



مجلة

المجمع الفقهي الإسلامي

مجلة دورية مُحَكَّمة
يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي
برابطة العالم الإسلامي

العدد الرابع والثلاثون

١٤٣٧هـ / ٢٠١٦م

السنة الثلاثون

أبيض

مجلة المجمع الفقهي الإسلامي

مجلة دورية محكمة
يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي
برابطة العالم الإسلامي

المشرف العام
الأستاذ الدكتور
عبد الله بن عبد المحسن التركي
الأمين العام لرابطة العالم الإسلامي

رئيس التحرير:
الأستاذ الدكتور
صالح بن زابن المرزوقي البقمي
الأمين العام للمجمع الفقهي الإسلامي

أعضاء هيئة التحرير:
الأستاذ الدكتور

علي بن عباس الحكيمي
الأستاذ الدكتور

عبد الله بن حمد الخطيميل
الأستاذ الدكتور

عبد الله بن مصلح الشماي
الدكتور

أحمد بن عبد الله بن حميد

الدكتور
عادل بن عبد القادر قوته

الدكتور
إبراهيم بن ناصر البشر

العدد ٣٤ - السنة الثلاثون
١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦ م

بريد إلكتروني
mwifiqh@hotmail.com

البحوث المنشورة تعبر
عن رأي كاتبها

المراسلات
باسم رئيس التحرير
ص.ب: ٥٣٧ مكة المكرمة
هاتف رقم: ٥٦٠١٢٧٦
فاكس رقم: ٥٦٠١٢٣٢

أيض



أيض

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى

وَسَاءَ الْمُؤْمِنُونَ يُسَبِّحُونَ بِحَمْدِ رَبِّهِمْ وَأَقْبَلُوا الْإِسْلَامَ مِنْ قَبْلِهِمْ
فَرِحَ بِهِمْ مَلَائِكَةُ السَّمَوَاتِ بِمَا كَانُوا يَفْعَلُونَ
وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ
وَلَهُمْ فِيهَا مَنَازِلُ مُتَرَفِّعَةٌ
سُورَةُ التَّوْبَةِ: ١٢٢

أبيض

قواعد النشر

في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي

- ١ - تعني المجلة ببحوث الفقه الإسلامي وما يتعلق به، من داخل المجمع وخارجه.
- ٢ - ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية، أو سبق نشره، أو قدم للنشر في جهة أخرى.
- ٣ - أن يكون البحث متسماً بالعمق والأصالة والجدّة.
- ٤ - أن يكون البحث موثقاً.
- ٥ - أن يلتزم الباحث بقواعد ومواصفات منهج البحث العلمي.
- ٦ - أن يكون العزو إلى صفحات المصادر والمراجع في الحاشية لا في اللب، وأن ترقم حواشي كل صفحة على حدة.
- ٧ - بيان المراجع العلمية ومؤلفيها في نهاية كل بحث حسب الحروف الهجائية مع بيان مكان وزمان طباعتها وجهة نشرها.
- ٨ - أن يقدم البحث مخرجاً في صورته النهائية منسوخاً على أحد أنظمة الحاسب الآلي، مع إرفاق قرص مطبوع عليه البحث، وإرفاق نسخة مطبوعة منه. ويمكن الاستعاضة عن هذا بالإرسال عن طريق البريد الإلكتروني.
- ٩ - ألا يزيد البحث عن خمسين صفحة، إلا إذا أمكن تقسيمه علمياً لنشره في عددين.
- ١٠ - أن يرفق الباحث ملخصاً لبحثه لا يتجاوز صفحة واحدة باللغة العربية، ويفضل ترجمته إلى الإنجليزية.
- ١١ - يتم عرض الأبحاث على محكمين ممن تختارهم هيئة التحرير.
- ١٢ - تقديم تعريف علمي بالباحث لا يتجاوز خمسة أسطر في صفحة مستقلة.
- ١٣ - يحظر أصحاب الأبحاث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.
- ١٤ - يعتذر للباحثين الذين لم يوافق على نشر بحوثهم دون إبداء الأسباب، ودون الالتزام بإعادة البحث.
- ١٥ - لا يحق للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد إرساله للتحكيم.
- ١٦ - يعطى الباحث عشر نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.

أيض

محتويات المجلة

■ كلمة المشرف العام على المجلة:

معالي الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

الأمين العام لرابطة العالم الإسلامي ١٣

■ كلمة رئيس تحرير المجلة:

فضيلة الأستاذ الدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي

الأمين العام للمجمع الفقهي الإسلامي ١٩

■ البحوث المحكمة:

١- البيع والتأجير بالسعر المتغير

فضيلة الدكتور الصادق بن عبد الرحمن الغرياني ٢٥

٢- العوض المتغير في البيع والإجارة

فضيلة الأستاذ الدكتور فهد بن عبد الرحمن اليحيى ٦٩

٣- التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر

سعادة الدكتورة إيمان بن محمد علي عادل عزّام ١٣٣

٤- مجالات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي

وتطبيقاته وفقاً للقانون الفلسطيني في محاكم قطاع غزة

إعداد الدكتور نعيم سمارة المصري - والدكتور سامي محمد نمر أبو عرجة ٢١٧

٥- بيان المجمع بشأن تنفيذ الإعدام بحق سبعة وأربعين من الفئة الضالة المدانين

في قضايا إرهابية ٢٧٣

٦- بيان المجمع بشأن أحداث الفلوجة بالعراق ٢٧٧

أبيض

كلمة المشرف العام على المجلة
معالي الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي
الأمين العام لرابطة العالم الإسلامي

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه
أجمعين، وبعد:

فعسى أن يجد القارئ المتخصص في محتويات هذا العدد من مجلة المجمع
الفقهي، ما يضيف جديداً إلى رصيده من العلم، وقد يجني القارئ فائدة من مجرد
التأمل في العناوين والمحتويات العامة للموضوعات، وقد يعثر عليها من غوصه
في لجة البحث سواء في المبادئ والاستدلالات أو في المطالب والغايات، كتطبيق
قاعدة من قواعد الفقه أو الأصول أو غيرهما، أو إعمال دليل نقلي أو عقلي، أو
توجيه أو تعليل، أو دفع إيهام أو شبهة، ونحو ذلك مما ينمي المواهب
الفقهية، ويرشد المتعلم إلى طرائق التحصيل بضروب من التطبيقات التي تظهر
في البحوث والدراسات.

والبحوث والدراسات الشرعية المرتبطة بالقضايا المعاصرة، من الأمور التي
ينبغي أن يضعها العلماء في الأولويات من سلم اهتماماتهم، لما تتضمنه من أحكام
شرعية وتوصيات تطبيقية مشتملة على حلول وبدائل، تضبط الحياة الإسلامية
بالشرع الحنيف، في خضم المتغيرات المتسارعة المتشابكة.

وليست النتائج التي يتوصل إليها الباحثون المتخصصون، في معالجة النوازل
الجديدة، بالأمر الهين، فإن البحث عن حكم الشرع في أمر من الأمور، يتطلب
معرفة ملابساته ومتعلقاته.

وكثير من القضايا المعروضة على هيئات الإفتاء ومؤسسات البحوث
الفقهية، ترتبط بها من العناصر المؤثرة فيها، من جراء اشتباك الحياة وترابط

جوانبها، ما يجعلها في غاية الصعوبة والتعقيد في تكييفها وتبيئتها لإنزال الحكم المناسب عليها.

وفي الوقت ذاته يتجشم الباحث مشقة كبيرة في التنقل بين مصادر البحث ومراجعته والغوص في محتوياتها، وهي عُدة الباحثين وعمدتهم في الجمع والتفريق والتشبيه والتنظير والتخريج، وذلك جهد شاق ووعر يعرفه من خبره وتمرس به.

وتظهر الصعوبة من جهة أخرى، في كون الباحث يعالج قضايا من الواقع المعاصر، بالاعتماد على فقه مضى على تدوينه عدة قرون، وفي هذا ما فيه من الصعوبة في التعامل مع تلك المدونات، فليس من السهل حل عبارة العديد منها، ولا من السهل على أي باحث كشف مصطلحاتها ولغاتها، وقد يشق الوصول إلى محل الغرض من المسألة التي يريد الباحث استطلاعها.

وقد كان الفقه الإسلامي في العصور الزاهرة مرتبطاً ارتباطاً مباشراً بحياة الناس وأوضاعهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

نسأل الله الكريم أن يهيئ للأمة المسلمة من أمرها رشداً، ويفتح لها فتحاً مبيناً، تسعد فيه بالعودة إلى تحكيم الشريعة في مختلف مجالات الحياة.

وأشكر لفضيلة الأخ الدكتور صالح بن زابن المرزوقي، الأمين العام للمجمع الفقهي، جهوده المتميزة في الاعتناء بالمجلة، وحرصه هو ومن معه من أعضاء هيئة التحرير، والمتعاونين معهم في أمانة المجمع، على تطويرها في الجوانب الفنية.

والحمد لله رب العالمين.

الأمين العام لرابطة العالم الإسلامي

أ.د. عبد الله بن عبد المحسن التركي

كلمة التحرير

للأستاذ الدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي
الأمين العام للمجمع الفقهي الإسلامي

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم الوحدة الإسلامية ودور المملكة العربية السعودية فيها

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله ، وبعد:

يدعو الإسلام إلى الوحدة بين المسلمين، ويؤكد على أنهم أمة واحدة، قال تعالى: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ﴾ الأنبياء، وينهى عن التفرق، فقال جل من قائل: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾ آل عمران وقد أثبت التاريخ التفوق الباهر للمسلمين يوم أن كانوا متحدين، وكيف أناروا الدنيا، حيث جلوا الظلام عن جميع البلدان التي شمع نور الإسلام فيها، كما أن المصلحة الوطنية للمسلمين تحتم عليهم الاتحاد، وهذا أمر لا يحتاج إلى برهان .
وقد وفق الله ولاية أمر المملكة العربية السعودية للأخذ بأسباب توحيد الأمة الإسلامية، وقد تحقق بفضل الله إنجاز كثير من العوامل .

ومن ذلك دعوة المؤسس الملك عبد العزيز بن عبد الرحمن آل سعود - رحمه الله - إلى عقد مؤتمر إسلامي عالمي في مكة المكرمة عام ١٣٤٤ هـ الذي يوافق ١٩٢٦ م، للبحث في شؤون المسلمين ، واقتراح سبل توحيد كلمتهم، والنظر في مختلف المشكلات الإسلامية ، ومشاركته في إنشاء الجامعة العربية . وإنشاء رابطة العالم الإسلامي لهذا الغرض عام ١٣٨١ هـ بأمر من الملك سعود بن عبد العزيز - رحمه الله - . ودعوة الملك فيصل بن عبد العزيز آل سعود - رحمه الله - إلى التضامن الإسلامي، وقد أثمرت هذه الدعوة إنشاء منظمة التعاون الإسلامي وهيئاتها المختلفة، التي حققت مكاسب كبيرة للدول الإسلامية، وقد صدر قرار إنشائها في أول مؤتمر شامل في الرباط بالمملكة المغربية . وكان ملوك هذه البلاد يسدون

النصح والتوجيه لجميع الدول بالاتحاد وجمع الكلمة . وكذلك دعا الملك خالد بن عبد العزيز - رحمه الله - وشارك في إنشاء مجلس التعاون الخليجي . حيث تأسس في ٢١ / رجب / ١٤٠١ هـ الذي يوافق ٢٥ / مايو / ١٩٨١ م، وسار على هذا النهج المبارك حكام هذه البلاد الطاهرة، وقد برز هذا النهج بروزاً واضحاً وكبيراً أثلج صدور المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها، ورفع رؤوسهم، وأعاد الثقة إلى نفوسهم، وإلى أمتهم ما قام به خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز آل سعود زاده الله توفيقاً وتسديداً، من إنشاء التحالف العربي لنصرة الشعب اليمني، ثم الارتقاء إلى أقوى وأعظم وسيلة من وسائل الوحدة الإسلامية وهي دعوته - حفظه الله - إلى التحالف الإسلامي العسكري لمكافحة الإرهاب، الذي تحقق بفضل الله، وأعلنه في ٣ / ٣ / ١٤٣٧ هـ بقيادة المملكة العربية السعودية، ويضم إلى هذا التاريخ تسعاً وثلاثين دولة إسلامية .

وكان هذان التحالفان حلماً بعيد المنال، بل كانا أشبه بالمستحيل ولكن عون الله وتوفيقه، ثم العزيمة الصادقة، والهمة العالية، وبعد النظر، وحسن النية، وسلامة المقصد سهلت الصعاب، بتسخير من القوي العزيز لهذا الإمام، الذي أصبح محط آمال الأمة بعد الله، فتم ما لم يكن في الحسبان؛ إذ تحقق الاتحاد الإسلامي العسكري . ولهذا فقد أصبحت الثقة في تحقيق وحدة أشمل أمراً ممكناً ولم يعد متعذراً .

لاسيما أن الجميع يدرك الآثار السيئة للفرقة، والآثار الحميدة للوحدة الإسلامية؛ كحفظ الأمن، ومحاربة الفقر، الذي يعصف بكثير من الدول الإسلامية، وذلك بالتكامل الاقتصادي، وإنشاء سوق إسلامية .

أسأل الله أن يذل لهذا الملك الهمام الصعاب، ويسلك به طريق الرشاد، ويوفق جميع حكام الدول الإسلامية لمعاضدته ومؤازرته، لتتحد قلوبهم وكلماتهم وشعوبهم . وليعلموا أنه لا عز لهم إلا بالإسلام، وتطبيق شرع الله في كل كبيرة وصغيرة، وينبغي أن يأخذوا من التاريخ العبر .

أ.د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي

**الأمين العام للمجمع الفقهي الإسلامي
رئيس تحرير المجلة**

أبيض

البحوث المحكمة

أبيض

البيع والتأجير بالسعر المتغير

إعداد

فضيلة الدكتور الصادق بن عبد الرحمن الغرياني

مفتي عام ليبيا

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، وصلى الله وسلم على رسول الله، محمد وآله وصحبه ومن والاه.
أما بعد:

ففي ظل التطور السريع للمعاملات المعاصرة، وتنافس المؤسسات المالية - سواء منها التقليدية الربوية، أو الإسلامية النظيفة - تظهر في السوق صوراً من التعامل، تتوالى تباعاً مع الأيام، وتفرض نفسها واقعاً على الناس، في بيعهم وشرائهم، وعلى مؤسساتهم المالية، شاءوا أم أبوا.

وهي نوازل جديدة وافدة، بحاجة إلى نظر أهل العلم؛ لبيان أحكامها الفقهية، نظراً مؤصلاً، مؤسساً على الأدلة والقواعد الشرعية، التي مهّدها الأسلاف وأحكموا ضبطها، في تراث فقهي عظيم، سهّلت وسائل النشر الحديثة الاستفادة منه.

وعلى الرغم من الأهمية البالغة للنظر في متجدد هذه النوازل، وأهميتها وضعها من البحث والتمحيص في المكان اللائق، فإنه لا يخفى أن منها ما يفرزه سوق المال العالمي، ويلقي به بين ظهراني المؤسسات الإسلامية؛ لتقدمه لعملائها، وما هو إلا محاكاة مشوّهة لصور من المعاملات المالية التقليدية، القائمة على الغرر، أو الارتباط المأسور بسعر الفائدة المركبة، الذي لا يكاد يغيب عن بعض مؤسسات المال الإسلامية، وبخاصة عند إعداد المشاريع التمويلية، وتقدير الأرباح في العقود الآجلة، وفي بيوع المربحة الغالبة في معاملاتها.

وإزاء هذه المحاكاة، تجد المؤسسات الإسلامية نفسها ملزمة بالبحث عن مخرج لهذه العقود الوافدة، ولو كانت بعيدة متكلّفة، حتى لا تتهم بالتقصير والعجز عن مواكبة التغيير.

الأجدرُ بالمؤسساتِ في السوقِ الإسلامية أن تستقلَّ بصيغٍ من التعاملِ تميزُها، مؤسسة على الدليل الشرعي، وما ترجح لدى علماء الأمة، فإن وافق ما ترجح بالدليل هوى السوق، فذاك الشُّهد بالزُّبد، وإن خالف فالخير في ما قام على الدليل الشرعي، لا في غيره.

الذي يتطلع إليه الحريصون على صيانة الأموال في السوق الإسلامي، أن تُبرز مؤسساته خصوصية الاقتصاد الإسلامي، القائم على الحلال وعلى العدل، وعلى التنمية الحقيقية، المتحررة من أغلال سعر الفائدة، وتقدير الربح الافتراضي للمال، حتى لو كان معطلاً، ومن مشتقات للسوق المالية، بعقود شكلية، تُدندن حول عقودٍ محظورة، تتضخم فيها الأرقام، ويتضاءل الإنتاج، و(من حامٍ حول الحمى يوشك أن يقع فيه)^(١).

تحديدُ المصطلحات:

البيعُ أو التأجيرُ بالسعر المتغير، معناه باختصار: البيعُ والتأجير بعوضٍ غير محددٍ وقت العقد، وإنما يتمُّ تحديدُ مقداره لاحقاً بعد العقد، حسبما ينكشفُ عنه الحال، ويؤولُ إليه الأمر، بناءً على آلية ومؤشرٍ يتوافقُ عليه المتعاقدان، يزيدُ وينقصُ حسب حال السوق.

وعليه؛ فإن البحث في السعر المتغير لمعرفة ما يحلُّ من صوره وما لا يحلُّ، يدورُ على النقاط الآتية:

١ - كلامُ الفقهاء وأدلتهم على اشتراط العلم بالمعقود عليه، في عقدي البيع والإجارة، وهل يكفي فيهما العلم الإجمالي بالعوضين دون التفصيل؟ أو لا يرتفعُ الجهلُ بهما إلا بالعلم التفصيلي؟

(١) البخاري حديث رقم ٥٢، مسلم رقم: ١٠٧.

٢- العلمُ بالمعقود، هل حصوله مشروطٌ للعاقدين معا؟ أو يصحُّ الاكتفاء بعلم أحدهما دون الآخر؟

٣- رفعُ الجهالة عن المعقود، هل يُشترطُ أن يكونَ مصاحباً للعقد؟ أم يكفي حصوله ولو بعد ذلك؟

٤- معرفةُ القدرِ المَعْفُو عنه من الجهالة والغرر في العقود، وما لا عفو فيه.

٥- الوقوفُ على ألفاظ الفقهاء ومصطلحاتهم، فيما نُقلَ عنهم، ممَّا له صلةٌ بالسعر المتغير، وتحريرها، ومعرفة المقصود منها، ومحل الوفاق فيما دلت عليه، والخلاف فيما فيه خلاف، وذلك مثل ما جاء عنهم في البيع بضمن المثل، والإجارة بأجرة المثل، والبيع بما ينقطع به السعر، وبالرقم الذي يظهر، وبما يقول فلان، أو أهل الخبرة، هل يُحمَلُ السعرُ المحالُّ عليه في هذه الألفاظ ونحوها على ما ظهر وانقطع من الثمن أو السعر وقت التعاقد؟ أو حتى على ما ينقطع ويظهر بين الناس فيما بعد، وقت التقابض أو آجال أخرى؟

توضيح ذلك كله وتحريره، من شأنه أن يقودَ بالبحث إلى سلامة النتائج، وإلى ما يتوخاه من الصواب إن شاء الله، في البيع والإجارة بالسعر المتغير، المنضبط بالقواعد العامة، والأدلة الشرعية، ويتبين منه القدر الذي يجوز من تغيير الأسعار في البيع والإجارة، وما لا يجوز، وسيكون الكلام على ذلك كله في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: العلم بالمعقود

المبحث الثاني: البيع بالسعر وتوافقه مع اشتراط العلم بالمعقود

المبحث الثالث: تطبيقات معاصرة للسعر المتغير

والله وحده الهادي إلى الصواب.

أبيض

المبحث الأول العلم بالمعقود

الرّضا في العقود:

لا اختلاف بين أهل العلم على أنّ صحة العقود لتبادل الأملاك والمنافع، تقوم على الرّضا، وهذا إجماع؛ وذلك لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (النساء: ٢٩) ولقول النبي ﷺ: (إِنَّهُ لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِي إِلَّا بِطِبِّ نَفْسٍ مِنْهُ)^(١).

والرّضى متوقفٌ على العلم بالمعقود عليه ضرورة، فلا يتأتّى رضا بشيءٍ قبل العلم به، إذ الرضا بالمجهول غير متصور، إلا على وجه القمار المحض، الذي يؤدّي إمّا إلى أن يجد صاحبه ما لا يتوقع، فلا يرضى أبداً، وإما أن يجد ما يحب، ويأكل مال أخيه بالباطل، فالرّضا المتوقف على العلم شرط عقد البيع وما في معناه، من تبادل المنافع والأملاك، وهذا بين أهل العلم محل اتفاق.

يقول ابن حزم: «لَا يَكُونُ التَّرَاضِي إِلَّا بِمَعْلُومِ الْمِقْدَارِ»^(٢)، ويقول الباقري في العناية: «أَنَّ الرِّضَا بِالْمُجْهُولِ لَا يَتَحَقَّقُ»^(٣)، وفي قواعد الأحكام لابن عبد السلام «وفي الرّضا بِالْمُجْهُولِ وَالْإِبْرَاءِ مِنَ الْمُجْهُولِ لَا يَصَحَّاحُ، إِذْ لَا يُتَصَوَّرُ تَوَجُّهُ الرِّضَا وَالْإِبْرَاءِ مَعَ الْجَهَالَةِ بِالرِّضَا وَالْمُبْرَأِ مِنْهُ، كَمَا لَا يُتَصَوَّرُ تَوَجُّهُ الْإِرَادَةِ إِلَّا إِلَى مَعْلُومٍ أَوْ مَظْنُونٍ»^(٤).

(١) مسند أحمد: ٢٩٩/٣٤، من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه.

(٢) المحلى بالآثار: ٥١٢/٧.

(٣) العناية شرح الهداية: ١٩٣/٦.

(٤) قواعد الأحكام: ١٧٦/٢.

الرّضى لا يحلل الحرام:

الرّضى وإن كان شرطاً متفقاً عليه، في حِلِّيَّةِ تبادُلِ الأُملاكِ والمنافعِ كما تقدم، فليس هو كلّ شيءٍ، بل إنه بالإضافة إلى ما يجبُ توفُّره من شروطٍ أخرى في صحّةِ العقود، فإنّ في كلّ عقدٍ تعاملٍ حقّاً لله تعالى، بالإِذنِ أو الحظرِ، وهو مقدّمٌ على رضى غيره؛ قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ أَحَقُّ أَنْ يُرْضَوْهُ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ﴾ (التوبة: ٦٢).

