه ابن جرير مرفوعاً ورجاله ثقات ، ولكنه مرسل ، فتح الباري ج ٥ ص ٥٣١.

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم برقم ١٣٥١ ، تحفة
الاحوذى بشرح جامع الترمذي للمباركفوري ، ج ٤ ص ٤٧٢ . وأخرجه أبو داود بلفظ لعن رسول الله
ﷺ الراشي والمرتشي ، في كتاب القضاء ، باب في كراهية الرشوة ، برقم ٣٥٧٥ ، عون للعبود شرح
سنن أبي داود ج ٥ ص ٣٥٩ . وأخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام ، باب التغليظ في الحيف والرشوة
برقم ٢٣١٣ ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٧٥ .

(٣) أورده الحافظ ابن حجر في الفتح ج ٥ ص ٢٦١ .

(٤) أخرجه الإمام أحمد في المسند ج ٤ ص ٢٠٥ .

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ، باب في الهدية لقضاء الحاجة ، برقم ٣٥٤١ ، سنن أبي داود ج ٣
ص ٢٩١-٢٩٢ .

(٦) متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الهبة ، باب من لم يقبل الهدية ، برقم ٢٥٩٧ . فتح الباري بشرح
صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري للإمام الحافظ ابن حجر ، ج ٥ ص ٢٦١-٢٦٢ .
وأخرجه مسلم في كتاب الإمارة ، باب تحريم هدايا العمال: صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٢
ص ٢١٨-٢٢٢ .

● حكم دفع الرشوة لدفع الضرر ●

أمر الناس يعد فاسقاً يجب عزله ويبطل كل حكم أو تصرف ترتب على فعله . وسواء كانت هذه الرشوة في صورة مباشرة ، أو كانت على سبيل الهدية وفي هذا روي أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه اشتبهى تفاحاً فلم يجد في بيته شيئاً يشتري به فركب معه أصحابه فتلقاه غلمان بأطباق تفاح فتناول منها واحدة فشمها ثم رد الأطباق ف قيل له في ذلك فقال : لا حاجة لي فيه . فقيل له : ألم يكن رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر يقبلون الهدية ؟ فقال : إنها لأولئك هدية وهي للعمال بعدهم رشوة ^(١) .

وأما المعقول فإن الفطر السليمة تقضي بأن الإنسان يختص بما يملكه ، ولا يكون هذا الاختصاص إلا نتيجة حق له وهذا الحق يتنافى عقلاً مع طبيعة الرشوة ؛ فالمرتشي يأخذ مالاً لا حق له فيه ، والراشي يعطي مالاً ليحصل على مال لا يستحقه فكلاهما - الأخذ والمعطي - يتعديان على حقوق غيرهم مما يتنافى مع العقل والفطر السليمة .

فينبغي على ما سبق أن الرشوة محرمة ، وأن أطرافها لا يتعاونون على البر والتقوى وإنما يتعاونون على الإثم والعدوان مما يتعارض مع أمر الله ونهيه في قوله عز وجل : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ولتقوا الله إن الله شديد العقاب﴾ ^(٢) .

قلت : وقد مر على الأمة أزمان ساءت فيها الأحوال ، وفسد فيها الحكام وفشى فيها الرشا ؛ فأصبحت حاجات الناس مرهونة بما يستميلون به الحكام والقضاة والمتنفذين من الرشا والهدايا . ولا شك أن هذا كان من المصائب التي مرت بها الأمة ، وعلى الأخص في الفترات التي كانت فيها بلادها مستباحة حيث عم فيها الطغيان ففسدت الذمم ، وعم الفساد ، وضعف الوازع الديني قصار المعروف منكراً والمنكر معروفاً .

وفي تلك الحال ضاق الناس بحوائجهم فاجتهد جماعة من أئمة التابعين فرأى جواز دفع الرشوة لدفع الظلم عن النفس أو المال أو العرض وفقاً

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر ج ٥ ص ٢٦١ .

(٢) سورة المائدة من الآية ٢ .

للضرورة ومقتضياتها^(١). ففي مذهب الإمام أبي حنيفة أن ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على النفس أو المال حلال للدافع حرام على الأخذ لأن دفع الضرر عن المسلم واجب^(٢).

وفي مذهب الإمام مالك ذكر الرهوني: «قال بعض العلماء إذا عجزت عن إقامة الحجة الشرعية فاستعنت على ذلك بوال يحكم بغير الحجة الشرعية أثم دونك إن كان الحق جارية يستباح فرجها بل يجب ذلك لأن مفسدة الوالي أخف من مفسدة الزنا والغصب وكذلك الزوجة وكذلك الاستعانة بالأجناد يائسون ولا تأثم وكذلك في غصب الدابة وغيرها وحجة ذلك لأن الصادر من المعين عصيان لا مفسدة فيه والجحد والغصب عصيان ومفسدة وقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة أنها مفسدة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير فإن أخذ الكفار مالنا حرام عليهم وفيه مفسدة إضاعة المال فما لا مفسدة فيه أولى أن يجوز»^(٣).

وفي مذهب الإمام الشافعي تحرم الرشوة فلا يجوز للحاكم ولا القاضي ومن في حكمهما قبول هدايا العمال ، فإن أهدى لهما من خصومة أو هبه أو ضيقه أو تصدق عليه فرضاً أو نفلاً أو من غلب على ظنه أنه سيخاصم ولو بعضاً له فيما يظهر يمتنع من الحكم عليه أو كان يهدى إليه قبل الولاية أو من لا خصومة له ولم يهد إليه شيئاً قبل ولايته حرم عليه قبولها ولا يملكها لأنها توجب الميل إليه في الأولى ويحال سببها على الولاية في الثانية وقد ورد في الأخبار الصحيحة أن هدايا العمال سحت، وإنما حلت له ﷺ لعصمته ، فمتى بذل له مال ليحكم بغير الحق أو امتنع من حكم بحق فهو الرشوة المحرمة بالإجماع ومن علم أخذ ماله بباطل لولا الرشوة فلا ذم عليه^(٤).

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود لشمس الحق العظيم آبادي ج ٥ ص ٣٥٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٢-٣٦٣ .

(٣) حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ج ٧ ص ٣١٣ .

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرمل ج ٨ ص ٢٥٤-٢٥٥ .

• حكم دفع الرشوة لدفع الضرر •

وفي مذهب الإمام أحمد الرشوة في الحكم ، و الرشوة العامل حرام ، قال ابن قدامة: «قال الله تعالى: ﴿أَكَالُونَ لِلنَّاسِ لُبًّا﴾ قال الحسن ، وسعيد بن جبير في تفسيره: هو الرشوة . وقال: إذا قبل القاضي الرشوة ، بلغت به إلى الكفر» ، وقيل إذا رشى الراشي العامل ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه فقال عطاء وجابر بن زيد والحسن لا بأس أن يصانع عن نفسه وقال جابر ما رأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا ولأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره» (١).

وفي مذهب الإمام ابن حزم من منع من حقه فأعطى ليدفع عن نفسه الظلم فذلك مباح للمعطي ، وأما الآخذ فآثم (٢).

قلت : هذه مجمل آراء بعض المجتهدين من الأئمة المتأخرين نقلناها باختصار ، وهي بلا شك نتيجة واقع في زمان كان له ظروفه ومشكلاته ، ولا تبرر بأي حال أن تكون قاعدة متبعة في كل زمان أو مكان ؛ فالحكام والقضاة والولاة ومن في حكمهم يعطون مرتبات من مال الأمة ، وهم مقابل هذه المرتبات يراعون مصالحها فلا يجوز لهم بأي حال أن يأخذوا غير أجورهم والقول بغير ذلك مردود عليه للأسباب التالية:

أولها- أن الرشوة محرمة بحكم الكتاب والسنة وتحريمها جاء مطلقاً وفي تعاطيها خروج على هذا الحكم .

وثانيها- أن دفع الرشوة بحجة رفع الظلم يفتح الباب لتفشي الفساد والظلم بهذه العلة فيفقد الضعيف حقه ، ويأخذ القوي حق غيره فيعم الفساد ، وتسوء الأحوال ، وتعم البلوى وتكثر الفتن .

وثالث الأسباب- أن البلدان في الزمن المعاصر محكومة في الغالب الأعم بأنظمة وقوانين تحدد حقوق العاملين فيها ، وواجباتهم ، ومسئولياتهم ، فتمنع عليهم أخذ الرشا ، وما في حكمه ؛ فيحق لكل

(١) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٦٠ . وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ٦ ص ٣١٦ .

(٢) المحلى بالآثار ج ٨ ص ٢١٨ .

صاحب مصلحة في بلاده أن يستعدي سلطاتها لمنع ما قد يتعرض له من ظلم من العاملين فيها .

ورابع هذه الأسباب - أن القول بدفع الرشوة لدفع الظلم سوف يفتح الباب أيضاً أن يتولى أمور الناس من لا خلاق لهم .

وقد سئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن رجل أهدى للحاكم هدية لطلب حاجة أو التقرب بالخدمة عنده وما أشبه ذلك فهل يجوز أخذ هذه الهدية؟ فأجاب بما يلي: «وأما الهدية في الشفاعة مثل أن يشفع لرجل عند ولي أمر ليرفع عنه مظلمة ، أو يوصل إليه حقه ، أو يوليه ولاية يستحقها ، أو يستخدمه في الجند المقاتلة - وهو مستحق لذلك - أو يعطيه من المال الموقوف على الفقراء أو الفقهاء أو القراء أو النساك أو غيرهم - وهو من أهل الاستحقاق . ونحو هذه الشفاعة التي فيها إعانة على فعل واجب أو ترك محرم : فهذه أيضاً لا يجوز فيها قبول الهدية ، ويجوز للمهدي أن يبذل في ذلك ما يتوصل به إلى أخذ حقه ، أو دفع الظلم عنه . هذا هو المنقول عن السلف والأئمة الأكابر .

وقد رخص بعض المتأخرين من الفقهاء في ذلك ، وجعل هذا من «باب الجعالة» وهذا مخالف للسنّة وأقوال الصحابة والأئمة : فهو غلط ؛ لأن مثل هذا العمل هو من المصالح العامة التي يكون القيام بها فرضاً ؛ إما على الأعيان ؛ وإما على الكفاية ، ومتى شرع أخذ الجعل على مثل هذا لزم أن تكون الولاية وإعطاء أموال الفئ والصدقات وغيرها لمن يبذل في ذلك ، ولزم أن يكون كف الظلم عن يبذل في ذلك ، والذي لا يبذل لا يولى ، ولا يعطى ، ولا يكف عنه الظلم ، وإن كان أحق وأنفع للمسلمين من هذا . والمنفعة في هذا ليست لهذا الباذل حتى يؤخذ منه الجعل على الأبق والشارد . وإنما المنفعة لعموم الناس : أعني المسلمين ؛ فإنه يجب أن يولى في كل مرتبة أصلح من يقدر عليها ، وأن يرزق من رزق المقاتلة والأئمة والمؤذنين وأهل العلم الذين هم أحق الناس وأنفعهم للمسلمين . وهذا واجب

• حكم دفع الرشوة لدفع الضرر •

على الإمام ، وعلى الأمة أن يعاونوه على ذلك ، فأخذ جعل من شخص معين على ذلك يفضي إلى أن تطلب هذه الأمور بالعوض ، ونفس طلب الولايات منهى عنه ، فكيف بالعوض ؟! ولزم أن من كان ممكناً فيها يولى ويعطى وإن كان غيره أحق وأولى ؛ بل يلزم تولية الجاهل والفاسق ، والفاجر وترك العالم العادل القادر ؛ وأن يرزق في ديوان المقاتلة الفاسق ، والجبان العاجز عن القتال ، وترك العدل الشجاع النافع للمسلمين . وفساد مثل هذا كثير^(١) انتهى .

لهذا فالجواب على سؤال الأخ السائل يفترض أن الذي يضع الغرامة عليه (إذا لم يرشه) موظف حكومي ويفعل ما يفعل للحصول على المال مخالفاً بذلك أنظمة بلاده ، ولما كانت الرشوة محرمة في سائر أنظمة وقوانين الدول ومنها دولة الأخ السائل لهذا فإن عليه أن يتقدم بشكوى إلى الجهات المسؤولة في بلاده لإبلاغها عن سلوك هذا الموظف لما في ذلك من التعاون على البر والتقوى الذي أمر الله به ، مع الامتناع عن رشوته لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان الذي نهى الله عنه .

وخلاصة المسألة أن الرشوة محرمة بنص الكتاب والسنة والإجماع ، وأن من يتعامل بها يعد أثماً كبيراً لما فيها من الطرد والبعد عن رحمة الله في قول رسول الله ﷺ : (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش) . وما قاله المتأخرون من الأئمة من جواز دفع الرشوة لدفع الظلم مرهون بزمان كثر فيه الطغيان ، وعم فيه الفساد فأصبحت الحقوق والحاجات مرهونة بدفع الرشا . ولما كانت الدول تحرم في أنظمتها الرشوة وتعاقب عليها فإن على الأخ السائل إبلاغ حكومة بلاده عن سلوك الموظف المشار إليه في السؤال لمعاقبته ، ولا يجوز له في هذه الحال إرشاءه لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان .

والله أعلم .

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٣١ ص ٢٨٧-٢٨٨ .

٢٤٢- حكم ما إذا كان يجوز الوفاء بالعقد إذا كان محله محرماً .

سؤال من الأخ / قندون ... من الجزائر يقول فيه: رجل لعب القمار في مقهى ثم تاب منه إلا أنه لم يعط صاحب المقهى أجره فماذا يفعل هل يعطيه هذا الأجر أم يتصدق به ؟

القمار محرم بنص الكتاب في قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَلَجْتَنبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾^(١)، ﴿إِنَّمَا يَرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾^(٢)، فالميسر هو القمار ، وهو مأخوذ من الیسر أي وجوب الشيء لصاحبه ، وقيل هو الجزور الذي كانوا يتقامرون عليه في الجاهلية فسمي ميسراً لأنه يجزأ أجزاء ؛ فكل شيء جزأته فقد يسرته . وكان الرجل في الجاهلية يخاطر الرجل أي يقامر على أهله وماله فأيهما قمر صاحبه ذهب بماله وأهله . ولما في القمار من الإثم والخطيئة والضرر ، وإيقاع العداوة والبغضاء بين متعاطيه حرّمه الله في هاتين الآيتين ؛ ففيهما بيان أن الميسر رجس من عمل الشيطان ، وأن مراد الشيطان منه هو الصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وأن على المؤمنين أن ينتهوا من هذا الفعل ويجتنبوه ؛ فقوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ استفهام يراد به أمرهم ، وإلزامهم بتركه، وليس استفهامهم عن تركه^(٣).

وما سأل عنه الأخ السائل يجب التفريق فيه بين أمرين :

(١) سورة المائدة الآية ٩٠ .

(٢) سورة المائدة الآية ٩١ .

(٣) انظر: الجامع لاحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ٥٢-٥٣، ج ٦ ص ٢٩١-٢٩٢ .

• حكم ما إذا كان يجوز الوفاء بالعقد إذا كان محله محرماً •

الأمر الأول : حكم التعاقد بين مُسْلِمَيْنِ على لعب القمار .

وسواء كان هذا العقد يقصد منه اللعب بينهما مباشرة أو بين أحدهما، وصاحب محل يلعب فيه القمار كصاحب المقهى في السؤال ؛ فهذا العقد عقد على معصية ، وكل عقد فيه معصية سواء كان بيعاً أو شراءً أو إجارة أو نحو ذلك فلا خلاف في أنه لا يجوز الوفاء به ؛ ففي مذهب الإمام أبي حنيفة لا يجوز الاستئجار على المعاصي لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعاً كاستئجار الإنسان للعب واللهو ، واستئجار المغنية ، والنائحة للغناء ^(١)، كما أن إعطاء الحرام ، وأخذة سواء ؛ فكل شيء يكون إجراؤه حراماً فطلب إيقاعه حرام أيضاً ^(٢).

وفي مذهب الإمام مالك يجب أن تكون المنفعة (في العقد أو الفعل) متلبسة بعدم الحظر ومثل ذلك تعليم الغناء وآلات الطرب أو استئجار مجمع للفساق ، أو خمارة ؛ فهذا لا يجوز ويفسخ متى تم الاطلاع عليه، ويتصدق بالثمن أو الكراء ^(٣).

وفي مذهب الإمام الشافعي لا تجوز الإجارة على المنافع المحرمة كالزمر والنياحة والغناء وسائر المحرمات ، ولا يجوز أخذ العوض على شيء من ذلك ^(٤).

وفي مذهب الإمام أحمد كل ما منفعته محرمة كالزنا والزمر والنوح والغناء والقمار فلا يجوز الاستئجار لفعله لأنه انتفاع بمحرم ^(٥).

وفي هذا قال الإمام ابن تيمية: «إن من عرف حقيقة دين الإسلام وما

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني . ج ٤ ص ١٨٩ . وانظر كتاب البسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٣٨ . والبنابة شرح الهداية لبدر الدين العيني الحنفي ج ١٠ ص ٢٨٢-٢٨٣ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لملي حيدر كتاب البيوع ج ١ ص ٣٩ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي ج ٤ ص ٢٠-٢٢ .

(٤) المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج ١ ص ٣٩٤ ، وقليوبي وعميرة ج ٤ ص ٣١٩-٣٢٠ ، ومفتي الممات لعبد الشربيني الخطيب ج ٢ ص ٣٣٧ .

(٥) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ج ٦ ص ١٣٤-١٣٥ .

اشتمل عليه من مصالح الأنام وطاعة الملك العلام وتضمنه من إرشاد العباد إلى ما ينفعهم في المعاش والمعاد وحفظ ما أنزل الله من الذكر الحكيم ، وصونه من كل شيطان رجيم تبين له أنه لا سبيل لأحد أن يعقد عقداً لازماً يمنع من طاعة الله ورسوله ولا يكلف العباد بتحليل تلك العقود إلى ما يصرفهم عن طاعة الله ورسوله . ثم قال : « وليس من دين الإسلام من يعاهد عهداً على ترك واجب أو فعل محرم ويكون ذلك العهد لازماً له بل مثل هذا العهد يجب نقضه باتفاق المسلمين » (١).

قلت : فعلى هذا فإن فعل القمار في المقهى - الذي أشار إليه الأخ السائل - يعد غير مشروع ، والعقد فيه يعد باطلاً سواء كان شفاهة ، أو مكتوباً أو أياً كان وصفه . والأجر الذي ترتب على اللاعب لصاحب المقهى لا يجب الوفاء به ، وإنما يجب صرفه في أي وجه من أوجه البر .

الامر الثاني : التعاقد بين مسلم وغير مسلم على لعب القمار .

الأصل في لعب القمار التحريم - كما ذكر آنفاً - سواء كان اللعب به مع مسلم أو غيره ، ولما كان اللعب بين شخص يحرم دينه هذا الفعل ، وبين شخص آخر يبيح دينه أو قانونه هذا الفعل وجب النظر إلى مجرد العقد ، (وإن كنا نعهده في ديننا باطلاً في أصله) وليس إلى طبيعة الفعل ومن المعلوم أن الإسلام يوجب الوفاء بالعقود ، والأصل في هذا الكتاب والسنة . أما الكتاب فإن الله تعالى قد برئ من المشركين ، واستثنى من ذلك من كان لهم عهد في مدة وذلك في قوله عز وجل : ﴿ وأذان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر أن الله بريء من المشركين ورسوله فإن تبتم فهو خير لكم وإن توليتم فاعلموا أنكم غير معجزي الله وبشر الذين كفروا بعذاب اليم ﴾ (٢) . « إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئاً ولم يظاهروا عليكم لحداً فاتموا إليهم عهدهم إلى منتهم إن الله يحب المتقين » (٣) . والمعنى واضح في أن الله

(١) نظرية العقد ، ص ٣٣ ، ٩٨ .

(٢) سورة التوبة من الآية ٢ .

(٣) سورة التوبة الآية ٤ .

• حكم ما إذا كان يجوز الوفاء بالعقد إذا كان محل محرماً •

قد برئ من المشركين، واستثنى من هذه البراءة من كان له عهد محدد بمدة فأوجب له الوفاء بعهده بشرطين : أولهما- أن يكون هذا المعاهد لم ينقض العهد . وثانيهما- ألا يكون قد عاون أحداً على نقضه . وقد أكد الله على ذلك أيضاً في موضع آخر من كتابه الكريم في قوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ يَحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾^(١).

وأما السنة فما رواه عمرو بن عبسة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحلن عهداً ولا يشدنه حتى يمضي مدة أو ينبذ إليهم على سواء)^(٢). وما رواه أيضاً ابن عمر رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: (إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة)^(٣). وما روي أيضاً عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى عشاره بالشام بتولية غير المسلمين بيع الخمر وأخذ العشر من أثمانها وقيل في هذا أنه لو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع^(٤).

وفي هذا قال الإمام الكاساني: «وعن بعض مشايخنا أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت .. فكانت الحرمة ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون به»^(٥).

(١) سورة التوبة من الآية ٧ .