ولو كان الرضى وحده كافياً في حِلِّيَّةِ تبادُلِ الأُملاكِ والمنافعِ، لكانت كلّ عقود الربا والغرر، والرّشا وأكلِ المالِ بالباطل، وبيعِ الخمر والأصنام والميتة، حلالاً لمن رضى بها، وهو باطلٌ إجماعاً.

يقول القرافي: «ما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى؛ وَقَدْ يُوجَدُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَهُوَ مَا لَيْسَ لِلْعَبْدِ إِسْقَاطُهُ، وَيَكُونُ مَعَهُ حَقُّ الْعَبْدِ، كَتَحْرِيمِهِ تَعَالَى لِعُقُودِ الرِّبَا وَالْغَرَرِ وَالْجَهَالَاتِ ... وَلَوْ رَضِيَ الْعَبْدُ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ فِي ذَلِكَ لَمْ يُؤَثِّرْ رِضَاهُ»^(١).

العلم بالمعقود عليه:

لا اختلاف بين الفقهاء، على أن العلم بالعوضين؛ الثمن والمثمن، في البيع والإجارة شرطٌ لصحة العقد، لما جاء في الصحيح من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال النبي ﷺ: (مَنْ سَلَفَ فِي تَمْرِ فَلْيُسَلَفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ)^(٢).

فقد أمر النبي ﷺ أن يكون المثلّمن - وهو أحد العوضين - في السّلم معلوماً،

(١) أنوار البروق: ١/ ١٤١.

(٢) صحيح مسلم: ٥/ ٥٥.

فالثمن مثله، ولا بدّ أن يكون معلوماً، لعدم الفرق، والسلم بيعٌ من البيوع، وقد نقل ابن المنذر وابن القطان الإجماع على ذلك^(١).

فالإجارة في اشتراط العلم بالعوضين كالبيع؛ لحديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ اسْتِئْجَارِ الْأَجِيرِ حَتَّى يُبَيَّنَ لَهُ أَجْرُهُ)^(٢)، ولأن الأجرة والمنفعة التي تقابلها في عقد الإجارة، هما كالثمن والمثمن في عقد البيع، ولذا قال مالك في المدونة: «مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فَلَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ فِيهِ»^(٣). والجهالة في أحد العوضين، المفضية إلى النزاع، تُفسد العقد عند الفقهاء عامة، ففي تبين الحقائق: «والجهالة تُفسد العقد»^(٤).

وفي شرح الحرشي على المختصر: «وَمَا يُشْتَرَطُ فِي الْمَبِيعِ عَدَمُ الْجَهْلِ بِالْمُثْمُونِ وَالثَّمَنِ، فَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهِمَا مَعْلُومَيْنِ لِلْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعِ، وَإِلَّا فَسَدَ الْبَيْعُ»، وفي تكملة المجموع: «وَلَا يَجُوزُ - أَيِ الْبَيْعِ - إِلَّا بِثَمَنِ مَعْلُومٍ الْقَدَرِ، فَإِنْ بَاعَ بِثَمَنِ مَجْهُولٍ كَبَيْعِ السِّلْعَةِ بِرَقْمِهَا، وَبَيْعِ السِّلْعَةِ بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَا نُسْلُكَهُ، وَهُمَا لَا يَعْلَمَانِ ذَلِكَ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ عَوْضٌ فِي الْبَيْعِ، فَلَمْ يَجْزَ مَعَ الْجَهْلِ بِقَدَرِهِ، كَالْمُسْلَمِ فِيهِ»^(٥). وقال ابن قدامة: «العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا يثبت بدونه»^(٦).

ويتعين بيان الأجرة والثن بالخصوص في الأشياء الخطيرة، التي لها بال؛ لأنه كثيراً ما يحصل أن أحد طرفي العقد يتوقع قدراً من الأجرة أو الثمن للسلعة، فيفاجأ بغيره، وبما لا يتوقعه، ويكون ذلك مفضياً للمنازعة، وعدم القدرة على التقابض والتسليم.

(١) الإجماع: ٣١ / ١.

(٢) مسند أحمد: ١٨ / ١١٦.

(٣) المدونة: ٣ / ٤٣٢.

(٤) تبين الحقائق: ٣ / ٣١٤.

(٥) المجموع: ٩ / ٤٠٤.

(٦) المغني: ٤ / ١٤٤.

الجهالة المؤثرة ما تفضي إلى المنازعة:

الجهالة المشترط رفعها لصحة العقد ليست هي كل جهالة، وإنما الجهالة التي تُفضي إلى المنازعة، ويحصل معها التغير والمخاطرة، ففي بدائع الصنائع: «فإن كان أحدهما - أي المبيع والتمن - مجهولاً جهالةً مفضيةً إلى المنازعة فسَدَ، وإن كان مجهولاً جهالةً لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد»^(١).

وفي فتح القدير: «وَمَا لَا يُضْبَطُ صِفَتُهُ وَلَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ، وَبِدُونِ الْوَصْفِ يَبْقَى مَجْهُولًا جَهَالَةً تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ»^(٢).

وذلك لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة، يمتنع معها تسليم العوض، فلا يُنتج العقد آثاره، ولا يؤدي مقتضاه.

معيار الجهالة المفضية إلى المنازعة:

إذا أردنا أن نضع معياراً للجهالة المغترة، التي لا تفضي إلى المنازعة، يمكن أن يُقال: هي الجهالة التي يقبل الطرف المستفيد منها أن يكون العقد على الخيار؛ لأن عدم قبوله الخيار فيما فيه جهالة يرى أنه يستفيد منها، دليل على أن الجهالة في عقده شديدة، يفضي التمسك بها إلى المنازعة، فلو كانت لا تفضي إلى المنازعة لقبل الخيار.

علم أحد الطرفين بالمعقود عليه دون الآخر:

يُشترط في صحة عقد البيع والإجارة، عند جمهور أهل العلم، علم العاقدین معا بالمعقود عليه، ولا يكفي علم أحدهما دون الآخر، ففي بدائع الصنائع عطفًا على ما لا يصح، قال الكاساني: «وَكَذَا إِذَا بَاعَ الشَّيْءَ بِرَقْمِهِ أَوْ رَأْسِ مَالِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي رَقْمَهُ وَرَأْسَ مَالِهِ»^(٣).

(١) بدائع الصنائع: ١٥٦/٥.

(٢) فتح القدير: ١١٣/٧.

(٣) بدائع الصنائع: ١٥٨/٥.

وفي الشرح الكبير للدردير: «فلا بد من كون الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري، وإلا ففسد البيع»^(١).

وفي شرح المختصر للخرشي: «وَجَهْلُ أَحَدِهِمَا كَجَهْلِهِمَا عَلَى الْمَذْهَبِ، وَقِيلَ يُخَيَّرُ الْجَاهِلُ، وهذا إذا وقع البيع على البتِّ، وأما لو كان على الخيار فيجوز مع جهل المشتري، كما قيده العدوي في الحاشية»^(٢).

وفي حاشية القليوبي: «وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ (فِي صُورَةِ بَعْتٍ بِمَا قَامَ عَلَيَّ) فَلَوْ جَهْلُهُ أَحَدُهُمَا بَطَلَ (الْبَيْعُ) عَلَى الصَّحِيحِ (وَالثَّانِي يَصَحُّ لِسُهُوَلَةِ مَعْرِفَتِهِ، وَفِي اشْتِرَاطِهَا فِي الْمَجْلِسِ وَجَهَانٍ»^(٣).

وفي كشف القناع قال عن بيع التولية والبيع بالرقم: «فإن جهلاً أو أحدهما الثمن لم تصح»^(٤).

رفع الجهالة مشروط بوقت العقد لا بعده:

يُشْتَرَطُ فِي صِحَةِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ أَنْ يَعْلَمَ الْعَاقِدَانِ الثَّمَنَ وَالْمَثْمُونَ، ابْتِدَاءً، وَقْتَ التَّعَاقُدِ، لَا بَعْدَهُ، وَرَفْعُ الْجَهَالَةِ الْلاحِقُ - عِنْدَ التَّسْلِيمِ أَوْ غَيْرِهِ - لَا يَفِيدُ عَنْدهُمْ فِي رَفْعِ الْمَخَاطَرِ، الَّتِي يَرْتَفِعُ مَعَهَا النِّزَاعُ، وَمَا مِنْ غَرَرٍ - مَهْمَا كَانَ كَبِيرًا، وَلَا قِمَارٍ مُحَرَّمٍ - إِلَّا وَيَنْتَهِي الْحَالُ إِلَى الْعِلْمِ بِهِ لِلطَّرَفَيْنِ فِي الْمَالِ، وَكُلِّ مَا جَاءَتْ السَّنَةُ بِتَحْرِيمِهِ مِنْ بَيُوعِ الْغَرَرِ، بِسَبَبِ الْجَهْلِ بِالْأَجَلِ، أَوْ بِالْعَوَضِ، كَحَبْلِ الْحَبْلَةِ، أَوْ إِلَى أَنْ تُنْتِجَ النَّاقَةُ، أَوْ يَبِيعَ الْحَصَاةُ وَالْمَلَامِصَةُ وَالْمُنَابِذَةُ، وَغَيْرِهِ مِنْ بَيُوعِ الْغَرَرِ، كُلُّهُ يَنْتَهِي بِهِ الْحَالُ إِلَى الْعِلْمِ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، فَلَوْ كَانَ الْعِلْمُ الْلاحِقُ بَعْدَ الْعَقْدِ، يَرْتَفِعُ مَعَهُ الْجَهْلُ، وَيَصَحُّ الْعَقْدُ، لَكَانَتْ كُلُّ هَذِهِ الْعُقُودِ مَشْرُوعَةً.

(١) الشرح الكبير: ١/ ١١.

(٢) شرح مختصر خليل: ٥/ ٢٢.

(٣) حاشيتنا قليوبي وعميرة: ٢/ ٢٧٦.

(٤) كشف القناع: ٣/ ٢٢٩.

وعبارات الفقهاء صريحة في هذا الاشتراط وقت العقد؛ قال الدردير عند كلامه عن منع بيع بعض صبرة من طعام، كُلُّ صَاعٍ مِنْهَا بِكَذَا، قال: «وذلك لِلْجَهْلِ بِالثَّمَنِ وَالثَّمَنِ حَالًا، وَلَمْ يَعْتَبَرُوا الْعِلْمَ الْحَاصِلَ فِي الْمَالِ»^(١)، وهو كذلك عند أبي حنيفة في الصبرة خلافا لصاحبيه، ووافقاه في عدم جواز الإجارة، كُلُّ شهر بكذا، دون ذكر عدد الشهور؛ للجهل بالمعقود عليه وقت العقد^(٢).

وقال النووي: «يُشْتَرَطُ فِي صَحَةِ الْبَيْعِ أَنْ يُذَكَّرَ الثَّمَنُ فِي حَالِ الْعَقْدِ، فيقول: بَعْتُكَ بِكَذَا»^(٣).

وفي أسنى المطالب: (وَلَوْ قَالَ بَعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ، كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ) مَثَلًا (أَوْ كُلَّ صَاعٍ مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ بِدِرْهَمٍ) مَثَلًا (لَمْ يَصَحَّ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبِعِ الْجُمْلَةَ بَلْ بَعْضَهَا الْمُحْتَمَلُ لِلْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ فَلَا يَعْلَمُ قَدْرَ الْمُبَّعِ تَحْقِيقًا وَلَا تَحْمِينًا^(٤).

وفي دقائق أولي النهى: (وَلَا) أَنْ يَبَّعَ (مِنْ صُبْرَةٍ أَوْ ثَوْبٍ أَوْ قَطِيعٍ كُلِّ قَفِيزٍ أَوْ ذِرَاعٍ أَوْ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ) لِأَنَّ (مِنْ) لِلتَّبْعِيضِ وَ(كُلِّ) لِلْعَدَدِ فَيَكُونُ مُجْهُولًا^(٥).

وقال المرداوي: «يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الثَّمَنِ حَالَ الْعَقْدِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ»^(٦).

رفع الجهالة عن المعقود بالوصف أو بالعرف:

ترفع الجهالة عن الثمن في البيع، وعن الأجر في الإجارة، بذكر الثمن والأجرة وقت العقد، بصريح اللفظ، كبعث بكذا وأجرت بكذا، كما ترتفع

(١) الشرح الكبير: ١٧/٣.

(٢) تبين الحقائق: ١٢٠/٥.

(٣) المجموع: ٢٠٢/٩.

(٤) أسنى المطالب: ١٧/٢.

(٥) دقائق أولي النهى: ١٩/٢.

(٦) الإنصاف: ٣٠٩/٤.

كذلك بعلم الطرفين بهما وقت العقد بجرىان العرف والعادة، فلو تعارف الناس على ثمن سلعة، أو على أجل معين، يتم فيه قبض العوض، كان كافيًا عن ذكره، وذلك كأن يتداول التجار فيما بينهم سلعًا أسعارها متعارف عليها بينهم، أو يتعارفوا على آجال يتخالصون فيها ما تبادلوه من سلع - في كل أسبوع أو شهر - مثلاً - فيستغنى بذلك العرف عن ذكر الثمن، أو الأجل في العقد، ما دام ذلك الأجل المتعارف عليه معلومًا بينهم وقت التعاقد.

فقد جاء في العُتبية جواز أن يبيع الرجل نصف دابته إلى آخر، بالنفقة عليها سنة، قال ابن رشد: «وجه الجواز أنه باع نصف الدابة بثمن معلوم، وهو النفقة؛ لأن العرف فيها كالصفة لها»^(١).

ولو تعارف الناس كذلك على القيام بعمل في الإجارة بأجرة معلومة، جاز عدم ذكرها، كأن يقال: أؤجرك على هذا العمل بمثل ما يعمل به الناس، فيجوز، مادام ما يتعامل به الناس في تلك الصنعة معلوماً وقت التعاقد، فإن لم يكن معلوماً وقت العقد مُنع، كأن يقال: أؤجرك بمثل الأجرة التي يعمل بها الناس في هذا اليوم، وهي لم تُعلم بعد، لما تقدم أن العلم بالمعقود عليه يكون عند التعاقد، لا بعده.

فما تعارف عليه الناس من الأعواض، في الكراء أو البيع، تقومُ العادة الجارية فيه مقام الصفة، من ذلك أنهم قالوا: لا بأس أن تُكرى الدابة إلى موضع من المواضع بأكملها إلى ذلك الموضع، وإن لم يوصف ما تأكله، ما دام ذلك معروفًا، وكذلك يجوز كراؤها بأكلي رُبها، أو على أن على رُبها طعام المستأجر على سَوَقها، كما يجوز استئجار الأجير بطعام بطنه، والمرضِعِ بطعامها، كل ذلك جائز عندهم،

مع أن الأجرة غير معلومة على التحقيق؛ لأن العرف فيها كالصفة، ولو وجدت الدابة أكلة، أو وجد ربها أكلًا، على خلاف المعتاد، كان للمكري الخيار في فسخ العقد، إذا لم يرض المكري بالوسط^(١).

وبذلك يُعلم أن المالكية لا يُعدّون طعام الدابة أو طعام الأجير، ولو إلى سنة، عوضًا مجهولًا، في بيع أو كراء، مع اختلاف الأجراء والدواب في الأكل قلة وكثرة.

الغرر المؤثر في العقود:

قال المازري: «الغرر هو ما تردّد بين السلامة والعطب»^(٢)، وقال ابن عرفة: «الأقرب أنه ما شك في حصول أحد عوْضيه»^(٣)، وهذا الأخير في تعريف الغرر أشمل وأضبط، وأرفع للنزاع.

والغرر في العقود ليس كله مؤثرًا مرفوعًا، بل منه اليسير المقبول، ومنه الكبير المحذور، ومنه الوسط بين هذا وذاك، المختلف فيه بالاجتهاد، عفوًا وحظرًا، فقد قسّم القرافي الغرر إلى ثلاثة أنواع^(٤):

الغرر الكبير:

وهو ما كان العقد فيه قائمًا على المخاطرة والمقامرة، والغرر فيه من أركانه، قال القرافي: «وهذا القسم مُمتنع إجماعًا، حرامٌ متفقٌ على تحريمه؛ لأنه يؤدي إلى الخصام، وأكل المال بالباطل، كبيع حبل الحبلة ونحوه؛ لأنه لا يعلم هل يسلم أم لا، وإذا سلّم هل يكون واحدًا أو أكثر، وكبيع المضامين والملاقيح والمنابذة والملاسة، والبيع إلى أجل المجهول».

(١) التاج والإكليل: ٥/٤٣٦، ٦/٢٣٠، والخرشي: ٣٤/٧.

(٢) شرح حدود ابن عرفة: ٢٥٣.

(٣) المرجع السابق: ٢٥٤.

(٤) الفروق: ٣/٢٦٦.

ففي الصحيح من حديث عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ -رضي الله عنه- قَالَ: (كَانُوا يَتَبَايَعُونَ الْجَزُورَ إِلَى حَبْلِ الْحَبْلَةِ، فَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ)، فَسَرَهُ نَافِعٌ أَنْ تُنْتَجِ النَّاقَةُ مَا فِي بَطْنِهَا.

وفي السنن من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ -رضي الله عنه-: (نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وَعَنْ بَيْعِ الْخَصَاةِ وَالْمُضَامِينَ وَالْمَلَايِقِ).
الغَرَرُ الْيَسِيرُ:

الغَرَرُ الْيَسِيرُ فِي الْعُقُودِ مَعْفُوفٌ عَنْهُ، إِذَا لَا تَكَادُ الْعُقُودُ تَخْلُو مِنْ غَرَرٍ، وَعَرَفَهُ الدُّسُوقِيُّ بِقَوْلِهِ: «هُوَ مَا شَأْنُ النَّاسِ التَّسَامُحُ فِيهِ»^(١)، وَهُوَ جَائِزٌ إِجْمَاعًا إِذَا دَعَتْ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ، وَلَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا، كَبَيْعِ الْفَاكِهِةِ دُونَ عِلْمِ بَاطِنِهَا، جَيِّدًا أَوْ رَدِيئًا، وَكَالشَّرْبِ مِنَ السَّقَاءِ بِدَرَاهِمٍ، مَعَ اخْتِلَافِ النَّاسِ فِي الشَّرْبِ، وَدُخُولِ الْحَمَامِ بِأَجْرَةٍ وَاحِدَةٍ، مَعَ اخْتِلَافِ النَّاسِ فِيْمَا يَحْتَاجُونَ مِنْ مَاءٍ، وَكَإِجَارَةِ الدَّارِ مَشَاهِرَةً، وَبَعْضِ الشُّهُورِ كَامِلٍ وَبَعْضُهَا نَاقِصٍ.

وَمِنْهُ فِي وَقْتِنَا الْحَاضِرِ؛ الْأَكْلُ فِي الْمَطَاعِمِ الْمَفْتُوحَةِ (الْبُوفِيَةِ) بِتَذَكُّرَةٍ وَاحِدَةٍ، وَبَعْضُ النَّاسِ يَسْتَهْلِكُ مِنَ الطَّعَامِ مَا لَا يَسْتَهْلِكُهُ غَيْرُهُ.

الغَرَرُ الْوَسْطُ:

وَهَذَا الَّذِي اخْتَلَفَ فِيهِ أَهْلُ الْعِلْمِ، هَلْ يُلْحَقُ بِالْأَوَّلِ الْمَمْنُوعِ، أَوْ بِالثَّانِي الْمَغْفُورِ، فَلَارْتِفَاعِهِ عَنِ الْقَلِيلِ، أَلْحَقَهُ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْكَبِيرِ، وَلَا نَحْطَاطِهِ عَنِ الْكَثِيرِ أَلْحَقَهُ غَيْرُهُم بِالْقَلِيلِ، قَالَ الْقُرَافِيُّ: «وَهَذَا هُوَ سَبَبُ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي أَنْوَاعِ الْغَرَرِ وَالْجَهَالَةِ»^(٢).

(١) حاشية الدُّسُوقِيِّ: ٦٠ / ٣.

(٢) الفُروُق: ٢٦٦ / ٣.

وشرط ما جوزه منه ومن يسير الغرر؛ ألا يكون الغرر مقصوداً في ذاته،
وأن يتعذر الاحتراز منه، وذلك كأساس الدار، دون العلم بعرضه وعمقه وقوته،
وشراء الحامل مع احتمال أن يكون الحمل واحداً أو اثنين، وكشراء الشاة في
ضرعها لبن^(١)، إلى غير ذلك.

(١) شرح الخرشي على المختصر: ٧٥/٥، والمجموع شرح المذهب: ٣١١/٩.

المبحث الثاني البيع بالسعر وتوافقه مع اشتراط العلم بالمعقود

البيع بسعر لم يتقرر:

تقدم كلام جمهور الفقهاء في اشتراط العلم بالعوضين في البيع، وقت العقد لا بعده.

وقد جاءت عبارات لأهل العلم، يفهم منها جواز التعاقد على سعر لم يتقرر وقت العقد، ويتقرر العلم به في المستقبل، وذلك مثل ما جاء في (السلم بالسعر)، و(البيع بثمن المثل)، و(بما ينقطع به السعر)، و(بما يبيع الناس)، و(بالقيمة)، أو بقول (أهل الخبرة)، و(بالرقم) ونحو ذلك.

فما مدى إمكانية الاستناد إلى هذه العبارات، في عقود البيع والتأجير بالسعر المتغير؟ كما في المراجعة بالربح المتغير، وفي البيع والتأجير بعوض يخضع تقديره للمؤشر الذي يظهر عند الاستحقاق، وكما في السلم بسعر يوم التسليم.

ألفاظ للفقهاء في البيع بسعر لم يتقرر:

تنوعت عبارات للفقهاء يُتبادر منها التعاقد بسعر لم يتقرر وقت العقد، فتكلموا على البيع بالرقم، أو بما يبيع الناس، وبثمن المثل، وبالقيمة، وبما باع فلان، وبما يقول أهل الخبرة، وقولهم في الإجارة: إن خطت الثوب اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم^(١).

(١) لا تجوز الأجرة على خياطة الثوب على هذا النحو عند أبي حنيفة ومالك والشافعي وفي إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأنه وجه من بيعتين في بيعة، ولأنه أجر نفسه بما لا يُعرف، وتجوز عند صاحبي أبي حنيفة والرواية الأخرى عن أحمد؛ لأنه سمي لكل عمل عوضاً معلوماً. انظر فتح القدير: ٩/ ١٣٤، ومواهب الجليل: ٥/ ٤٠٤، ومنح الجليل: ٧/ ٤٥٠، والمغني: ٥/ ٢٩٥.