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد ، باب في الإمام يكون بينه وبين العدو عهد فيسبر إليه . وأخرجه الترمذي في كتاب السير ، باب ما جاء في الغدر ، رقم الحديث ١٥٨٠ . الجامع الصحيح للترمذي ج ٤ ص ١٢١ . وتماه أنه كان بين معاوية وبين أهل الروم عهد وكان يسير في بلادهم حتى إذا انقضى العهد أغار عليهم فإذا رجل على دابة أو على فرس وهو يقول: الله أكبر وفاء لا غدر وإذا هو عمرو بن عبسة فسأله معاوية عن ذلك فذكر له الحديث .

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير باب تحريم الغدر ، وأخرجه الترمذي في كتاب السير ، باب ما جاء أن لكل غادر لواء يوم القيامة ، رقم الحديث ٥١٨١ ، الجامع الصحيح للترمذي ج ٤ ص ١٢٢ .

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٥ ص ١٤٣ .

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٥ ص ١٤٣ .

قلت : فإذا كانت شريعة غير المسلم تبيح محل العقد كالخمر أو الخنزير أو القمار وعقد المسلم معه عقداً من هذا النوع وجب عليه الوفاء به (مع إيماننا بحرمة هذا العقد في ديننا) لأن عدم الوفاء بهذا العقد يعد غدرًا وخيانة وهذا مما تاباه شريعة الإسلام ولكن القول بهذا لا يعني بأي حال الوفاء بكل عقد معه بل يجب النظر إلى طبيعة هذا العقد ومحلّه : فهناك أفعال ثبت تحريمها في كل الشرائع السماوية والمعتقدات الوضعية كالقتل والزنا والسرقة والفساد في الأرض ، فليس لأحد أن يقول بوجوب الوفاء بعقد محله الزنا ، أو القتل ، أو السرقة وذلك لثبوت حرمة هذه الأفعال في كل الأديان .

وعلى هذا يجب على المسلم دفع الأجرة لصاحب المقهى المشار إليه في السؤال إذا كان هذا غير مسلم وذلك جزاء للمسلم على فعله .

وخلاصة المسألة : أن القمار محرم بنص الكتاب ، ويجب التفريق بين أمرين : الأمر الأول - حرمة التعاقد بين مسلمين على لعب القمار بينهما سواء كان محل العقد للعب مباشرة أو كان مع صاحب محل يلعب فيه القمار ؛ فهذا العقد باطل سواء كان مكتوباً أو شفاهة أو أيّاً كان وضعه، والأجر الذي يترتب على اللاعب لصاحب المحل لا يجب الوفاء به ، وإنما يجب صرفه في أي وجه من وجوه البر .

الأمر الثاني - التعاقد بين مسلم وغير مسلم على لعب القمار فإذا كانت شريعة غير المسلم تبيح القمار وعقد المسلم معه عقداً من هذا النوع وجب الوفاء به (مع إيماننا بحرمة هذا العقد في ديننا) . والقول بهذا لا يعني بأي حال الوفاء بكل عقد مع غير المسلم بل يجب النظر إلى طبيعة هذا العقد ومحلّه فهناك أفعال ثابتة حرمتها في كل الشرائع السماوية والمعتقدات الوضعية كالقتل والزنا والسرقة والعقد على فعلها يعد باطلاً ولا يجوز الوفاء بما يترتب عليه .

والله تعالى أعلم

٢٤٣- حكم خروج النساء للصلاة في المساجد .

كتاب من الأخت أم عبد الصمد من الجزائر تسأل فيه عن حكم خروج المرأة للصلاة في المساجد مع وجود شباب يعترضون الطريق ؟

الأصل أن صلاة الجماعة لا تجب إلا على الرجال فلا تجب إذاً على النساء ، ولكن لا يمتنع من المساجد إذا أمنت عليهن الفتنة فإن لم تؤمن فلا يجوز خروجهن إليها ، وقد دلت الأحاديث المروية عن رسول الله ﷺ على ذلك ومنها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ولكن ليخرجن ومن ثقلات) أي غير متطيبات ^(١). وما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (لا تمنعوا نساءكم المساجد وبيوتهن خير لهن) ^(٢). وما رواه أيضاً أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: (اأذنوا للنساء إلى المساجد بالليل) فقال ابن له: والله لا نأذن لهن فيتخذنه دغلاً والله لا نأذن لهن. قال: فسبه وغضب وقال: أقول قال رسول الله ﷺ: (اأذنوا لهن) وتقول لا نأذن لهن ^(٣).

كما وردت أحاديث تحت على صلاة المرأة في بيتها ومنها ما رواه أبو الأحوص عن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال: (صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها) ^(٤). ومن هذه الأحاديث ما رواه عبد الله بن سويد الأنصاري عن

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب ما جاء في خروج النساء إلى المسجد ، برقم ٥٦١ ، عون المعبود شرح سنن أبي داود للعظيم آبادي ج ٢ ص ١٩٢ .

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب ما جاء في خروج النساء إلى المسجد ، برقم ٥٦٣ ، عون المعبود ج ٢ ص ١٩٣ .

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب ما جاء في خروج النساء إلى المسجد ، برقم ٥٦٤ ، عون المعبود ج ٢ ص ١٩٣ ، معنى دغلاً : الفساد والخداع والريبة .

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب ما جاء في خروج النساء إلى المسجد والتشديد في ذلك ، برقم ٥٦٦ ، عون المعبود ج ٢ ص ١٩٤-١٩٥ .

عمته أم حميد أنها جاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني أحب الصلاة معك . قال: فقال لها: (قد علمت أنك تحبين الصلاة معي وصلاتك في بيتك خير لك من صلاتك في حجرتك وصلاتك في حجرتك خير من صلاتك في دارك وصلاتك في دارك خير من صلاتك في مسجد قومك وصلاتك في مسجد قومك خير لك من صلاتك في مسجدي) . قال فأمرت فبني لها مسجداً في أقصى شيء في بيتها وأظلمه فكانت تصلي فيه حتى لقيت الله^(١). ومن هذه الأحاديث ما روته أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (خير مساجد النساء قعر بيوتهن)^(٢).

فهذه الأحاديث متقاربة المعنى ، وإن اختلفت في ألفاظها وفيها دليل على جواز خروج المرأة للمساجد مع الحث على صلاتها في بيتها حتى لا تتعرض للفتنة ، وقد أشارت إلى هذا أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها حين قالت : لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل^(٣).

وقد دلت آراء الأئمة على هذا المعنى ؛ ففي مذهب الإمام أبي حنيفة لا تجب صلاة الجماعة على النساء لأن في خروجهن إلى الجماعة فتنة ولكن لا بأس للمرأة المسنة أن تخرج للصلاة في المغرب والعشاء والفجر واختار المتأخرون كراهة خروجهن ليلاً أو نهاراً لفساد الزمان^(٤).

(١) أخرجه أحمد في المسند ج ٦ ص ٣٧١ وابن خزيمة في صحيحه ج ٢ ص ٩٥ ، وأخرج أبو داود بمثل في كتاب الصلاة ، باب ما جاء في خروج النساء إلى المسجد والتشديد في ذلك ، برقم ٥٦٦ ، عون المعبود ج ٢ ص ١٩٤-١٩٥ .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ج ٦ ص ١٩٧ ، ٣٠١ ، وابن خزيمة في صحيحه ج ٣ ص ٩٢ ، وابن الجوزي في أحكام النساء ، باب في ذكر فضل البيت للمرأة ص ٦٩ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأذان ، باب انتظار الناس قيام الإمام العالم ، برقم ٨٦٩ ، فتح الباري ج ٢ ص ٤٠٦ . وأخرجه مسلم في كتاب الصلاة ، باب خروج النساء إلى المساجد برقم ١٤٤ ، وأخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب ما جاء في خروج النساء إلى المسجد والتشديد في ذلك ، برقم ١٢٤٤ ، عون المعبود ج ٢ ص ٢٤٣ .

(٤) كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكلاسي ج ١ ص ١٥٥ ، والبيان شرح الهداية لبدر الدين العيني الحنفي ج ٢ ص ٣٢٤ . وإعلاء السنن للتهانوي ج ٤ ص ٢٤٢-٢٤٤ .

• حكم خروج النساء للصلاة في المساجد •

وفي مذهب الإمام مالك يجوز خروج المرأة إلى المسجد لشهود صلاة العشاء بالليل وقد يدخل في ذلك كل صلاة لعموم لفظ الأحاديث في ذلك ومنها حديث ابن عمر سالف الذكر وخلافه مع ابنه ، ولكن الخروج إلى المسجد ليس بواجب عليهن بل إن الآثار الثابتة تخبر أن الصلاة لهن في بيوتهن أفضل فصار الإذن لهن إلى المسجد إباحة^(١). وفي رواية ابن القاسم عن الإمام مالك أن النساء لا يمنعن من الخروج إلى المساجد فإذا جاء الاستسقاء والعيد فلا يرى بأساً أن تخرج كل امرأة متجالة . وروى أشهب عنه أن المرأة تخرج إلى المسجد متجالة ولا تكثر التردد وتخرج الشابة مرة بعد مرة وكذلك في الجنائز يختلف في ذلك أمر المستنة والشابة في جنائز أهلها وأقاربها^(٢).

وفي مذهب الإمام الشافعي ليس على النساء جماعة لا فرض عين ولا فرض كفاية ولكن يستحب لهن ، وجماعتهن في البيوت أفضل فإن أردن حضور المسجد مع الرجال كره للشواب دون المسنات^(٣).

وفي مذهب الإمام أحمد أن صلاة الجماعة لا تجب على النساء ولكن يستحب لهن صلاة الجماعة فإذا اجتمعن يستحب لهن أن يصلين فرائضهن جماعة فأما صلاتهن مع الرجال اجماعة فالمشهور في المذهب أنه يكره للشابة ، وللعجوز والبرزة حضور جمع الرجال وفي كل حال فإن صلاة المرأة في بيتها أفضل بلا نزاع^(٤).

(١) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر النمري الأندلسي ج ٥ ص ٤١١-٤١٢ .

(٢) التمهيد نفس المصدر ص ٤٢١ . وانظر الاستذكار لابن عبد البر النمري ج ٧ ص ٢٤٣-٢٤٩ . وانظر جامع الأحكام الفقهية للقرطبي من تفسيره ج ١ ص ١٥٠ . ومعنى متجالة: متقطعة . جلّت الشيء إذا غطيته . الصباح المنير للفيومي ، ج ١ ص ١٠٦ .

(٣) روضة الطالبين للإمام النووي ج ١ ص ٣٤٠ . وقليوبي وعميرة ج ١ ص ٢٢١-٢٢٢ . والحاوي الكبير للإمام الماوردي ، ج ٢ ص ٤٤٧ .

(٤) الانصاف في معرفة الرائج من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، ج ٢ ص ٢١١-٢١٣ . وانظر الإقناع لطالب الانتفاع للحجاوي ، ج ١ ص ٢٤٥-٢٤٦ . وانظر كتاب الفروع لابن مفلح مع تصحيح الفروع للمرداوي ج ١ ص ٦٠١-٦٠٢ .

وفي مذهب الإمام ابن حزم لا يلزم النساء فرضاً حضور الصلاة المكتوبة في جماعة فإن حضرت المرأة الصلاة مع الرجال فحسن لما قد صح أنهن كن يشهدن الصلاة مع رسول الله ﷺ وهو عالم بذلك ، وإن صلين جماعة وأُمَّتُهُنَّ امرأة منهن فحسن لأنه لم يأت نص يمنعهن من ذلك ^(١).

قلت : وينبغي على ما سبق أنه لا يجب على المرأة حضور الصلاة المكتوبة في المساجد فصلاتها في بيتها أفضل لها ، ولكن لا يجوز منعها من الذهاب إليها على أن يتحقق في ذلك ثلاثة شروط : أولها- ألا تتعرض للفتنة كالخشية على نفسها أو عرضها ، ولو كان ذلك مجرد احتمال وعلى هذا يحرم على المرأة الذهاب إلى المساجد إذا كان هناك شباب يعترضون الطريق كما ذكرت الأخت في السؤال . وثانيها- أن تكون محتشمة في لباسها ومظهرها . وثالث الشروط- أن تكون صلاتها في مكان منعزل عن الرجال في المساجد .

وخلاصة المسألة أن صلاة الجماعة في المساجد لا تجب على المرأة فصلاتها في بيتها أفضل لها كما دلت على ذلك الآثار عن رسول الله ﷺ، ولكن لا تمنع من الذهاب إلى المساجد على أن يتحقق في ذلك شروط ثلاثة: أولها- ألا تتعرض للفتنة في نفسها أو عرضها وعلى هذا يحرم عليها الذهاب إلى المساجد إذا كان هناك شباب يعترضون الطريق كما ذكرت الأخت السائلة . وثانيها- أن تكون محتشمة في لباسها ومظهرها. وثالث الشروط- أن تكون صلاتها في مكان منعزل عن الرجال في المساجد .

والله تعالى أعلم

(١) المحلى بالآثار للإمام ابن حزم ج ٢ ص ١٦٧ .

٢٤٤- مدة السفر الذي تقصر فيه الصلاة .

سؤال من الأخوين نور الدين ... وسليم ... من الجزائر عن مدة السفر التي تقصر الصلاة فيه وبدايته ؟

دل الكتاب والسنة والإجماع على إباحة قصر الصلاة في السفر ففي الكتاب قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾^(١). والمقصود بالضرب هنا السفر وشاهده أيضاً قول الله تعالى: ﴿عَلِمَ أَنْ سَيَكُونُ مِنْكُمْ مَرْضًى وَأَخْرُونَ يُضْرَبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٢). والقصر من الصلاة تخفيف ركعاتها بحيث تكون الرباعية (الظهر والعصر والعشاء) ركعتان في حال السفر .

فهل القصر يكون في حال الخوف فقط كما هو ظاهر قول الله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ . يقول الإمام ابن كثير: «هذا خرج مخرج الغالب حال نزول هذه الآية فإن في مبدأ الإسلام بعد الهجرة كان غالب أسفار المسلمين مخوفة بل ما كانوا ينهضون إلا إلى غزو عام أو في سرية خاصة وسائر الأحيان حرب للإسلام وأهله والمنطوق إذا خرج مخرج الغالب أو على حادثة فلا مفهوم له»^(٣).

وقد سأل يعلى بن أمية عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن قول الله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ وقد آمن الناس ؟ فقال عمر: عجبت مما عجبت منه فسالت رسول الله ﷺ فقال: (صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته)^(٤) . وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال:

(١) سورة النساء من الآية ١٠١ .

(٢) سورة المزل من الآية ٢٠ .

(٣) تفسير القرآن العظيم للإمام ابن كثير ، ج ٢ ص ٣٧٤ .

(٤) أخرجه مسلم في كتاب صلاة المسافرين ، باب صلاة المسافرين وقصرها ، برقم ٦٨٦ ، وأخرجه أبو داود في كتاب الصلاة ، باب صلاة المسافرين برقم ١١٩٩ ، وأخرجه الترمذي في كتاب تفسير القرآن ، باب سورة النساء ، برقم ٣٠٣٤ ، ج ٥ ص ٢٢٧ .

صلينا مع رسول الله ﷺ بين مكة والمدينة ونحن آمنون لا نخاف بينهما ركعتين ركعتين^(١). وروي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: «خرجنا مع النبي ﷺ من المدينة إلى مكة فصلّى ركعتين»^(٢). وروي عن حارثة بن وهب الخزاعي أنه قال: صلى بنا رسول الله ﷺ آمن ما كان بمنى ركعتين^(٣). كما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال: صليت مع رسول الله ﷺ ركعتين وأبي بكر وعمر وعثمان صدراً من أمارته ثم أتمها^(٤). وروي أيضاً عن عبد الرحمن بن يزيد أنه قال: صلى بنا عثمان بن عفان رضي الله عنه بمنى أربع ركعات فقل في ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال: صليت مع رسول الله ﷺ بمنى ركعتين وصليت مع أبي بكر بمنى ركعتين وصليت مع عمر بن الخطاب بمنى ركعتين فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متبيلتان^(٥).

فدلّت هذه الأحاديث على أن الخوف ليس شرطاً لقصر الصلاة خلافاً لمن قال بذلك^(٦).

(١) أخرجه الترمذي في أبواب الصلاة، باب ما جاء في التقصير في السفر برقم ٥٤٧، ٥٤٨، ج ٢ ص ٤٣١.

(٢) أخرجه الترمذي في أبواب الصلاة، باب ما جاء في كم تقصر الصلاة برقم ٥٤٨، ج ٢ ص ٤٣١-٤٣٢.

(٣) أخرجه البخاري في أبواب التقصير، باب ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر، صحيح البخاري ج ٢ ص ٣٥.

(٤) الحديث أخرجه الإمام البخاري في أبواب التقصير، باب ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر، صحيح البخاري، ج ٢ ص ٣٤-٣٥. قيل إن العلة في إتمام عثمان رضي الله عنه هو أن الأعراب قد حجوا تلك السنة فإراد أن يعلمهم أن الصلاة أربعة لئلا يتروموا أنها ركعتان. والعلة الثانية أنه كان إماماً للناس والإمام حيث نزل فهو عمله ومحل ولايته، فكانه وطنه، وتاويل آخر أنه كان قد عزم على الإقامة والاستيطان بمنى واتخاذها دار الخلافة، والعلة الرابعة أنه كان قد تأمل بمنى أو بمكة والمسافر إذا أقام في موضع وتزوج فيه أو كان له به زوجة أتم، وخامس هذه للتأويلات أنه أقام بها ثلاثاً والمقيم غير مسافر، انظر إعلاء السنن للتهانوي، ج ٥ ص ٢٩٢-٢٩٣.

(٥) الحديث أخرجه البخاري في أبواب التقصير، باب ما جاء في التقصير، صحيح البخاري ج ٢ ص ٣٥. قيل إن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كانت تتم الصلاة في السفر، انظر سنن الترمذي ج ٢ ص ٤٣٠.

(٦) راجع على سبيل المثال لا الحصر، شرح فتح القدير لكمال بن الهمام ج ٢ ص ٢٧-٣٦، الحاوي الكبير للإمام الماردي، ج ٢ ص ٤٤٩ وما بعدها، المحلى بالآثار لابن حزم ج ٣ ص ١٨٥-٢٤٠.

أما السنة فقد دلت الأخبار المتواترة أن رسول الله ﷺ كان يقصر الصلاة في سفره لحجه وعمرته وغزواته فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: صحبت رسول الله ﷺ في السفر حتى قبض وكان لا يزيد على ركعتين وعمر وعثمان كذلك (١). وعن أنس رضي الله عنه أنه قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى مكة ف صلى ركعتين حتى رجع وأقام بمكة عشرًا نقصر الصلاة حتى رجع (٢).

وقال الإمام الترمذي: «وقد صحَّ عن النبي ﷺ أنه كان يُقصرُ في السفر ، وأبو بكر وعمر وعثمان صدراً من خلافته . والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم» (٣).

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء على أن من سافر سافراً تقصر في مثله الصلاة في حج أو عمرة أو جهاد فله أن يقصر الصلاة الرباعية فيصلحها ركعتين (٤).

هذا من حيث جواز قصر الصلاة حال السفر . أما مدة السفر الذي تقصر فيه الصلاة فقد اختلف العلماء في ذلك اختلافاً كبيراً ولهم في ذلك أقوال عدة قيل إنها أحد عشر قولاً ، وأشهرها ما عليه الأئمة الأربعة؛ ففي مذهب الإمام أبي حنيفة إذا نوى المسافر الإقامة خمسة عشر يوماً في مكان واحد صالح للإقامة أتم صلاته ونية الإقامة شرط في هذا فلو دخل بلدًا ومكث فيها شهراً أو أكثر لانتظار قافلته أو قضاء حاجته ولم ينو الإقامة يعد مسافراً . أما مدة الإقامة فأقلها خمسة عشر يوماً وقد استدل أصحاب المذهب على ذلك بما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه أقام بقرية من قرى نيسابور شهرين ، وكان يقصر الصلاة ، وأن ابن

(١) أخرجه الترمذي في أبواب السفر ، باب ما جاء في كم تقصر الصلاة ، برقم ٥٤٨ ، ج ٢ ص ٤٣١ ، ٤٣٢ .

(٢) أخرجه الترمذي في أبواب السفر ، باب ما جاء في التقصير في السفر برقم ٥٤٤ ، ج ٢ ص ٤٢٨ .

(٣) سنن الترمذي ج ٢ ص ٤٣٠ .

(٤) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ج ٢ ص ٩٠ .

عمر رضي الله عنهما أقام بأذربيجان شهراً وكان يصلي ركعتين ، وأن علقمة أقام بخوارزم سنتين وكان يقصر . كما استدلوا بما روي عن عمران بن حصين رضي الله عنه أنه قال: شهدت مع رسول الله ﷺ عام فتح مكة فأقام بمكة ثمانين عشرة ليلة لا يصلي إلا الركعتين ثم قال لاهل مكة: (صلوا أربعاً فإننا قوم سفر) وكذا ما روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهما قالوا: إذا دخلت بلدة وأنت مسافر وفي عزمك أن تقيم بها خمسة عشر يوماً فأكمل الصلاة ، وإن كنت لا تدري متى ترحل فاقصر^(١).