هذه الألفاظ ونحوها في العقود، ذُكرت وتكررت في مصادر المذاهب المختلفة، وتكاد هذه المصادر في الحكم عليها تتفق جميعاً على شيء واحد، يمكن استخلاصه منها، هو جواز التعاقد بهذه الألفاظ عند زوال جهالة العوض، والمنع حين يكون العوض مجهولاً في مجلس العقد، جهالة تُفضي إلى المنازعة، وهو ما يتفق مع ما تقدم في مبحث رفع الجهالة عن المعقود عليه.

البيع بضمن المثل:

صحح شيخ الإسلام ابن تيمية البيع بضمن المثل و(بما يبيع الناس)، وكذلك جاء عن جمهور الفقهاء، ويجزئ المتبع لسلامتهم أنهم يريدون بضمن المثل الذي يصححونه؛ الثمن الذي تقرر وعُرف بالفعل وقت التعاقد، وليس ما يتقرر منه في وقت لاحق، مربوط بمؤشر يظهر في المستقبل، ولا يعرفه المتعاقدان حين العقد، فذلك يمنعونه ولا يجيزونه.

قال الكمال بن الهمام: «وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالحب واللحم»^(١)، وقال في البيع الموقوف صحته على العلم بضمنه في المجلس: «وبمثل ما يبيع الناس، وبمثل ما أخذ به فلان». وقال ابن عابدين: «ومنه أيضاً - أي البيع الفاسد - ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس، إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت»^(٢).

وفي دُرر الحُكام: «البيع بمثل ما يبيع الناس به أو بمثل ما أخذ به فلان، ذكر في شرح الشافعي أنه لا يجوز، وفي نسخة الإمام السرخسي هذا إذا لم يعلم المشتري بذلك، فإن علم في المجلس - أي بعد التعاقد وقبل التفرق - فعن أبي حنيفة فيه روايتان»^(٣).

(١) فتح القدير: ٢٦٠/٦.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥٢٩/٤.

(٣) دُرر الحُكام: ١٧٧/٢.

وقال ابن رشد: «مسألة: وسألت ابن القاسم عن الذي يأتي إلى الجزار أو البائع، فيقول له: بعني كما تبيع الناس، قال: لا يصلح هذا في شيء من الأشياء، قلت: فإن وقع، قال: إن وقع وكان قائماً بعينه، ردّ البيع وفُسَخَ، فإن فات وكان مما يوجد مثله، مثل القمح وغيره، فالواجب مثله مما يُكَال أو يُوزن، فإن كان مما لا يوجد مثله، مثل الثياب وغيرها، كانت فيه القيمة»^(١).

وقال الدردير: «وشرط عدم جهلٍ منهما أو من أحدهما، بمثمون ... أو ثمن، كأن يقول: بعْتُك بما يظهر من السعر بين الناس اليوم»^(٢)، وقال أيضاً عاطفاً على ما لا يصح: «كَبَيْعَهَا بِقِيمَتِهَا الَّتِي سَتَظْهَرُ فِي السُّوقِ، أَوِ الَّتِي يَقُولُهَا أَهْلُ الْخَبْرَةِ»^(٣).

وقال الغزالي: «أما إذا كان في الذمة - أي الثمن - فلا بد من التقدير، سواء كان نقداً أو عرضاً، فلو قال: بعْتُ بما باع به فلانُ فرسه أو ثوبه، أو بزنة هذه الصنجة، لا يصح؛ لأنه غررٌ محتنبٌ، يسهل دفعه، ولا بد من تعريف جنسه»^(٤). وقال المرداوي: «وَلَا (الْبَيْعُ) بِمَا يَنْقَطِعُ بِهِ السَّعْرُ (أَيُّ يَقِفُ عَلَيْهِ، لِلْجَهَالَةِ) وَلَا كَمَا يَبِيعُ النَّاسُ (لِمَا تَقَدَّمَ)»^(٥).

وقال ابن تيمية: «أما إذا كان السعر لم ينقطع، ولكن ينقطع فيما بعد، ويجوز اختلاف قدره: فهذا قد منع منه؛ لأنه ليس وقت البيع ثمن مقدر في نفس الأمر، والأسعار تختلف باختلاف الأزمنة، فقد يكون سعره فيما بعد العقد أكثر مما كان وقت العقد»^(٦).

(١) البيان والتحصيل: ٦٤ / ٢.

(٢) الشرح الكبير: ١٥ / ٣.

(٣) حاشية الدسوقي: ٥٤ / ٣.

(٤) الوجيز: ٣٣ / ٣.

(٥) الإنصاف: ٣١٠ / ٤.

(٦) العقود: ٤٣٦.

وقال ابن مفلح: «فَلَا يَصَحُّ بَرَقْمٌ مَجْهُولٌ، أَوْ بِمَا يَنْقَطِعُ سِعْرُهُ، أَوْ كَمَا يَبِيعُ النَّاسُ، عَلَى الْأَصَحِّ فِيهِنَّ، وَصَحَّحَهُ شَيْخُنَا بِثَمَنِ الْمِثْلِ، كَنِكَاحٍ»^(١).

البيع بالرقم وبما باع فلان:

لا يميز الفقهاء عقد البيع بما باع فلان، أو بيع الشيء بقيمته أو برقمه أو بما ينقطع به السعر أو بالمزاد، ونحو ذلك، مما لم يتقرر سعره بالفعل ويعرف، فإذا جوزوا شيئاً من هذا، فهو محمول على ما تقرر، وعُلم فيه العوض وقت العقد، أو قبل التفرق من المجلس.

قال الكمال بن الهمام: «والبيع برقمه وبما باع فلان، والمشتري لا يعلم، موقوفٌ على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس، وبمثل ما أخذ به فلان»^(٢).

وقال الباجي: «وَمِنَ الْجَهَالَةِ فِي الثَّمَنِ أَنْ يَبِيعَهُ السَّلْعَةَ بِقِيمَتِهَا أَوْ بِمَا يُعْطَى فِيهَا»^(٣).

وقال الخرشي: «وَكَذَا لَا يَجُوزُ الْكِرَاءُ إِذَا اكْتَرَى دَابَّةً إِلَى الْمَحَلِّ الْفُلَانِيِّ بِمِثْلِ مَا تَكَارَى النَّاسُ، لِلْجَهَالَةِ، كَبَيْعِ السَّلْعَةِ بِقِيمَتِهَا مَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِي الْكِرَاءِ عُرْفٌ لِلْمَوْضِعِ الْمَذْكُورِ»^(٤).

وفي المجموع: «وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ عَلَى أَنَّهُ يُشْتَرَطُ كَوْنُ الثَّمَنِ مَعْلُومٍ الْقَدْرَ، لِحَدِيثِ النَّبِيِّ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ... وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ السَّلْعَةَ بِرَقْمِهَا أَيْ بِالثَّمَنِ الَّذِي هُوَ مَرْقُومٌ بِهِ عَلَيْهَا، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ فَرَسَهُ أَوْ ثَوْبَهُ، فَإِنْ كَانَا عَالِمَيْنِ

(١) الفروع: ٣٠/٤.

(٢) فتح القدير: ٤٠/٦.

(٣) المنتقى: ٤٠/٥.

(٤) حاشية الخرشي: ٤٠٠/٧.

بِقَدْرِهِ صَحَّ الْبَيْعُ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنْ جَهَلَهُ أَوْ أَحَدُهُمَا فَطَرِيقَانِ (أَصَحُّهُمَا) وَبِهِ قَطَعَ الْمُصَنِّفُ وَسَائِرُ الْعِرَاقِيِّينَ وَجَمَاعَاتٍ مِنَ الْخُرَّاسَانِيِّينَ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ، لِمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ أَنَّهُ غَرَرٌ (وَالثَّانِي) حَكَاهُ الْفُورَانِيُّ وَصَاحِبُ الْبَيَانِ وَغَيْرُهُمَا فِيهِ وَجَهَانِ (أَصَحُّهُمَا) هَذَا (وَالثَّانِي) إِنْ عَلِمَا ذَلِكَ الْقَدْرَ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا مِنَ الْمَجْلِسِ صَحَّ الْبَيْعُ وَحَكَى الرَّافِعِيُّ وَجْهًا ثَالِثًا أَنَّهُ يَصِحُّ مُطْلَقًا، لِتَمَكُّنٍ مِنْ مَعْرِفَتِهِ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتُ هَذِهِ الصُّبْرَةَ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ يَصِحُّ الْبَيْعُ، وَإِنْ كَانَتْ جُمْلَةُ الثَّمَنِ فِي الْحَالِ مَجْهُولَةً، وَهَذَا ضَعِيفٌ شَاذٌ^(١).

وقال في أسنى المطالب: «وَكَذَا لَوْ بَاعَ بِمَا (أَيَّ بِمِثْلِ مَا) بَاعَ بِهِ فَلَانَّ ثَوْبَهُ (مِثْلًا) وَجَهْلَهُ أَحَدُهُمَا... (لَا يَصِحُّ لِمَا مَرَّ)»^(٢).

وفي دقائق أولى النهى: «وَلَا يَصِحُّ (بَيْعُ نَحْوِ ثَوْبٍ) بِرَقْمِهِ (أَيَّ الْمَقْدَارِ الْمَكْتُوبِ عَلَيْهِ؛ لِلْجَهَالَةِ بِهِ حَالِ الْعَقْدِ) وَلَا (بَيْعُ سِلْعَةٍ) بِمَا بَاعَ بِهِ زَيْدٌ (لِمَا تَقَدَّمَ)، إِلَّا إِنْ عَلِمَا هُمَا (أَيَّ عِلْمَ الْمُتَعَاقِدَانِ الرَّقْمَ وَمَا بَاعَ بِهِ زَيْدٌ حَالِ الْعَقْدِ فَيَصِحُّ)»^(٣).

وفي كشف القناع: «وَإِنْ بَاعَهُ السِّلْعَةُ بِرَقْمِهَا أَيْ (مَرْقُومِهَا) الْمَكْتُوبِ عَلَيْهَا وَلَمْ يَعْلَمَاهُ (لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ)، أَوْ (بَاعَهُ السِّلْعَةُ) بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَانَّ أَيْ بِمِثْلِهِ وَلَمْ يَعْلَمَاهُ (أَيَّ الرَّقْمَ أَوْ مَا بَاعَ بِهِ فَلَانَّ) أَوْ (لَمْ يَعْلَمَاهُ أَحَدُهُمَا لَمْ يَصِحَّ لِلْجَهَالَةِ)»^(٤).

ومُرَادُهُ بِقَوْلِهِ: «بِرَقْمِهَا» إِذَا كَانَ مَجْهُولًا عِنْدَهُمَا أَوْ عِنْدَ أَحَدِهِمَا، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ: «أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا» وَهُوَ وَاضِحٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ الرَّقْمُ مَعْلُومًا، فَإِنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ^(٥).

(١) المجموع: ٤٠٢/٩.

(٢) أسنى المطالب: ١٥/٢.

(٣) دقائق أولى النهى: ١٨/٢.

(٤) كشف القناع: ١٧٤/٣.

(٥) الإنصاف: ٣١٠/٤.

ويدل على أن كلامهم بالمنع تارة والجواز أخرى، مبني على اختلاف الحال بالعلم بالعوض أو الجهل به، تصريح كثير من أهل العلم بذلك، فقد فرّق المالكية وكذلك غيرهم، في التعاقد بـ (مثل ما باع فلان)، جوزه مرة ومنعوه أخرى، فالجواز مبني على علم المتعاقدين بالمعقود، والمنع مبني على عدمه، قال ابن القاسم في المدونة: «قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ قُلْتُ لِرَجُلٍ: أَشْتَرِي مِنْكَ هَذَا الْعَسَلَ أَوْ هَذَا السَّمْنَ بِمِثْلِ مَا أَخَذَ مِنْكَ فُلَانٌ مِنْهُ بِذَلِكَ السَّعْرِ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ، قُلْتُ: وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الْخِيَاطَةِ إِذَا قَالَ: أَخِيْطُ لَكَ هَذَا الثَّوبَ بِمِثْلِ مَا خِطْتُ بِهِ لِفُلَانٍ مِنَ الْأَجْرِ وَالصَّنَاعَةِ وَالصَّبَاغِ يَصْبُغُ لِرَجُلٍ ثَوْبًا فَهُوَ بِهَذِهِ الْمُنْزَلَةِ، وَكُلُّ هَذَا مَكْرُوهٌ عِنْدَ مَالِكٍ وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الْإِجَارَةِ يَقُولُ: أَوْاجِرُكَ نَفْسِيْ بِمِثْلِ مَا آجَرَ فُلَانٌ نَفْسَهُ؟ قَالَ: وَهَذَا كُلُّهُ مَكْرُوهٌ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَا كَانَ أَوَّلَ ذَلِكَ»^(١).

لكن نجدهم جوزوا البيع بما اشترى فلان إذا كان معلوما؛ قال القرافي: «ولو باع من إنسان شيئا بمثل ما باعه فلان والمشتري يعلم بما باعه جاز»^(٢).

ومثله قال عن العوض في المضاربة: «إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً عَلَى مِثْلِ مَا شَرَطَ فُلَانٌ لِفُلَانٍ مِنَ الرَّبْحِ، فَإِنْ كَانَا عَلِمَا جَمِيعًا مَا شَرَطَ فُلَانٌ لِفُلَانٍ مِنَ الرَّبْحِ فِي مُضَارَبَتِهِ الَّتِي دَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَهَذِهِ الْمُضَارَبَةُ جَائِزَةٌ بِمِثْلِ ذَلِكَ الشَّرْطِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَاهُ أَوْ عَلِمَ أَحَدُهُمَا فَالْمُضَارَبَةُ فَاسِدَةٌ»^(٣).

وما ذكره القرافي مثله في الفتاوى الهندية للأحناف^(٤)، يكاد يكون بحروفه، ونجده أيضا في معنى كلام الشيخ ابن تيمية، وهو يوجه الروايتين عن أحمد في

(١) المدونة: ٣/ ٣١٤.

(٢) الفروق: ٢/ ٢٧٢.

(٣) المصدر السابق: ٢/ ٢٧٢.

(٤) الفتاوى الهندية: ٤/ ٢٨٨.

البيع بالسعر، قال: «قلت: فقد يقال في المسألة روايتان؛ لأنه جوّزه هناك بالسعر كما تقدم، ومنعه هنا، وقد يقال: هناك كان السعر معلوماً للبائع مستقراً، وهنا لم يكن السعر معلوماً للبائع، لأنه لم يدر ما يبيع به، فصار البيع بالسعر المستقر الذي يعلمه البائع، كالبيع بالثمن الذي اشتراه في بيع التولية والمرابحة، وأخذ الشفيع الشقص المشفوع بالثمن الذي اشترى به قبل علمه بقدر الثمن»^(١).

واستثنى الحنفية والحنابلة من منع البيع بالثمن الذي لم يتقرر في التعاقد بمثل ما يبيع الناس، ما إذا كان شيئاً مضبوطاً، لا يتفاوت، كما تقدم في كلام ابن الهمام^(٢) وغيره، وعليه يُحمّل كلام الشيخ ابن تيمية في قوله: «وعلى هذا عمل المسلمين دائماً، لا يزالون يأخذون من الخباز الخبز، ومن اللحام اللحم... ولا يقدرّون الثمن، بل يتراضيان بالسعر المعروف، ويرضى المشتري بما يبيع به البائع لغيره من الناس».

فالبيع أو التأجير بسعر المثل أو بما يبيع فلان أو بالرقم ونحوه، إذا قالوا به، فهو بيع بسعر مستقر، معلوم بين الناس وقت البيع، لا يتفاوت، ولا يختلفوا إن لم يُذكر، فإن لم يكن معروفاً وقت البيع ولا معلوماً فلا يجوزونه إلا على الخيار؛ للجهالة، والإجارة في ذلك كله كالبيع.

البيع بالسعر في كلام الشيخ ابن تيمية وربطه بالهامش المتغير:

الذي أشكل من عبارات الفقهاء في هذا السياق، هو ما فهمه بعض المعاصرين من (البيع بالسعر)، الذي جاء في عدة مواضع من كلام الشيخ ابن تيمية، وبنوا عليه جواز التعاقد على البيع بسعر يتحدد في المستقبل في عدد من

(١) العقود: ٤٣٣.

(٢) فتح القدير: ٦/ ٢٦٠، وانظر ما تقدم فقرة: «ألفاظ للفقهاء في البيع بسعر لم يتقرر» ص: ١٥.

العقود المستحدثة، كالسلم بسعر السوق يوم التسليم، بل توسع البعض، فأخذ منه حكماً عاماً، يُجَوِّز ربط الأسعار بالمؤشر والهامش المتغير في ديون البيوع كالتورق والمرابحة والسلم، وفي التأجير المتجدد المُدَد، والمنتهي بالتملك، وفي العقود الخدمية كخدمات الهاتف (والإنترنت)، وغير ذلك مما سيأتي التعرض لبعضه تفصيلاً، بما يفصح عن باقيه.

مستندهم من كلامه:

كان مستند من ذهب إلى جواز ربط السعر بالمؤشر كلام الشيخ عن البيع بالسعر، وذلك في موضعين من كتبه، كثر الاستشهاد بهما:
الموضع الأول: السلم بالقيمة وقت التسليم:

ذكر شيخ الإسلام السلم بالقيمة يوم التسليم في مجموع الفتاوى، فقال: «وَلَوْ اشْتَرَى سَلْعَةً لَمْ يَقْطَعْ فِيهَا، وَقُلْنَا هُوَ بَيْعٌ فَاسِدٌ فَإِذَا تَعَدَّرَ رَدُّ الْعَيْنِ وَمِثْلَهَا: رُدَّتِ الْقِيَمَةُ بِالسَّعْرِ وَقَتِ الْقَبْضِ، فَكَمَا أَوْجَبْنَا هُنَا قِيَمَةَ الْمُقْبُوضِ مِنَ الْعَوَضِ نَوْجِبُ هُنَاكَ قِيَمَةَ الْمُقْبُوضِ مِنَ الدَّرَاهِمِ، وَنُظِيرُهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ: أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا لَمْ يَقْطَعْ ثَمَنُهُ؛ لَكِنَّهُ مُؤَجَّلٌ إِلَى حَوْلٍ فَحِينَ يَحِلُّ الْأَجَلُ إِنْ رَدَّ حِنْطَةً مِثْلًا لَمْ يَكُنْ مِثْلًا لِتِلْكَ الْمُقْبُوضَةِ؛ لِاخْتِلَافِ الْقِيَمَةِ، فَإِعْطَاءُ قِيَمَةِ الْمُقْبُوضِ وَقَتِ قَبْضِ السَّلْعَةِ مُؤَجَّلًا إِلَى حِينِ قَبْضِ الثَّمَنِ أَشْبَهُ بِالْعَدْلِ، فَهَذَا فِي الثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ سَوَاءً».

دلالة النص المتقدم على ربط الأثمان بالهامش المتغير:

هذا النص لا يفيد في الدلالة على ربط الأثمان بالهامش المتغير، ولا على السلم بقيمة السعر يوم التسليم، وذلك لأن السلم فيه جرى مجرى العقد الفاسد، فقد عَنُون له بقوله: [إذا كان إيجاب المسمى أو مثله أقرب إلى التسوية في الفاسد الذي

يتعذر ردّه]، والفساد بعد وقوعه، الفقهاء جميعاً يقولون فيه بالرجوع إلى القيمة إذا تعذر ردّه كقوله في هذا الموضع، إلا أنهم يختلفون في تقدير القيمة؛ هل هي بيوم الحكم، كما قال الشيخ ابن تيمية هنا؛ لأنها أعدل، أو بيوم التعاقد كما يقول بعض أهل العلم.

وعليه؛ فلا تظهر دلالة الكلام على مشروعية ما ذكر، بل دلالة على منعه أولى، لما عُلم من أن الفسادَ منهي عنه، لا يجوز الإقدام عليه لمن علمه، فلا يصح التأسيس ولا البناء عليه في إنشاء عقود على نمطه.

الموضع الثاني: السلم بالسعر:

قال في جامع المسائل: «في رجل استلفَ من رجلٍ دراهمَ إلى أجلٍ على غَلَةٍ، بحكم أنه إذا حلَّ الأجلُ دفعَ إليه الغلّةَ بأنقَصَ مما تساوي بخمسةِ دراهم، فهل يحلُّ أن يتناول ذلك منه على هذه الصفة، أم لا؟

فأجاب: إذا أعطاه عن البيدر كلّ غرارة بأنقص مما يبيعها لغيره بخمسة دراهم، وتراضيا بذلك جاز، فإن هذا ليس بقرض، ولكنه سلف بناقص عن السعر بشيء»^(١)، وقدر هذا بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيعه الناس، أو بزيادة درهم في كل غرارة، أو نقص درهم في كل غرارة.

وقد تنازع الناس في جواز البيع بالسعر، وفيه قولان في مذهب أحمد، والأظهر في الدليل أن هذا جائز، وأنه ليس فيه خطر ولا غرر؛ لأنه لو أبطل مثل هذا العقد لرددناهم إلى قيمة المثل، فقيمة المثل التي تراضوا بها أولى من قيمة مثل لم يراضيا بها.، والصواب في مثل هذا العقد أنه صحيح لازم... ومنهم من قال: إن ذلك لا يلزم، فإذا تراضيا به جاز، والله أعلم.

التعليق على نصّه الثاني:

واضح من كلام شيخ الإسلام أن البيع هنا إنما هو بسعر المثل وبما يبيع الناس، فقد قال: «بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيعه الناس»، وقال: «لو أبطل مثل هذا العقد لرددناه إلى قيمة المثل فقيمة المثل التي تراضوا بها أولى من قيمة مثل لم يراضوا بها».

ثم ذكر الخلاف في المسألة وأنه اختار الجواز، وذكر قولاً ثالثاً أشار إليه بقوله: «ومنهم من قال إن ذلك لا يلزم فإذا تراضيا به جاز» وعلى هذا القول الأخير يرتفع الخلاف؛ لأن العقد يكون على الخيار، لا على اللزوم، والخيار يرتفع معه الجهالة ويتنفي الغرر.

أما قوله: «وقد تنازع الناس في البيع بالسعر، والصحيح جوازه»، فعلى معنى البيع بالسعر المتقرر في نفسه وقت العقد بين الناس، ولو لم يعرفه المتعاقدان، فهذا هو الذي فيه الخلاف الذي ذكره عن أحمد.

أما حمله على التعاقد بسعر يتحدد بين الناس في المستقبل على وجه اللزوم، ولم يتقرر بالفعل وقت العقد، فهو مشكل حقيقة؛ وذلك لما يأتي:

١ - لأن الشيخ ابن تيمية نفسه ذكر في أكثر من موضع أن البيع بسعر يعلم فيما بعد، يختلف قدره، غير جائز، من ذلك قوله: «وأما إذا كان السعر لم ينقطع ولكن ينقطع فيما بعد، ويجوز اختلاف قدره: فهذا قد منع منه؛ لأنه ليس وقت البيع ثمن مقدر في نفس الأمر، والأسعار تختلف باختلاف الأزمنة، فقد يكون سعره فيما بعد العقد أكثر مما كان وقت العقد».