وأما اتحاد المكان فالشرط نية الإقامة في مكان واحد لأن الإقامة قرار والانتقال يضاده فإذا نوى المسافر الإقامة خمسة عشر يوماً في موضعين فإن كان مصراً واحداً أو قرية واحدة صار مقيماً . وأما المكان الصالح للإقامة فهو موضع المكث والقرار في العادة نحو الأمصار والقرى وأما المفازة والجزيرة والسقينة فليست موضع الإقامة حتى لو نوى الإقامة في هذه المواضع خمسة عشر يوماً لا يصير مقيماً أي يعد مسافراً^(٢).

وفي مذهب الإمام مالك إذا نوى المسافر الإقامة أربعة أيام أتم صلاته استدلالاً بأن رسول الله ﷺ جعل للمهاجر ثلاثة أيام بمكة فقام بعد قضاء نسكه وفي المقدمات لا يزال المسافر يقصر ما لم يمر بموطن يكون له محل إقامة بإجماع أو ينو إقامة أربعة أيام^(٣).

وفي مذهب الإمام الشافعي مثل ذلك فإذا قصد المسافر بلداً وكان هذا البلد غاية سفره فلا خلاف أنه متى دخل ذلك البلد لم يجز له القصر لأن

(١) انظر هذه الآثار في سنن الترمذي ، أبواب السفر ، باب ما جاء في كم تقصر الصلاة ، ج ٢ ص ٤٣١-٤٣٤ .

(٢) كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكاساني ، ج ١ ص ٩٧-٩٨ . وانظر البناية شرح الهداية لبيدر الدين العيني ج ٣ ص ١٨-٢١ . وشرح فتح القدير لابن الهمام على الهداية للمرغيناني ج ٢ ص ٣٤-٣٦ . وانظر إعلاء السنن للتهانوي ج ٥ ص ٢٩٧-٣٠١ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن رشد ج ١ ص ١٦٩-١٧٠ . وانظر حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ج ٢ ص ١٢٨ . وحاشية النسوفي على الشرح الكبير للنسوفي ج ١ ص ٣٦٣ .

سفره قد انقطع بدخوله وإن لم ينو المقام فيه ومثل ذلك ما لو استطاب بلدًا وهو في طريقه فنوى الاستيطان فيه لم يجز له القصر ولزمه أن يتم ، أما إذا لم ينته سفره ولا نوى الاستيطان فيه لكن نوى أن يقيم فيه مدة فإن كانت هذه المدة دون أربعة أيام جاز له القصر وإن نوى مقام أربعة أيام سوى اليوم الذي دخل فيه واليوم الذي يخرج منه لزمه أن يتم ، ولم يجز له أن يقصر واستدل الأصحاب على ذلك بما قال به عثمان بن عفان من الصحابة ومن التابعين وسعيد بن المسيب ومن الفقهاء الإمام مالك ^(١).

وفي مذهب الإمام أحمد إذا نوى المسافر إقامة مطلقة أتم ، وكذلك إن نوى مدة (فوق) أربعة أيام أو شك في نية المدة ، وقيل: يجوز له القصر.. وإذا أقام لقضاء حاجة قصر ويعني أنه إذا لم ينو الإقامة ولا يعلم فراغ حاجته (قبل) فراغ مدة القصر فهذه الصورة يجوز فيها القصر بلا خلاف، فإن ظن أن الحاجة لا تنقضي إلا (بعد) مضي مدة القصر فالصحيح من المذهب أنه لا يجوز له القصر ، وقيل: يجوز له ذلك ^(٢).

وعلى هذا تباينت آراء الفقهاء بين قول بجواز القصر للمسافر جوازاً محدداً بمدة ، وقول بجواز عام تحكمه ظروف المسافر . أما الجواز المقيد فيقول بأنه يجب على المسافر أن يتم الصلاة إذا عزم على الإقامة خمسة عشر يوماً (المذهب الحنفي) أو إذا عزم على الإقامة أربعة أيام (مذهب الإمامين مالك والشافعي) أو إذا عزم على الإقامة أكثر من أربعة أيام (المذهب الحنبلي) .

أما الجواز العام فقال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسافر يقصر ما لم يجمع إقامة ولو أتى عليه سنون وقد روى الأثرم عن ابن عمر أنه أقام

(١) الام للإمام الشافعي ج ١ ص ١٨٣-١٨٤ . والصاوي الكبير للماردي ج ٢ ص ٤٦٤ . وانظر حواشي الشرواني والعبادي ج ٢ ص ٣٧٥ .

(٢) كتاب الفروع لابن مفلح مع تصحيح الفروع للمرداوي ج ٢ ص ٦٤ . وانظر الإنصاف للمرداوي ج ٢ ص ٣٣٠ .

بأذريجان ستة أشهر يقصر الصلاة وقد حال الثلج بينه وبين الدخول وعن علي أنه قال: يقصر الذي يقول: أخرج اليوم ، أخرج غداً : شهراً^(١).

ولعل الضابط في هذه المسألة -جواباً على السؤال- أن المسافر الذي يعلم مدة سفره يجب أن يتم إذا كانت إقامته في سفره أكثر من أربعة أيام ومثل هذا الطالب الذي حدد سفره بمدة معلومة أو السائح الذي فرض لنفسه إجازة معلومة أو التاجر الذي يعرف أن مكثه في سفره يتطلب منه قضاء مدة معلومة أو الموظف الذي انتدب للعمل خارج بلده مدة معلومة؛ فهؤلاء ومن في حكمهم يعرفون مدة إقامتهم في سفرهم وعليهم الإتمام بعد مضي أربعة أيام من وصولهم مكان السفر .

أما إذا كان المسافر لا يعلم على وجه التحديد مدة سفره فهذا يترخص له في القصر ومن ذلك التاجر الذي يذهب إلى بلد ليستورد أو يشتري بضاعة ولا يعرف متى تنتهي مهمته لأن الوقت الذي يتم فيه الشراء أو الإستيراد غير معروف له ، وكذلك الذي يذهب خارج بلده إلى مكان لمهمة معينة ولا يعرف بالتحديد متى تنتهي هذه المهمة .

أما بداية السفر الذي تقصر فيه الصلاة -جواباً على السؤال- فإن الإنسان يعد مسافراً إذا خرج من عمران المكان الذي يقيم فيه فمن يذهب في طريقه إلى الطائرة أو السفينة أو السيارة يعد مسافراً .

والله تعالى أعلم .

(١) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ج ١ ص ٥١٣ .

٢٤٥- حكم من يستأجر محلاً للإجارة ثم يقوم بتأجيرها دون إذن صاحبه .

ومفاد السؤال أن رجلاً استأجر دارة (فيلاً) للسكن فيها ثم عدل عن ذلك وقام بتأجيرها دون إذن صاحبها وقد طلب هذا إخلاء الدارة بحجة أنه قصد تأجيرها له شخصياً دون أن يكون له حق في إجارتها من شخص آخر .

الأصل أو العادة أن يكون هناك عقد بين المؤجر والمستأجر تتحدد فيه الشروط والواجبات بينهما وفقاً لعرف المكان والقواعد المعمول بها فيه؛ فقد يشترط المؤجر على المستأجر أن يسكن الدارة بنفسه لما يعلمه عنه من المحافظة عليها -مثلاً- وقد يجيز له أن يؤجرها لمتنفع آخر ولكن يكون ذلك بعد إذنه . وقد لا يتضمن عقد الإجارة شرطاً أو شروطاً معينة فيترك المؤجر والمستأجر الأمر لما يجري عليه العرف في زمانهما ومكانهما؛ فمن يستأجر -مثلاً- بناءً متعددة الوحدات ثم يقوم بتأجيرها إنما يقصد بذلك (عرفاً) تأجيرها لعدد من النزلاء ولو لم يذكر ذلك صراحة في العقد ومن يستأجر محلاً ضمن محلات معدة للصناعة يقصد الانتفاع به لهذا الغرض وهكذا لأن كل شيء صفته التي لا تنفك عنه ولكل أمر منزلته التي يجب أن ينزل عليها .

ولما كانت الإجارة عقد تملك المنفعة فأشبهت كما هو قول أكثر أهل العلم البيع فصار للمستأجر الانتفاع بها دون قيد باستثناء ما يضر العين؛ ففي المذهب الحنفي أن من يستأجر منزلاً له أن يسكن فيه بنفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة لأن الإجارة شرعت للانتفاع والمنازل معدة للسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة

لا تتفاوت بكثرة السكان وقتهم إلا يسيراً ؛ ولو أجر المستأجر الدار بازيد من إجارته لم تجز له الزيادة إلا إذا عمل فيها تحسيناً فيه نفع لها وإلا فعليه أن يتصدق بالفضل بين الإجارتين ^(١).

وفي مذهب الإمامين مالك ^(٢) والشافعي ^(٣) يجوز للمستأجر تأجير محل إجارته سواء كانت هذه الأجرة أقل أم مساوية أم زائدة على أجرته ما دام أن محل الإجارة لا يتأثر باختلاف المستعمل .

وفي مذهب الإمام أحمد مثل ذلك ؛ فالمنصوص عن الإمام أحمد أن للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها ، وذكر القاضي من أئمة المذهب أنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن والمنافع لم تدخل في ضمانه ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ^(٤).

قلت : ومن المهم في المسألة الرجوع إلى العقد فإن كان المؤجر قد شرط على المستأجر ألا يؤجر دارته لغيره وإنما يسكنها بنفسه أو شرط عليه ألا يؤجرها إلا بعد إذنه فالواجب هنا الالتزام بالعقد عملاً بقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ^(٥) . وقوله عز وجل : ﴿ وَأَوْفُوا

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، ج ٤ ص ١٨٢ ، ٢٠٦ . وحاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار ، ج ٦ ص ٢٨ - ٢٩ .

(٢) حاشية السوقي على الشرح الكبير للسوقي ، ج ٤ ص ٩ - ١٠ ، ١٧ - ١٨ . وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ، ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ .

(٣) المذهب في فقه الإمام الشافعي للفيروزآبادي الشيرازي ، ج ١ ص ٤٠٢ ، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريني الخطيب ، ج ٢ ص ٣٥٠ . وحاشية الجمل على شرح المنهج للانصاري ، ج ٢ ص ٥٤٢ . ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ، ج ٥ ص ٢٧٦ - ٢٧٧ ، ٢٨٥ .

(٤) المغني والشرح الكبير لابن قدامة ، ج ٦ ص ٥٣ - ٥٤ . وكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، ج ٤ ص ١٥ . والإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف على مذهب الإمام أحمد للمرداوي ، ج ٦ ص ٣٤ . وشرح الزركشي على مختصر الخوفي ، ج ٤ ص ٢٣٤ .

(٥) سورة المائدة من الآية ١ .

• حكم من يستأجر محلاً للإجارة ثم يقوم بتأجيله دون إذن صاحبه •

بالعهد إن العهد كان مستثلاً^(١)، وعملاً بقول رسوله عليه الصلاة والسلام: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حَرَّمَ حلالاً أو أُحِلَّ حراماً)^(٢)، وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(٣).

وهذا هو أحد الوجوه في مذهب الإمام الشافعي في لزوم الشرط لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به^(٤)، وهو كذلك عند الإمام ابن حزم؛ فمن استأجر داراً... أو شيئاً ما ثم أجره بأكثر مما استأجره به أو بأقل أو بمثله فهو حلال جائز وكذا الصانع المستأجر لعمل شيء فيستأجر هو غيره ليعمله له بأقل أو أكثر أو بمثله فكل ذلك حلال إلا أن تكون المعاقدة وقعت على أن يسكنها بنفسه أو يعمل العمل بنفسه فلا يجوز غير ما وقعت عليه الإجارة لأنه لم يأت نهي عن النبي ﷺ عن ذلك^(٥).

أما إن كان العقد بين المؤجر والمستأجر لم يتضمن مثل هذا الشرط أي لم يجز للمستأجر التأجير لشخص آخر أو يمنعه منه فينبغي الرجوع إلى العرف فإذا كان الناس قد اعتادوا على أن يتداولوا محل الإجارة بالتأجير بينهم فليس للمؤجر الاعتراض على ذلك والعكس بالعكس لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٦)، والعادة محكمة بين الناس^(٧).

(١) سورة الإسراء من الآية ٣٤.

(٢) أخرجه ابن ماجة في كتاب الأحكام، باب في الصلح برقم ٢٣٥٣. وأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء في الرقبي برقم ١٣٥٢، ج ٣ ص ٦٣٤-٦٣٥.

(٣) رواه البخاري في كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، فتح الباري ج ٩ ص ١٢٤.

(٤) المذهب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص ٤٠٣.

(٥) المحلى بالآثار، ج ٧ ص ٢٣.

(٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر المادة رقم ٤٣ ج ١ ص ٤٦.

(٧) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٧٩، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت.

وخلاصة المسألة أن من المهم الرجوع إلى العقد بين المؤجر والمستأجر: فإذا كان المؤجر قد شرط على المستأجر ألا يؤجر الدارة لغيره فيجب الالتزام بالشرط لأن المسلمين على شروطهم . وإن كان العقد خالياً من شرط كهذا فيجب الرجوع إلى العرف لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والله تعالى أعلم .

كتب ورسائل في الفقه وأصوله (*)

إعداد / عبد الحميد حسانين حسن

أولاً : المخطوطات :

- ١- كتاب الفقه في العبادات على مذهب الإمام أحمد بن حنبل / علي بن أحمد بن عبد الباقي المعروف بالولد ، (رقم المايكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٤٣٨٣٢) . عدد الأوراق : ١٠٠ ورقة . فقه حنبلي .
- ٢- مجمع البحرين في الفقه / غير معلوم المؤلف (رقم المايكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٤٣٩٣٤) . عدد الأوراق : ١٧٥ ورقة ، فقه حنبلي .
- ٣- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح المختصرات / عبدالرحمن بن عبد الله الشامي الحنبلي ، (رقم المايكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٤٤٠٣٣) . عدد الأوراق : ١٨٣ أوراق . فقه حنبلي .
- ٤- إرشاد المحتاج إلى شرح المنهاج / محمد بن أبي بكر بن أحمد بن قاضي شعبة الشافعي الدمشقي بدر الدين ، أبو الفضل ، (رقم المايكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٣٩٨٦ ، ٤٠٠٢٥) . عدد الأوراق : ج ١ : ٢٥٢ ورقة . ج ٢ : ٣١١ ورقة . فقه شافعي .
- ٥- جامع الصغائر / محمد بن محمود بن الحسين ، (رقم المايكروفيلم بدار الكتب المصرية : ٣٦٤٣٧) . عدد الأوراق : ١٠٧ ورقة . فقه حنفي .

الكتب :

- ١- محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة : دراسة

(*) يسر المجلة أن تقدم لقارئها ما تيسر لها من معلومات عن المخطوطات والكتب والرسائل الجامعية في الفقه وأصوله حتى يكون القارئ على علم بحركة الفقه وتجده ومعالجته للكثير من القضايا المعاصرة .

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي / صابر محمد محمد سيد
- أسيوط : مكتبة ومطبعة الصفا والمروة ، ٢٠٠٢ . - ٢٣٤ ص .

٢- مدى لخصاص الإنسان بالذمة : دراسة مقارنة . أبو الحسن
إبراهيم علي . - أسيوط : جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون ، ٢٠٠٢
- ١٦٦ ص .

٣- أحكام الاعادة في العيادات : دراسة فقهية مقارنة / إبراهيم محمد
خلف خلاف . - أسيوط : مكتبة ومطبعة الصفا والمروة ، ٢٠٠٢ . -
٣٥٩ ص .

٤- المشكاة في أحكام قصر وجمع الصلاة / محمد عبد اللطيف محمد
قنديل . - الإسكندرية : دار المعرفة الأزهرية ، ٢٠٠٢ . - ٣٠٦ ص .

٥- الإكراه على العقد : دراسة مقارنة / أبو الحسن إبراهيم علي . -
أسيوط : مطبعة ومكتبة الصفا والمروة ، ٢٠٠٢ . - ٢٢٥ ص .

٦- دور الرهن في الحفاظ على الحقوق المالية في التشريع الإسلامي /
عبد الواحد عبد البديع عبد الواحد . - أسيوط : مطبعة ومكتبة الصفا
والمروة ، ٢٠٠٢ . - ١٧٣ ص .

٧- الاستدانة / عبد الخالق حسن الشريف . - القاهرة : دار الطباعة
والنشر الإسلامية ، ٢٠٠٢ . - ٢٢٣ ص .

٨- عوارض الاجارة وأثرها على العقد / محمد علي علي مدكور . -
القاهرة : دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ . - ٦٦ ص .

٩- التسوية بين الاولاد في الهبة : دراسة فقهية مقارنة / السيد
عبدالعزیز العدوي . - الزقازيق : مكتبة مروة للطباعة والنشر ، ٢٠٠٢ . -
١٣٦ ص .

١٠- المحرمات من النساء لماذا ؟ / علي عبد العال الطهطاوي . -
القاهرة : مكتبة الصفا ، ٢٠٠١ . - ٦٤ ص .

الرسائل الجامعية :

دكتوراه :

- ١- أحمد محمد إبراهيم عثمان .- أحكام الذمة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .- القاهرة : كلية دار العلوم ، ٢٠٠١ . ٣٣٥ ورقة .
- ٢- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي .- إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة : دراسة فقهية وتشريعية مقارنة .- القاهرة : جامعة القاهرة ، كلية دار العلوم ، ٢٠٠١ . ٤٧٦ ورقة .

ماجستير :

- ١- عبد الرحمن ضرار عبد الرحمن الشاعر .- التطبيق الشرعي في الأحوال الشخصية في دولة البحرين في العصر الحديث .- القاهرة : جامعة القاهرة ، كلية دار العلوم ، ٢٠٠٠ . ٢ مج .
- ٢- عمرو مصطفى الورداني .- منهج الإمام شريح القاضي الفقهية : دراسة تأصيلية .- القاهرة : جامعة القاهرة ، كلية دار العلوم ، ٢٠٠١ . ٢ مج .

A ruling on leasing premises then subleasing them without the land lord's permission

may Allah exalt his mention, was not reported to have prohibited this.

But if the contract between the landlord and the tenant does not include such conditions; that is, the land lord neither permits, nor prevents the tenant; in that case the prevalent customs should be consulted. That is, if it is common among people to rent and sublet to each other, then the landlord has no right to object this practice, and vice-versa, because prevalent customs are considered as conditions; and customs works as tribunal amongst people.

In brief, it is very important to refer to the contract between the tenant and the landlord. If the landlord placed a condition on the tenant that he should not rent out the house to someone else, then the latter should abide by this condition; because Muslims should abide by their conditions. But if the contract does not stipulate such condition, then customs rule; because it is held as a condition.

Allah knows best

A ruling on leasing premises then subleasing them without the land lord's permission

tenant should abide by the contract because Allah says: O you who believe, fulfill your contracts."⁵ And He says: "And fulfill covenants, because you will be questioned about fulfilling covenants."⁶

This is also in application of what the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, said: 'Muslims should abide by the conditions they impose on each other, except for a condition, which legalizes an unlawful thing, or illegalizes a lawful thing.'⁷ Also according to what Umar b. Al-Khattab said: 'Rights are bound with conditions'.⁸

This is one of the opinions in the school of Imam Shafi'ee concerning abiding by the rental conditions, because the tenant owns only the use of the property by means of the landlord, but he does not own what the landlord does not allow to. This is similar to the opinion of Imam Ibn Hazm, who said: "It is lawful and permissible if a person rents a house, or anything else, then he subleases it for a rate, higher, equal, or lower than the original rate."

Likewise, a craftsman who rents a shop, then he hires someone to work for him for higher, equal, or lower than the actual rate. All of this is lawful; unless it is mentioned in the contract that he should be the only occupant, or work in the shop alone. In that case, it is not permissible to violate the contractual terms, and so is the worker who rents a place then subleases it to someone else, so that both of them would use the same place for less, more or equal to the original rent all of which is lawful, unless the contract specifies that the tenant only should occupy that place or work in it. In that case it is not permissible to violate such conditions, because the Prophet,

⁵ Al-Ma'idah #5, ayah #1

⁶ Al-Isra', ayah #34

⁷ Ibn Majah, al-Ahkam under #2353

⁸ Imam Bukhari, Kitab an-Nikah

loaning the property to others; because renting is legalized for the use of benefit, and homes are built to be occupied. The benefits of the properties that are prepared for occupancy are similar to each other; because people are not different in terms of habitation; thus it is a known fact, which, does not need to be mentioned. So is the benefit of the property, it does not vary according to a large or a small crowd of people.

If a tenant sublease's a property for a rate higher than the rent he paid to the landlord, the excess of the rent would not be lawful for him, unless he renovated the property; otherwise, he should give away the excess in charity.¹

According to the Schools' of Imams, Malik² and ash-Shafi'ee,³ it is permissible for the tenant to sublease the property whether for less, equal or higher rate than the original rate regardless who occupies that property.