وقوله أيضاً: «الذي وجدته منصوصاً عن أحمد: جواز البيع بالرقم وبالقيمة، دون السعر الذي لم يستقرّ بعد، ولم يعلمه البائع»^(١).

وقوله ثالثا فيما نقله عن الكرمانى: «سألت أحمد، قلت: الرجل يقول للرجل: ابعث لي جريبا من بر، واحسبه علي بسعر ما تبيع، قال: لا يجوز هذا حتى يبين السعر، وعن ابن منصور، قلت لأحمد: الرجل يأخذ من الرجل سلعة، فيقول: أخذتها منك على ما تبيع الباقي، قال: لا يجوز»^(١).

فكلامه بيّن أنه لا يحيز البيع بثمن يتحدد وينقطع فيما بعد، وليس ثمننا مقدرا في نفس الأمر وقت البيع، كما هي عبارته.

فكيف يُتصور أنه يحيز التعاقد على سلم أو غيره، بعوض يعرف مقداره بمؤشر أو بقيمة المثل التي تتحدد مستقبلا، وهو يمنع البيع بالسعر الذي لم يستقر بعد ولم يعلمه البائع كما تقدّم عنه؟

٢- حمل كلامه في البيع بالسعر على ما مر هنا، هو الذي يتفق مع ما دل عليه الدليل، في قول النبي ﷺ: (من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٢).

٣- الثمن أو الثمنون الذي يرتبط بالمؤشر، أو بأمر آخر يتحدد مستقبلا، يختلف قدره، فقد يكون كما توقعه البائع، فيرضى، ولا يرضى المشتري، وقد يكون كما يتوقعه المشتري، فيكون العكس، فهو لا يختلف عن البيع بما يبيع الناس، وعن البيع بالمزاد قبل أن ينقطع، الذي نبهوا على أنه لا يجوز مع أنه عند انقطاعه يُظهر القيمة الحقيقية للسلعة في السوق، منعه؛ للجهل بالقيمة وقت التعاقد، ومنعه يقتضي بالأولى منع البيع والتأجير بالسعر المتغير المرتبط بمؤشر يحصل مستقبلا؛ لما فيه من الجهالة المفضية إلى المنازعة، وجمهور الفقهاء لا يحيزونها.

(١) المرجع السابق: ٤٣٢.

(٢) صحيح البخاري حديث رقم: ٢١٢٤.

قال مالك: «إذا لم يكن في ذلك سعر معلوم، وقال الرجل: آخذ منك بسعر كل يوم، فهذا لا يحل؛ لأنه غرر، يقل مرةً ويكثر مرةً، ولم يفتريقاً على بيع»^(١).
وقال الباجي: «ومن الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها، أو بما يعطى فيها»^(٢).

وقال الكاساني، عاطفاً على البيع الفاسد: «وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان؛ لأنه لا يذري بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولاً»^(٣)، «وكذا إذا باع الشيء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقبته ورأس ماله»^(٤).
وفي فتح القدير: «والبيع برقمه وبما باع فلان، والمشتري لا يعلم، موقوف على العلم في المجلس... وبمثل ما يبيع الناس، وبمثل ما أخذ به فلان»^(٥).
وقال ابن حزم: «ولا يجوز البيع على الرقم، ولا أن يغر أحداً بما يرقم على سلعته، لكن يسوم ويبيّن الزيادة التي يطلب على قيمة ما يبيع»^(٦).
وفي تكملة المجموع: «فإن باع بثمن مجهول كبيع السلعة برقمها، وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته، وهما لا يعلمان ذلك فالبيع باطل؛ لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره أكالمسلم فيه»^(٧).

وقال الخلال في البيع بغير ثمن مسمى: «عن حرب، سألت الإمام أحمد، قلت: الرجل يقول للرجل: ابعث لي جريباً من بر، واحسبه علي بسعر ما تبيع،

(١) الاستذكار: ٦٥ / ٢٠.

(٢) المنتقى: ٤٠ / ٥.

(٣) بدائع الصنائع: ١٥٨ / ٥.

(٤) المرجع السابق.

(٥) فتح القدير: ٤٠ / ٦.

(٦) المحلى: ٥٠١ / ٧.

(٧) المجموع: ٤٠٤ / ٩.

قال: لا يجوز هذا حتى يبين له السعر، وعن إسحاق بن منصور قال: قلت للإمام أحمد: الرجل يأخذ من الرجل سلعة، فيقول: أخذتها منك على ما تباع الباقي، قال: لا يجوز، وعن حنبل؛ قال عمي: أنا أكرهه؛ لأنه بيع مجهول، والسعر يختلف، يزيد وينقص^(١).

الذي يتبين للمتأمل من خلال ما ذكر، أن في مسألة البيع بالسعر قولين لا ثالث لهما، قول الجمهور، وهو أحد قولي الإمام أحمد؛ أن البيع بالسعر المعروف بين الناس وقت العقد لا يصح، إلا إذا علمه المتعاقدان، والقول الثاني، وهو القول الآخر للإمام أحمد، وصححه شيخ الإسلام؛ أنه لا يشترط علم العاقدين بالسعر، ما دام السعر معلوماً بين الناس وقت العقد.

وليس ثمة في كلامهم قول ثالث، يقول بجواز التعاقد على سعر يُعلم في المستقبل، يرتبط بمؤشر أو عرف لاحق، أو نحو ذلك، إلا إذا كان العقد على الخيار.

وبذلك يتحرر الكلام، ويسلم من التعارض، ويتوافق مع الدليل الذي دل عليه ظاهر أمر الشارع، في السلف بكيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم. ومن تتبع الخلاف يتبين أن الذي انفرد به ابن تيمية عن جمهور الفقهاء^(٢)، وإن كان يقول به معه بعض أهل العلم، أمران:

الأول: أنه لا يشترط علم العاقدين بالثمن، إذا كان السعر وقت العقد معروفاً في نفس الأمر بين الناس.

والثاني: أن السعر إذا لم يكن معروفاً بين الناس، فلا يشترط علم المتعاقدين به معاً عند العقد، وإنما يكفي عنده علم البائع إذا رضي المشتري، فهو يرى رضي

(١) الإنصاف: ٢/ ٣٠.

(٢) انظر فيما تقدم فقرة: «البيع بثمان المثل وبما يبيع الناس» ص: ١٦.

المشتري بما علمه البائع من الثمن كافياً في رفع الجهالة، لأن العقد يصير برضى المشتري من بيوع الأمانة.

ويذكر لتوجيه قوله في المسألة نظائر قال بها مَنْ خالفه من أهل العلم في المسألة، منها؛ جواز المراجعة على ما اشترى به البائع السلعة، والتولية على السلعة بما اشترى البائع، ورضى الموكل بما يشتره الوكيل، بثمن المثل، والموكل لا يعلمه، وأخذ الشفيع الشقص بالبيع الأول وإن لم يعلمه الشفيع، فقد قال: فالذي رأته من نصوص أحمد أنه إذا كان البائع عالماً بقدر الثمن جاز للمشتري أن يشتره منه بذلك الثمن، وإن لم يعلم قدره، فإنه ثمن مقدر في نفس الأمر، وقد رضي هو بخبرة البائع وأمانته^(١).

(١) العقود: ٤٣٦.

المبحث الثالث

تطبيقات معاصرة للسعر المتغير

في العقود المعاصرة صيغ عديدة للسعر المتغير، من أشهرها ما يلي:

١ - نظام الدفع المسبق في خدمات الهاتف:

المشارك في خدمات هاتف الدفع المسبق، يشتري بما يدفعه مسبقاً وحدات خدمة متغيرة الأسعار، معيارها قائم على المدة والزمن (دقائق)، وقدره غير محدد ابتداءً، وإنما يتحدد فيما بعد، وذلك لاختلاف أسعار الوحدات.

فالسعر الإجمالي للوحدات محدد معروف، والسعر التفصيلي متغير، ومدة الخدمة أيضاً متغيرة المقدار لتغير سعر الوحدة، التي يزيد عددها مع انخفاض سعرها، وينقص مع ارتفاعه.

فالرصيد الواحد قد لا يملك به صاحبه إلا خدمة دقيقة واحدة، لغلاء سعرها، وقد يملك به خدمة مائة دقيقة لانخفاض سعرها، وذلك لأن السعر التفصيلي يتغير بتغير ما يقع عليه الاختيار الذي لم يتحدد عند العقد، وهذا هو الإشكال؛ الجهالة التفصيلية للثمن والمثلث.

التكييف الشرعي لخدمات الدفع المسبق:

أقرب توجيه فقهي لهذا الاتفاق، أنه واقع على شراء خدمة موصوفة في الذمة، غير معينة، ولا مقبوضة بالفعل، والذي يمنع من أن تكون مقبوضة بالفعل أنها لم تتحدد بعد، بسبب أن المستخدم لا يعلم وقت الاتفاق ما الذي يحتاج إليه منها؛ لتعدد خياراتها المتاحة.

وَعَدَّ التَّمَكُّنَ مِنَ الْقَبْضِ قَبْضًا لَا يَفِيدُ هُنَا؛ لِتَعَذُّرِ مَعْرِفَةِ نَوْعِ الْمَقْبُوضِ، الَّذِي لَا يَتَحَدَّدُ إِلَّا بِالِاسْتِخْدَامِ، وَلَمَّا يَتَرْتَبِ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّ الْعَقْدَ قَدْ لَزِمَ وَأُبْرِمَ بِالْفِعْلِ - وَهُوَ وَاقِعٌ عَلَى مُتَعَدِّدٍ - مِنَ الْفُسَادِ، لَدُخُولِهِ فِي بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، الْمُنْهَى عَنْهُ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ وَاقِعٌ عَلَى خِدْمَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ بِسَعَرٍ وَاحِدٍ مَعْلُومٍ، يَفْتَرِقُ الْمُتَعَاقِدَانِ دُونَ اخْتِيَارِ إِحْدَاهَا.

مثاله؛ أن يعرض صاحب مكتب سياحي بسعر موحد، مائة دينار مثلاً، إحدى الخدمات الآتية؛ إقامة ليلة واحدة في غرفة فندق من الدرجة الأولى، أو ليلتين في فندق من الدرجة الثانية، أو ثلاث ليالٍ في فندق من الدرجة الثالثة، فيقبل العميل ذلك العرض، ويعهده الطرفان تعاقدًا، ويفترقان دون أن يحددا أي نوع من الخدمات المعروضة وقع عليه الاختيار، مثل هذا التعاقد لا يكون إلا ببيعتين في بيعَةٍ، للجهالة بمدة المنافع المتعاقد عليها ونوعها، فلا تُعلم الغرفة التي وقع عليها العقد، أم من فئة الدرجة الأولى، فيكون الحق للعميل في ليلة واحدة، أم من فئة الدرجة الثانية، فيكون له الحق في ليلتين، وهكذا، فهي كمن يشتري إحدى سلعتين معروضتين، لم يحدد واحدة منهما.

المشتري في الدفع المسبق للهاتف هو كذلك لا يدري وقت العقد هل المتعاقد عليه دقائق مكالمات هاتفية؟ أم خدمة أخرى من الخدمات المتاحة لرصيده؟ وإذا كانت مكالمات هاتفية، هل هي من فئة الدقيقة بربع دينار، فيكون قدر ما يستحقه مائة دقيقة مثلاً، أم من فئة الدقيقة بثلاثة دینارات، أم عشرة، فيكون قدر ما يستحقه من الدقائق أقل بكثير، وقد صح عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: (نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ)^(١)، وفسره جمهور أهل العلم: بأنه بيع سلعتين

(١) الترمذي: ١٢٣١، وقال: حسن صحيح.

مختلفتين بثمان واحد، على أن يأخذ المشتري إحداهما، أو بيع سلعة واحدة بثمانين مختلفين، ويفارق البائع دون أن يختار ويحدد أي السلعتين، أو أي الثمنين وقع عليه البيع.

الشراء من دائم العمل:

الخروج بهذا التعامل من البيعتين في بيعة، هو عد الدفع المسبق اتفاقاً أولاً بين المشترك والشركة، على أن يشتري المشترك منها خدمات هاتفية فيما بعد، بمقدار المال الذي قُيِّد له مسبقاً لصالحه، لتستوفي منه الخدمة والمنافع التي يُحدّد مقدارها الزماني في حينها، عند القبض.

وتكييف العقد على هذه الصورة (صورة الشراء من دائم العمل) كما يسميه المالكية ويسميه غيرهم بيع الاستمرار، يجعل التعاقد مع الشركة صحيحاً. وتصوير الشراء من دائم العمل أن يتم توافق المشتري مع البائع على أن يأخذ منه كل يوم ما يحتاجه من لبن أو خبز أو غير ذلك، مما يعلم البائع والمشتري ثمنه، لكن نظراً لأن ما يريده المشتري من أي منها كل يوم غير محدد النوع ولا القدر، ولا يعرف حاجته منه بالضبط مسبقاً وقت الدفع، لذا هو لا يحدد مع دائم العمل القدر الذي يريده كل يوم وقت الاتفاق، بل يتركه للخيار المتاح له، بحيث يتم تحديد قدر المبيع عند الشراء الفعلي وقت القبض.

ويسمى المالكية الشراء على هذا النحو من دائم العمل، ببيعة أهل المدينة، لما رواه مالك عن عبد الرحمن المُجَبَّر عن سالم بن عبد الله قال: «كنا نبتاع اللحم من الجزارين بسعر معلوم، نأخذ منه كل يوم رطلاً أو رطلين أو ثلاثة، ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء، قال: وأنا أرى ذلك حسناً، قال مالك: ولا أرى به بأساً، إذا كان العطاء مأموناً، وكان الثمن إلى أجل، فلا أرى به بأساً»^(١).

قال ابن رشد: «كنا نبتاع... إلى آخر كلامه: يدل على أن ذلك كان معلوماً عندهم مشهوراً من فعلهم، ولاشتهار ذلك من فعلهم سُميت بيعة أهل المدينة، وهذا أجازه مالك وأصحابه، اتباعاً لما جرى عليه العمل بالمدينة، بشرطين: أحدهما أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، والثاني أن يكون أصله عند المسلم إليه، على ما قاله غير ابن القاسم في سماع سحنون من كتاب السلم والآجال، وليس ذلك بسلم محض، ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه، ولا شراء شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه، إذا شرع في قبض أوله»^(١).

وقول ابن رشد: «ولا شراء شيء بعينه» يدل على موافقة المثال السابق في الشراء من البقال على مسألة الشراء من دائم العمل، التي ذكرها مالك.

قال الخطاب - ناقلاً عن ابن رشد -: «والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، من المدونة، وفي أوائل السلم، قال في كتاب التجارة: «وقد كان الناس يتاعون اللحم بسعر معلوم، فيأخذ كل يوم شيئاً معلوماً، ويشرع في الأخذ، ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يُباع في الأسواق، ولا يكون إلا بأمر معلوم، يُسمى ما يأخذ كل يوم»^(٢).

ويبين كلام ابن رشد الآتي في المسألة أن الشراء من دائم العمل غير منعقد عند بدء الاتفاق، وأن لكل منهما الترك متى ما أراد، قال في رسم (حَلَفَ بطلاق امرأته) من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: «وهو - أي الاستدلال بحديث المجبر على المسألة - تأويل سائغ في الحديث؛ لأنه إنما سمي فيه السوم وما يأخذه في كل يوم، ولم يذكر عدد الأبطال التي اشترى منه، فلم ينعقد بينهما في ذلك بيع

(١) مواهب الجليل ٥٣٨/٤.

(٢) مواهب الجليل ٥٣٨/٤. وأصل الكلام في المدونة ٣/٣١٤.

على عدد مسمى من الأرتال، فكلما أخذ منه شيئاً وجب عليه ثمنه إلى العطاء، ولا يلزم واحداً منهما التهادي على ذلك، إذ لم يعقدا بيعهما على ثمنٍ معلوم مسمى من الأرتال، وإجازة ذلك مع تسمية الأرتال التي يأخذ منها في كل يوم، رطلين أو ثلاثة على الشرطين المذكورين، هو المشهور في المذهب، وقوله في هذه الرواية: وأنا أرى ذلك حسناً، معناه: وأنا أجزئ ذلك استحساناً، اتباعاً لعمل أهل المدينة، وإن كان القياس يخالفه»^(١).

ولا يشكل على تخريج مسألة الدفع المسبق في الهواتف على الشراء من دائم العمل، أن الدفع في مسألة الهواتف منه ما يكون نقداً، ومنه ما يكون مؤجلاً، وفي مسألة الشراء من دائم العمل مؤجلاً إلى العطاء، لا يشكل؛ لأن صورة المعقود عليه واحدة، وما دامت قد جازت مع تأجيل الثمن مع ما فيه من شبهة تأجيل العوضين في عقد شبيهه بالسلم، كما ذكر ابن رشد، فجوازها - أي مسألة الهواتف - مع تعجيل الثمن أولى وأسعد بالقواعد.

ما تمنحه الشركة للوكلاء الموزعين، والبيع من الرصيد:

الموزعون وكلاء لشركة الهواتف، وهي تعطيهم ما قيمته ألفاً من الخدمة لمن دفع تسعمائة مثلاً، وهذا يمكن توجيهه على معنى الاتفاق معهم على أن يأخذوا أجره خدمتهم عما يقومون به من وساطة، من المستخدمين، نظير تمكينهم من الخدمة، لذا ليس لهم حق الزيادة على ما تحددهم من أجره من قبل الشركة، فليس لهم أن يبيعوا خدمة دينار مثلاً بدينار ونصف، وتُعد الزيادة حينئذ من أكل أموال الناس بالباطل، لأن الوكلاء وسطاء لا يملكون السلعة، وأجرة الوساطة على ما يقومون به وافقوا ورضوا بتحديداتها مع من توكلوا عنه.

(١) البيان والتحصيل ١٧/٢٠٨، مواهب الجليل: ٥٣٨/٤.

ولأجل أن يكون هذا التخفيض الذي يُمنح للوكلاء، أو لمن يشتري بمقادير كبيرة خالياً من شبهة أكل المال بالباطل، ينبغي أن تحدد شركة الاتصالات في نظمها ولوائحها سعر وحدة الخدمة لمن يشتري بمائة مثلاً، أخفض ممن يشتري بعشرة؛ لأنه يُخشى - إن لم تكن عمولة الوساطة على هذا الأساس - أن يكون ما تمكنهم الشركة من أخذه من المستخدمين زيادة على مقدار رصيدهم - أي الوكلاء - لدى الشركة مقابل حبسها لمالهم عندها، وهو على ما تقدم بيانه من الشراء من دائم العمل، لا يتنقل إليها إلا باستيفاء المنفعة، التي لا تتم ولا تتحدد إلا بالاستخدام، والزيادة لصاحب المال - الوكيل - نظير حبسه منه لا تجوز، قال ابن قدامة فيمن دفع مالاً لآخر نظير سلعة ليشتريها منه، ثم ترك بعد الانتظار: «الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت، لوجب أن يكون معلوم المقدار، كما في الإجارة»^(١).

هذا ما ظهر لي في مسألة الدفع المسبق في خدمات الهاتف، والعلم عند الله، وهو أحكم الحاكمين.

٢ - المراجعة مع حافز الخصم (اشتراط الخطيئة من الثمن):

اعتاد الممولون تحفيز العملاء بخصم من الثمن المؤجل، يوضع عنهم فيما بعد، وكذلك يفعل الموردون للسلع من تجار الجملة في السوق، عند البيع للتجار الصغار، حيث يشترطون على الموردين أنه إن حدث هبوط أو كساد في الأسعار فإنه يُخفّض لهم من الثمن المتفق عليه بنسبة الهبوط الذي طرأ، ولا يكونون مُلزمين بدفع الثمن الأصلي، والغالب أن يتم البيع في هذه الصورة بتأجيل الثمن على أقساط، ليضمن المشتري لنفسه تنفيذ الاتفاق في حال انخفاض الأسعار.

وتلجأ إلى هذا النوع من الحطيطة المصارف في بيع المrabحة، للمنافسة على العملاء، فتبيع السلع بربح عالٍ قابلٍ للتخفيض، وتعدّ المصارف المشتريَ بخضم من الثمن المؤجل في المستقبل يخضع للمؤشر، حسب ظروف السوق.

تكلم مالك في المدونة وغيره من المالكية على هذا الوعد بالحطيطة من الثمن، وأنه لا يجوز إذا كان مشروطاً، قال في المدونة: «فإن عقد البيع على موعد أنه إن وُضع في البيع وُضع عنه فالبيع مفسوخ؛ لأن الثمن غير معلوم»، ووضح ابن رشد أن ما كان منه مشروطاً على البائع (الممول) حين العقد، أو جرى به عرف، فإنه لا يجوز، وذلك للجهالة بالثمن؛ إذ لا يدري البائع في نهاية الأمر ما آل إليه ثمن السلعة التي باعها، قال في البيان والتحصيل: «اتفق مالك وأصحابه فيما علمت على أنه لا يجوز أن يبيع الرجل سلعة أو جارية من الرجل بثمانٍ يسميه له، على أنه لا نقصان عليه منه»^(١)، أي لا نقصان على المشتري إن هبطت السلعة، بل النقص يتحملة البائع، «وما وقع من ذلك على شرط ومضى، سبيله سبيل البيع الفاسد، يُفسخ إذا لم يفت ببيع آخر، أو هبة، أو موت، أو حوالة أسواق، أو غير ذلك من المقتوتات، ومعنى فسخه أن يسترد البائع السلعة ويسترد المشتري الثمن، ويُعدّ البيع كأن لم يقع».

فإن فاتت السلعة بمفوت مما ذكر، فيحكم له بحكم البيع الفاسد، يمضي بالقيمة التي تُقوّم بها السلعة يوم قبضها، ويكون ذلك هو الواجب الدفع للبائع»^(٢)

هذا إذا كان الخصم من الثمن مشروطاً عند العقد، أما إذا وقع العقد من غير شرط، ثم تطوع البائع بالالتزام بالنقص في السعر إن طرأ سبب لذلك، فالعقد

(١) البيان والتحصيل: ٤٤ / ٨ و ٣٣٩ / ١٥، وتحرير الكلام: ٢٥١ .

(٢) البيان والتحصيل: ٣٣٩ / ١٥ .

صحيح، ويلزمُ البائع ما التزمه، ولا تضره الجهالة؛ لأنه متبرعٌ بجبر النقص المتوقع، والتبرعُ بالمجهول جائز، قال ابن رشد: «وهذا كما قال، إنه إذا قال له بعد البيع: بع ولا نقصان عليك ... أي: بع والنقصان عليّ، فهو أمر قد أوجبه على نفسه، والمعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازمٌ لمن أوجبه على نفسه، يُحكم عليه به ما لم يمت أو يُفلس»^(١)

وهذا ما لم يشترط المتطوعُ بالنقص تعجيل الثمن في بيع تم على التأجيل، كأن يقول بعد تمام العقد: انقضي الآن وبع، ولا نقصان عليك، فلا يجوز؛ لأنه بيعٌ وسلف^(٢)، حيث يتردد جزءٌ من الثمن بين السلفية والثننية؛ لأن ما رد له من الثمن يكون سلفاً، وما بقي منه يكون بيعاً، فإن كان البيع قد تم على تعجيل الثمن، ثم تطوع البائع بتعويض النقص، فذلك جائز، ولا يُتَّهَمَان على الدخول على بيع وسلف، كما في المسألة الأولى^(٣).

٣- بيع السلعة بأكثر من ثمن:

وذلك بأن تُباع السلعةُ بعدة أثمان مقسومة على الآجال؛ كـ(إن تم التسديد في شهر فثمانية، وإن تم في شهرين فبعشرة، وإن تم في ثلاثة فباثني عشرة)، ويفترق العاقدان على ذلك دون أن يختار المشتري أحد الأثمان.

وهذا من العقود المحظورة في البيع بالسعر المتغير؛ لما فيه من الغرر وشبهة الربا، أما الغررُ فللجهل بالثمن، إذ لا يُدرى أيُّ ثمنٍ تم به الشراء، هل هو ثمانية أو عشرة أو اثني عشرة.

وأما شبهة الربا فقد قال المالكية: مَنْ خَيْرٌ بَيْنَ شَيْئَيْنِ عُدَّ مُتَنَقِّلاً، فكأنَّ المشتري في هذا المثال اختار أول الأمر، الشراء بثمانية وترتبت في ذمته، ثم انتقل

(١) البيان والتحصيل: ٤٤ / ٨.

(٢) المصدر السابق: ٣٢٤ / ١٥.

(٣) انظر تحرير الكلام: ص ١٥١ وما بعدها.

واختار الشراء الثاني بعشرة، فاستبدل بها الثمانية التي اختارها أولاً، واستبدال عشرة بثمانية رباً محرماً، فإذا اختار المشتري أحد الأثمان قبل التفرق صح العقد، لتعَيَّن الثمن وزوال الغرر، ولم تبق إلا البيعة واحدة بثمن معلوم.

٤ - المراجعة بالربح المتغير:

المراجعة بالربح المتغير لا يتحدد فيها قدر كل قسط من أقساط الربح الزائد على رأس المال عند التعاقد، وإنما يُحدد عند العقد الربح الخاص بالقسط الأول فقط، ويُربط تقدير ما بعده من الأقساط بمؤشر يُتفق عليه، مربوط في العادة بسعر السوق والفائدة والمؤشر وأمور أخرى، فيُحدد القسط الثاني بناء على هذه الاعتبارات عند استحقاق القسط الأول، ويحدد القسط الثالث عند استحقاق الثاني، وهكذا إلى نهاية الأقساط، يفعل ذلك الممولون تحوطاً من الغبن إذا ارتفع مؤشر التضخم، وهذا التغير في الأقساط من الجهالة البينة في مقدار الثمن، التي تفسد المراجعة.

والمراجعة الجاري العمل بها اليوم أكثرها بيع بالدين، وإذا كان التغير في الدين بالزيادة فلا يجوز؛ لأنه زيادة على الدين بعد لزومه، والزيادة على الدين المتقرر رباً لا يختلف عن الفائدة المركبة .

٥ - السلم بسعر السوق يوم التسليم:

هذا النوع من عقود السلم المعاصر يتم فيه عند التعاقد تحديد السعر الإجمالي (رأس مال السلم)، دون تحديد قدر المسلم فيه، بل يبقى قدره مجهولاً، يتحدد عند الأجل، بناء على قسمة رأس المال المحدد عند العقد، على سعر الوحدة الذي

يتحدد يوم التسليم بناء على المؤشر، بحيث تزيد الكمية بانخفاض السعر الذي يظهر، وتنقص بارتفاعه، وهذه جهالة في عَوَضي السلم معاً؛ الثمن والمثمنون، جهالة تفصيلية في سعر الوحدة، وجهالة إجمالية في قدر المسلم فيه، والجهالة بالتفصيل والإجمال في أحد العوضين - على وجه من الوجوه - مفسدة للعقد عند جمهور الفقهاء، كما تقدم في نقل أقوالهم في بيع بعض من صبرة، كل صاع بكذا، أو كل الصبرة بصنجة مجهولة، ومخالف لأمر النبي ﷺ: (من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(١).

ومن يذهب إلى إقرار هذا العقد، وإدخاله في التمويل الإسلامي المعاصر، يستند - كما سبق - إلى ما جاء عن الشيخ ابن تيمية في السلم بالسعر، وقد تقدم توجيه كلامه.

أما القول بأن الثمن الإجمالي معلوم، وهو مفضوض على القيمة التي تظهر في المستقبل، وبذلك تكون قيمة المسلم فيه بحسب السوق واحدة، سواء زادت الكمية أو نقصت، فلا يفيد في رفع الجهالة؛ لأن معرفة كمية المبيع وقت العقد غرض أصلي، مقصود للطرفين، بغض النظر عن قيمته التي تظهر فيما بعد، بل القيمة المتوقعة فيما بعد، هي التي يراهن عليها الطرفان، وتحفز الناس إلى التجارة بالبيع والشراء؛ لما يتوقعونه من الربح في كميات زادت مقاديرها بسبب اشترائها وقت الرخص، فإذا ما ارتفعت أسعارها فيما بعد عند الأجل تحقق لهم الربح الحلال.

بخلاف ما لو ترك الأمر في تحديد الأسعار إلى سعر السوق في المستقبل، فلا يتحقق لهم مقصودهم، ولا شك أن مثل هذا في التعاقد جهالة تفضي إلى عدم الرضا والمنازعة.

(١) صحيح البخاري حديث رقم: ٢١٢٤.

٦- الهامش المتغير في عقود الإجارة:

الهامش المتغير في عقود الكراء أو الإجارة المنتهية بالتملك، معناه أن تُحدد الأجرة بين الطرفين للمدة الأولى من العقد، كأن تكون ستة أشهر مثلاً، ثم في نهاية كل ستة أشهر يعاد النظر في الأجرة، زيادةً ونقصاً، فيتغير الإيجار تلقائياً للمدة الجديدة، بما يوافق سعر السوق ومؤشر التضخم أو سعر الفائدة، فإذا ارتفعت الأسعار زاد الإيجار بنسبة ارتفاعها، وإذا انخفضت انخفض الإيجار بقدر الانخفاض.

ربط الأجرة بالهامش المتغير على هذا النحو التلقائي في الإجارة المنتهية بالتملك أو غيرها، إن كان على اللزوم، بحيث لا يتوقف على رضا الطرفين في بداية كل مدة جديدة، كان من التأجير بأجرة مجهولة، فلا يجوز، وإن كان على الخيار يتوقف في بداية كل مدة على رضا الطرفين، كان جائزاً؛ لأن عقد الخيار منحلٌّ، وإمضاؤه يحصل بإرادة تحدث بعد العلم بالأجرة المتغيرة، فيحصل الرضا ويرتفع المحذور.

أبيض

الخلاصة

اتفق أهل العلم على أن الرضى شرط في صحة العقود، وأن الرضى متوقف على العلم بالمعقود عليه، واتفقوا على أن الجهالة المؤثرة في العقود هي ما تفضي إلى المنازعة، وأن رفعها مشروط بكونه وقت العقد لا بعده، وأن الغرر في العقود ثلاثة أنواع؛ يسير مغفور، وكبير محذور، ووسط موضع للاجتهاد.

أما البيع والتأجير بالسعر المتغير فمعناه: التعاقد على عوض غير متقرر ولا محدد وقت البيع، وإنما يتحدد لاحقاً، يزيد وينقص بناء على حساب ومؤشر يتوافق عليه الطرفان.

وبتتبع عبارات الفقهاء، فيما له صلة بالسعر المتغير، من مثل: البيع والتأجير بثمن المثل، والبيع بالسعر، وبالرقم ونحوه، وتحرير هذه الألفاظ والوقوف منها على محل الوفاق، والخلاف فيما فيه خلاف - تبين أن البيع أو التأجير بالقيمة التي ستظهر، أو التي يقولها أهل السوق، أو فلان، أو البيع بثمن المثل الذي يظهر في المستقبل، ولم يتقرر وقت التعاقد، كل ذلك لا يجوز للمتعاقدين الإحالة عليه عند الفقهاء عامة؛ لأنه إحالة على سعر مجهول لم يتقرر وقت العقد، قال الحنفية وكذلك الشافعية في أحد أقوالهم: إلا إذا تقرر السعر عقب التعاقد قبل التفرق من المجلس، واستثنى المالكية ما إذا كان العقد على الخيار فيجوز؛ لأن عقد الخيار منحل، فإذا أمضاه العاقد بعد العلم صار عقداً مستأنفاً بثمن معلوم.

كما استثنوا جميعاً ما إذا كانت السلعة من السلع التي لا يتفاوت سعرها في عرف الناس، كالخبز واللحم ونحوه.

وفي (البيع بالسعر) الذي ربما وقع بسببه لبس، يُستخلص من كلامهم أن في المسألة قولين لا ثالث لهما؛ قول الجمهور، ويوافقه أحد قولي الإمام أحمد، أن البيع بالسعر المعروف بين الناس وقت العقد لا يصح، إلا إذا علمه المتعاقدان، والقول الثاني؛ وهو القول الآخر للإمام أحمد، وصححه شيخ الإسلام، أنه لا يشترط علم العاقلين بالسعر، ما دام السعر متقدرا في نفس الأمر وقت العقد، معلوما بين الناس، وليس ثمة في كلامهم قول ثالث يقول بجواز التعاقد على سعر يعلم في المستقبل، يرتبط بمؤشر أو عرف أو نحو ذلك، إلا إذا كان العقد على الخيار.

وهو ما يؤسس لنا قاعدة عامة لكل العقود المعاصرة بالسعر المتغير، فما كان منها عقدا مبرما على اللزوم، على عوض لم يتقرر وقت العقد، وإنما يتقرر مستقبلا، مرتبطا بمؤشر أو غيره، فلا يجوز؛ للجهالة، وما كان منها معروفا متقدرا وقت العقد، جاز الرضا به ولو لم يعلمه المتعاقد حين العقد، على ما اختاره الشيخ ابن تيمية من أحد قولي الإمام أحمد، فليس هناك وجه لربط ديون المراجعة، ولا البيوع الآجلة، ولا التورق، ولا عقود الإجارة، بالهامش المتغير، ولا السلم بسعر يوم التسليم؛ لأنها أسعار مجهولة لم تتقرر، إلا إذا كانت على الخيار.

أما خدمات الدفع المسبق للهاتف، فتُخرج على الاتفاق مع دائم العمل لشراء ما يحتاج إليه منه من خدمة موصوفة في الذمة، لا يتم التعاقد على وحداتها فعلا إلا عند القبض (الاستخدام)، الذي يتم معه الخصم من الرصيد، وسمى المالكية مثل هذا الشراء في التعاقد؛ ببيعة أهل المدينة، وقبلوه لعمل السلف. والله أعلم، وصلى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

العوض المتغير في البيع والإجارة

إعداد

أ.د. فهد بن عبد الرحمن اليحيى

أستاذ الفقه والدراسات العليا في جامعة القصيم

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله
وبعد:
فاستجابة للطلب الكريم من الأمانة العامة للمجمع الفقهي الإسلامي
لرابطة العالم الإسلامي في الكتابة في موضوع العوض المتغير في البيع والإجارة^(١)
فقد كتبت هذه الورقات شاكراً لهم جهودهم المباركة سائلاً الله التوفيق والتسديد.
ثم إن هذه المسألة مسألة دقيقة والبحوث فيها شحيحة، ولكن بعد عناء
البحث أمكن الوقوف على بعض بحوث في هذه المسألة أهمها ما يلي:
● ملتقى المراجعة بربح متغير وهو ملتقى نظمه بنك البلاد تناول هذه المسألة
(وهو من عنوانه خاص بالبيع فقط دون الإجارة).

وقد اشتمل على بحثين مهمين:

بحث المراجعة بربح متغير لـ د. يوسف الشبيلي، وبحث المراجعة بربح متغير
لـ د. سامي السويلم وهو عبارة عن مناقشة وتعقيب على بحث الشبيلي، وإن كان
قد خرج كبحت مستقل.

● ملتقى بنك الإنماء حول تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل أو العائد
الثابت والعائد المتغير (وهو أيضاً خاص بالبيع فقط دون الإجارة).

● رسالة علمية بعنوان أحكام الأجرة المتغيرة، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية،
عبارة عن بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء جامعة
الإمام محمد بن سعود الإسلامية إعداد هشام بن صالح الذكر.

(١) كان مسمى البحث حين تقديمه في دورة المجمع (البيع والتأجير بالسعر المتغير) كما وردني في خطاب الاستكتاب،
إلا أنني حين رأت مجلة المجمع نشره بدالي أن أعدل العنوان ليكون (العوض المتغير في البيع والإجارة) نظراً لما قد
يوهمه العنوان الأول من الجمع بين البيع والتأجير ولم يكن ذلك مراداً، كما أن هذا البحث المنشور هنا في المجلة قد
أجريت عليه بعض التعديلات الأخرى فهو النسخة المعتمدة من البحث.

● بحث حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة،
لـ أ. د. نزيه كمال حماد المنشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية
في عددها الأربعين.

وجميع هذه البحوث بحوث قيمة متميزة، قد بذلت فيها جهود مشكورة،
وقد أفدت منها، وأشارت إليها في مواضعها.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى فصلين، وتحت كل فصل مباحث:

الفصل الأول: العوض المتغير في البيع (المرابحة بربح متغير):

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أقوال المعاصرين في مسألة العوض المتغير في البيع (المرابحة بربح
متغير):

المبحث الثاني: أدلة الفريقين بإيجاز:

المبحث الثالث: ما ظهر للباحث في مسألة العوض المتغير في البيع:

الفصل الثاني: العوض المتغير في الإجارة:

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: مختصر الخلاف في العوض المتغير في الإجارة:

المبحث الثاني: تحرير القول في مسألة العوض المتغير في الإجارة، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: اشتراط العلم بالأجرة:

المطلب الثاني: عدم معارضة العوض المتغير في الإجارة للعلم بالأجرة ونظائر ذلك في الفقه:

المطلب الثالث: الفرق بين العوض المتغير في البيع، وبين العوض المتغير في الإجارة:

المبحث الثالث: معيار الأجرة المتغيرة:

المبحث الرابع: الفرق في الحكم في مسألة العوض المتغير في الإجارة بين الأفراد والشركات:

المبحث الخامس: التحوط بوجود شرط التحكيم (بديل العوض المتغير في الإجارة):

منهج البحث:

انتهجت في هذا البحث المختصر منهج البحوث الموجهة للمختصين فتخففت كثيراً من المقدمات، ومن بعض الشكليات الأكاديمية، كما أنني حرصت أن أبدأ من حيث انتهى الآخرون؛ فكان منهجي كما يلي:

١ - أذكر الأقوال باختصار وأوجز تصوّر الخلاف.

٢ - أشير إلى أدلة الأقوال دون توسع.

٣ - تقرير ما ظهر لي في كل مسألة، مع الإشارة إلى مرجحات القول الذي انتهيت إليه.

٤ - حرصت على إبراز الفرق بين العوض المتغير في البيع والعوض المتغير في الإجارة نظراً للحاجة إلى ذلك لمن اختلف لديه الحكم فيهما.

٥- فصّلت في معيار الأجرة المتغيرة؛ حيث التنبيه إلى ذلك مهم لم يُشر إليه

كثيرون.

والله أسأل أن يلهمنا الصواب في القول والعمل، وأن يغفر لنا ولوالدينا

ويرحمنا برحمته.

أ.د. فهد بن عبد الرحمن المحيى

أستاذ الفقه والدراسات العليا

في جامعة القصيم

feqh@hotmail.com

الفصل الأول

العوض المتغير في البيع (المرابحة بربح متغير)

الأصل في البيع أن يكون بسعر محدد، ولكن في العصر الحاضر نظراً لانتقال العالم من النقد الحقيقي إلى النقد الاعتباري أصبح من آثاره تغيير قيمة العملة، والتغير السريع والمفاجئ أحياناً لقيمة السلع والمقتنيات ونحوها، وله أسباب عدة قد ترجع إلى ما سبق وقد ترجع إلى غيره كالتضخم، ولأجل ذلك لجأت بعض المصارف حماية لها من تذبذب الأسعار إلى ربط العقود الآجلة بمؤشر التغير (ومن أشهرها مؤشر سعر الفائدة)، ومن أشهر العقود الآجلة لدى المصارف الإسلامية عقد المrabحة.

ويرى البعض أن تطبيق المrabحة بربح متغير يتم في الواقع العملي في المصارف عبر آليات عدة، أبرزها ما يأتي:

الآلية الأولى: أن يتفق العاقدان على سداد المتمول لأصل الدين بأكمله في نهاية المدة التي يتفقان عليها، بينما يدفع المتمول في مواعيد دورية محددة (سنوية، أو نصف سنوية، أو ربع سنوية) طوال مدة المديونية مقدار الربح فحسب والذي يتحدد بناءً على مقدار المؤشر المتفق عليه.

الآلية الثانية: أن يتفق العاقدان على سداد المتمول أصل الدين في أقساط دورية محددة (سنوية، أو نصف سنوية، أو ربع سنوية) موزعة على كامل مدة المديونية، ويضاف إليه دفع الربح على الجزء القائم غير المسدد من أصل الدين فحسب والذي يتحدد بناءً على مقدار المؤشر المتفق عليه^(١).

(١) عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، د. حامد ميرة، دار الميكان.

أبيض

المبحث الأول أقوال المعاصرين في مسألة العوض المتخير في البيع (المرابحة بربح متخير)

جماهير المعاصرين على منع المrabحة بربح متخير.

وهو مقتضى قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥١) بشأن البيع بالتقسيط ونصه: «لا يجوز شرعاً في بيع الأجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط، مفصولة عن الثمن الحال، بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة، أم ربطاها بالفائدة السائدة».

ويمكن أن يعتبر القراران: القرار رقم ١١٥ بشأن موضوع التضخم وتغير قيمة العملة، والقرار رقم ٤٢ بشأن الديون بمفهومهما أيضاً يمتنعان الربط؛ حيث جاء في الأول: «لا يجوز شرعاً الاتفاق عند إبرام العقد على ربط الديون الآجلة بشيء مما يلي: وذكر الربط بسعر الفائدة، ثم علل ذلك بما يترتب على هذا الربط من غرر كثير وجهالة فاحشة بحيث لا يعرف كل طرف ما له وما عليه فيختل شرط المعلوماتية المطلوب لصحة العقود. وإذا كانت هذه الأشياء المربوط بها تنحو منحى التصاعد فإنه يترتب على ذلك عدم التماثل بين ما في الذمة وما يطلب أدائه، ومشروط في العقد فهو ربا» اهـ، وجاء في القرار الثاني: «لا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أياً كان مصدرها بمستوى الأسعار».

ونص على المنع أيضاً المعيار رقم (٨) من المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المrabحة للأمر بالشراء وربحها محدداً ومعلوماً للطرفين عند التوقيع على عقد

البيع. ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل؛ وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمداً على مستوى الليبور (LIBOR) الذي سيقع في المستقبل، ولا مانع من ذكر المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يتم تحديد الربح في عقد المربحة للأمر بالشراء على أساس نسبة معلومة من التكلفة ولا يبقى الربح مرتبطاً بالليبور أو بالزمن».

وجاء في المعيار رقم (٢٧) حول المؤشرات: «يجوز اتخاذ مؤشر مثل معدل ليبور أو مؤشر أسعار أسهم و سلع محددة أساساً لتحديد الربح في الوعد بالمربحة، شريطة إبرام عقد المربحة على ربح معلوم لا يتغير بتغير ذلك المؤشر». كما ذهبت إلى المنع ندوة ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

كما ذهب أكثر المشاركين في ملتقى المربحة بربح متغير الذي نظمه بنك البلاد إلى المنع، وكذا المشاركين في ملتقى بنك الإنماء حول تغيير سعر السوق في التمويل طويل الأجل أو العائد الثابت والعائد المتغير^(١).

وذهب بعض المعاصرين إلى جواز المربحة بربح متغير كما قرره د. يوسف الشبيلي في بحثه القيم (المربحة بربح متغير)، وقد وافقه د حامد ميرة؛ ولكنه قيدها بقيود:

١ - استجماع شروط صحة عقود المربحة.

٢ - لابد من اشتغال العقد على بيان آلية تحديد أقساط الثمن وأجال حلولها

بشكل واضح ينفي عنها الجهالة.

(١) انظر الملتقيين المشار إليهما.

٣- يجب أن يحدد العاقدان في مجلس العقد معياراً أو مؤشراً منضبطاً لا يستقل العاقدان بعلمه، ولا يتطرق النزاع بينهما في تحديده يكون هو المرجع في تحديد أقساط الثمن المؤجلة.

٤- اتفاق العاقلين عند التعاقد على سقف أعلى وسقف أدنى لمقدار التذبذب المقبول في مقدار أقساط الثمن الآجل.

٥- إذا تحدد مقدار أي قسط من أقساط الثمن الآجل، ثم حل أجله فلا يجوز بحال أن تفرض على المدين زيادة في الدين نظير التأجيل أو التأخر في السداد، سواء أكانت تلك الزيادة مبلغاً ثابتاً أم متغيراً، وسواء أكان منصوباً عليها في العقد أم اتفق الطرفان عليها لاحقاً^(١).

(١) عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، د. حامد ميرة، دار الميهان.

أبيض

المبحث الثاني

أدلة الفريقين بإيجاز

استدل المانعون بعدة أدلة أهمها ما يلي:

الأول: اشتغال المربحة بربح متغير على الجهالة والغرر:

وهذا في نظري هو أهم علة للمنع حيث مخالفة هذه المعاملة لشرط العلم بالثمن.

والأدلة على منع الجهالة والغرر في البيع كثيرة، وأشهرها حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر^(١).

ولا خلاف بين أهل العلم في اشتراط العلم بالثمن في الجملة^(٢).

ونوقشت علة الجهالة والغرر: بأن ربط الربح بمؤشر منضبط لا يؤدي إلى النزاع، فالجهالة هنا لا تفسد العقد كما أنها يسيرة في بعض الربح، كذلك هو من العقود التي تدعو إليه الحاجة^(٣).