The school of Imam Ahmad has a similar opinion. Imam Ahmad was quoted that a tenant may sublease the rental unit once he occupies it. Al-Qaadhi, an Imam of that school, said that this is not permissible, because the Prophet, may Allah exalt his mention, forbade the profit of an unwarranted thing, and because the uses of such property is not included in its warranty and because such contract does not include such warranty; hence it is impermissible; like selling measurable goods before receiving them.⁴

I say: it is very important in this issue to refer to the contract; if the landlord has placed a condition on the tenant that he should not sublease his property, but to occupy it himself; or to sublease it after his permission; in that case, the

¹ Al-Kasani, Bada'i as-Sanai'I, vol. 4, p. 182-206, Hashiyat Ibn Abdeen, vol.6, p.28-29

² Hashiyat ad-Dasooqi, vol.4, p.9-10, Bidayat al-Mujtahid, Ibn Rushd, vol.2, p.228-229

³ Al-Muhadthab Fi Fiqh ash-Shafi'ee lilFayroozabadi, vol.1, p.402, Mufti al-Muhtaj, vol.2, p.350

⁴ Al-Mughni wash-Sharh al-Kabeer, vol.6, p.53-54

245- A ruling on leasing premises then subleasing them without the landlord's permission

The question is about a man who rented a house to live in it, but later he changed his mind and subleased it to someone else without the permission of the land lord, who, as a result requested him to vacate because, he said, he rented it to him to live in it not to sublease it, and that he did not allow to sublease it.

Lease contracts normally specify conditions of rental and tenants' responsibilities according to local customs and the effective regulations. A landlord may place a condition on the tenant that he should be the sole occupant in the premises knowing that he will take care of the premises. A land lord may also permit him to sublease it to someone else, but only after he takes his permission.

A lease contract may not include certain terms, thus both, the tenant and the landlord execute the contract according to prevalent customs in their age and stage.

Normally, when a person, leases a multi-unit building for instance, and furnishes them, he in effect intends to sublease them to other tenants, even if he does not mention this clearly in the contract. Similarly, when a craftsman rents a shop within a trade complex, he, in effect intends to use it for that purpose; and so on & so forth. Because everything has its own particular specifications, and every case has it own merits to which it should be restricted.

Since the leasing stands as a contract of owning benefits, thus it resembles a vending contract, on that ground a tenant, according to the opinion of majority of scholars, becomes entitled to utilize the place with no restrictions excluding damaging the property.

According to the Hanafi School: he who rents a house, he may occupy it himself along with others; and he may allow someone else to occupy it instead; either by renting it out, or

Traveling Distance in Which Salat may be Shortened

inquirer who limited his trip to a known period, or a tourist who has given himself a known period of vacation or the businessman who knows that his business requires him to spend a certain period of time, or the employees who are commissioned to do certain work abroad for a certain period of time, all of those and their like who know how long they are going to stay abroad, must complete their Salah, after four days from their arrival.

If the traveler does not know in particular the period of his trip, he would be permitted to shorten his Salah, similarly, the businessman who goes to a country to import or buy goods, but does not know when he would finish his business, because the time during which his business is done is unknown to him. Likewise, the person who goes abroad for a certain mission and does not know when it would end.

As for the beginning of the trip where the person would be allowed to shorten his Salah as a response to the question; man, would be considered as a traveler, once he leaves the building areas in the place he resides. For instance, a person who is on his way to the airport or seaport or automobile would be considered as a traveler

it is said that it is permissible for him to shorten his Salah. If he stays in that place, to fulfil a need that is, he does not intend to stay as a resident nor does he know when his need will be fulfilled before the end of the period which allows shortening the prayer, he may shorten his Salah. In this case, shortening Salah is permissible without any difference of opinion. If he thinks that his need will not be fulfilled after the period in which shortening will be permissible; the preponderant opinion in this school is that it is not permissible for him to shorten his Salah. But there is another opinion in that school that permits that. Based on what preceded, jurists are at variance regarding shortening Salah for a traveler, for a limited period and another opinion which gives general permission for shortening the Salah for a person who is controlled by traveling conditions. As for restricted permission, they say that a traveler must complete his Salah if he intends to stay for fifteen days (Hanafi School) or if he intends to stay for four days (Maliki and Shafi'ee Schools) or if he intends to stay for more than four days (Hanbali School)

As for general permission Ibn al-Mundhir said, 'They are agreed that a traveler may shorten his Salah as long as he does not intend to stay as a resident even if he spends years in that place.'

Al-Athram reported that when Ibn Umar stayed in Azerbaijan six months, he continued to shorten his Salah, because snow prevented him from departure. Ali was reported to have said: 'A person who is stranded in a place saying, I would leave today and I would leave tomorrow, he may shorten his Salah for a month period.'¹⁷

Probably the restriction in this issue and response to the question, the traveler who knows the period of his trip should complete his prayers if his stay in the place of his residence would last for more than four days. With regards to this

¹⁷ Al-Bahooti, *Kash'shaaf al-Qina*.

stay in these places for fifteen days, he would not be considered as a resident, rather a traveler.¹⁴

According to the School of Imam Malik, if the traveler intends to stay for four days he should complete his Salah, using as a proof that the Messenger of Allah, assigned three days for the emigrant in Makkah. He stayed there after he concluded his rituals. In the introductions a traveler may continue to shorten his Salah as long as he does not pass by a place which he considers as a residential place according to the Consensus or he should intend to stay there for four days.¹⁵

According to the School of Imam Shafi'ee, they have a similar opinion; if a traveler intends to go to one country which is his destination; there is no variance on the fact that once he enters this country he is not permitted to shorten his Salah because his trip ends there. It ends by entering that country even if he does not intend to stay there as a resident. Similarly, if he prefers a country on the way and likes it he is not permitted to shorten his Salah, rather, he should complete it. But if he did not end his trip nor intend to stay as a resident in it, rather he only intends to stay there for a period of time; if this period is shorter than four days, he may shorten his Salah, and if he intends to stay four days, other than the day in which he entered this place, and the day he is going to leave he must complete his Salah. It is not permissible for him to shorten it. Some of the followers of this school use as a proof the statements of Uthman b. Affan, may Allah be pleased with him, Sa'eed b. al-Musaib, a *Ta'biiee*, and among the jurists Imam Malik.¹⁶

According to the School of Imam Ahmed; if a traveler intends to remain indefinitely likewise; if he intends to stay for more than three days or he was in doubt regarding his intention

¹⁴ Al-Kasaani, *Bada'i as-Sana'i*, vol. 1, pg. 97-98.

¹⁵ *Bidayatul Muijtahid, Nihaytul Muqtasid* vol. I, pg. 169-170.

¹⁶ *Ash-Shafi'ee, Al-Umm*, vol. I, p. 183-184.

means of transportation or to fulfil the purpose of his trip but he did not intend to stay as a resident, he would be considered as a traveler. As for the resident, the shortest time period during which he may shorten prayers is fifteen days. The followers of this School use as a proof what Sa'd b. Abi Waqqas, may Allah be pleased with him, reported that he stayed in one of the villages in *Naissaboor* two months during which he used to shorten his Salah. Ibn Umar may Allah be pleased with them, stayed in Azerbaijan for a month during which he shortened his Salah. Alqamah stayed in *Khawarizm* during which he shortened his Salah.

They also use as a proof what was reported by Imran b. Husain who said, "I attended with the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, the Year of the Conquest of Makkah, he stayed there for eighteen nights shortening his Salah, but he notified the people of Makkah: 'Perform the Salah, we shortened because we are travelers.'"

It is also reported that Ibn Abbas and Ibn Umar said: 'When you enter a city while traveling and you intend to stay there for fifteen days, then perform your Salah in full, but if you do not know when you are going to travel then shorten your Salah.'¹³ As for staying in one single place there should be a condition of intending of staying in one single place, because residence is a decision and traveling is its opposite.

If a traveler intends to stay fifteen days in two places; if it is two towns in one country, then he would be considered as a resident, while the place which is fit for residence is the place where one decides to settle normally. This is as far as countries and towns are concerned. As for deserts, islands, ships, they are not considered as a residential place, even if a person intends to

¹³ At-Tirmidhi.

As for the Sunnah, the authentic reports indicate that the Messenger of Allah used to shorten the 4-unit Salat into two during his trips for Hajj, Umrah, and military missions. Abdullah b. Umar, may allah be pleased with him, said: "I accompanied the Messenger of Allah during all his trips until he died; he never performed the 4-unit Salat more than two Rakat, and so did Umar, and so did Uthman."⁹

Anas, may Allah be pleased with him, said: "We went to Makkah with the Messenger of Allah and he performed the 4-unit Salat as two Rakat, and he spent ten days in Makkah. He did the same until he returned."¹⁰

Imam at-Tirmidhee said: "It is authentically reported that the Prophet, may Allah exalt his mention, used to shorten his Salat while traveling, and so did Abu Bakr, Umar, and Uthman during the early stage. This was the practice of most of people of knowledge among the Prophet's Companions and others."¹¹

As for the Consensus, scholars are unanimously agreed that whoever takes a trip similar to that during which Salat is shortened; such as Hajj, Umrah, or military missions for the cause of Allah, he would be entitled to shorten the 4-unit Salat, and perform two Rakat instead.¹²

This is concerning shortening prayer. As for the distance which justifies shortening Salat; scholars are at variance regarding this point, and have many opinions. The most preponderant of which are those of the Four Imams.

According to the School of Abu Hanifah, if a traveler intends to stay away for fifteen days in one place which is fit for residence he may complete his Salah, provided that he has the intention of residence, for instance if he entered a town or a country and stayed there for one month or more, waiting for his

⁹ At-Tirmidhi # 548.

¹⁰ Ibid., #544.

¹¹ Sunan At-Tirmidhi, vol. 2, pg. 430.

¹² Al-Mughni and ash-Sharh al-Kabeer.

mention, in a place between Makkah and Madinah and shortened our Salat into 2 instead of four Rakat, while we were safe and secure.³

Anas, may Allah be pleased with him, said: "We went to Makkah with the Prophet, may Allah exalt his mention, and he shortened the 4-unit Salat into two Rakat."⁴

Harithah b. al-Khuza'i said: "The Messenger of Allah performed the 4-unit prayer in Mina two Rakat only."⁵

Abdullah b. Umar said: "I performed Salat with the Prophet, may Allah exalt his mention, Abu Bakr, Umar, and during the early stage of Uthman's reign the 4-unit prayer in Mina into two Rakat only."⁶

Abdurrahman b. Yazeed was reported to have said: "Uthman, may Allah be pleased with him, led us in prayer shortening the 4-unit prayer in Mina to two Rakat only. Abdullah b. Mas'ood was asked about this and he said: "I performed with the Messenger of Allah the 4-unit Salat as two. I also performed the same with Abu Bakr and Umar. Would that I be rewarded for two Rakat out of four."⁷

Contrary to what the others say; all of the above reports signify that fear is not a precondition for shortening Salat.⁸

³ At-Timidthi # 547-548.

⁴ Ibid.

⁵ Bukhari.

⁶ Bukhari, vol. 4, pg. 34-35. It is said that the reason why Uthman did not shorten the Salah was because many Bedouins came to perform Hajj that year; so he wanted to teach them that that prayer was a four unit prayer, so that they would not imagine it was only two Rakah. The second reason he was the Imam of the people, that is the ruler, so wherever he stayed in his state, it would be considered as his place of business as though it is his home. There is yet another interpretation is that he initially intended to settle in Mina and take it as a headquarter. The fourth reason he got married in Mina or Makkah, and when a traveler stops over in a place and gets married in it, or if he has a wife in it then he should complete his Salah. The Fifth reason is that he stayed in Mina for three days, and the one who settles in a place he is not considered as a traveler. I'laa as-Sunan.

⁷ Bukhari.

⁸ Refer to, for instance, Fath al-Qadeer Vol. 2, pg. 27-36.

244- Traveling Distance in Which Salat may be Shortened

A question from brothers Noor & Saleem concerning traveling distance during which Salat may be shortened, and when the shortening period begins.

The Qur'an, the Sunnah and scholars' consensus indicate the permissibility of shortening Salat while traveling. As for the Qur'an, Allah the Exalted, says: 'There is no harm if you shorten your Salat while you are traveling, if you fear that the infidels may take you by surprise.'¹

Shortening Salat applies to prayers of Dhuhur, Asr, and Isha'; to be performed two Rakat each.

Does shortening Salat take place in case of fear only, according to the above-mentioned ayah? Ibn Katheer said: "This applies to the prevalent condition when this ayah was revealed in the early stage of Islam, right after Hijrah (Immigration) Muslims traveled only fearfully and secretly. In fact, their outings were for general or secret raids, and went mostly for wars defending Islam and its people. It would be inconceivable if the uttered ruling applies to a prevalent or to a particular event. [In other words, such ruling should not be restricted to one particular occasion; rather it should be universal.]²

Ya'la b. Umayyah asked Umar b. al-Khattab, may Allah be pleased with him, about the words of Allah: "if you fear that the infidels may take you by surprise," saying, 'Now that people do not fear the infidels; why should we continue to shorten our Salat?' Umar said, 'I myself wondered about the same thing, and asked the Messenger of Allah, may Allah be pleased with him, about it. He said, 'It is a charitable permit that Allah has granted you Muslims; therefore, accept it.'

Ibn Abbas was reported to have said: 'We performed the prayers with the Messenger of Allah, may Allah exalt his

¹ An-Nisaa, Ayat #101.

² Ibn Kathir, Tafseer al-Qur'an Al-Adtheem, vol. 2, pg. 374.

Ruling on Allowing women to go out to Perform Salat in Masajid

According to Imam Ibn Hazm: It is not mandatory on women to attend obligatory prayer in a congregation. But there is no harm if a woman attends such prayer; because women used to attend prayer with the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, and he was aware of that. If they perform a prayer together with one of them as an imam, it is good; for there is no textual proof to prevent them from doing so.¹³

I say, based on the preceding discussion, women should not perform the obligatory Salat in masjid; for praying at home is better for her. But in the meantime, it is not permissible to prevent her from going to masjid provided she observes the following three conditions:

1- Insuring that no evil thing would occur, such as exposing her person or honor to danger, even if such exposure is potential only. Therefore, it is unlawful for women to go to masjid; for there are young men who intercept their way as the sister mentioned in her question.

2- She should wear decent garment and attire in her outing.

3- She should isolate herself from men in the masjid.

In brief, congregational prayer is not obligatory on women. Praying at home is better for her according to the Prophetic reports. But she should not be prevented from going to masjid if the above-mentioned three conditions are observed.

Allah knows best

¹³ Al-Muhala bil Athaar vol.2, pg. 167.

Ruling on Allowing women to go out to Perform Salat in Masajid

meaning of the above mentioned reports. But performing Salat in masjid is not a duty on them. Rather, the confirmed reports signify that praying in their homes is better for them; thus this permission of going to masjid is only an allowance.⁹

Imam Malik said that women should not be prevented from going to masjid; and that they may go out for Eed and Rain (*Istisqaa*) prayers provided they do so while wrapped up with an outer garment. He was also reported to have said that women may go to masjid, but should not do so frequently; while young women may do so infrequently. This applies to attending funerals of her family members and relatives, taking into consideration the difference between old and young women.¹⁰

According to Shafi'ee School, congregational prayer is not obligatory on women, but it is preferable for them. If there is a group of them it is preferable for them to perform their obligatory prayers together. As for joining men in prayer, according to the preponderant opinion it is blameworthy for a young woman to do so. While old women and children may attend congregational prayer with men. However, there is no dispute over the fact that it is better for a woman to perform Salat in her home at all times.¹¹

According to Imam Ahmed b. Hanbal, congregational prayer is not obligatory on the women, but it is praiseworthy for them to pray in congregation, so if they gather together it is better for them to pray the obligatory prayers in congregation. As for praying with men in congregation, the famous opinion in the Madth'hab is that it is disliked for the young women, whereas, it is lawful for the elderly to attend the congregation with men. In any case her prayer in her home is better for her without doubt.¹²

⁹ At-Tamheed lima fil Muwata, vol.5, pg. 411-412.

¹⁰ Ibid, pg. 421.

¹¹ Rowdatu-At-Talibeen vol.10, pg. 340.

¹² Al-Insaaf vol.2, pg. 211-213. Al-Iqna' vol.1, pg. 245-246.

Ruling on Allowing women to go out to Perform Salat in Masajid

better than performing it in your room, and performing it in your room, is better than performing it in your premises, and performing in your premises is better than performing in your people's masjid, and performing it in your people's masjid is better than performing it in my Masjid.' The narrator said, 'She ordered that a masjid be built for her in the furthest and the darkest spot in her house. She performed all Salat in it until she died.'⁵

Umm Salamah too reported that the Messenger of Allah, said: "The best of women's masajid are the deepest area in their homes."⁶

The above mentioned reports, although different in their wording, have similar meaning. All of which permit women to perform Salat in masajid, yet incite them to perform it in their homes lest they encounter seduction.

The Mother of the Believers, A'ishah, may Allah be pleased with her, said: "Had the Prophet, may Allah exalt his mention, seen what women have innovated, he would have prevented them from going to masajid as the Israelite women were prevented."⁷

The Imams' opinions indicate the same meaning. According to the School of Abu Hanifah, may Allah grant him mercy, congregational Salat is not incumbent on women; because when they would leave their homes to the Masjid this would lead to corruption (*Fitnah*). However, there is no harm if an old woman goes out to perform Maghrib, Isha', or Fajr prayers. But scholars of later eras consider women's outing for Salat as blameworthy due to prevalence of corruption.⁸

According to Imam Malik's School, it is permissible for a woman to perform Isha' prayer in a masjid. This in fact implies that she can perform every Salat in a masjid due to the general

⁵ Musnad of Imam Ahmed, vol.6, pg. 371.

⁶ Ahmed, Ibn Khuzaimah, Ibn al-Jozi.

⁷ Bukhari, Muslim.

⁸ Al-Kasani, Az-Sanai' fi Tarteef ash-Shar'ai, vol.1, pg. 155.

243- Ruling on Allowing Women to go out to Perform Salat in Masajid

A letter from sister Umm Abdus-Samadh from Algeria inquiring about women praying in masajid knowing that there are some young men intercepting their way.

Originally congregational prayer is mandatory on men only, not women; however, they should not be prevented from going to the masajid, if there is no harm in it. Otherwise, it is not permissible for them to do so. There are some Prophetic reports that substantiate this ruling. The Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, said: "Do not prevent the female slaves of Allah from going to the masajid, provided they do not wear perfume."¹

He also said: "Do not prevent your women from going to the masajid, although it is better for them to pray at home."²

Abdullah b. Umar reported that the Messenger of Allah, said: "Allow women to go to masajid in the evening." Abdullah's son said to him, 'By Allah we will never allow them, lest it becomes a means of deception.' Abdullah b. Umar cursed him and was angry with him, and said to him, 'I say, the Messenger of Allah said, allow them and you say, 'we wont.'³

On the other hand, there are reports encouraging women to pray at home; of which what Abul Akhwas reported that the Prophet, may Allah exalt his mention, said: "It is better for a woman to perform Salat in her home than performing it in her lounge, and performing it in her bedroom is better than performing it in her home."⁴

Abdullah al-Ansari reported that his aunt said to the Prophet, may Allah exalt his mention, 'O Messenger of Allah! I love to perform Salat behind you.' He said, 'I know that you love performing Salat with me; yet to perform it in your home is

¹ Abu Dawood #561.

² Ibid., #563.

³ Ibid, #564.

⁴ Ibid, #566.

*** A ruling on fulfilling a pledge of a prohibited transaction***

The second issue, gambling contracts that take place between a Muslim and Non-Muslim; if the laws of the non-Muslims allow gambling then the Muslim should pay the fees; even though we believe that such contract is prohibited in our faith, and because failing to fulfill such contracts would be considered treachery and this the Shari'ah rejects.

Therefore, no one should say that contract of fornication, homicide, or stealing should be fulfilled, because these things are prohibited in all religions; and contracts that involve such prohibited things are false and should not be fulfilled.

Allah Knows Best

Imam al-Kasaani said: 'Some of our Sheiks said that liquor and pigs prohibition is undisputed in general, for the Muslims and the infidels alike, because the infidels are also addressed with the laws of prohibitions; therefore this prohibition is confirmed on them but they are not to be stopped from selling it, because they do not believe liquor and pigs are prohibited, and they stock up on these things in their homes while we ourselves are commanded to leave them alone.'

I say: 'If the laws of the non-Muslims allow contracts of liquor, pigs and gambling, and a Muslim contracted a non-Muslim in a contract of this nature, then he should fulfill it even though we believe that such contract is prohibited in our faith, and because failing to fulfill such contracts would be considered treachery and this is what the Shari'ah rejects.

However, under no circumstances it means that every contract should be fulfilled. Rather, the nature of the contract should be investigated along with its subject, because there are actions which are proven to be prohibited in all heavenly laws, beliefs and the man-made laws; such as homicide, fornication stealing and promoting corruption on earth. Therefore, no one should say that contract of fornication, homicide, or stealing should be fulfilled, because these things are prohibited in all religions.

Therefore, if the owner of that cafe' is not a Muslim then he should give him the fee, as a punishment for what that Muslim did.

In brief, gambling is prohibited in the text of the Qur'an, but we should distinguish between two issues, the first, prohibiting gambling between Muslims, whether gambling takes place between one of them and the owner of the café. Such contracts are false whether it was written, verbal, or in any form, while the fees that are due to the owner of the place should not be given to him, rather it should be given in charity.

people on the greater Hajj that Allah and His Messenger disown the pagans. So if you pagans repent it is better for you, and if you turn away, then know that you can never frustrate the power of Allah. And give the infidels the news of a painful torment.”³ And Allah says: “Except for those whom you covenanted from the pagans and who did not violate your covenant nor support anyone against you then fulfill their covenant until the designated period; for Allah loves the pious.”⁴ The meaning here is very clear that Allah has declared His innocence from the pagans, but He excluded those of them who had a pledge for a period which did not end at the time of revealing this ayah; and Allah commanded that their covenant should be fulfilled with two conditions:

1. The first, that this contracted party did not violate the covenant, and the second did not help anyone to violate it. Allah has emphasized this in another place in his Noble Book when He said: ‘Except those whom you have covenanted at the Inviolable Masjid. Do not violate their covenant as long as they do not violate yours.’