ويجاب بأن هذا محل النزاع، وسيأتي له مزيد بيان في المبحث الثاني.

الثاني: اشتغال المربحة بربح متغير على الربا:

حيث إن المربحة تنتج ديناً في ذمة المدين؛ وحيثُ فالزيادة في الدين ربا.

ونوقشت علة الربا: بأن العقد جرى على السعر الأخير ابتداءً، فالدين لم يستقر أصلاً إلا بربح السوق عند السداد، وهو يختلف عن القرض الربوي في

(١) أخرجه مسلم برقم (١٥١٣) في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر.

(٢) انظر على سبيل المثال: البحر الرائق ٦ / ٢٣، حاشية ابن عابدين ٤ / ٦، حاشية الدسوقي ٣ / ١٥، مغني المحتاج

٢ / ١١ المغني لابن قدامة ٤ / ١٤٤، شرح منتهى الإرادات ٢ / ١٤٦، ولا يخالف في هذا أصحاب القول

بالإباحة هنا، ولذا قرر هذا الأصل د. يوسف الشبيلي في بحثه ص ٢٣-٢٥.

(٣) بحث د. يوسف الشبيلي ص ٥٢.

أميرين: في مبادلة سلعة بنقد، وفي عدم زيادة الدين بعد استقراره بحسب سعر السوق^(١).

وأجيب بأن المصرف لن يقبل بحال من الأحوال أن تتحول المربحة أو التورق إلى حق غير مستقر أو لا يتمتع بكل الضمانات التي يتمتع بها التمويل الثابت، كما أن القول بأن الربا لا يتحقق إلا باستقرار الدين في الذمة غير صحيح إذ لا يجوز التراضي على تأخير دين السلم بزيادة (وهو غير مستقر عند الجمهور) لأنه ربا بلا خلاف، كما أن الدين المستقر وغير المستقر كلاهما حق لازم ثابت في ذمة المدين وإنما افترقا في درجة الثبوت لا في أصله^(٢).

الثالث: اشتغال المربحة بربح متغير على بيعتين في بيععة:

ووجه اشتغال المعاملة على ذلك تردد الثمن وعدم استقراره، وقد جاء النهي عن بيعتين في بيععة في أحاديث أشهرها حديثان:

الأول: حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -، قال: قال النبي ﷺ: «من باع بيعتين في بيععة، فله أو كسهما أو الربا»^(٣).

الثاني حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أيضاً قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيععة»^(٤).

وقد فسرت (بيعتين في بيععة) بعدة تفسيرات، ومن أشهرها البيع مع وجود ثمين للسلعة دون بت لأحدهما، قال الترمذي بعد روايته للحديث: فسر بعض

(١) بحث د. يوسف الشبلي ص ٤٩.

(٢) بحث د. سامي السويلم ص ٩٥.

(٣) أخرجه أبو داود برقم (٣٤٦١).

(٤) أخرجه الترمذي برقم (١٢٣١) باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيععة، والنسائي برقم (٤٦٣٢) باب: بيعتين في بيععة، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بهائة درهم نقداً، وبهايتي درهم نسيئة، قال الترمذي: وفي الباب عن عبد الله ابن عمرو، وابن عمر، وابن مسعود، حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وقال ابن عبد البر في الاستذكار (٦ / ٤٤٨): هذا الحديث مسند متصل عن النبي ﷺ عن حديث ابن عمر وحديث بن مسعود وحديث أبي هريرة وكلها صحاح من نقل العدول وقد تلقاها أهل العلم بالقبول.

أهل العلم قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقته على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحد منهما^(١).

وبوب عليه النسائي فقال: بيعتين في بيعة، وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقدا، وبمائتي درهم نسيئة^(٢).

وهذا المعنى وإن كان أحد التفسيرات إلا أن الفقهاء اتفقوا على منع صورة البيع المتردد في تحديد الثمن؛ ولذا قال ابن عبد البر: اتسعوا في تخريج وجوه هذا الحديث على معان كثيرة وكل يتأول فيه على أصله ما يوافقه..

ثم ذكر عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد سئل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا إلى أجل فكره ذلك ونهى عنه.

قال أبو عمر (ابن عبد البر): هذا من بيعتين في بيعة عند الجميع إذا افترقا على ذلك^(٣).

أدلة من أباح وصحح المراجعة بربح متغير:

الأول: الأصل الشرعي في العقود: فالأصل في العقود الصحة والإباحة^(٤). ويناقش بأن هذا لا إشكال فيه، ولكن هذه الصورة من البيع اشتملت على صفات أخرجتها عن هذا الأصل كما في كل معاملة تشتمل على محذور شرعي.

الثاني: قياس المراجعة بربح متغير على بعض البيوع الحالية: ومن هذه البيوع: البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر (مثل بيع الاستجرار) - البيع بما باع به فلان - البيع بالرقم - بيع بعض الجملة بتحديد سعر الوحدة^(٥).

(١) سنن الترمذي (٣ / ٥٢٥).

(٢) النسائي (٧ / ٢٩٥).

(٣) الاستذكار (٦ / ٤٤٩).

(٤) بحث د. يوسف الشيبلي ص ٢٩.

(٥) بحث د. يوسف الشيبلي ص ٣٢.

ونوقش بأنه لو كان البيع بالسعر جائزاً مطلقاً لما نهى النبي ﷺ عن بيع الركبان وعن تلقي الجلب، ولو كان مراد شيخ الإسلام والإمام ابن القيم من سعر المثل هو السعر المستقبلي، أو كان يشمل به بالجواز، لما كان في هذه الحيلة آفة بل لكان الطرفان راضيين بسعر المثل وقت الوفاء، وهذا ما نفاه ابن القيم - رحمه الله -، والخلاصة أن هذه البيوع ليس فيها سعر البيع المستقبلي والذي تعتمده المراجعة بربح متغير^(١).

الدليل الثالث: قياس المراجعة بربح متغير على بعض البيوع الآجلة: كالبيع بشرط النفقة مدة معلومة، فالحنابلة على الجواز، والجهالة فيه أكبر من المراجعة بربح متغير إذ الجهالة في الربح فقط ابتداءً، وكذلك السلم بسعر السوق، وهو السلم في سلع موصوفة من غير أن تحدد كميتها، وقال ابن تيمية بصحته^(٢). ونوقش بأن مستند السلم هو القيمة المحددة عند التعاقد وليس لاحقاً، بخلاف الربح المتغير الذي يتغير لاحقاً، كما أن دين السلم ثابت ولا يتغير، بخلاف دين المراجعة فإنه يتغير بتغير المؤشر^(٣).

الدليل الرابع: قياس المراجعة بربح متغير على الإجارة بأجرة متغيرة؛ حيث لا فرق بين الإجارة والمراجعة فكلاهما بيع منافع وشروطهما متماثلة^(٤). ويناقش بأن الإجارة بأجرة متغيرة مسألة خلافية، كما أن هناك فروقاً بين المسألتين كما سيأتي كل ذلك في موضعه من البحث^(٥).

(١) بحث د. سامي السويلم ص ١١١، ١١٥.

(٢) بحث د. يوسف الشبيلي ص ٤١.

(٣) بحث د. سامي السويلم ص ١١٧، وسيأتي مزيد مناقشة في المبحث الثالث.

(٤) بحث د. يوسف الشبيلي ص ٤٥.

(٥) ويمكن التوسع في الأدلة والمناقشات بالرجوع إلى ملتقى بنك البلاد، وملتقى بنك الإنماء اللذين سبقت الإشارة إليهما.

المبحث الثالث

ما ظهر للباحث في مسألة العوض المتغير في البيع

تأملت هذه المسألة كثيراً جداً، وقلبتها يمناً ويسرة، فتبين لي فيها أن المنع أقرب استناداً إلى الأصل في اشتراط العلم بالثمن وهو مما لا خلاف فيه، ولا يخالف فيه القائلون بصحة المراجعة بربح متغير كما تقدم، وليس الخلاف في نظري ناشئاً عن الخلاف في ضابط العلم بالثمن كونه محدد المقدار عند العقد، أو كونه معلوم المقدار عند العقد أو أنه يؤول إلى العلم بما لا يؤدي للمنازعة والاختلاف، كما يفهم من بحث د يوسف الشبيلي^(١)؛ لأن الخلاف ذاته ليس خلافاً منصوصاً عن الفقهاء التزموا به كقاعدة مطردة؛ بل ربما هو مجرد استقراء (قد يكون تاماً أو غير تام) لبعض الصور التي حكم عليها الفقهاء، ولذا تبقى الصورة التي بين أيدينا لها حكمها الخاص، وقد يقول بالإباحة فيها من لم يقل بالقول المتوسع هناك، وقد يقول بالمنع أيضاً هنا من يرى التوسع في العلم بالثمن. ومن أجل ذلك فقد رأيت أن أهم ما يوضح المسألة، ويجلي وجه وجود الغرر من عدمه، وتحقق شرط العلم بالثمن من عدمه، وذلك كله مناط الحكم هو مناقشة النظائر التي ذكرت للقياس عليها.

تقييم نظائر العوض المتغير في البيع:

تأملت النظائر التي يراد منها قياس العوض المتغير في البيع (أو المراجعة بربح متغير) عليها فتبين لي أن أقربها إلى ذلك ثلاث صور أو مسائل:

(١) بحث د. يوسف الشبيلي ص ٢٥، ففيه: مع اتفاق أهل العلم على اشتراط العلم بالثمن إلا أنهم اختلفوا في ضابط ذلك. ولهم فيه قولان: الأول كون الثمن معلوم المقدار محددًا عند العقد وهو قول الجمهور، الثاني كونه معلوم المقدار عند العقد أو أنه يؤول إلى العلم بما لا يؤدي للمنازعة والاختلاف.

الأولى: البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر (مثل بيع الاستجرار).
الثانية: السلم بسعر السوق (أو بتعبير أدق السلم بسعر السوق وقت التسليم)
الثالثة: البيع مقابل النفقة.

وقد ناقش د سامي السويلم كما ناقش غيره هذا القياس في هذه الصور،
وأحب أن أضيف ما يلي:

أولاً: ينبغي النظر المتجرد للمسألة في ذاتها وفق الأصول والقواعد المتفق عليها، ومن أهمها هنا العلم بالثمن علماً نافعاً للجهالة سالماً من الغرر، أما المسائل التي يمكن التنظير بها فما من مسألة إلا ويمكن أن نجد لدى بعض الفقهاء نظيراً لها ولو من بعض الوجوه، وتلك المسائل ما دامت ليست من مسائل الإجماع فلا يمكن الاحتجاج بها لأن للمخالف أن يدعي المخالفة فيها فيسقط الاحتجاج بها. نعم يمكن الإلزام لمن يقول بتلك المسائل أن يقول بالتنظير المعاصر أو يثبت الفرق.

ثانياً: جميع المسائل التي تم التنظير بها لم يقل بها جمهور الفقهاء؛ بل قال بها بعضهم، وقد تأملت بعضها أيضاً فوجدته في ذاته مشكلاً لا يظهر الأخذ به أصلاً.

ثالثاً: البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر (مثل بيع الاستجرار).
بيع الاستجرار مأخوذ من قولهم استجر المال: إذا أخذه شيئاً فشيئاً دون أن يجري بينهما مساومة أو إيجاب وقبول في كل مرة، قال ابن عابدين: «ما يستجره الإنسان من البياح إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها»^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ٥١٦/٤.

والاستجراار ذكره المتقدمون واختلفوا فيه.

وإليك شيئاً من نصوصهم في هذا الباب:

ففي تنمة عبارة ابن عابدين السابقة: «ما يستجره الإنسان من البيع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً»^(١).

وقال ابن نجيم: «ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة ما في القنية من الأشياء التي تؤخذ من البيع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح فيجوز بيع المعدوم هنا. استهلاكها»^(٢).

وقال مالك في الموطأ: «ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فإذا لم يكن في ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم فهذا لا يحل لأنه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم»^(٣).

ونلاحظ هنا أن الإمام مالكا منع إحالة السعر على سعر السوق.

وقال النووي: «فأما إذا أخذ منه شيئاً ولم يعطه شيئاً ولم يلفظا ببيع بل نوباً أخذه بثمانه المعتاد كما يفعله كثير من الناس فهذا باطل بلا خلاف لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة ولا يعد بيعاً فهو باطل ولنعلم هذا ولنحترز منه ولا نغتر بكثرة من يفعله فإن كثيراً من الناس يأخذ الحوائج من البيع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاطاة ثم بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض وهذا باطل بلا خلاف لما ذكرناه»^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ٥١٦/٤.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٥ / ٢٧٩).

(٣) المنتقى للباقي ١٥/٥.

(٤) المجموع ١٧٣/٩.

ولكن قال في نهاية المحتاج: «أما الاستجرار من بيع فباطل اتفاقاً: أي حيث لم يقدر الثمن كل مرة على أن الغزالي سامح فيه أيضاً بناء على جواز المعاطة»^(١). وقال في مغني المحتاج: «أخذ الحاجات من البيع يقع على ضربين: أحدهما أن يقول: أعطني بكذا لحماً أو خبزاً مثلاً وهذا هو الغالب، فيدفع إليه مطلوبه فيقبضه ويرضى به، ثم بعد مدة يحاسبه ويؤدي ما اجتمع عليه، فهذا مجزوم بصحته عند من يجوز المعاطة فيما أراه، والثاني: أن يلتمس مطلوبه من غير تعرض لثمن كأعطني رطل خبز أو لحم مثلاً فهذا محتمل، وهذا ما رأى الغزالي إباحته ومنعها المصنف أي النووي - رحمه الله -»^(٢).

وعلى هذا فالأشهر عند الشافعية المنع، وفي مقابل الأشهر قول الغزالي. وقال أبو داود في مسائله عن الإمام أحمد في باب في الشراء ولا يسمى الثمن: سمعت أحمد سئل عن الرجل يبعث إلى البقال فيأخذ منه الشيء بعد الشيء، ثم يحاسبه بعد ذلك؟ قال: أرجو أن لا يكون بذلك بأس، قيل لأحمد: يكون البيع ساعئذ؟ قال: لا^(٣).

وفي النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لابن مفلح نصوص عن الإمام أحمد وكلام نفيس في هذه المسألة رأيت نقله بطوله.

قال ابن مفلح: «قال الخلال: ذكر البيع بغير ثمن مسمى ثم ذكر عن حرب سألت الإمام أحمد قلت الرجل يقول لرجل ابعث لي جريباً من بر واحسبه عليّ بسعر ما تبع، قال: لا يجوز هذا حتى يبين له السعر.

وعن إسحق بن منصور قلت للإمام أحمد: الرجل يأخذ من الرجل سلعة فيقول أخذتها منك على ما تبع الباقي؟ قال: لا يجوز، وعن حنبل قال عنه: أنا

(١) نهاية المحتاج: ٣/ ٣٦٤.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٤.

(٣) مسائل الإمام أحمد لأبي داود (١ / ٢٦٦).

أكرهه لأنه بيع مجهول، والسعر يختلف يزيد وينقص، وروى حنبل عن أبي عبيدة أنه كره ذلك.

ثم ذكر ما في مسائل أبي داود كما تقدم، ثم قال ابن مفلح: قال الشيخ تقي الدين: وظاهر هذا أنها اتفقا على الثمن بعد قبض المبيع والتصرف فيه، وأن البيع لم يكن وقت القبض وإنما كان وقت التحاسب وأن معناه صحة البيع بالسعر، وقوله أيكون البيع ساعئذ يعني وقت التحاسب وهذا هو الظاهر.

وأصرح من ذلك ما ذكره في مسألة المعاطاة عن مثنى بن جامع عن أحمد في الرجل يبعث إلى معامِل له ليعث إليه بثوب فيمر به فيسأله عن ثمن الثوب فيخبره فيقول له اكتبه والرجل يأخذ التمر فلا يقطع ثمنه ثم يمر بصاحب التمر فيقول له اكتب ثمنه فأجازه إذا ثمنه بسعر يوم أخذه وهذا صريح في جواز الشراء بثمن المثل وقت القبض لا وقت المحاسبة سواء ذكر ذلك في العقد أو أطلق لفظ الأخذ زمن البيع.

وقد احتج القاضي في مسألة المعاطاة بحديث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وهما دليل على ذلك، وهذا يشبه الإذن في الإلتاف بعوض كما إذا قال: ألقه في البحر وعلي قيمته، أو أعتق عبدك عني وعلي قيمته...

ثم نقل ابن مفلح عن ابن تيمية قوله: بيع الشيء بالسعر أو بالقيمة وهي معنى السعر لها صور:

أحداها: أن يقول بعني كذا بالسعر وقد عرفا السعر فهذا لا ريب فيه.

الثانية: أن يكون عرف عام أو خاص أو قرينة تقتضي البيع بالسعر وهما عالمان فهذا قياس ظاهر المذهب صحته هنا كبيع المعاطاة، مثل أن يقول: زن لي

من الخبز أو اللحم أو الفاكهة كذا وكذا، وعرف هذا البائع أنه يبيع الناس كلهم بثمان واحد، وكذا عرف أهل البلد فإن الرجوع إلى العرف في قدر الثمن كالرجوع في وصفه.

الثالثة: أن يتبايعا بالسعر لفظاً أو عرفاً وهما أو أحدهما لا يعلم، فكلام الإمام أحمد يقتضي روايتين، ووجه الصحة إلحاق ذلك بقيمة المثل في الإجارة إذا دخل الحمام أو قصر الثوب، ثم إن قيل البيع فاسد وكانت العين تالفة فالواجب أن لا يضمن إلا بالقيمة لأنهما تراضيا بذلك» ا.هـ^(١).

وقال شيخ الإسلام في موضع آخر: «وأما إذا كان السعر لم ينقطع بعد، ولكن ينقطع فيما بعد، ويجوز اختلاف قدره: فهذا قد مُنِع منه؛ لأنه ليس ثمن مقدر في نفس الأمر، والأسعار تختلف باختلاف الأزمنة، فقد يكون سعره فيما بعد العقد أكثر مما كان وقت العقد، فأما إذا باعه بقيمته وقت العقد: فهذا الذي نص أحمد على جوازه، وليس هذا من الغرر المنهي عنه»^(٢).

ولكنه أيضاً في موضع آخر تردد في كون العقد لازماً، فقال: «وأما إذا تراضيا بالسعر فهو بمنزلة رضى المرأة بمهر المثل، ورضى الواهب بالقيمة... وهذا إذا تراضيا به إلى أن بانت السلعة ليس في القلب منه حيلة. لكن هل يقال: هل هذا عقد لازم بمجرد، أم لا يلزم إلا قُدِّر العوض، وأنه قبل ذلك لكل منهما الفسخ؛ لأنه لم يرض الرضى التام؟ هذا فيه نظر»^(٣).

وقد لخص ابن القيم الخلاف في مسألة البيع بالسعر وبيع الاستجرار، فقال: اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت

(١) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لابن مفلح (١ / ٢٩٨).

(٢) نظرية العقد لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٢٢٤.

(٣) نظرية العقد ص ٢٢٤.

العقد، وصورتها: البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع، ويعطيه ثمنه؛ فمنعه الأكثرون، وجعلوا القبض به غير ناقل للملك، وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد.

والقول الثاني وهو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا، وسمعته يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري، قال: والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه، بل هم واقعون فيه، وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يجرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل كالخياط والغسال، والخباز والملاح، وقيم الحمام والمكاري، والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمام؛ فغاية البيع بالسعر أن يكون يبيعه بثمن المثل؛ فيجوز، كما تجوز المعاوضة بثمن المثل في هذه الصورة وغيرها؛ فهذا هو القياس الصحيح، ولا تقوم مصالح الناس إلا به^(١).

رابعاً: في مسألة السلم بسعر السوق وقت التسليم، هنا القول بالإباحة فيها مخالف لقول عامة أهل العلم، وقد عقد مصرف الراجحي ملتقى فقهاء حول (السلم بسعر السوق يوم التسليم) انطلاقاً مما جاء في جامع المسائل عن شيخ الإسلام ابن تيمية، حيث سئل عن رجل استلف من رجل دراهم إلى أجل على غلة، على أنه إذا حل الأجل دفع إليه الغلة بأنقص مما تساوي بخمسة دراهم، فهل يحل أن يتناول ذلك منه على هذه الصفة أم لا؟

فأجاب: إذا أعطاه عن البيدر كل غرارة بأنقص مما يبيعها لغيره بخمسة دراهم وتراضيا بذلك جاز. فإن هذا ليس بقرض، ولكنه سلف بناقص عن السعر بشيء، وقدّر هذا بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيعه الناس، أو بزيادة درهم في كل غرارة، أو نقص درهم في كل غرارة.

وقد تنازع الناس في جواز البيع بالسعر، وفيه قولان في مذهب أحمد، والأظهر في الدليل أن هذا جائز، وأنه ليس فيه خطر ولا غرر؛ لأنه لو أبطل مثل هذا العقد لرددناهم إلى قيمة المثل، فقيمة المثل التي تراضوا بها أولى من قيمة مثل لم يراضوا بها. والصواب في مثل هذا العقد أنه صحيح لازم... ومنهم من قال: إن ذلك لا يلزم، فإذا تراضوا به جاز، والله أعلم^(١).

وقد اختلف المشاركون في الملتقى المشار إليه وانقسموا بين مانع ومبيح ومتوقف^(٢).

خامساً: في مسألة البيع مقابل النفقة، نعم قد نصّ الحنابلة على ذلك: ففي الإنصاف: لو باعه سلعة معلومة بنفقة عبده شهراً: صح. ذكره القاضي في خلافة واقتصر عليه في القاعدة الثانية والسبعين^(٣). وفي كشف القناع: (و) يصح البيع (بنفقة عبده) فلان أو أمته فلانة (شهراً) أو زمناً معيناً قل أو كثر؛ لأن ذلك له عرف يضبطه، بخلاف نفقة بغيره أو نحوه وكذا حكم إجارة^(٤).

(١) جامع المسائل ص ٣٣٦، وقال ابن مفلح في الفروع ٤/ ١٧٩ «وقال شيخنا فيمن أسلف دراهم إلى أجل على غلة، بحكم أنه إذا حل دفع الغلة بأنقص مما تساوي بخمسة دراهم: هذا سلف بناقص عن السعر بشيء مقدّر، فهو بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيع الناس، أو بزيادة درهم في الغرارة، أو نقص درهم فيها، وفي البيع بالسعر قولان في مذهب أحمد، الأظهر جوازه، لأنه لا خطر ولا غرر؛ ولأن قيمة المثل التي تراضوا بها أولى من قيمة مثل لم يراضوا بها»^١، وانظر الاختيارات ص ١٩٣.

(٢) ملتقى مصرف الراجحي بعنوان (السلم بسعر السوق يوم التسليم)، أحكام الأجرة المتغيرة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية إعداد هشام بن صالح الذكير.

(٣) الإنصاف (٤/ ٣٠٩).

(٤) كشف القناع (٣/ ١٧٣).

وفي شرح منتهى الإرادات: (و) يصح بيع وإجارة (بنفقة عبده) فلان، أو أمته فلانة أو نفسه، أو زوجته، أو ولده ونحوه (شهرًا) أو سنة أو يومًا ونحوه. لأن لها عرفًا يرجع إليه عند التنازع^(١).

والحق أن ما ذهب إليه الحنابلة هنا مشكل إذ هو مخالف لتشددهم في مسائل نظيرة كالبيع بالرقم وبما ينقطع به السعر ونحوها إلا أن يحمل على القول بالإباحة في كل تلك المسائل، كما أن المنفق عليه قد يموت، والنفقة في ذاتها يصعب ضبطها لاسيما مع طول المدة كسنة فأكثر حيث قد تتغير الأسعار فيتضرر المشتري (المنفق) فالغرر هنا كبير.

ولذا فمن باب الإنصاف فإن هذه المسألة من أقرب ما يمكن التنظير به مع مسألة المراجعة بربح متغير، وربما كان من العسير على من يرى صحتها ألا يرى صحة المراجعة بربح متغير.

ومع هذا كله فإننا نقول كما في المسائل السابقة أيضاً:

حتى على القول بالصحة هنا فإنه يمكن تلمس الفرق بين مسألة المراجعة بربح متغير ومسألة البيع مقابل النفقة أن البيع مقابل النفقة هو معنى أن تتفق مع شخص للإنفاق عليك مقابل مبلغ مالي، كمثل عقود الإعاشة ونحوها، ولكن في صورة البيع مقابل النفقة جعل بدل المبلغ المالي السلعة المراد بيعها، وهو معاوضة يتم الفراغ منها مرة واحدة، والثلث الذي هو النفقة من صفاته ارتباطه بالعرف مدة النفقة، فكان للتغير سبب يبين فإما إمضاء البيع مع الرضا بالتغير الذي مرجعه العرف، وإما إلغاء العقد من أصله؛ بخلاف المراجعة بربح متغير فالثلث ليس من صفاته التغير؛ بل هو وصف إضافي حمل عليه إرادة التحوط، ويُخشى هنا أن يكون التحوط لحماية طرف واحد فقط، ويزيد الأمر وضوحاً الفقرة التالية.

(١) شرح منتهى الإرادات (٢ / ١٧).

سادساً: الفرق بين هذه المسائل والصور وبين المربحة بربح متغير:

الفرق الأظهر في نظري هو في تحديد رأس المال في المربحة بربح متغير وإحالة الزائد (الربح) على العرف (عبر آلية المؤشر أو غيرها) ولذا خرج عن جميع الصور المقيسة والنظائر في كونه قد حمى رأس المال من أي تغير، وجعل التغير فقط في الربح، ولذا أصبح شبيهاً جداً بفائدة الدين المتغيرة التي تقوم بها المصارف التقليدية، أما جميع النظائر والصور المقيسة فالثمن كله قابل للتغير، وهنا يتبين الفرق وعدم العدل بين طرفي العقد، يوضح ذلك ما يلي:

- في مسألة البيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر كلا الطرفين مرتين بهذا السعر الذي سيستقر للسلعة سواء كان مساوياً لرأس المال أو أقل أو أكثر.
- في مسألة السلم بسعر السوق وقت التسليم كلا الطرفين أيضاً مرتين بهذا السعر الذي سيتبين سواء كان مساوياً لرأس المال أو أقل أو أكثر.
- في مسألة البيع مقابل النفقة فالنفقة قد تزيد عن ثمن السلعة وقد تنقص فكلا الطرفين أيضاً متأثر بهذا التغير، ولم تكن النفقة مقابل الربح فقط.
- في المربحة بربح متغير لا يمكن أن يتم البيع في النهاية مع نقص ثمن السلعة عن رأس مالها بخلاف التعليق بثمن المثل أو سعر السوق ونحوه في جميع الصور فثمن المثل أو سعر السوق لا علاقة له برأس المال، فقد يزيد عليه أو ينقص، فإن قيل: فالربح فقط هو الذي عُلق بالعرف أو ربح المثل، فيقال: ليس الأمر كذلك بدليل أن الربح لا ينظر إليه وحده بل هو منسوب إلى سعر السلعة، ولهذا سيرجع في حقيقته إلى سعر الفائدة على الدين، وليس إلى حقيقة ربح السلعة.

خلاصة القول:

أن المرباحة بربح متغير يكثر فيها الغرر لتعليق السعر بمتغير كل فترة، وفيها نوع إجحاف بأحد طرفي العقد لكون التغير مقصوداً على الربح فقط؛ بخلاف الصور المقيس عليها فحتى مع التسليم بتمائلها يبقى هذا الفرق مؤثراً. وعلى من يقول بالمرباحة بربح متغير أن يربط ذلك بثمن المثل وليس بمؤشر الفائدة^(١).

(١) راجع المبحث الثالث من الفصل الثاني (معيار الأجرة المتغيرة).

أبيض

الفصل الثاني

العوض المتغير في الإجارة

الأصل في عقد الإجارة تحديد الأجرة، وغالب العقود على ذلك، ولكن في العقود طويلة الأجل فإن احتمال تغير الأسعار حمل على التحوط بربط الأجرة في السنوات اللاحقة على متغير (كمؤشر سعر الفائدة أو الربط القياسي). ومن هنا نشأت هذه المسألة، وإن كانت صورتها ليست في ذاتها جديدة حيث إن عقد الإجارة لمدة طويلة ليس أمراً جديداً لكن لعل التغير في السابق لم يكن كبيراً فلم يظهر للمسألة ما يدعو للنظر فيها، كما أن الحاجة لعقد لازم يعرف كل طرف ماله وما عليه برزت في هذا العصر بشكل أكبر.

أبيض

المبحث الأول

مختصر الخلاف في العوض المتغير في الإجارة

حل الخلاف هو في الإجارة اللازمة لجميع مدة العقد بحيث تتغير الأجرة كل سنة أو كل فترة بحسب معيار متغير (كالمؤشر)، فلا يملك أحد الطرفين فسخها، أما الإجارة التي يحددها الطرفان كل فترة بأجرة جديدة ولو كانت مربوطة بالمؤشر فلا إشكال فيها، وليست محلاً للخلاف؛ إذ تعتبر كل فترة عقداً جديداً يتراضيان فيه على أجرة جديدة.

ولا ريب أيضاً أن الأجرة المحددة أحوط وأبعد عن النزاع، وفي الأخذ بها خروج من الخلاف كما لا يخفى؛ ولكن يبقى بيان الحكم الشرعي لمن أراه في هذه المسألة، ولذا نقول في حكمها ما يلي:

ذهب إلى جواز العوض المتغير في الإجارة عامة المعاصرين، فكثير من المجامع والهيئات الشرعية ذهبت إلى ذلك، فمنها:

● مجمع الفقه الدولي في قراره رقم: ١١٥ (٩ / ١٢)، حيث نصّ أنه يجوز في الإجازات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة.

● هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار (٩) «معيار الإجارة» ربط الأجرة بمؤشر منضبط.

● الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، القرار رقم (٢٤٦).

● الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي الفتوى رقم: (٦٢٥).

- هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري الفتوى رقم: (٢٠).
- مجلس الفتوى الأردني في قراره رقم: (١٨٢) (١٥ / ٢٠١٢) حكم ربط الأجرة بمؤشر متغير منضبط بتاريخ (٢٣ / ١٢ / ١٤٣٣ هـ) الموافق (٨ / ١١ / ٢٠١٢ م).

- ندوة البركة الحادية عشرة للاقتصاد الإسلامي.
- وفي الفتوى رقم (١٤) من كتاب الفتاوى الشرعية في الاقتصاد لمجموعة دلة البركة بعنوان (تزايد الأجرة بصفة دورية):
السؤال:

هل يجوز عقد الإجارة بأجرة يومية متزايدة لكل يوم عن سابقه وذلك باتفاق بين المؤجر والمستأجر؟
الجواب:

إن هذه الإجارة صحيحة من الناحية الشرعية لأن الزيادة هنا في أصل التعاقد وليست ناشئة عن تأخير دفع ما استحق فالاتفاق على إعطاء الدائن زيادة عن المستحق دفعه إليه في حالة التأخير ممنوع شرعاً لأنها فائدة ربوية مقابل الأجل.

وذهب البعض إلى المنع، وممن وقفت له على بحث فيه انتهى فيه إلى المنع أ.د. نزيه كمال حماد في بحثه حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، المنشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية في عددها الأربعين، وقد استند في المنع في بحثه القيم إلى اشتراط العلم بالأجرة وأن الربط بمتغير أياً كان هو مخالف لهذا الشرط، وهو غرر ومقامرة^(١).

(١) ولم أجد لكثير من الفقهاء المعاصرين من غير المجمع الفقهية والهيئات الشرعية فيها قولاً، فالظاهر أن كثيراً من أهل الفتوى أو الباحثين لم يتطرقوا لها، وقد رجح الباحث هشام الذكير جواز التأجير بأجرة متغيرة في بحثه أحكام الأجرة المتغيرة المشار إليه سابقاً.

المبحث الثاني

تحرير القول في مسألة العوض المتغير في الإجارة

تأملت هذه المسألة كثيراً، فوجدت نفسي تميل إلى الإباحة فيها، إذا تم العقد بضوابط تضمن العدالة لطرفي العقد، وتمنع الغرر الفاحش. وبتقديري فالمسألة قد لا تحتاج كثيراً من الاستدلالات والمناقشات؛ بل نحن بحاجة لبيان ما يلي:

● اشتراط العلم بالأجرة.

● أن العوض المتغير في الإجارة لا يعارض ذلك ولا يقتضي الغرر.

● الفرق بين العوض المتغير في البيع، وبين الإجارة بأجرة متغيرة.

المطلب الأول: اشتراط العلم بالأجرة:

لا خلاف بين أهل العلم في اشتراط العلم في الأجرة، وقد نص عليه غير واحد.

قال ابن قدامة: «فصل يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً، ثم قال: لا نعلم في ذلك خلافاً؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوماً، كالثمن في البيع»^(١).

ونصوا على فساد الإجارة في حال عدم العلم بالأجرة.

قال في درر الحكام: (المادة ٤٥٠): يشترط أن تكون الأجرة معلومة، ثم شرح ذلك فقال: يشترط لصحة الإجارة أي عدم فسادها أولاً أن تكون الأجرة معلومة تماماً قدرًا ونوعاً.

أي لا يكون شيء منها مجهولاً كلاً أو بعضاً؛ لأن جهل الأجرة يفضي إلى المنازعة ولقوله ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعطه أجره»، إذا استأجر شخص حانوتاً على أن تكون الأجرة كأجرة الحوانيت التي استأجرها أصحابها، ولم تكن تلك الأجرة معلومة ولا معينة، بل كانت مختلفة ومتفاوتة فتكون الإجارة فاسدة^(١).

المطلب الثاني: عدم معارضة العوض المتغير في الإجارة للعلم بالأجرة ونظائر ذلك في الفقه:

بيان ذلك أن الإجارة عقد مشتمل على الغرر بطبيعته بخلاف البيع، وبتعبير آخر فإن الغرر يكثر في الإجارة أكثر منه في البيع؛ ولذا يغتفر فيها ما لا يغتفر في البيع، يوضحه أن محل العقد في الإجارة هو المنفعة وهي شيء غير محسوس، ولا يعرف المتعاقدان حال العقد كم من المنفعة قد يستهلك المستأجر، فالعلم بالأجرة مثله، ويغتفر فيه كما يغتفر في أصل الإجارة^(٢).

ويزيد ذلك بياناً ما ذكره الفقهاء المتقدمون من نظائر العوض المتغير في الإجارة، فمنها:

استئجار الأجير بطعامه وكسوته ومن ذلك الظئر:

ففي الاختيار لتعليل المختار: (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: ٦) ولأن التعامل بذلك جار بين الناس.

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١ / ٥٠٣)، وانظر أيضاً: المبسوط: ٤٩ / ١٣، القوانين الفقهية: ص ٢٥٧، مغني المحتاج: ١٧ / ٢، وكذلك بحث أ. د. نزيه حماد حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، المنشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية في عددها الأربعين، حيث توسع في تقرير ذلك ناقلاً نصوصاً كثيرة عن الفقهاء.

(٢) وسيأتي في مطلب الفرق بين البيع بسعر متغير والتأجير بأجرة متغيرة ما يوضح أيضاً جانباً من اغتفار الغرر في الإجارة.

قال: (ويجوز بطعامها وكسوتها) وقالوا: لا يجوز وهو القياس للجهالة، فإن طعامها وكسوتها مجهول، حتى لو شرط قدرا من الطعام كل يوم، وكسوة ثوب موصوف الجنس والطول والعرض كل ستة أشهر جاز بالإجماع، ولأبي حنيفة أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة^(١).

وفي بداية المجتهد: ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته، وكذلك الظئر: فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق: (أعني: في كل أجير)؛ وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط، وسبب الخلاف: هل هي إجارة مجهولة، أم ليست مجهولة^(٢).

وفي الشرح الكبير فصل الخلاف في المسألة حيث قال: «(يجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر) اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته، فروي عنه جواز ذلك، وهو مذهب مالك وإسحاق، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم.

وروي عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها، اختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة لأن ذلك مجهول وإنما جاز في الظئر لقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: ٢٣٣) أوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ (البقرة: ٢٣٣) والوارث ليس بزوجة.

(١) الاختيار لتعليل المختار (٢ / ٥٩).

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤ / ١٢).

ولأن المنفعة في الرضاع والحضانة غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك.

وروي عنه رواية ثالثة أن ذلك لا يجوز بحال في الظئر ولا في غيرها وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا متبايناً فيكون مجهولاً والأجر من شرطه أن يكون معلوما ولنا ما روى ابن ماجة عن عتبة بن الندر قال: كنا عند رسول الله ﷺ فقراً (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى عليه السلام قال «إن موسى آجر نفسه ثماني سنين أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه» وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه.

وعن أبي هريرة أنه قال كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعقبة رجلي أحطب لهم إذا نزلوا وأحدوا بهم إذا ركبوا، رواه الاثرم وابن ماجة، ولأنه فعل من ذكرنا من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعاً ولأنه قد ثبت في الظئر في الآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة، ولأن للكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات وللإطعام عرف وهو الاطعام في الكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد.

ونخص أبا حنيفة بأن ما جاز عوضاً في الرضاع جاز في الخدمة كالأثمان^(١).

وجه الأجرة المتغيرة هنا:

أن طعام الأجير والظئر وكسوتهما متغير بحسب العرف فكأن الإجارة تتجدد بأجرة متغيرة منوطة بالعرف.

استئجار الحمال والخياط اعتباراً بالعرف:

في الفواكه الدواني: «وثانيها: أن يكون الأجر معلوما للمتعاقدين ولو بالعرف، كأجرة الخياطة أو صبغ الثوب أو غيرهما مما تختلف أجرته عرفاً»^(٢).

(١) الشرح الكبير على متن المقنع (١٠/٦).

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١١٠/٢).

وفي الإقناع: «وإن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط ونحوهما ليعمله ولو لم تكن له عادة بأخذ أجرة ولم يعقدا عقد إجارة أو استعمل حمالا ونحوه أو شاهداً إن جاز له أخذ أجرة صح وله أجرة مثله كتعريضه بها أي: نحو خذه وأنا أعلم أنك متعيش أو أنا أرضيك ونحوه وكذا دخول حمام وركوب سفينة ملاح وحلق رأس تغسيله وغسل ثوبه وبيعه له وشربه منه ماء»^(١).

وجه الأجرة المتغيرة هنا:

تعليق الإجارة على العرف، وهو متغير.

الأجرة المتغيرة بسبب الإجارة المتكررة:

قال في دقائق أولي النهى: «(أو عينا) أي: العاقدان (زمنًا وأجرة) كمن استأجر دابة عشرة أيام بعشرة دراهم (و) قالوا: (ما زاد فلكل يوم كذا) كدرهم (صح) نصًا ونقل ابن منصور عنه فيمن ائتمى دابة من مكة إلى جدة بكذا فإن ذهب إلى عرفات فبكذا فلا بأس؛ لأن لكل عمل عوضًا معلومًا فصح كما لو استقى له كل دلو بتمرة. (ولكل) من المتأجرين فيما إذا استأجره كل يوم أو شهر بعوض معلوم (الفسخ أول كل يوم) إذا قال: كل يوم بكذا (أو) أول كل (شهر) إذا قال: كل شهر بكذا (في الحال) أي: فوراً؛ لأن تمهله دليل رضاه بلزوم الإجارة فيه.

قال المجد: في شرحه وكلما دخلا في شهر لزمهما حكم الإجارة فيه فإن فسخ أحدهما عقب الشهر انفسخت الإجارة انتهى.

وفي المغني والشرح أن الإجارة تلزم في الشهر الأول وأن الشروع في كل شهر مع ما تقدم من الاتفاق يجري مجرى العقد كالبيع بالمعاطاة فإذا ترك التلبس به فكالفسخ.

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٢/ ٢٨٩).

وفي الرعاية الكبرى أو يقول: إذا مضى هذا الشهر فقد فسخته»^(١).

وجه الأجرة المتغيرة هنا:

أننا إذا جمعنا هذه الصورة مع الصورة السابقة فقال: كل شهر بأجرة المثل أصبح تأجيراً بأجرة متغيرة مرجعها العرف، وهذه عين مسألة البحث (مع الأخذ بالاعتبار معيار الأجرة الذي سنتحدث عنه في المبحث الرابع).

تعليق إجارة الوقف بأجرة المثل:

ذكر الفقهاء تعليق إجارة الوقف على أجرة المثل، ولهم في ذلك خلاف يتضح من خلال النصوص الآتية:

في الاختيار لتعليل المختار: لا تجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقراء، فلو آجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لا تنقض الإجارة؛ لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد^(٢).

وقال في شرح مختصر خليل: ولا يفسخ كراؤه لزيادة، يعني أن الحبس إذا صدرت إجارته بأجرة المثل ثم جاء شخص يزيد فيه فإن الإجارة لا تنفسخ لتلك الزيادة فإن صدرت إجارته بدون أجرة المثل فإن الزيادة تقبل ممن أرادها كان حاضر الإجارة الأولى أو كان غائبا ويعتبر كون الكراء كراء المثل وقت عقد الإجارة فإن كان أقل من كراء المثل وقت العقد قبلت الزيادة أي ما لم يكن المستأجر يدفع^(٣).

وقال ابن حجر الهيتمي: ليس المراد بأجرة المثل إلا القدر الذي يرغب به في تلك العين حال الإجارة فلا ينظر فيها للمستقبلات، وحينئذ فشهادة الشهود بأن

(١) دقائق أولى النهى لشرح المنتهى (٢/ ٢٤٧).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٤٧).

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي (٧/ ٩٨).

أجرة مثل هذه العين إذا أوجرت خمسين سنة بكذا شهادة صحيحة لأنهم لم يشهدوا بأمر مستقبل يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة، وإنما شهدوا بأمر منضبط لا يختلف بذلك وهو ما يرغب به فيها حال الإجارة، ومن ثم لو أجر الناظر الوقف سنين متعددة بأجرة متعينة وشهدت بينة أنها أجرة المثل حال الإجارة ثم زادت الأجرة زيادة كثيرة لم يلتفت لتلك الزيادة ولم يؤثر في صحة الإجارة بذلك القدر إلا ما نقص لما تقرر أن العبرة بأجرة المثل عند الاستيجار لا بما بعد ذلك والله أعلم^(١).

وقال السيوطي: أفتى ابن الصلاح فيمن أجر وقفا بأجرة شهدت البينة بأنها أجرة مثله ثم تغيرت الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة أجرة المثل بأنه يتبين بطلان العقد وإن الشاهد لم يصب في شهادته واحتج بأن تقويم المنافع في مدة إنما يصح إذا استمرت الحالة الموجودة حالة التقويم أما إذا لم تستمر وطرأ في أثناء المدة أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فيتبين أن المقوم لها لم يطابق تقويمه المقوم قال وليس هذا كتقويم السلع الحاضرة قال وإذا ضم ذلك إلى قول من قال من الأصحاب أن الزيادة في الأجرة تفسخ العقد كان قاطعاً لاستبعاد من لم ينشرح صدره لما ذكرنا قال فليعلم ذلك فإنه من نفائس النكت وقال الشيخ تاج الدين السبكي؛ ما أفتى به ابن الصلاح ضعيف فإن الشاهد إنما يقوم بالنسبة إلى الحالة الراهنة ثم ما بعدها تبع لها مسبوق عليه حكم الأصل. قال فالتحقيق أن يقال إن لم تتغير القيمة ولكن ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد والقول بانفساخه ضعيف وإن تغيرت فالإجارة صحيحة إلى وقت التغير وكذا بعده فيما يظهر ولا يظهر خلافه^(٢).

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى ٣/ ٢٤٧.

(٢) الأشباه والنظائر ص ٣٦٤.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية «ولو تغيرت أسعار العقار بعد الإجارة الشرعية، لم يملك الفسخ بذلك فإن هذا لا ينضبط ولا يدخل في التكليف، والمنفعة بالنسبة إلى الزمان قد تكون مختلفة لا مماثلة. فتكون قيمتها في الشتاء أكثر من قيمتها في الصيف وبالعكس»^(١).

وجه الأجرة المتغيرة هنا:

هو التعليق بأجرة المثل؛ ولكنهم يرون أجرة المثل لعقد طويل بأجرة مثل هذا العقد حين العقد، وليس في أول كل سنة مثلاً؛ ولكن باستصحاب ما ذكره في المسائل الأخرى يمكن اعتبار أجرة المثل لكل سنة، وإنما ذكرت هذه الصورة لأجل معرفة أصل التعليق بأجرة المثل.

تجديد الإجارة للحاجة بأجرة المثل:

في الاختيار لتعليل المختار: إذا انقضت مدة الإجارة في المفازة أو في البحر أو في الزرع بقل تنعقد مدة أخرى بأجرة المثل^(٢).

وجه الأجرة المتغيرة هنا:

هذه المسألة شبيهة جداً بمسألتنا لكنه قيدها بالحاجة في مثل هذه الصور، وهو قيد وجيه في مسألتنا يمكن أن يعتبر قولاً وسطاً بين المنع والإباحة.