As for the Sunnah, Amr’ b. Absah reported that the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, said: ‘He who is tied with other people in a pledge or a covenant let him not violate it, and let him not wait for a period of time ...’⁵

And what is reported by Abdullah b. Umar, may Allah be pleased with both: He heard the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, say: “The treacherous will have a banner on the Day of Resurrection.”⁶

³ At-Tawbah, ayah#3

⁴ Ibid., ayah #4

⁵ At-Tawbah ayah #7

⁶ Muslim & others. A banner would be raised on which is written ‘This treacherous man did such & such treachery.

for people to what benefits them in their livelihood, and in the world to come, and retaining the revelation of Allah, and His protection against the banished Shaitan, he would realize that it is not lawful for anyone to conclude a contract which prevents obeying Allah and His Messenger, nor should he impose on people fulfilling such contracts to turn them away from obeying Allah and His Messenger.' He further said: 'It is not from Islam that a person pledges a pledge to quit an obligatory ritual or doing a prohibited thing and it be a binding pledge. Rather, a pledge of this nature should be broken according to all Muslims.'²

I say: 'Based on this, gambling in the cafe to which the inquirer refers is unlawful, and the pledge or any contract involving gambling is considered as null and void, even if it was verbal or written pledge, or in any other form.

The fees that the gambler owes the cafe' should not be given; rather, it should be given away in any charitable form.

Second: Gambling pledges that take place between a Muslim and non-Muslim

Gambling is basically prohibited as mentioned above, whether the parties were Muslims or non-Muslims. Since gambling takes place between a person whose faith prohibits it, and another whose religion allows it; then this contract should be examined, not because of the nature of the subject of the contract, but because it is known that Islam commands fulfilling contracts according to the Book and Sunnah. As for the Book, Allah has declared that He disowns the pagans, but He excluded from them those who had a peace agreement for a certain period of time according to the following words of Allah: "A declaration from Allah and His Messenger to all

² Nadthariyat al-Aqd, p.33,98

The first: The ruling on the contract of gambling between two Muslims.

Whether that contract meant gambling between the two of them directly, between one of them and the café's owner. This contract is a pledge of sinning; and any contract which involves sinning, whether it was for buying, selling, leasing, or the like, there is no difference of opinion that it is not permissible to fulfill.

According to the School of Abu Hanifah, it is not permissible to lease anything which helps people to disobey Allah. A lease of this nature procures an unattainable benefit; such as hiring a person for entertainment, or hiring a female singer and a woman who wails (wailer) dead people; because giving a prohibited thing is equal to it. Therefore, anything whose procedure is unlawful, then fulfilling it is unlawful too.¹

According to the Madth'hab of Imam Malik: the benefit in the contract or the action must involve no prohibited thing; such as teaching singing, playing musical instruments, or renting a place for impious people, or a liquor store; all of which is impermissible and their contracts should be nullified once it is discovered. While the value of the rent or the fees should be given away in charity.

According to the School of Imam Ash-Shafi'ee: Renting place for illegal purpose is prohibited; such as music, wailing dead people, or singing, and their income is unlawful.

According to the School of Imam Ahmed, it is not permissible to rent a place for unlawful purpose; such as fornication, music, wailing dead people, singing, or gambling.

On the other hand, Shaikhul-Islam Ibn Taymiyah said: 'He who knows the truth of Islam and the interests that it has for mankind in obeying the King, the Omniscient, and the guidance

¹ Bada' al-Sana'I, vol. 4, p.189

242- Ruling on Fulfilling a Pledge of a Prohibited Transaction

Question: From Algiers: A man gambled in a cafe then he repented, but he did not give the owner of the cafe his fees he asks whether he should give him his fees or give it in charity?

Gambling is unlawful according to the words of Allah: "O you who believe! Liquor, gambling, idols and divining are but filth of the work of Shaitan therefore avoid it in order to prosper; for verily, Shaitan wants to incite between you enmity and hatred by consuming liquor and gambling, and wants to distract you from the remembrance of Allah and Salah. Are you going to quit?"

The term '*Maysirr*' means gambling which is derived from the word *Yasar* meaning the right is due to his owner. It is also said *Matsirr* which was the name of a camel that they used to gamble for during the Ignorance Era because they used to cut it into pieces.

Man during the Ignorance Era would gamble his wife and money; and he who won would take both the money and the wife of his opponent. Since gambling is harmful, and a grave sin, and incites enmity and hatred between the gamblers, Allah prohibited it in the above quoted ayah, which signifies clearly that gambling is a filthy work of Shaitan. The main objective of Shaitan is to turn people away from the remembrance of Allah and Salah. The true believers should desist from this horrible thing and keep away from it, and respond to the words of Allah, 'Are you going to quit...?' This divine question connotes a command and compels the faithful to force themselves to quit. It is not an inquiry whether they are going to quit or not.

Ruling on bribing to ward-off harm.

latter's superiors to punish him for that; and should not bribe; because doing so falls under cooperation in evil and aggression.

Allah knows best

through bribery. While requesting a governmental position is forbidden. By right paying for one is more so.

This means that unqualified persons will occupy such positions. Even the impious and the ignorant would be appointed; while the qualified and knowledgeable would be left out. It also would lead to the fact that the coward, disobedient, and the one who cannot fight be paid, while the brave and beneficial soldier would be left out. The evil of this is quite apparent.¹⁹

Therefore, the answer to the question from the brother is to say that the person who imposes the fine on him, if he does not bribe him, is a public servant who violates the regulations of his country by accepting bribes. Since bribing is unlawful according to all laws and regulations in all countries, including the country of the inquirer; therefore, he should complain to the authorities in his country to report this employee because doing so falls under cooperating in good causes, which Allah commands. While he should refrain from giving him a bribe, because this falls under the cooperation in evil and transgression, which Allah forbids.

In brief bribery is prohibited by the Book, the Sunnah and the consensus of scholars. So he who gives or accepts it commits a grave sin, because it entails banishing from the mercy of Allah; based on what the Messenger, may Allah exalt his mention, said: 'Allah curses the briber, the bribed and the intermediary.'

What the scholars of the later generations say about permitting bribery to ward-off oppression; that was applicable at a time when oppression and corruption were prevalent to the point that bribery was the only means for procuring rights and fulfilling need. Since the countries regulations prohibit bribery in their laws, and punish for that; therefore the inquirer should report that employee whom he refers in the question to the

¹⁹ Fatawa Sheikh Al-Islam b. Taymiyah, edition 31, p 287-288.

behalf with a ruler to remove oppression, and to procure his right, to appoint him in a position which he deserves, or to join combatant troops, when he is fit for that, or give him from the funds that are designated for poor people, judges, Qur'an teachers, ascetics, or others when he deserves such gifts. Although, it is an intercession which helps fulfil a duty, or abstain from a prohibited thing, yet accepting such gift is not permissible. However, it is permissible for the donor of such gifts to exert all efforts in order to receive his right and ward-off oppression. This is the opinion of the Pious Predecessors and the grand Imams that has been transmitted to us.

Some jurists of the later generations permitted such gifts as awards. This opposes the Sunnah and opinions of the Companions and the Imams. In fact it is wrong; because such a work falls under public interest the fulfilling of which is mandatory, either a duty on individual or a collective duty.

Whenever it is permitted to give awards for such work, then it necessitates granting governmental positions, and funds that are designated for poor people to those who give gifts. It necessarily follows too that repelling oppression from the one who give such gifts; and the one who does not would not be protected even if the latter is more qualified and more deserving and serves the Muslims better.

The benefit in doing so should not be restricted to the one who gives that gift; rather it should be extended to people at large; i.e., the Muslims. Therefore, every position should be filled with the one who is most qualified, and to give from the funds that are designated for the combatant troops, the imams for Salat, the mu'adthineen, and students of knowledge, who are the most deserving, and who benefit Muslims most.

This is a duty of the Head of State, and the Muslims should help him in that. Taking an award from a certain person who helps procure such benefits would lead to getting positions

exerts his efforts to reach a verdict on an unprecedented problem.) of the later generations, we quoted them in brief. They, doubtlessly reflect conditions of a particular era; for every era has its own problems and conditions; that should, under no circumstances be held as a rule to be applied in every time and place.

Rulers, judges, governors and their like, are given salaries from the public treasury, and in return, they should look after the interests of the nation. It is impermissible for them to take more than their salaries. To say something else is wrong for the following reasons:

1. Bribery is absolutely unlawful according to the Book of Allah and the Sunnah. Thus giving and accepting it opposes this ruling.

2. Giving bribes under the excuse of repelling oppression opens the gate for corruption and oppression; so the weak loses his rights and the strong claims others' rights; thus corruption prevails, and conditions become worse and more afflictions take place.

3. Countries in modern times are ruled mostly by laws and regulations that specify the rights, duties and responsibilities of their employees, and forbid them from accepting bribes, or similar gifts. Any citizen of that country may turn to the respective authorities to protect him against the unfair practices of its employees.

4. To say that bribery is given to ward-off oppression would also open the gate for unethical and unqualified people to handle people's affairs.

Sheik Islam b. Taymiyyah was asked about a man who gave a judge a gift to procure a certain thing, or to gain a favor with him, or the like; whether it is permissible to accept this gift. He said: "As for gifts that one offers a person to intercede on his

from their employees. If one of them is given a gift from a litigating party, or an invitation or a charitable gift whether it from Zakat fund or otherwise, they should refuse it. In fact they should not accept a gift from would-be litigating person. Even if a person used to give gifts to a judge prior to his appointment, he should refuse accepting a gift from him after his appointment.

Authentic Prophetic reports indicate that gifts rulers receive from their subjects are all bribes. Such gifts were lawful for the Prophet, may Allah exalt his mention, because he was infallible. Therefore, if a magistrate was given money to judge unjustly, or to refrain from justice, such money unanimously agreed is unlawful. Had it not been for bribery he would not be blamed.¹⁶

According to the School of Imam Ahmed, receiving bribes and bribing is unlawful. Ibn Qudamah quoted al-Hasan's and Said b. Jubair's explanation about Allah's words: 'they eat the *Suht* (i.e. the illegitimate)' as bribery. He further said: "If a judge accepts a bribe it will lead him to the brink of infidelity. It is also said that there is no harm if a briber bribes a governor to ward off his oppression and reward him for his duties. Jabir b. Zaid and al-Hasan said: 'We could not find a thing better than bribery during the time of Ziyad, because that was how one managed to protect his property and release his captive.'" ¹⁷

According to the Madth'hab of Imam Ibn Hazm, he who is deprived of his right and bribes to protect it; it is lawful for him to do so, but the bribed commits a sin.¹⁸

I say: 'these in general, are the opinions of the some *Mujtahideen* (footnote: *Mujtahideen*; pl. *mujtahid*, a scholar who

¹⁶ *Nihayat Al-Muhtaj* an explanation of "Al-Manhaj" by Al-Ramli, edition 8, p 254-255.

¹⁷ *Al-Mughni* by Ibn Qudama, edition 4, p 60. *Kashaf Al-Qina w/Matn Al-Iqna* by Al-Bohouthi, edition 6, p 316.

¹⁸ *Al-Muhala b. Athaar*, edition 8, p 218.

the good became reprehensible, and the reprehensible became good.

Under such circumstance, people could not have their needs fulfilled, therefore a group of the imams of the Tabi'een deemed bribery permissible to ward-off injustice, protect lives, properties, and honor according to the requirements of necessity.¹³

According to the school of Imam Abu Hanifah; whatever is given to a person as a bribe to ward-off his evil, and protect one's life or property is lawful to give but unlawful to receive; because avoiding harm from Muslims is a duty¹⁴, according to the Malikee scholar ar-Rahooni who said: "Some scholars say if you cannot establish a legal argument when defending your right, you seek the help of a governor who passes his verdicts without a legal argument, and if he helped you; then he alone commits a sin, not you. If the subject of dispute is a female slave who is lawful to have intercourse with; than the governor's sin in that regard is lesser than the sin of fornication, and illegal expropriation of people's properties. Because the governor's conduct is an act of disobedience; whereas, plundering people's properties is disobedience and corruption. The Law Maker has permitted warding off a greater corruption with a lesser one; just like ransoming a captive who is in the enemy's hands. Our money is not lawful for the enemy to take; and giving it to them is an act of corruption, and yet we do so to ransom our captive. By right, seeking help of a thing which is not corruption is doubtlessly better."¹⁵

According to Shafi'ee School, bribery is unlawful. Neither a judge nor a ruler or similar personnel is allowed to accept gifts

¹³ Awn Al-Maboud , Sharh Sunan Abu Dawood by Shams Al-Haq Abadi, edition 5 p 359.

¹⁴ Hashiyah of Ibn Abdeen , edition 5 , p 362-363 .

¹⁵ Hashiyah of Imam Al-Rahouni on Sharh Al-Zarkani for Khaleel brief, edition 8 , p 254-255 .

attendants. On the way, they met some wardens carrying plates of apples that we sent to him as a gift. He picked one apple, smelt, and then he put it back, and asked the wardens to take the apples back saying: 'I do not feel like it.' When he was asked whether the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, Abu Bakr and Umar, may Allah be pleased with them, accepted gifts? He said, 'For them, it was considered as a gift, but for the rulers and governors after them it is a bribe.'¹¹

As for Reason, man's sound nature requires that what man owns legally, owns because he has a right to it, while such right contradicts rationally with the nature of bribery. The bribed takes a thing to which he has no right, whereas, the briber gives a thing in order to receive a thing which he does not deserve. In that case, both the briber and the bribed plunder the rights of others which do not agree with reason on the natural disposition.

Based on what is mentioned above, bribery is unlawful and the parties that are involved in this transaction do not cooperate in causes of piety and righteousness; rather, on evil and transgression; opposing thus the command of Allah and His prohibition in the following ayah: "And cooperate in causes of piety and righteousness, and do not cooperate in causes of evil and transgression."¹²

I say: The Ummah underwent circumstances that were unfavorable, and rulers were corrupted, and bribery was prevalent. Hence, people's needs were fulfilled only through bribery to gain favor with such rulers and judges. There is no doubt that this was one of the disasters that the Ummah suffered; particularly when its land was occupied and open for the enemies to roam about, and oppression and corruption, prevailed and people's religious conscious became weak and

¹¹ Fath Al-Bari in Saheeh Al-Bukhari, explanation by Ibn Hajar, edition 5, p 261

¹² Surat Al-Ma'idah verse 2.

latter gives him a gift for doing so, would have committed a grave sin of devouring usury."⁹

It is also reported that the Prophet, may Allah exalt his mention, appointed a man from Azd' to collect charity funds. When he returned to the Prophet, may Allah exalt his mention, and handed him the collected funds, he said, 'This is for you and this is what was given to me as a gift.' The Prophet, may Allah exalt his mention, said about him: 'Why did not he stay in his father's and mother's home, and let him see if anybody gives him a gift! By the one in Whose hand is my life, anyone of you who takes a thing in this manner but will come on the Day of Resurrection carrying it on his neck, whether it is a lowing or mooing camel; a cow or a sheep.' Then the Prophet, may Allah exalt his mention, raised his arms up until the whiteness of his armpits was seen, saying: 'O Allah have I conveyed...' three times.¹⁰

As for the consensus, the Ummah is agreed that bribery is unlawful to give, receive, or be used as negotiation; and that a public servant running people's affairs is considered disobedient if he accepts a bribe; and should be removed from his position, and that any ruling that he issued relevant to that bribe should be nullified; whether the bribery was direct, indirect, or in a form of a gift.

In connection with this matter, it is reported that Umar b. Abdul-Aziz felt one day like eating apples, but he had no money to buy apples; then went out with some of his

⁹ Narrated by Abu Dawood in the book of 'Bartering' under the chapter: 'The gift to fulfil a need' No. 3541, Sunan Abu Dawood, edition 3, p 291-292.

¹⁰ Agreed upon, narrated by Al-Bukhari in the book of 'Gifts' under the chapter: 'He who does not accept the gift'. No. 2597. Fath Al-Bari, edition 5, p 266-267. and in Muslim under the book of 'Positions'. Also in the explanation of Imam Al-Nawawi, edition 12, p 218-222

Second: Allah says: "They are habitual listeners to falsehood, devourers of illicit things. If they come to you, then judge between them, or reject them, and if you reject them they will never harm you. But if you judge between them, then judge between them in justice; because Allah loves the just."⁴

'Illicit things' means bribes. On that point the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, said: "Every flesh that grew by means of illicit thing the fire deserves it." They said: 'O Messenger of Allah! What is the illicit thing?' He said: 'Bribery to gain favor of a judge.'⁵

As for the Sunnah, the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, said: "Allah curses the briber and the bribed."⁶ In another version, he said: "Allah curses the briber, the bribed, and their intermediary."⁷ The Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, also said: 'Whenever fornication prevails among people, they will suffer drought, and whenever bribery prevails among people they will be terrorized.'⁸

It is also reported that the Prophet, may Allah exalt his mention, said: "He who intercedes on behalf of another and the

⁴ Surat Al-Maida, verse 42

⁵ Al-Hafidh b. Hajar said: Ibn Jarir narrated it and its chain of narrators is trustworthy. Fath Al-Bari, edition 5, p 531

⁶ Narrated in Sunan at-Tirmidhi, in the book of 'Rulings', under the chapter of 'what regards the briber and the bribed.' No. 1351. Also in Tuhfat Al-Ahwadthi, the explanation of At-Tirmidhi by Al-Mubarkfoori. Edition 4, p. 472. Abu Dawood narrated with the following wording: "The Prophet, may Allah exalt his mention, cursed the briber, and the bribed" in the Book Judicial laws, under the chapter of 'disliking bribery'. No. 3575. Also in Aun Al-Maboud, the explanation of Sunan Abu Dawood, edition 5, p. 359. It is also narrated in Sunan Ibn Majah in the book of 'Judicial laws' under the chapter of 'the severity of bribery.' No. 2313. Sunan Ibn Majah, edition 2, p 775.

⁷ Reported by Al-Hafidh b. Hajar in Al-Fath, ed. 5, p. 261.

⁸ Narrated by Imam Ahmed in Al-Musnad, edition 4, p 205.

Judicial Questions and Answers*

Ruling on Bribing to Ward-off Harm

Brother Balqasim inquires in his letter about a man who has a truck which he uses to buy and sell goods to people and finds himself forced to give bribes to a traffic warden to allow him to pass through the traffic; otherwise, he would be given a fine, or his truck withheld for a long period of time. He is asking whether it is permissible for him to give the warden a bribe in order to avoid the fine?

A bribe is a thing or money that one gives to a judge or an employee, or anyone else in order to plunder a right, or receive an unlawful thing.¹ It is unlawful according to the Book, the Sunnah, Consensus and Reason.

As for the Qur'an, Allah, the Exalted, says: "And do not devour each others properties falsely. And submit your cases to judges in order to devour some of people's properties sinfully and knowingly."²

'Property' to which the ayah refers means whatever is plundered from people's properties illegally, including bribes, gambling, and the rest of means and ways through which others' rights are illegally devoured or taken without his consent; or with their consent if the taken thing is illegal; such as the revenues from liquor, or the like.

'Submitting properties to rulers' serves a prohibition of bribing judges or others in order to receive illegitimate properties of greater value than that of the bribe which is more than what they gain to take it from people unjustly and by force.³

* These questions are sent by readers and that are replied by Dr. Abdurrahmann an-Nafeesah, the owner of the magazine and its editor in chief.

¹ Al-Tareefat by Al-Jurjani, p 148

² Surat Al-Baqara verse 188

³ Al-Jami' Li Ahkam Al-Quran by Al-Qurtobi, edition 2, p 338-340

missions can get, and greater than the harm diplomatic envoys can cause.

The Muslim countries may protect its laws by deportation. He who misbehaves or the country suspects his behavior the Head of State has the absolute right of deporting him, according to what is termed in the international laws, 'PERSONNA NONGRATA,' or 'undesirable person'.

I do not believe that the Ummah would be harmed by such diplomatic dealings if it can utilize it particularly at this time, during which science and technology, and exchanging benefits in general are connected with diplomatic missions.

We see here that there are comprehensive rules in the Islamic Jurisprudence that could be applied in this aspect; the most important of which is the rule, 'necessity permits the prohibited.'

There no doubt that, diplomatic exchange today has become a necessity for every country, including the Muslim countries, because it is of the interests of the Muslims. The history of Islam is full of diplomatic missions for various purposes. I think that the Muslims during the flourishing of the Islamic Shari'ah were restricted to embassies or temporary diplomatic missions because of the international norms that were prevalent at the time.

Besides, diplomatic exchange or representation has now become a law which is applied by all countries and has become indispensable. In fact severing diplomatic relations has become a type of punishment with which countries are threatened. The Muslim countries today cannot live outside of the boundaries of the international community. They must deal with this situation through diplomatic exchange or representation, which is ruled by the general international laws; be it ratified agreements in this concern or international norms. This in my opinion should be taken for granted, and needs no proof.

We may say that this dealing has become obligatory on the heads of state because they look after the interest of the Muslims, and if they neglect it, it would be harmful to the public interest of the Ummah. That is, if we do not say that it is imposed on them.

On the other hand, diplomatic dealing now has become an easy means for preaching Islam through peaceful means, more than any time in the past. The Muslim countries should know how to use this means for the establishment of Islam utilizing the diplomatic dealing provisions of protection and continuous availability of preachers in other countries.

There is no doubt that what the Muslims may get through this channel is much more than what the other diplomatic

What we see in this aspect that both of the proponents' opinions need to be clarified.

It is known that punishments in Islam are either foreordained and specified, or based on a textual proof from the Book or the Sunnah. Such punishment is called, 'crimes of castigations and retaliatory punishments' or; 'crimes the punishments for which are left to the discretion to the head of state; that are called, 'crimes of *Ta'zeer*.' Jurists are agreed that the latter type of crimes when a diplomat commits to be exempted from it, if the head of state considers this of an interest for the Ummah or the nation. There is no difference of opinion regarding this point. However, the rule is that the head of state has no right to grant particular or general amnesty except in the crimes of *Ta'zeer*.

As for the crimes of castigation and retaliatory punishment, the preponderant opinion is that of the assembly of jurists. The summary of Abu Youssef's opinion that according to the safety contract which entitled him to a temporary residence in a Muslim country, and according to envoy's request to enter the country prior to his conversion to Islam, he becomes equal to a *Dthimmi*. That is why a person who is granted safety should be punished for the crimes that he commits in a Muslim country; whether such crimes deal with the community's rights, or the individual's rights.

The proof of the assembly of scholars in this point are stronger in terms of signification; for punishment in Islam is legalized to remove corruption and stop the growth of evil, and to preserve the very existence of the community. Every crime is corruption on earth, and Muslims should eliminate such corruption once they have the authority to do so.

Furthermore, the sources of Shari'ah do not justify suspending its laws under the pretext of international agreements. Yet the opinion of the assembly of scholars should be understood and be reread in the lights of unprecedented problems.

ignored the fundamental side of the topic. That is why we have contradictory opinions of those who support immunity and those who reject it in its entirety.

3. There is a misconception in semantics granting safety to an envoy in Islam has its own signification; which means the impermissibility of assaulting an envoy (considering that he belongs to an enemy country) as such he should be granted safety to accomplish his mission. While immunity has a different signification. In addition to the safety signification, it means, the impossibility of punishing an envoy if he commits a punishable crime. Those who support judicial immunity, hold as a form of safety, or at least, a safety provision, which was recognized by the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, who said: "Were envoys to be killed, I would have killed you."

Those who reject granting judicial immunity based their argument on the above-mentioned concept of safety; which does not provide immunity; but provides safety and emphasizes the regional Islamic criminal laws.

4. The international prevalent situation has shown cases of misappropriating immunity such that it was used for purposes other than those for it was granted; to the point that many countries and doctors in law now demand limiting this immunity to stop its misuse. They also demand approving trying the culprit envoys in national courts for certain crimes; such as crimes that deal with the security of the state, also the possibility of checking the suspected diplomatic luggage under suspicion.

This opinion was supported by some Muslim jurists who take into consideration historical precedences in the Muslim world concerning granting foreign privileges during the Ottoman era which Muslim still view it as an affront to Islam and deviation from the laws and objectives of the Islamic Shari'ah.

• **Judicial immunity against what they may say or write as representatives of their countries.** There is a precedent of what the Prophet, may Allah exalt his mention, did to the two messengers of Musailamah, which clearly signifies approval of immunity, although both of them committed a crime punishable by death, as the Prophet, may Allah exalt his mention, decided.

After examining the various opinions we may say that there is unison among the Muslim jurists that international diplomatic exchange, and granting the members of the diplomatic cord the necessary protection to be able to accomplish their mission is approved by the Shari'ah. The development of international relations and moving into permanent diplomatic representation required passing laws to regulate the condition of the permanent diplomatic missions in the countries in which they are appointed, and grant them the immunity of the missions' sites in particular; as well as whatever may be required for establishing relations with the diplomatic missions, and the crimes or civil misbehavior that effects the region of the host Muslim countries.

These new regulations were the point of contention among the Muslim Jurists. Some of whom approved of the international law (International Agreements) and some opposed and rejected granting the envoy some immunities.

After scrutinizing the jurists' opinions we find that this contention or variance of opinion among them is related to a number of reasons among which:

1. That permanent diplomatic exchange was not known in the early stage of the Islam. Therefore, jurists did not discuss it during the evolvement of Islamic schools. Proposed opinions concerning this issue were not available at this point.

2. Some of those who wrote about the subject were satisfied with the theoretical aspect of the judicial center for non-Muslims in Muslim country ignoring the new situation. While the other groups relied on the international status-quo in advocating granting judicial immunity to diplomats; but

punished for crimes they commit in a Muslim country; be it crimes against the community or individuals. There is no regulation in Islam that exempts them from abiding by the Islamic Shari'ah.

The third opinion: the advocates of this opinion are influenced by Western studies and orientalist's views about Islam. The proofs upon which they depend are only rational that are substantiated by neither the Qur'an nor the Sunnah, which makes it unable to stand up against the opinion of the assembly of scholars. The only punishment which could be exacted on such envoy according to this opinion is to deportation or branding him as an 'undesirable' person.

The proponents of this opinion believe that a diplomat enjoys diplomatic immunity the day he enters Muslim territories, although there is a limited provision in the Shari'ah for immunity against civil offences, unlike the immunity against criminal offenses because a diplomat indemnify the rights of individuals.

The proponents of this opinion too use as a proof article 60 f-8 from the charter of the Islamic conference which says: "Delegates of member states enjoy immunities and privileges that are necessary for them to accomplish their conference businesses."

On the other hand, the foreign ministers of Islamic states in their meeting, which convened in Turkey in 1976 ratified the Immunity and Privilege Agreement, which includes Article 10, which reads:

"Representatives of member states in the head or subcommittee as well as to conferences held by the organization during the performance of their duties, their travel to the meetings' locations and their return enjoy the following immunities and privileges:

- They should not be apprehended, or detained, nor their personal luggage be checked.

the rights of individuals. He punished for calumny, because it is a violation of humans' right; while he did not punish for fornication, because it is a violation of the rights of Allah. This is an opinion which is held by some Hanafi scholars.

The Shafi'ees, on the other hand, approve of incumbency of indemnifying damages, and crimes that have designated castigation, and retaliatory punishment; while, they should not be punished for violating rights of Allah, like fornication, or consuming liquor.

The Second Opinion: its proponents do not discriminate between crimes, and believe that an envoy should be punished for all crimes that he commits. This is the preponderous opinion, according to Abu Yousuf, who says in his book, 'al-Khiraj':

"If a transient, or an envoy who is granted safety comes to us and commits fornication, or steals; some of our jurists say that I do not apply castigation on him; but if he damages or consumes the stolen things, I would make him indemnify them." He also said, "even if he comes to us to be a *dthimmi* (footnote: A *Dthimmi* is a Christian or a Jewish subject of Muslim state) our laws should apply to him." He further said: 'If he calumniates or slanders a man I would punish him, and if he insulted a man I would punish him for that; because all these are violations against people's rights." Some of them said, 'If he steals I will cut off his hand, and if he commits fornication I will give him the respective punishment. Yet the best opinion we have heard, Allah knows best, that he should be punished for all crimes that he commits.

Amongst the contemporary jurists who adopted this opinion is Muhammad Abu Zahrah, who said: "it is really strange that such a person enters our country steals and commits fornication and to go unpunished. This is the real corruption."

The rule according to this opinion is that the Islamic Shari'ah should be applied to all diplomatic envoys to be

Based on that, a safety- granted envoy is liable for violating others' rights; for this ensures justice, and to see that the wronged gets his right. Besides, a civil case against a diplomat does not affect his person as much as a criminal case does.

There is yet another opinion, which says that if the state is contracted to waive the debts of the diplomatic envoys; then it should indemnify its subjects who lose their moneys for dealing with such envoys, so that the rights of its subjects would be preserved. Because if the state bars its subjects from suing the culprits for the sake of international norms, then it should indemnify their losses because of that.

In brief, all these opinions are agreed on guaranteeing individuals' rights, and that they should not be sacrificed for the sake of judicial immunity. On the other hand, there is no harm in applying civil immunity according to international law; bearing in mind that an ambassador of a Muslim state would enjoy the same immunity in the country in which he is commissioned.

As for criminal immunity, it is a point of contention among Islamic jurists; because they have not unanimously agreed on one opinion on this issue for many reasons. After investigating their opinions we find that there are three main opinions: the first, differentiates between criminal offences, and the second, subjects the envoy to the Islamic judicial system for all crimes he commits; and the third, approves of granting the envoy an absolute immunity in accordance with the international laws.

The first opinion: it discriminates between offences that violate the rights of Allah, and those that violate the rights of individuals, and allows exempting from punishment those who violate the rights of Allah; not those who violate individuals' rights, unless the claimant pardons his offender; that is, if pardoning for such violation is permissible. Proponents of this opinion substantiate it by the fact that the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, did not provide immunity against violating the rights of Allah. He only granted it against violating

Granting protection to envoys in the Islamic Shari'ah

Dr. Ad-Deen al-Jilani Bou Zaid(*):-

A messenger or an envoy enjoys particular importance in the Islamic Shari'ah; since he was the method used to convey the Islamic Message to mankind.

Since Islam is a universal Message, its envoys are important, and Muslims cared for them, and provided them with the necessary protection and treated them with difference. The Islamic state, ever since its inception by the Prophet, may Allah exalt his mention, it dispatched messengers to convey the Prophet's letters to heads of state and he received delegations and envoys for various reasons. Based on this practice, rules were passed concerning the safety of envoys and granting them necessary protection to fulfill their mission. Such rules are deduced from the sources of Islamic Shari'ah, not just as a form of reciprocity, or inconsideration of the international regulations. This explains to us that the ruling concerning safety of envoys in Islam were not subject to international negotiations, although some of it was approved by the norms, but they are deduced from the sources of the Islamic Shari'ah.

There is a difference of opinion among scholars about the provisions of safety as to whether it means exempting an envoy from legal liability in case he violates the law. There are some who think that an envoy should be held accountable in civil laws about his behavior, and should indemnify individuals' rights. Islam holds individuals' rights above all considerations; and under no circumstances, or justifications should they be ignored. Moreover, the Islamic laws apply primarily to all subjects of the Islamic state; Muslims or non-Muslims, and those of them who are granted safety (according to territorial Islamic laws).

* Professor and Lecturer in the faculty of Business Administration, University of King Saud, Riyadh.

what stands for its meaning; like 'if', like saying, 'If I leave this town, I would appoint you as my agent to sell my house and its furniture.'

Classifying contracts as proper, improper, and false

A proper contract is that which is legitimate in its origin and form with all of its prerequisites; such as when a sane adult sells his property that meets all of the above conditions with the confirmation and acceptance of the purchaser.

Improper contract, is that which the Shari'ah does not consider, and it does not achieve its purpose; such as the contract of an insane, or a child, or a contract of selling dead animal or blood, or a contract under coercion.

False contract, according to the Hanafis, is that which is not originally legalized, and is not considered in terms of its existence, nor consummation; such as when a contracting party is insane or an undiscerning child, or when a dead animal is the subject of the contract, or when a Muslim sells liquor or a pig.

Consummating a contract by signaling

If one of the parties is mute and unable to write, his contract may be consummated by clear signaling; because it is the only way he can express himself.

Consummating contract through modern communication means

If a written or correspondence contract is considered as valid; then it should be considered as so when it is consummated through means of modern technology; such as telecommunications, telephone, TV, or radio.

Permissibility of consummating a contract by physical means

It is to put down the price of the item and then to take that item, while both parties are agreed on this, without uttering a word. This however, does not apply to a marriage contract.

Evaluating the contract in terms of guarantees, post-dating, and suspension

Contract with guarantee, is the one whose wording is indicative of its initiation and completion unless there is a factor, which suspends consummating it, and was free from post-dating, or suspension. That is, when a person says to a vendor, 'I will buy this watch from you provided you give me a one-year guarantee on it,' and the vendor responds in the affirmative.

Post-dated contract: is the contract whose wording is indicative of its initiation and completion provided it takes effect at a future date; such as when a person says to a land lord, 'I will rent this house from you in the beginning of the next month, and the latter says, I accept.'

Suspended contract, is a contract which is suspended by another factor, by using in its wording a conditional particle, or

c- Both, the confirmation and acceptance should be concurrent; that is, to be uttered in the same place, where the contractual terms are discussed.

However, there are contracts that are exempted from the last condition:

a- The will; because the will is a contract to be consummated after death; for acceptance prior to death of the testator has no value.

b- Guardianship, or executorships; that is, naming a person to look after his children after his death. Hence the named executor does not assume his duty until after the death of the testator.

c- Deputyship; it is permissible for one to appoint or authorize an absent person to act as his substitute. There is no need for a verbal acceptance of the latter in that case.

Invalidators of confirmation

1- Repealing confirmation directly or indirectly by the one who issued it before the second party expresses his acceptance.

2- Disqualification of the confirming party prior to acceptance by sudden death or insanity.

3- Rejecting the confirmation directly or indirectly.

4- Ruination, or alteration of the designated item by turning into something else.

5- Ending the meeting of discussing the contract.

Writing down a contract in the presence of the contracting parties

The majority of jurists are agreed on the permissibility of writing down all contracts in the presence of the contracting parties notwithstanding their ability of talking. This however, does not apply to marriage contract; because, according to the assembly of scholars, it is a prerequisite of marriage contract that witnesses must hear the words of the prospective spouses.

7- To be legally advantageous; it is invalid to sell scorpions, flies, or the like.

8- To be pure; for example, it is invalid to sell dead animal.

Sale's requirements

Once a sale's contract has the elements of its validity fulfilled, jurists are agreed that certain requirements should be met; of which are the following:

1- Handing over the commodity to the purchaser, and the price to the vendor.

2- Transferring commodity's ownership from the vendor to the purchaser, and the price from the purchaser to the vendor.

3- Indemnification for any fault, or defect that may be found in the commodity, and guaranteeing ownership.

4-The purchaser's right of the disposal of the purchased item.

It should be noted that the verbal expression issued by one of the contracting parties is called affirmation, which comes after the approval of the second party. While the latter's expression is called 'acceptance.'

As for the binding element between them, it is the actual or legal connection between the affirmation and acceptance. If the purchaser said to the vendor, 'I buy this book from you for a hundred coins'; this, in effect, is affirmation; while the saying, 'I sold it to you' by the vendor is acceptance. That is because the statement of the latter is a response to the former's statement and an approval of it.

Conditions of confirmation and acceptance

a- Concurrence of the confirmation and acceptance

b- Both, the confirmation and acceptance should be a clear indicative of the parties' intention.

such as handling a contract whose parties are two orphans under his care.

On the other hand, it is not permissible for a person to conclude a transaction on behalf of another person, which he is, a party in that contract, or vice versa; for he would be susceptible to suspicion.

The subject of the contract: Commodity and price

This condition varies according to various contracts. In a sale's contract, for instance, jurists are agreed that the subject of contract should have the following conditions:

1- The subject should be available; for selling unavailable thing is invalid; because the Prophet, may Allah exalt his mention, said: "Do not sell what is not in your possession." (Abu Dawood)

2- To be of a value, and owned by the vendor. It is not permissible to sell a dead animal, liquor, or swine. The Prophet, may Allah exalt his mention, said: "Verily, Allah and His Messenger have made unlawful selling liquor, dead animal, and swine." (Agreed upon)

3- To be a specified item, which is recognized and known to the contracting parties, and should not be obscure lest it becomes a reason for dispute or harm.

4- To be readily available for delivery. A lost or stray animal should not be a subject of a sale's, lease, or a compromised contract, or the like.

5- To be the vendor's property; it is invalid to sell grazing land, water, roads, marketplaces, or other things that are public domain. Similarly, it is invalid to sell loose birds, or fish in open waters.

6- To be possessible in itself; it is invalid to sell river water, or hay that exists in a public domain before possessing such land.

The two contracting parties are the purchaser and the vendor, or anyone who has the power of carrying out the contractual terms and provisions, either personally, by proxy, or by trusteeship.

In order for the contract to be sound and effective the contracting parties should meet the following conditions: competence, authorization, approval, and free choice.

Jurists, however, mentioned the following defaults of approval: coercion, ignorance, erring, deception, defraud, triviality, attractiveness, or the like. If any one of these defaults exists in a contract, it would render it null and void in some cases or not binding that either one or both parties would have the choice of rescinding the contract in other cases.

It is noteworthy to mention that jurists are agreed on the legitimacy of the transaction of a mute person concluded by signaling, or in writing.¹

As for a blind man's transaction, the Shafi'ees alone hold it as invalid; unless he saw the contracted, which is not affected by alteration, then he lost his eyesight thereafter; in that case, selling or buying that thing would be valid. While the rest of the Madhaahib (Schools of Fiqh) go for the validity of a blind's bartering if the commodity is described to him in details.

The question of whether a single person can be authorized to conduct a contract

Jurists have mentioned the possibility of such authorization. If, for instance, one of the parties is the father and the other is his son, or vice versa, it would be permissible for him to handle such contract, because he would be above suspicion due to the mutual affection between the two.

If the authorized person is other than the father or the son; like a judge, a guardian or someone else; it would be permissible provided none of the latter is a party in the contract;

¹ Look at Bada'i as-Sana'i, Vol. 5, pg. 149. Also Kash'shaf al-Qina, Vol. 3, pg. 157.

The Judicial nature of the Contract in Islam

Dr. Salah Abdul-Ghani Al-Shara':- (*)

The definition: The term '*aqd*' or a contract has numerous meanings, all of which fall under the meaning of 'tying', 'tightening,' 'knotting,' 'ensuring,' 'ratifying,' or 'committing.' While the jurist's define it as: any transaction that conduces to a judicial ruling, whether it takes place between two or more persons; such as bartering, leasing, or something else. It could be also an individual's initiative; such as vows, oaths, grants, or a charitable gifts.'

Aqd, in terms of customs and norms applies to verbal provisions. As for actions that conduce to a legal ruling; such as homicide, which requires retaliatory punishment, they are not held as contracts.

The prerequisite of a contract, according the assembly of jurists, is the verification of the intention of the two contracting parties, and their agreement to initiate a contractual commitment between them by a verbal, or written statement; such as saying, 'I sold this thing for such amount of money', or, 'I accept such deal.'

Contract's requisites

Jurists are agreed that a contract would not take effect without the following requisites:

- 1- The existence of two contracting parties who issue the confirmation and acceptance.
- 2- The subject of the contract upon which both parties are committed; without which there would be no commitment.
- 3- The wording of the contract, which is indicative of the contract.

* Professor in the faculties of Shari'ah and Islamic Studies, University of Sharqa, U.A.E.

if she committed that sin willingly. But if she was forced into it, she would not lose her right of maintenance, because she committed it under coercion; provided she committed the sin after her husband entered her, or after having an uninterrupted privacy with her.

Eighteenth: A wife in her waiting period because of her untraceable husband

Ash-Shirazi a Shafi'ee Scholar, says, if a wife of an untraceable husband is confined to her home for 4 years she would be entitled to maintenance, because she is confined in his premises for his sake.

The Malikis say, After a judge announces the news of the lost man, and no recent news about him or his whereabouts is heard, the wife of a lost man should observe a waiting period similar to that of a widow, viz. 4 months and ten days; during which she would not be entitled to maintenance, because her husband is considered as dead; and a widow is not entitled to maintenance. This is contrary to a wife of an untraceable husband, who observes a designated period of 4 years with maintenance; whether her husband entered her or not.

As for the Hanbalis, no maintenance is due to her when the judge separates her from her lost husband; or when she marries someone else. It is also said that maintenance would be waived by her waiting period.

be entitled to no maintenance if she is not pregnant; because pregnancy is a prerequisite for maintenance.

The scholars of the Shafi'ee Madth'hab say: 'if mutual imprecation took place after he entered her, and he does not deny impregnating her, she would be entitled to maintenance. But if he denies impregnating her, then no maintenance would be due.

The Hanbalis say, as for the imprecated wife, she is entitled to neither lodging nor maintenance if she is not pregnant.

Sixteenth: Wife's apostasy

The Hanafis say, if a man's wife apostatizes, she should be separated from him without having the right of maintenance during her waiting period, for separation was caused by a sin of hers. Every separation that takes place as a result of a sin on the part of the wife, such as apostasy, then no maintenance is due to her.

The Malikis say, an apostate wife is entitled to maintenance and lodging as long as she is pregnant; because the child belongs to the father; hence maintenance is due.

The Shafi'ees say if she apostatizes, she would forego her right of maintenance, because she deprives her husband from enjoying her because of her sin, thus she would not be entitled to maintenance. She is held as a *naashiz*, or disobedient wife.

Seventeenth: Disobedient wife who commits a sin that necessitates debarment of marriage

If the wife severs the relationship with her in-laws such as kissing her father-in-law, or her husband's son lustfully, or if she commits adultery with one of them, she would forego her right of maintenance, even if she is in her *Iddah*, according to Abu Hanifah and his companions; because she should be separated from her husband permanently for committing such a sin; and because the reasons for separation was on her part. and,

maintenance and lodging during her waiting period. While the Hanbali say, if a man gives his wife treble divorce, no maintenance would be due to her. As for lodging, the Malikis say, she would be entitled to lodging alone, not maintenance. And the Shafi'ees say, she would be entitled to lodging whether she is pregnant or not.

Thirteenth: A woman in her waiting period as a result of rescinding an illegitimate marriage contract

If the woman is in her waiting period subsequent to rescinding an illegitimate contract, she would not be entitled to maintenance according to scholars' assembly on the grounds that no maintenance is due to a woman in the duration of an illegitimate marriage, nor during her *Iddah* or waiting period.

Fourteenth: The *Mukhtala'ah* wife in her waiting period

Scholars are at variance regarding waiving the maintenance of the wife who is in her waiting period subsequent to *Khul'*. ("*Khul'* is a form of divorce based on mutual consent in which the wife is obliged to return the dowry to her husband for her release from wedlock.")

The Hanafis say that maintenance would not be waived; while the other three Imams say it would.

Fifteenth: Imprecated wife during her waiting period

As for maintenance, the Hanafis say, if a man accuses his wife of adultery without a proof, and she submits her case to court, and both have mutual imprecation, and the judge separated between them, then she has to observe the *Iddah* and would be entitled to maintenance and accommodation during her *Iddah*.

The Malikis say, the trebly divorced woman, or by *khul'*, or by termination of marriage contract, or by a court decree would

was afforded by a court decree or by the consent the two spouses, then waiving alimony by the wife would be valid. Because such alimony is held as a debt, which the husband owes his wife; for only a confirmed debt can be waived.

If the alimony was afforded by neither a court decree nor by the couple's consent, then waiving it would not be legitimate according to the Hanafi School, because no debt is confirmed on the husband, and waiving applies only to a confirmed debt. However, the other three Imams endorse the contrary. That is because alimony turns into a debt on the husband from the moment he stopped maintaining his wife. Because it is his duty to maintain his wife whether a court has decreed so by their mutual consent, or otherwise.

As for waiving future alimony, it is absolutely illegitimate, because maintenance would not be due; thus it is not a debt, and thus it is not liable to waiving.

Eleventh: Husband's inability to maintain his wife

Jurists are at variance regarding waiving alimony on grounds of his financial difficulty. The Hanafi School does not allow separation on such grounds. While the Shafi'ee and Hanbali Schools say: The wife would be entitled to demand separation if her husband fails to maintain her fully or partially; not if he provides her with the minimal standard of maintenance; for in his case, being in a financial difficulty, what exceeds this standard would be waived. However, maintenance would not be waived in its entirety because he cannot afford it. Rather, it would be held as a debt which he should pay off once he affords it.

Twelfth: Trebly divorced wife who is in her waiting period

Jurists are at variance regarding the trebly divorced woman. The Hanafi School says, she would be entitled to

Reasons of Annulling Wife's Alimony

be entitled to maintenance because her absence is not with her consent.

Ibn Abideen said: "The sound opinion is the former one, because her absence was not on the part of the husband. This means that she would not be entitled to maintenance. But if the one who apparently abducted her by force with her consent, then there is no doubt that she becomes *naashiz*. However, the Malikis do not annul her right of maintenance because she is victimized.

As for the woman who elopes to an unknown destination she would not be entitled to maintenance.

Ninth: Married through illegitimate contract

The reason for the obligatory maintenance of the wife is the legitimate marriage contract, which provides for spousal confinement. Unlike the dowry, the contract itself is not a direct reason for such obligation; rather it is the wife's confinement and her obedience to him so that he would be able to obtain the outcome of his spousal rights from his marriage. Therefore, if the marriage contract is illegitimate, or false, the wife would not be entitled to alimony; because the obligation of the alimony is subject to the legitimacy of the contract.

False or illegitimate contract does not provide legal spousal confinement which achieves the objective of marriage, which is a reason for the obligatory alimony. Because he who marries a woman through an illegitimate contract, it is not permissible for him to confine her, rather, they should separate from each other on their own accord, or by a court decree. Any Muslim who happens to know about this marriage should sue them for separation in court, seeking the pleasure of Allah.

Tenth: Foregoing the right of maintenance retroactively

Waiving the right of maintenance may apply the arrears or future alimony. Jurists are agreed that if the right of alimony

her husband, she would be entitled to maintenance, because spousal confinement is the husband's right, which he can forego if he chooses to. His approval of her work means that he foregoes his right of complete confinement, and that he is content with partial confinement.

If the husband does not approve of his wife's work, and prevents her from going out to work, and she disobeys him, she would forego her right of maintenance, for incumbency of maintenance is subject to spousal confinement, which in this case is a partial confinement. If the wife keeps her husband's company during the night only, or during the day only, then no maintenance would be due to her.

Seventh: Wife's incarceration

We see that if the wife is incarcerated unjustly or because she could not pay off a debt is not valid reason to deprive her of maintenance. This opinion was also endorsed by Abu Yousuf, and the followers of the Maliki School. That is because depriving her husband from her company is beyond her capacity; thus it should not eliminate her right of maintenance. If she is incarcerated because of a crime that she committed, or a debt that she procrastinated, then no maintenance would be due to her during her incarceration period; because in that case the right of the husband of her company is missed because of her, and she would be considered as *nashiz*, which annuls her right of maintenance.

Eighth: The abducted wife

Al-Kasaani said: "If the judge provides her with the right of maintenance, then a man abducted her for a month, she would not be entitled to maintenance during that period; because her husband missed her company. Abu Yousuf said that she would

his premises, and she is capable of doing so but refuses then no maintenance is due to her on grounds of *nushooz*.

If however, her sickness prevents her from returning to her husband's premises she would be entitled to maintenance because responding to her husband's demands is not possible. In that case she would not forego her maintenance, nor would she be considered as *naashiz* when she does not comply to his request.

Medical costs

Should such costs be included in the maintenance of a sick wife or not?

Medical costs should be paid by her husband if he can afford it, because the wife's need for medicines when she is sick is not less important than her need for food, clothing, and accommodation when she is healthy.

This opinion conforms to the general principles of the Islamic Shari'ah. It is also dictated by the rudiments of spousal faithfulness and companionship. The husband should stand by his wife during her ordeal. It is not credible that he enjoys her when she is healthy, and neglects her during her sickness. Nowadays, the need for medicine is just like the need for food; rather more important; because a patient prefers mostly what he uses for medication to what he eats. How could a person eat while he is in pain? Manliness requires that a husband should pay the medication costs for his sick wife, if he can afford it; even if she is wealthy to make her feel during her sickness that she is the center of his attention and appreciation and soothe her feeling.

Sixth: wife's work

If the woman has a profession; i.e., if she is a doctor, a teacher, a lawyer, a nurse or a similar job that requires her to spend all or part of the day, or the night out with the consent of

Third: Performing supererogatory fasting or pilgrimage without her husband's permission

If she performs Hajj as a result of a vow, or observe voluntary fasting, which the law does not impose upon her as obligatory, nor encourages her to do so; rather she herself made the vow upon herself, or if she observes fasting as expiation when she has ample time to do so, or to make up days that she missed in Ramadhan without her husband's permission then she would forego her right of maintenance. That is because she deprives him of cohabiting with her for reasons that are not his. In that case, he can make her break her fast to have a sexual intercourse with her because his right is a duty upon her and takes precedence over supererogatory rituals. If she refuses, then she becomes *naashiz*.

Fourth: Wife's underage

Maintenance is not mandatory on the husband if his wife is too young and not fit for marriage, nor is she sexually desired, even if she lives with him; because the purpose of keeping her is a means of achieving the objectives of marriage as provided by the marriage contract. If no such thing takes place then she would not be entitled to maintenance.

Fifth: Wife's sickness

Scholars are agreed that if she falls sick prior to wedding party and cannot move into her husband's premises, she does not deserve maintenance because confinement in that case is not possible, nor is she able to prepare herself for it.

If the wife moves into her family's premises and falls sick there, or if she falls sick in her husband's premises then she moves out to her family's to be nursed there, she would not forego her maintenance unless her husband asks her to return

Second: Traveling for her own benefit or to perform an obligatory ritual without her husband's permission and the points of contention

When the wife travels alone, or with a non-*mahram* escort, she would forego her right of maintenance because she has deprived her husband of her company, even if she travels to perform Hajj with a *mahram* prior to her moving into her husband's premises. But if she travels with a *mahram* to perform the obligatory Hajj after moving into her husband's premises, she, according to Muhammad b. al-Hasan, would be entitled to maintenance even though she deprived her husband of her company.

On the other hand, Abu Yousuf said: "Traveling to perform the obligatory Hajj by the wife does not waive maintenance because depriving her husband from her company took place after she initially gave up herself to her husband, and her trip was according to a legal reason. i.e. the obligatory Hajj, and she, in that case, does not disobey her husband for traveling because she is accompanied by a *mahram*, and what is due to her is to be maintained while she is home, not when she is traveling. But if he accompanies her for Hajj then all agreed that she would be entitled to maintenance because he accompanies her in the trip.

The mandatory maintenance is due to her when she is at home not traveling; because traveling in that case is for her benefit. If the husband is the one who wants to travel, and he asks his wife to accompany him then her maintenance becomes due to her, and the wife should not be charged with any travel costs.

If the trip is for other than obligatory Hajj, that is, if she previously performed the obligatory Hajj, then she would not be entitled to maintenance. But if she travels with other than her husband, she would not be entitled to maintenance because she has no valid reason for traveling, and because she deprives her husband of her company by her absence.

her, even if they stay away from each other for a long period of time. The Prophet, may Allah exalt his mention, married A'ishah, may Allah be pleased with her, but entered her two years later. He maintained her only after he entered her.

4. The husband's right of his wife's company should not be missed without a legal justification, or a reason which is not caused by him; such as her rebelling, or not allowing him to have sexual intercourse with her. In that case, she would not be entitled to maintenance. But if the loss of the husband's right was his fault, she would be entitled to maintenance.

5. That she should not commit what violates the in-laws' relationship; such as allowing her husband's son to do what is unlawful, or apostatizing after marriage.

Reasons of Waiving Maintenance

First: Wife's *nushooz* (rebellion)

A rebelling wife is the one who disobeys her husband and mistreats him, and who is an evil companion to him without a valid reason. The jurists are agreed that wife's rebellion annuls her right of maintenance, because confining the wife to her husband's premises is a duty. If she leaves her husband's premises without a valid reason, then she forgoes her maintenance. Similarly, if she disobeys him she would be considered as rebelling and would forego her right of maintenance.

Nushooz, according to Hanafi Madth'hab can be considered when she deprives her husband of her company only. But if she remains in her husband's premises but does not allow him to enter her, she would still deserve maintenance. Whereas, *nushooz* according to other schools of Fiqh includes the wife's refusal to have sexual relation with her husband without legal justification; as a result, she would forego her right of maintenance.

because of the lack of its reasons; that is, being restricted to him, which serves the purpose of marriage.

Conditions of the incumbency of maintenance

Jurists are at variance regarding the conditions of the incumbency of marital maintenance. There are, however, general conditions upon which all jurists are agreed of which the following are:

1. The marriage contract should be legitimate; otherwise, the wife would not be entitled to maintenance because if the contract is false or illegitimate the couple should be separated from each other; for cohabitation between them is illegal. Thus, there would be no reason for maintenance.

2. The wife should be old enough and fit for sexual intercourse, and for her husband's enjoyment, as well as fulfilling the purposes of marriage and duties. Therefore the wife should be old enough or young, but fit for cohabitation; because this provides the legal spousal restriction. If however she is too young to be enjoyed by her husband then no maintenance is due to her, because maintenance becomes due as a result of enjoyment. If the latter does not exist then maintenance would not be mandatory.

3. A woman should give up herself to her husband completely; either and actually, or by expressing her readiness to do so, whether her husband entered her actually or he did not, or whether she or her guardian asked him to do so or not. The Maliki School of Fiqh places as a provision for incumbency of maintenance the request of the woman or her guardian. If she remains in her family's premises with her husband's consent and choice, then her maintenance becomes due on him. But if she withholds herself, or her guardian withholds her from her husband, or if both parties kept silent after concluding the contract; she did not offer herself to him, nor did he demand her to move into his premises; in that case no maintenance is due to

women; for they are weak under your care'. You took them as a trust from Allah, and legalized their pudenda with the permission of Allah. Their right upon you is to maintain them according to your normal standards.'

In another version, at-Tirmidhee quoted Ibn Al-Ahwas: "You owe your wives rights, and they owe you rights . As for your rights, they should not allow those whom you do not like to into your homes. While their rights on you are to provide them with clothes and food.'

The Ruling on Wife's Maintenance

Scholars and jurists are agreed that it is the husband's duty to maintain his wife; a right which is provided by the legitimate marriage contract regardless whether she is rich or poor, Muslim or non-Muslim. We have already cited proofs from the Book, the Sunnah, scholars' consensus and reason.

The reason for maintenance incumbency

The reason for obliging the husband to maintain his wife is the legitimate marriage contract. The contract is a reason for the incumbency of maintenance as it is for dowry'; with a difference between the two provisions; that is, the contract in itself is a reason for giving a dowry, whereas it is not so for maintenance. Maintenance is incumbent on the husband because the wife, by virtue of this contract becomes restricted to him alone, and under his obedience, thus to be able to reap the outcome of his marriage, and obtain his spousal rights. If the contract is legitimate and has implemented restricting the wife to him in a manner, which serves the purpose of marriage. When the woman gives up herself to her husband actually and legally and becomes ready to obey him, and does not refuse to move into his premises to cohabit with him. In that case, maintenance becomes due to her. Otherwise, she would not be entitled to it

Reasons of Annulling Wife's Alimony

Dr. Hussein Ahmed Abdul-Ghani Samra :- (*)

Wife's disobedience and similar attitudes on her part are reasons for annulling alimony.

Alimony is a an allowance paid to a woman by her husband, or her former husband for her maintenance; or what one pays to maintain his family and relatives, such as food , clothes, appliances, furniture, and services according to prevalent customs, which is mandatory according to the Book and the Sunnah, scholars' Consensus, and reason's criterion.

Allah, the Exalted, says: "Let your divorcees live in the premises wherein you live, and maintain them according to your means." And, "Let him the affluent spend out of his means." And let the less fortunate spend of whatever Allah provides him; for Allah burdens none beyond his means." And: "The man to whom the child belongs shall be responsible for maintaining them (the mothers.)"

Allah, the Exalted, commands husbands to let their divorcees live with them during their Iddah period (Iddah of a divorcee is three menstrual periods) and to maintain them according to their means. And since accommodating a divorcee is her husband's duty; then by right maintaining a wife who has proper marital relation with her husband is more so.

As for proofs from the Sunnah, Jabir reported that the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention, delivered a speech one day in which he said, 'Fear Allah with regards to

* Professor & Lecturer in the Faculty of Shari'ah and Usool ad-Deen/Dept. of Islamic Jurisprudence at the University of King Khalid in Abha.

Human genome and its legal ruling

apply. Because all affairs are considered by their objectives and the consequences of actions should be taken into consideration and warding off evil takes precedence over procuring benefits, and evil should be removed according to the scholars who discussed the issues of objectives, maxims, and legal fundamentals.

Such exploration also can be determined in the lights of its spheres as well as in the lights of the expected facts, and scientific and biological results.

As for the legal ruling on exploring the genome for the purpose of prevention and medical treatment is the same as the ruling on the diagnosis for prevention and medical treatment, but with more restrictions with the particular terms that are relevant to this operation; such as observing confidentiality and avoiding improper conduct for discovering the genome such as the behavior of some companies, administrations, whose purpose is to prevent those patients or would-be patients from pension, jobs, insurance, studies etc.

Among such conditions too, that such operations should not be done in order to foretell health conditions of certain people, or for taking extra precaution of a person's future health that may cause him psychological misery and chronic depression for expecting a disease after certain period of time.

In brief exploring the genome must be limited to a very narrow circle and according to necessity and that it should lead to fulfilling its legal benefits.

Human genome and its legal ruling

The data on the human genome maybe exploited to increase the phenomena of material monopoly and economical exploitation of individuals, peoples, and states or for replacing the classical monetary revenues with the revenues of the biological revolution which will be the fertile source and profitable commodity and lucrative market throughout the 21st century.²⁴

There is no doubt that these lucrative material phenomena falls in the circle of prohibitions because it is a monopoly, embezzlement and devouring people's fortunes falsely.

A ruling on exploring human genome

Exploring human genome means examining the human hereditary characteristics. It means, generally speaking, the diagnosis for treatment or improving relative research, or knowing the health conditions of a person who wants to do certain work or for the purpose of joining insurance and salary systems, or something else.

Therefore exploring the genome may raise many questions and problems that revolve around the expected objectives of this exploration, and about the nature of these objectives in terms of excepting them or rejecting them ethically, and religiously. Exploring the genome for instance, for medical protection and treatment raises the hope for improving health and safety, and calls for admiration and pride of the scientific and biological amazing progress, but in the mean time it raises fears that is, for the patient and other medical fears of outright failure for genetic treatment which is surrounded by many hazards and difficulties. Therefore the legal ruling on exploring the genome is based on its consequences and objectives which must be observed in terms of good or bad, to apply or not to

²⁴ Dr. Husaam, The map of life, pg. 99 and my book: Cloning pg. 54.

Human genome and its legal ruling

aborting the former at any age if it definitely dangers the mother's life.²³

b. What is relevant to human genome in diagnosing fetal deformation and the inquiries about the accuracy of this diagnosis, and timing it in terms of the age of the fetus and the possibility of finding other solutions for this deformation other than abortion and the hazards of such solutions; particularly if they are genetic and hereditary solutions. Whatever can be said about these solutions can also be said about the tests in genetic treatment in terms of benefit and harm, good and evil, permissibility and prohibition. All of which can be determined in the light of what will the future result and facts tell about the development of a human genome and genetic engineering.

A ruling on the use of a genome for developing genetic researches

Knowledge, as they say knows no limits. The discovery of the human genome may lead to other scientific discoveries which may widen the scientific horizon and augment the welfare and happiness of humanity. Sincere scientists are required to further the researches on the genome in a way which procures benefits and wards off evil and strengthen the faith and the application of Islam throughout the daily life.

Such developing in this consideration is a legal duty on the Ummah and on those in authority according to the rule of the collective *Furoodh* and according to each person's status, and ability.

A ruling on the use of the genome for dubious business purposes

²³ The details of this fatwa is in the decision of the Majma al-Fiqhi of World Muslim League in its 12th convention in Makkah, 15 Rajab 1410H-10 February 1990

Giving this ruling in detail along with its restrictions depends on future development of researches and experiments as well as the expected results and hopeful truth in this concern.²²

A ruling on the use of a human genome for aborting a deformed fetus

It has become possible now through drawing a genetic map of human genes to know whether it is exposed to deformation through analyzing its healthy and defective genes which cause deformation therefore some advocate aborting the deformed fetus to save it and his family from this problem.

In fact this question was known from a period of time on which a number of Fatawa that were issued collectively or individually. The important point here its relation to the development genetic engineering and human genomes which now is a means of discovering fetal deformations and the degree of its seriousness. Human genome in this issue is as a means which leads to the objective which must be judged just as abortion is judged; because (the rules of objectives apply to the means) and (what is conducive to the unlawful is unlawful).

The legal ruling here is determined in the light of:

a. What the scholars mentioned in the fatwa on aborting a deformed fetus. They differentiated between the fetus which is 120 days old which is not permissible to abort, and the fetus which is younger than that. They differed over this issue and their opinions could be found in the relevant reference books. They also differentiated between the fetus which causes hazard to his mother and the one which does not; they permitted

²² ibid pg. 36

Human genome and its legal ruling

*Assuring that the animal's organ is clear from viruses or diseases.

*Resigning to this treatment only in emergency cases provided man's health safety is observed.

A ruling on implanting a substance from a pig in the human body

Further to what is mentioned about (the use of animal's organ excluding the pig and the operation of transfer and implanting) there is yet another issue, that is the status of pig in Islam in terms of its prohibition and abhorrence. This animal is a part of the Western environment where it is allowed to consume and keep for purposes like entertainment; beautification and are boastful of it.²¹

Based on the above we say the use of a pig for providing blood, organs, hormones, or other things for the purpose of implanting them in a human patient for treatment; this kind of use is very obscure and complicated and the data about it is very minimal and not tangible from the practical point at least. Therefore it is not possible to permit it entirely due to the expected risks. Nor is it possible to prevent it because of the expected benefits; bearing in mind to be cautious for the time being we tend to prohibit it in conformity with the Islamic view of the pig and the respective legal rulings of prohibiting it, because it is filthy and impure. Providing organs, blood, and hormones by the use of pigs has un-guaranteed consequences nor accurate results because it may be conducive to medical, psychological, social and environmental serious complications.

The safest at this point is to do away with the pig and replace it with lawful animals observing the conditions that are mentioned above.

²¹ N. Khadmi, A legal ruling for the use of a pig in genetic engineering, pg. 42

Human genome and its legal ruling

blood) in the body of a patient who needs them. It appears for the first look that this operation agrees with the Islamic principal, which decided to use animals for man's benefit, and the permissibility of seeking medical help. It also went as far as allowing the unlawful in emergency cases, and probing mysteries.

But deeper look into this issue, particularly at this stage where scientific researches are in their embryonic stage, and its results are not tangible yet thus we have to be patient and wait until facts become clear. Scholars have warned against many existing and expected risks of this use, the most important of which:

*The difference between mans and animals genes, which may insight man's immunity system to reject the animals organ.

*The possibility of the transfer of many viruses from animal to man knowing that such viruses are prone to multiplication and development.

*The possibility of causing a sudden genetic disorder after a period of time. This disorder maybe transferred to generations and cause disasters.

*The prohibitive cost of the operation, and the difficulty of finding an animal which is genetically engineered to be used in the operation of implanting the needed organ. Therefore caution must be pursued along with the following restrictions:

*The necessity of international cooperation of scientists in all specializations that are relevant to genetic engineering (physicians, physiologists, pharmacologists, pathologists and veterinarians)¹⁹

*Continuous observation of the effect of the animal's organs after implantation and vice versa.²⁰

¹⁹ Genetic treatment pg. 117

²⁰ ibid. pg. 117-118

Human genome and its legal ruling

- The operation should be free from any suspicion; such as any relationship between the reader and the patient, basing the case on imagination speculation.
- Assuring confidentiality to the utmost..
- Request for analysis should be made by the father alone because such request stands for 'Li'an,'¹⁷ which only the husband can request.
- Only a judge or the head of a respective authority can order genetic analysis
- Analysis for identical twins is made only to confirm ascription.¹⁸ As for crimes and felonies, genetic analysis does not serve the purpose, because it is possible to that the innocent twin be wronged.

A ruling on the use of genome in the implanting an animal substance in a human body

A patient may use an animal's organ or fluid for treatment. Hereditary researches proved it possibility, because it fulfills people's needs for these animal substances.

The term, 'animal' which may be used applies to all animals such as monkey's pigs, mice and others. So it is necessary to distinguish between pigs and other animals owing to Shari'ah prohibition of pigs.

The ruling on implanting substance (not from the pig) in human body

It possible now, biologically and scientifically to remove and implant an animal's organ (Heart, liver, valve tissues, cells,

¹⁷ Li'an is an uncommon form of divorce which is based on husband's accusing his wife of infidelity. He supports the accusation by taking an oath four times, and by calling imprecations on himself in case of falsehood on his part. The wife does the same to prove her innocence. Thus their marriage is terminated.

¹⁸ Ahmad Khalil, Genetic Treatment, p.93.

as it can.¹³ He reiterated that caring for confirming family lineage and eliminating its obscurity is an objectives of Shari'ah.¹⁴

Consequently, using the genome or heredity characteristics as a means of confirmation supplement the other standard means. However, the former has some deficiencies, reservations, precautions, and question marks that weaken its legality and effectiveness.

Among these deficiencies the following:¹⁵

- Contamination of genetic samples and confusion with other samples.
- The possibility of changing samples deliberately or inadvertently.
- Doubting the accuracy of the results.
- Resemblance of genomes in identical twins.

In order that the use of hereditary characteristics remain valid in identification process, scientists and jurists laid the following of restrictions and conditions.¹⁶

- Resorting to the use of hereditary characteristics should take place only in critical and urgent cases.
- Reading the such characteristics should be done by specialists and well established experts in the field of genome and genetic engineering.
- Analysis should be done in specialized and official, or public state-owned laboratories.
- Full assurance that the samples are protected from any pollution or mixing with other samples.

¹³ As-Salami, p.15

¹⁴ Ibid. p.17

¹⁵ Ibid. p.15

¹⁶ Ibid., p.12-15

characters are not inherent; rather, they are the results of human error, or contamination factors. They further stated that among the reasons for confirming lineage ties is the dispute over an individual of an unknown lineage when the disputants either have no proof to support their claims, or have evidences of equal power, or they dispute over a child who is born as a result of a sexual intercourse between a mother and two male claimants.

Other reasons for confusion are children born in hospitals, care centers, test tube babies, lost children and mixing with other children due to accidents, wars, disasters etc..

The Council also issued a fatwa permitting genetic tests for criminal investigation as evidential means in crimes which is not subject to a legal castigation or capital punishment.¹⁰ It would be sufficient in this case to anatomize various body's secretions, finger

fingernails, hair, saliva, blood, seminal fluid and other things.¹¹

The use of the genome for obtaining confirmation evidence is permissible, or even imperative, according to Islamic Shari'ah, if its conditions and terms are observed.

The Jurisprudential Synod has permitted, as we mentioned above, the use of the hereditary characteristics to prove the family lineage between parents and offspring,¹² and in confirming criminal charges.

Sheikh Muhammad Al-Mukhtar Al-Salami, on the other hand, stated that jurists justify leniency in confirming family lineage by because among the principles of the Islamic Shari'ah is to prefer confirming a family lineage to negating it as possible

¹⁰ The Fifteenth Jurisprudential Synod in Makkah.

¹¹ Abdul-Hadi Misbah, Genetic treatment, p.91

¹² Al-Jundi, Legal Medicine, 231

The magnificent scientific discovery of the human genome should under no circumstances be used to destroy man and infringe his rights, or disrupt order and stability. It should not be allowed even to reach the stage of just contemplating selecting super heredity designs and elite species, or cloning according to desires and whimsical request.⁶

Thus, collecting genetic data, which leads to human cloning is conducive to what is prohibited, for collecting data in itself is not prohibited; whereas collecting it for a prohibited purpose; viz., human cloning, is prohibited, as dictated by the legal maxim: 'Whatever is conducive to a prohibited thing is prohibited.'

As for Cloning itself is absolutely prohibited. The Islamic Jurisprudence Council in Jeddah issued its well known decision of prohibiting human cloning.⁷

The ruling on using human genome for identity confirmation

Among the aims and uses of the genome is to confirm man's lineage, criminal charges, and identity of lost and incinerated persons. Scientists say that reading the genome code of a parent and offspring makes it possible to confirm lineage ties between them,⁸ and that hereditary characteristics are the best for distinguishing between individuals.⁹

On the other hand, the Islamic Jurisprudence Council has issued a verdict in Makkah Al-Mukaramah that heredity characteristics are an unequivocal in determining family lineage between parent and offspring, and that errors in hereditary

⁶ N. Khadimi, Cloning, p. 66

⁷ The tenth Conference which is held on 23-28 of June, 1997.

⁸ As-Sulami, Confirming Family Lineage by Heredity Characteristics, p.12

⁹ Hereditary Characteristics

Human genome and its legal ruling

Therefore, it is impermissible to use the genome for the purpose of altering man's hereditary characteristics, or mixing human with animal or plants (the green man) or practice what is known as hereditary surgery, which is experimenting with seminal cells, or some thing else, which injure man's respect, degrade his character, deforms his genetic hereditary structure, and endangers the family, social and universal systems that are approved spiritually, intellectually, normally, and realistically. If this happens, Allah forbids, it will play havoc with human life, and cause unlimited human and ethical disasters, probably the most serious of which are:

- Justifying racism, nationalism, hereditary supremacy, biological inevitability and genetic selectivity.
- The ignoring characterization of variance, difference and subjugation.
- Providing a market for organs, superior genetic nurseries for producing made-to-order specifications???
- Degrading man's dignity, rights, and religious and ethical values.

The ruling on the use of human cloning

There is a probability of using human genome in cloning according to certain genetic specifications that are recognized by human genome and discovered by the heredity map and hereditary genetic stock.

This practice is definitely dangerous and should be prohibited, forbidden, and banned. It opposes the intellects, religions and ethics; and violates the ways and the unalterable natural and human principles and laws.

may benefit man. The difficulty of issuing such legal ruling blamed on two reasons:

1- Unavailability of all the data on genetic treatment and genetic engineering.

2- Confusing interests and evils in the fields where genetic treatment has taken wide paces.

The general legal ruling on genetic treatment

It is permissible in principle to use genetics for the purpose of preventive medicine and cure in the light of the legal maxim of interest and evils; and on the bases of medical treatment and cure in conformity with utilizing the universal and sciences laws for man's benefit.

Dr. Abdul-Sattar was quoted as saying: "If the intention of replacing genetic characteristics is treating and protecting man from hereditary diseases, then, doing so is as legal activity, if not as a duty, then as a permissible practice; because it falls under the texts that command seeking medication for warding off harm, and procuring benefit.⁵

As for the detailed legal rulings on the circumstances and the phenomena of genetic treatment, they may be defined in the light of results and facts, and according to the legal effective rules and objectives.

The ruling on altering human hereditary genes

The ultimate goal of the human genome is to delineate man's hereditary identity, or the hereditary characteristics. This delineation may be employed to alter this identity and characteristics for the purpose of corrective medicine, or blending human genes with those of animate or inanimate creatures, that future would reveal.

⁵ Ibid. p.205

Consequently, the Islamic contribution to discover the genome reaches the level of individual obligation with which leaders, politicians and scholars, who in essence, are the people of knowledge. Because what is indispensable for discharging a duty, accomplishing it becomes a duty in itself.

As for the Ummah, it is a collective duty the fulfillment of which by some people of knowledge excuses the rest from fulfilling it. If, however, it is fulfilled by none, then the whole Ummah is responsible for fulfilling it, each according to his capacity.

2- Jurisprudence rulings on the use of human genome

The ruling on the use of human genome for prevention and medical treatment

Among the uses of human genome are preventive medicine and medical treatment through what is known as genetic test or genetic treatment.

Genetic treatment means a treatment through manipulating the genes or chromosomes, in terms of alteration, replacement, cleansing and disposal. It basically depends on cleansing and isolating the genes and reconstructing them.⁴

While the legal ruling on genetic treatment may be defined in the light of the results of the experiments and hereditary researches, as well as the facts reached by scholars, which form an ideal framework for issuing a detailed ruling on such treatment.

Therefore, it is necessary for the time being to issue a universal legal ruling that would be able to accommodate all results of future experiments and researches avoiding hastiness, which may defeat the objectives of the Islamic laws, or what

⁴ Nahid Baqsmi, Genetic Speculation, p.291

Dr. Zaghloul al-Najjar stressed the need to form an Arab-Muslim cadre capable of dealing with this question, even if it has to start from the point where the others stopped for the sake of our own benefit, and to reach conclusions that could be missed by those who are working on the project in the West.³

Emphasis on the Muslims' contribution towards the discovery of the genome falls within the following two perspectives:

1- The perspective of legal obligation with which people of knowledge are charged, so that they should take the initiative, or guiding scientific and biological discoveries in response to the texts of the Qur'an and the Sunnah, and Shari'ah regulations, which call for contemplation and learning, and which approve the divine law of subjugating the universe for man's benefit, and tie the ruler's authority over his subjects to their interest .

2- The perspective of the 'clash of civilization,' and the race for superiority and leadership for stability and security. It is a known fact that there is a non-Islamic and universal domination, which is inhuman in most cases, of modern technological inventions, development, their application and revenues. This domination aims too, at deliberate negligence of the Third World and Developing countries as well as the Muslim Ummah by keeping such discoveries, technologies and benefits out of their reach in most cases.

This civilization perspective makes it imperative for the Muslim nation to take the initiative or -at least- to participate in guiding the genetic researches' trend to base them on religious, ethical, and humanistic foundations, and cleanse them from defects, corruption and suspected applications.

³ Da'wah Magazine #1777, p.11

in both worlds, then, there is no harm in it, nor does the Islamic Shari'ah object its use. Rather, it is imperative to benefit from it if it is in the interest of mankind.

This ruling is substantiated by a host of legal proofs which invites man to contemplate the universe and discover its mysteries, and utilize things that are beneficial in both worlds.

If the discovery of the genome aims at manipulation, destruction, embezzlement, or competing with the creation of Allah, thus to allege the prevalence of science over religion, ethics and norms; then, there is no doubt in prohibiting it, and controlling its effects. Efforts should also be exerted to set guidelines for it, and free it from corruption and defects.

This judicial ruling is substantiated by numerous textual proofs that prohibit causing harm, corruption, or domination. Such proofs also war against the consequences of polytheism, arrogance, and infringing on the rights of Allah and His creatures.

B- The ruling on contributing efforts for the construction of the human genome

What is meant by contribution in this context is the contribution of the Muslim nation in the efforts exerted to discover the genome, and gather full data of its secrets and the knowledge of its repercussions and results, as well as controlling its effects and applications.

The Muslim nation represented in governments and various authorities is invited to participate with the other international organizations in their efforts to discover the genome, whether by its direct research and financial contributions, or by drafting policies, ethical and legal restrictions in the genome project.

Human Genome and its Legal Ruling

Dr. Nouruddin Mukhtar Al-Khadimi :- (*)

Introduction:

The human genome or the human genetic project is one of the recent, significant and serious developments of the genetic engineering in biology. It is a two-sided scientific discovery: composing benefit and harm. Hence, it has raised countless discussions and endless worries. The most important of which affects human dignity, religion and ethics.

Manipulating human genome is considered, from the Islamic Shari'ah perspective, as the most astonishing contemporary harm, which needs scholars to discuss and issue rulings on it and judicial solutions. That's what we will discuss below.

A brief Definition for the human genome:

The human genome is a haploid set of chromosomes that consist of the units of heredity transmitted in chromosomes through interaction with other genes that exist in human cells.¹ Dr. Al-Shaqfa defines it as man's true identity, or the characteristics of every person just as fingerprints are.²

1- Judicial rulings on the discovery of the genome and contributing to its researches

A: The ruling on the genome's discovery

Judging the genome's discovery may be judged in the light of the nature of this discovery, its aims and objectives. If it is meant for the well-being, progress, and happiness of mankind

¹ Daniel Kigles & Leroy Hood, Human Genetic Code. p.7

² Human Genetic Map, a TV series aired by Sharga TV on Rajab, 1421/October, 16, 02

superior to the others , and another claimed that the condition of the Ummah would not be set straight , nor its state of affairs would be rendered aright unless the Fiqh of this Madth'hab or that Madth'hab was applied .

We have also known about the disputes between the followers of one Madth'hab and another , and there were those who considered giving in marriage a women from a certain Madth'hab to a man of a different Madth'hab as an unprecedented problem , or whether it was permissible for a person to pray behind another who subscribed to a different Madth'hab than his .

Within this chaos of fanaticism the Ummah was busy in argumentation , litigation , and bickering to the point that its creativity seized , and its power faltered , and its resources plundered .

Those who divide the Ummah by their fanatical thoughts are considered as the most dangerous of its enemies because they try to destroy its unalterable beliefs, whether they are aware of it or not . The Ummah would never be able to protect its unalterable beliefs unless it knows how to deal with such people who penetrate its lines to destroy it with their perverted thoughts and actions .

It is only Allah Whose help is to be sought

A Letter from a Reader

There is nothing more dangerous than the division of the Ummah which makes it succumb to every invader. While believing everything said or accepting every ideology without scrutinizing it is yet another danger . If those who divided the Ummah in the past managed to accomplish many of their objectives, not withstanding their weak ability in that time ; but the dividers of the Ummah in our time are more powerful , and possess more effective weapons because of the availability of the means and ways .

We have known through history the thought of the Khawarij (the secessionists) about whom the Messenger of Allah, may Allah exalt his mention , said: **(They penetrate through the Deen as an arrow penetrates through a target)** . We have known how they plagued the Ummah with their thoughts and perversion , and how they assassinated the two Well-Guided Caliphs , Uthman b. Affan and Ali b. Abi Talib , may Allah be pleased with them both . We have also known through history the evil of fanaticism in terms of tribal lineage when a man used to insult his brother by belittling his tribe and the other belittled his clan . As a result , people had hard feelings against each other , the evil results of which affected the unity of the Ummah .

We have known the evil consequences of Madth'hab-fanaticism , when a person claimed that his Madth'hab is

Contents

• Letter from a Reader	5
• The human genome and its legal ruling	7
<i>Dr. Nouruddin Mukhtar Al-Khadmi</i>	
• Reasons for annulling wife's alimony	23
<i>Dr. Hussein Ahmed Abdul-Ghani Samra</i>	
• The Judicial nature of the contract in Islam	36
<i>Dr. Salah Abdul-Ghani Al-Shara'</i>	
• Granting protection to envoys in Islamic Sharia	43
<i>Dr. Aldeen Al-Jilani Bou Zaid</i>	
 • CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW	
<i>Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah .</i>	
- Ruling on bribing to ward-off harm	52
- Ruling on whether it is permissible to fulfill a pledge if its subject is unlawful ?	62
- Ruling on allowing women to perform Salat in Masjid	68
- Traveling distance in which Salat is shortened	72
- Ruling on leasing and subleasing rental units	79

THE CONSULTATIVE SCIENTIFIC BODY

Names according to Alphabetical order.

- Professor Dr. Ahmad Mohd. Nour Saif
- Professor Dr. Saud Bin Abdullah Bin Mohd. Al-Fnaisan
- Professor Sheikh Abdullah Bin Al-Sheikh Al-Mahfouz
Bin Biah
- Professor Dr. Abdul-Malek Bin Abdullah Bin Idhaish
- Professor Dr. Abdul-Wahab Bin Ibrahim Bin Mohd.
Abu Sulleiman
- Professor Dr. Al-Arabi Bin Ahmad Balhaj
- Professor Dr. Ala'uddin Kharoufa
- Professor Dr. Mohd. Ibrahim Bin Ahmad Ali
- Professor Dr. Nouruddin Bin Mukhtar Al-Khademi
- Professor Dr. Yacoub Bin Abdul-Wahhab Alba-Husain

In the Name of Allah , Most Gracious , Most Merciful

PRINCIPLES AND REGULATIONS FOR PUBLICATION

Contemporary Jurisprudence Research Journal staff would like to notify researchers that principles of publication in the journal necessitate the following :

- 1- Research submitted for publication , should be based on Islamic (Fiqh) jurisprudence .*
- 2- Research should concentrate on issues , questions and contemporary problems and the way of finding both scientific and practical solutions for them according to Islamic (Fiqh) jurisprudence , and its concepts which are confirmed by the people of Sunnah .*
- 3- Research should be objective and comprehensive . It should follow a scientific method in terms of depending on original references, documentation and explanation of (Ahadeeth) showing their degree of authenticity .*
- 4- Any research submitted for publication , should not have been published in either a book , a journal or any other means of publication.*
- 5- References should be mentioned in a margin at the lower parts of the page a long with a short biography for the figures mentioned in the research .*
- 6- Scientific references and their authors' names should be alphabetically indicated at the end of any research . Place and date of printing along with the publishing house should also be mentioned .*
- 7- A statement indicating that the research has not been published before, should be attached to the research .*
- 8- Research should be concluded by a brief summary manifesting results and opinions included therein .*
- 9- A satisfied abstract should be attached to the research to be translated into English .*
- 10- Pages of research should not be less than twenty pages of the journal .*
- 11- Researcher's name should be fully written along with his scientific post, if any .*
- 12- Researches are arbitrated by (Fuqaha) jurists and specialized scholars ('Ulama) according to a form which indicates principles and procedures of arbitration . Among these principles is that arbitrators should not know the authors' names and vice versa whether the arbitrators agree that their researches to be published or they show some observations or even recommend not to be published .*
- 13- The journal shall pay a compensation for the research after being published .*
- 14- Researches which are not published , will not be returned .*

** All essays herein published express the viewpoints of their authors.*

Whom Allah intends good grants him the
Knowledge and insight in Religion Hadith

**CONTEMPORARY JURISPRUDENCE
RESEARCH JOURNAL**

A journal specialised in Islamic jurisprudence
Issue No. 58 - Fifteenth Year May - June - July 2003

Editor - in - Chief *Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah*

Annual Subscription:

For Govt Offices and Agencies : SR. 200
For Individuals : SR. 100

Price Per Copy :

K.S.A SR. 15	Mauritania On.1200
Qatar QR. 12	Tunisia Mm. 1000
Syria L.L. 50	Libya L.Dr. 1000
Sudan S.D. 15	S of Oman P. 900
Algeria D. 12	Bahrain BF. 900
Jordan JD. 1	Kuwait K.D.1. 5
Egypt Le. 5	Yemen Y.R. 15
U.A.E.D. 15	Morocco D. 15
Iraq I.D. 1	

Annual Subscription :

U.S.A Canada & Europe US. \$ 30

NO. : 14/0188
ISSN : 1319 - 0792

Address :

Al-Aqiq - Al-Tahlia Str.
Riyadh - K.S.A

Phone: 4853702
4853705

Fax: 4853694

B.O. Box: 1918 .
Riyadh : 11441 .

*** Website :**

www.fiqhia.com

*** E-Mail :**

info@fiqhia.com

DAR AL-BOHOOS PRINTING PRESS

Phone: 4852663
4852161

Fax: 4852188

*** Distributors :**

Saudi Distribution Co.
Riyadh: 4779444
Jeddah: 6530909

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

Issue No. 58 - Fifteenth Year

May - June - July 2003

IN THIS ISSUE

- Letter from a Reader
- The human genome and its legal ruling. *Dr. Nouruddin Mukhtar Al-Khadmi*
- Reasons for annulling wife's alimony. *Dr. Hussein Ahmed Abdul-Ghani Samra*
- The Judicial nature of the contract in Islam. *Dr. Salah Abdul-Ghani Al-Shara'*
- Granting protection to envoys in Islamic Sharia. *Dr. Aldeen Al-Jilani Bou Zaid*

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- Ruling on bribing to ward-off harm.
- Ruling on whether it is permissible to fulfill a pledge if its subject is unlawful ?.
- Ruling on allowing women to perform Salat in Masjid.
- Traveling distance in which Salat is shortened.
- Ruling on leasing and subleasing rental units.