المطلب الثالث: الفرق بين العوض المتغير في البيع، وبين الإجارة بأجرة متغيرة:

الفرق بين العوض المتغير في البيع بأي شكل من أشكال البيع ومن أشهرها (المرابحة بربح متغير)، وبين الإجارة بأجرة المثل المتغيرة يتضح بما يلي:

أن البيع عملية تتم في لحظة واحدة ينتقل فيها المبيع إلى المشتري والثلث إلى البائع، وحينئذ فالثلث يتحدد مرة واحدة ولا يتصور تغيره.

(١) مجموع الفتاوى (٣٠ / ١٨٦).

(٢) الاختيار لتعليل المختار (٤ / ١٢٧).

فمثلاً في بيع المرابحة من اشترى سيارة بمائة ألف ريال وربح خمسة آلاف فالثمن هو ١٠٥ آلاف سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً دفعة واحدة أو مقسماً.

أما الإجارة فيمكن أن نعتبر لها أكثر من صورة، فمثلاً إذا تم العقد على مدة عشر سنوات مائة ألف لكل سنة أصبح العقد لازماً فيلزم المؤجر تسليم العين ويلزم المستأجر تسليم الأجرة حينئذ وقد تكون حالة ويدفعها المستأجر مقدماً، وقد تكون مقسطة على الأشهر أو السنوات أو بحسب الاتفاق.

هذه صورة قد تشبه البيع من حيث الاتفاق على الثمن والمدة ويبقى تسليم الأجرة يشبه تقسيط الثمن في البيع بالتقسيط.

الصورة الثانية: كالأولى إلا أن الأجرة قد اتفق الطرفان على أن كل سنة لها أجرة محددة فمثلاً السنة الأولى مائة ألف والثانية مائة وعشرة... وهكذا. ولكنها معلومة لدى الطرفين، والمبلغ الكلي يمكن حسابه بجمع إيجارات كل سنة.

الصورة الثالثة: حين يتفق الطرفان المؤجر والمستأجر على أن العقد سنة واحدة بمائة ألف ويتجدد تلقائياً.

الصورة الرابعة: يتفق الطرفان على أن العقد سنة واحدة بمائة ألف وعلى بقية السنوات بأجرة المثل لكل سنة، ويمكن أن تكون صياغته أيضاً باعتبار أجرة المثل من بداية العقد بأن يتفق الطرفان على الإجارة بأجرة المثل لكل سنة. فهم حددوا زمن اعتبار أجرة المثل وهو بداية كل سنة.

إشكالية البيع بسعر أو ربح متغير ومن خلالها يتبين الفرق:

الإشكال هنا هو ما تقدم وهو أن الثمن قد فرغ الطرفان من تحديده أولاً فحتى لو باع بثمان المثل فهو يبيع في لحظة واحدة يتحدد فيها ثمن المثل، وحينئذ

فأي اتفاق على زيادة مستقبلية مرتبطة بأي متغير (كثمن المثل أو المؤشر أو سعر الفائدة أو غير ذلك) هو اتفاق على الزيادة على الثمن الذي أصبح ديناً في ذمة المشتري وهذا هو الربا.

وبالمقارنة بعقد الإجارة فإن الأمر مختلف كما تقدم في الصورة الرابعة حيث طبيعة الإجارة قبولها لتجدد الأجرة؛ لأن العين لم تنتقل، ولو أردنا التشبيه هنا لكان الأقرب هو بيع الاستجرار حيث يأخذ المشتري المبيع شيئاً فشيئاً يقابله ثمن مؤجل أو مع كل استيفاء للمبيع.

وهكذا الإجارة هنا حيث يأخذ المنفعة كل سنة (أو كل فترة) بما يقابلها من أجرة المثل.

أما المراجعة بربح متغير فتختلف عنها في أن العين قد نقلها العقد كاملة إلى ملك المشتري ثم الثمن أصبح مربوطاً بالتغير وهنا الإشكال.

وكما تقدم أيضاً عند الحديث عن المراجعة بربح متغير فثم إشكال المراجعة في تحديد رأس المال فيها بربح متغير وإحالة الزائد (الربح) على العرف فحمى رأس المال من أي تغير، وجعل التغير فقط في الربح، أما في مسألة الأجرة المتغيرة فالأجرة كلها قابلة للتغير في كل فترة من فترات الإجارة المتفق عليها، وهنا يتبين الفرق وعدم العدل بين طرفي العقد في المراجعة بخلاف الإجارة.

ومن الفروق بين الإجارة والبيع أيضاً أن العين تنتقل انتقالاتاً في البيع بخلاف العين في الإجارة فتبقى ملكيتها للمؤجر ومن ثم لا ينتقل الضمان أيضاً.

كما أن الثمن في المراجعة هو ثمن سلعة وهو متعلق بعين السلعة دون الزمن: بخلاف الأجرة فلها تعلق بالزمن مع التمكن من المنفعة ولذا فتعلق الأجرة بتغير الزمن تعليقاً معتبراً بخلاف تعليق الثمن في المبيع بالزمن.

ومن أهم الفروق بين الإجارة والبيع أيضاً ما تقدم من أن الإجارة عقد مشتمل على الغرر بطبيعته بخلاف البيع، وبتعبير آخر فإن الغرر يكثر في الإجارة أكثر منه في البيع؛ ولذا يغتفر فيها ما لا يغتفر في البيع، بيان ذلك أن محل العقد في الإجارة هو المنفعة وهي شيء غير محسوس، ولا يعرف المتعاقدان حال العقد كم من المنفعة قد يستهلك المستأجر؛ بخلاف البيع فالعين هي محل العقد وهي شيء محسوس محدد، وناتج ما قررناه أن نقول: حتى مع وجود شيء من الغرر في الإجارة بأجرة متغيرة فهو متسق مع اغتفار الغرر فيها بخلاف عقد البيع.

بل يمكن القول تنزلاً: قد نطرد أصلنا بالتعليق بضمن المثل أو أجرة المثل، فلو باع السلعة بضمن المثل بعد سنة فلا مانع كما يجوز أن يؤجره بأجرة المثل بعد سنة، ولكن صورة المرابحة بربح متغير ليست كذلك كما تقدم.

الإجارة المنتهية بالتملك:

لا يخفى أن الإجارة المنتهية بالتملك لها صور متعددة أجاز بعضها مجمع الفقه الدولي ومنع بعضها الآخر.

ولكن إشكالها هنا الذي يمنعنا من إلحاقها بقاعدة الإجارة أن أقساطها مقصود بها التملك بل هي في حقيقتها بيع تقسيط، ولهذا فكما أني متوقف في أصل حكمها لإشكالاته الكثيرة فكذلك في كون أقساطها متغيرة.

أبيض

المبحث الثالث

معيار الأجرة المتغيرة

من تكلم عن الأجرة المتغيرة (وكذلك المربحة بربح متغير) من المعاصرين فكلهم أو جلهم يتحدث عن الربط بالمؤشر أو بسعر الفائدة أو الربط القياسي. ولذا كان لزاماً التعريف بهذه المصطلحات بإيجاز (ثم النظر بعد ذلك في تقييم الربط بها):

معنى سعر الفائدة:

سعر الفائدة: هو معدل الفائدة على القروض من البنك المركزي في الدولة وبها يتم ضبط أسعار الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك التجارية للمنتجين والمستهلكين.

مثال لأسعار الفائدة لدى بعض البنوك المركزية:

التغير الأخير	المقابلة القادمة	السعر الحالي	البنك المركزي
		0.25%	مؤسسة النقد العربي السعودي (SAMA)
		9.25%	البنك المركزي المصري (CBE)
		1%	مصرف الإمارات العربية المتحدة (CBUAE)
16 (-75bp) ديسمبر ٢٠٠٨م	17 سبتمبر ٢٠١٤م	0.00% 0.25%	الاحتياطي الفيدرالي (FED)
04 (-10bp) سبتمبر ٢٠١٤م	04 سبتمبر ٢٠١٤م	0.05%	البنك المركزي الأوروبي (ECB)
05 (-50bp) مارس ٢٠٠٩م	04 سبتمبر ٢٠١٤م	0.05%	بنك إنجلترا (BOE)
06 (-25bp) أغسطس ٢٠١٣م	02 سبتمبر ٢٠١٤م	2.50%	البنك الاحتياطي الأسترالي (RBA)
19 (-30bp) ديسمبر ٢٠٠٨م	09 سبتمبر ٢٠١٤م	0.10%	البنك المركزي الياباني (BOJ)

ويعرّف سعر الفائدة أيضاً بأنه السعر الذي يدفعه البنك المركزي على إيداعات البنوك التجارية سواء أكان استثماراً لمدة ليلة واحدة أم لمدة شهر أو أكثر. ويعد هذا السعر مؤشراً لأسعار الفائدة لدى البنوك التجارية التي ينبغي ألا تقل عن سعر البنك المركزي، كما يساعد سعر الفائدة البنك المركزي في التحكم في عرض النقد في التداول من خلال تغيير هذا السعر صعوداً ونزولاً على المدى المتوسط.

ورفع الفائدة يعني كبح عمليات الاقتراض وبالتالي تقليل نسبة السيولة في السوق مما يؤدي إلى خفض نسبة التضخم (ارتفاع الأسعار).
العوامل التي تحدد سعر الفائدة:

تحدد أسعار الفائدة بناء على قوى العرض والطلب فإذا ارتفعت معدلات الطلب على ما هو معروض من أموال سوف يقود إلى ارتفاع أسعار الفائدة وفي الوقت ذاته سيعمل على تخفيض معدلات الإقراض في الدائرة الاقتصادية. وإذا انخفض معدل الفائدة عن المتوقع من معدل الأرباح، فضّل الأفراد والشركات الاقتراض على الإقراض، والعكس بالعكس^(١).
مؤشر سعر الفائدة أو معدل سعر الفائدة:

ثم معيار آخر يختلف عن السابق مرتبط بالفائدة فالأول (سعر الفائدة) خاص بكل بنك مركزي، ومن ثم يصبح لكل بنك تجاري في الدولة سعر يضعه أيضاً لا يقل عنه، وأما مؤشر سعر الفائدة أو معدل سعر الفائدة فهو سعر الفائدة

(١) الموسوعة الاقتصادية د. حسين عمر ص ٥١٥: النقود والبنوك والأسواق المالية ص ١٠٥،

<http://ar.wikipedia.org/wiki>

[/http://sa.investing.com/central-banks](http://sa.investing.com/central-banks)

<http://www.yallaforex.net/world-interest-rates.htm>

لعمليات الإقراض بين البنوك Interbank Rate، ومن أشهرها الليبور LIBOR وهو سعر الإقراض بين البنوك في سوق لندن، ويعد الليبور من أكثر المؤشرات المالية العالمية وهو اختصار لعبارة LONDON INTERBANK OFFERED RATE وهو يمثل مجموعة معدلات أسعار الفائدة علي القروض المتبادلة بالعملات الرئيسية بين البنوك الدولية في سوق لندن، ويتم في كل يوم عمل رسمي حساب ١٥٠ معدلا ل (الليبور) أي ١٥ معدلا حسب المدة (يوم، أسبوع، أسبوعان، ومن شهر إلى ١٢ شهر)، وذلك لعشر عملات رئيسية هي (الجنينة الإسترليني، الدولار الأمريكي، الين الياباني، الفرنك السويسري، الدولار الكندي، الدولار الاسترالي، اليورو، الكرونا الدنمركية، الكرونا السويدية، والدولار النيوزلندي). وتتولي جمعية الاقتصاديين البريطانيين (BBA British Bankers Association) وبالتشاور مع عدد من البنوك البريطانية تشكيل لجنة من ٨ بنوك علي الأقل لتكون الجهة المرجعية لتثبيت الليبور، وتقوم البنوك الثمانية بتسجيل مقترحاتها علي الشاشة وتقوم اللجنة باستبعاد مقترحات الأرقام الأعلى والأدنى ويجري أخذ متوسط الرقمين، ويكون ذلك المتوسط هو معدل الليبور لذلك اليوم، ويتم تحديد الليبور علي هذا الأساس يوميا ويجري نشره في العديد من شبكات الأخبار.

وقد بدأ تحديد معاييرهِ رسمياً مع بداية عام ١٩٨٦ م، وذلك للحاجة إلى معدل مرجعي مصرفي.

أنواع أخرى:

اتخذت كثير من الدول أسوة بلندن معدلاً أو مؤشراً خاصاً بها يعتمد على سعر الفائدة في عمليات الإقراض بين بنوكها، ضمن آلية مشابهة لآلية الليبور، وقد يعتمد بعضها على الليبور بشكل مباشر.

فمثلاً السييور SIBOR وهو سعر الإقراض بين البنوك في المملكة العربية السعودية، - الكاييور CAIBOR وهو سعر الفائدة بين البنوك في سوق القاهرة، وفي أمستردام آييور AIBOR - وفي زيورخ زاييور ZIBOR.

وقد تشترك أكثر من دولة في مسمى واحد مثل سييور SIBOR فهو يرمز للمعدل في السعودية كما تقدم، كما هو أيضاً رمز للمعدل في سنغافورة، وفي شرق آسيا^(١).

الربط القياسي:

يطلق البعض الربط القياسي ويقصد به الربط بسعر الفائدة أو بمؤشر سعر الفائدة^(٢)، وعلى هذا فهو مرادف لما تقدم.

ولكن للربط القياسي مفهوم آخر، وهو الربط بتغير المستوى العام للأسعار. والربط القياسي ترجمة عربية للفظ الأجنبي indexation، وهذا مأخوذ من index numbers، وتعني الأرقام القياسية، حيث تتخذ سنة معينة أساساً للمقارنة وتعطي رقماً قياسياً مقداره ١٠٠، وتحدد التغيرات النسبية في سني المقارنة، فتكون أرقامها القياسية ١٠٠ أو أكثر أو أقل بحسب الثبات أو الزيادة أو النقصان^(٣).

(١) نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الآجلة مع التطبيق على المصارف الإسلامية. د. حسين شحاته، مجلة دلة البركة، العدد ربيع الآخر ١٤٢٣ هـ، آلية تحديد معدلات لييور، وإمكانية الاستفادة منها لحساب مؤشرات مالية إسلامية د. محمد بن إبراهيم السحيباني.

(٢) حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، أ. د. نزية حماد، مجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية العدد ٤٠.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ١٢ ص ١٧٦٥، الإسلام والنقد، د. رفيق المصري ص ٨٥.

الجدوى الاقتصادية من الربط بالمؤشر:

هناك جدل بين الاقتصاديين في جدوى الربط بالمؤشر أو بأي متغير، وبعبارة أخرى فإن منهم من لا يرى العائد المتغير حلاً صحيحاً بل هم يفضلون العائد الثابت.

وقد وجهت العديد من الانتقادات من قبل الاقتصاديين لهذا المؤشر، وهناك من يعيب هذا المؤشر ويرى أنه معوق لرأس المال والاستثمار والنمو مثل كينز ود. شاخت مدير بنك الرايخ الألماني السابق.

وفي دراسة ميدانية توصل بعض الاقتصاديين الغربيين إلى أن رأس المال المعاصر قد أسيء تخصيصه إلى حد خطير بين قطاعات الاقتصاد وأنواع الاستثمارات بسبب سعر الفائدة^(١).

وفي الربط القياسي يرى البعض أن الربط في حد ذاته عمل تضخمي، فبدلاً من أن يخفف من التضخم فإنه يزيده اشتعالاً وخاصة من حيث تأثير عملية الربط على منحني العرض الكلي، يضاف إلى ذلك أنه اعتراف ضمني بأن التضخم لا يمكن علاجه، بل يمكن العيش معه، وفي ذلك ما فيه من تأثير سلبي على السياسات المضادة للتضخم.

وقد بين التطبيق العملي أن التوسع في الربط القياسي على الدخول والأصول النقدية حتى لو استند إلى رقم قياسي عام واحد، فهو غير مُجْدٍ بسبب تعقيداته وتكاليفه الإدارية العالية.

(١) ندوة الأسواق المالية الإسلامية، نحو مؤشرات مالية بديلة عن معدل الفائدة، الرياض - المملكة العربية السعودية ١- ٢ مايو ٢٠٠٧م تنظيم: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية.

دراسة جدوى الاستثمار في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، كوثر الآبجي، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، العدد الثاني، المجلد الثاني، ١٣٠٥ هـ.

ومع أن الربط القياسي يخفف جزئياً من الفروق الاجتماعية الناتجة عن التضخم فإنه ليس دواء للتضخم، بل من شأنه تخفيف الضغط على الحكومات لاتخاذ سياسات صحية وهذا ما يؤدي إلى استدامة التضخم وتسريعه مما يعنى أن الربط القياسي يهزم نفسه بنفسه، إلا إذا كان التضخم متجهاً إلى الانخفاض، وكانت هناك سياسات علاجية أخرى^(١).

ولكن بعيداً عن هذا الجدل وعن الجدوى يبقى السؤال المهم:

أننا رأينا من تقدم من الفقهاء في الأمثلة التي ذكرت سابقاً، والتي احتج بها من يرى المربحة بربح متغير يجعلون معيار التغير في الثمن هو ثمن المثل، وكذلك في صور الإجارة المتغيرة إنما يعلق الفقهاء التغير في الأجرة بالعرف وهو ما يعبرون عنه بأجرة المثل.

فهل المؤشر أو سعر الفائدة أو الربط القياسي مرادف لأجرة المثل؟

هذا ما نجيب عنه في المبحث التالي:

(١) ندوة قضايا العملة، الربط القياسي للديون بعملة اعتبارية المنشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي،. نحو نظام نقدي عادل، د. محمد عمر شابرأ ص ٥٦.

المبحث الرابع الفرق في الحكم في مسألة الأجرة المتغيرة بين الأفراد والشركات

يجب التفريق في تقديري بين تناول الأحكام المعاصرة بالنظر إلى الأفراد وبالنظر إلى البنوك والشركات، وقد لا حظت أن تناولها بطريقة واحدة يورث إشكالات عدة ويلزم منه تنزيل حكم أحدهما على الآخر مع اختلاف طبيعة كل منها.

فمثلاً في زكاة الديون المؤجلة - وكنت كتبت بحثاً فيها - جرى حوار مع أحد من كتب فيها فسألته عن القول بزكاة الدين بطريقة التقييم أي قيمة الدين المؤجل، وهذا مذهب المالكية، حيث نصّوا على التقييم، مع أن القول الذي اشتهر وأخذت به طائفة من الهيئات الشرعية هو القول بحساب أصله كل سنة مع ربح كل سنة دون بقية الأرباح.

فقال: إن الشركات يعسر عليها طريقة التقييم إلا بمثل هذه الطريقة؛ فأدرت حينها أن تناولنا للمسائل دون مراعاة الفرق بين صورتها في شأن الأفراد وصورتها في شأن الشركات يجعلنا نعطيها حكماً واحداً وهذا نوع خلل.

ولست أعني اختلاف الحكم في أصله بل في كيفية تطبيقه، فمثلاً في زكاة الدين المؤجل رجحت في البحث المشار إليه أنه يقوم على رأس الحول.

فإذا اعتبرنا الديون من جملة عروض التجارة فتجري عليها القاعدة في عروض التجارة وهي تقييمها على رأس الحول.

واقترحت في كيفية التقييم مراعاة مخاطر التضخم أو معدل التضخم وكذلك مخاطر عدم السداد (أو نسبة الملاءة).

فمن كان له دين تجاري مقسطاً فإنه وقت الزكاة عليه أن يقيم هذه الديون بالاجتهاد في قيمتها آخذاً بالاعتبار عاملي التضخم والملاءة، ونسبة التضخم نسبة معلنة يمكن الرجوع إليها، والملاءة بالاجتهاد والتحري في تقديرها بنفسه من خلال النظر في كل دين على حدة.

ولو اتبعنا طريقة التقييم البسيطة ولا سيما مع الأفراد فإنها كافية، وأعني بها أن ينظر الدائن في وقت الزكاة كم يساوي دينه لو قبض بدلاً منه نقداً. فهذا هو الأصل في نظري لاعتبارات ذكرتها في البحث.

لكن لو عسر على الشركات تطبيق ذلك فالصيرورة إلى القول الآخر والذي يشبه التقييم سائع.

فكأن الحكم واحد ولكن كيفية تطبيقه متغايرة بين الأفراد والشركات. والإشكال هنا في توحيد الحكم بين حالة الأفراد وحالة الشركات حيث اقتضى مراعاة حالة الشركات واعتبار الحكم بشأنها، وإن كانت حالة الأفراد ليست كذلك (فليس التقييم عسيراً في شأن الأفراد بل هو أيسر).

كيف ذلك في موضوع بحثنا (الأجرة المتغيرة) ؟

هذا المبدأ الذي وضحته يمكن تطبيقه في مسألتنا فنقول: إن الأفراد مع بعضهم أو في تعاملهم مع البنوك والشركات، يجب أن يلتزموا بأجرة المثل والتي يتم تقييمها وفق العرض والطلب من لدن ذوي الاختصاص في كل بداية فترة من الفترات المتفق عليها (مثلاً كل سنة).

أما في حال تعامل البنوك أو الشركات مع بعضها فلها أن تعلق الأجرة على أي متغير يتراضيان به مما يعد في عرفهم مؤثراً كمؤشر الفائدة أو الربط القياسي، ويعتبر في هذه الحال يشبه أجرة المثل بينهم نظراً لتأثر معاملاتهم بذلك.

أما حين يتم العقد بين فرد من جهة وبين بنك أو شركة من جهة أخرى فإن ربط الأجرة بمؤشر الفائدة أو الربط القياسي كل ذلك في نظري يؤدي إلى الغرر حيث إن الجهالة في الأجرة لم تكن لتغتفر لولا اعتبارها بأجرة المثل والتي هي عدل بين المؤجر والمستأجر لا يعتبرها أحدهما إجحافاً في حقه أو ظلاً، وليس في الأدلة التي يمكن الاستدلال بها في هذا الشأن سوى الربط بأجرة المثل فما عداها يبقى في حيز الجهالة والغرر.

لأن الاعتبار حينئذ سيتخذ ميزاناً غير عادل بل هو مرتبط بمصلحة أحد الطرفين فقط وليس بما يتناسب معهما جميعاً.

فالبنك مثلاً أو شركة التقسيط أو التمويل حين تعتمد المؤشر (أو سعر الفائدة) معياراً للأجرة المستقبلية فهي نظرت لما يناسبها فقط ولم تنظر إلى الأجرة التي تتناسب مع معظم الناس للعين المؤجرة، وبعبارة أخرى فإننا لو عرضنا العين المؤجرة في السنة الثانية أو الثالثة من العقد للتقييم فربما سنجد اختلافاً ظاهراً بين هذا التقييم وبين الأجرة المرتبطة بالمؤشر.

ووجه كون الربط بمؤشر الفائدة أو الربط القياسي ليس نظيراً ولا معبراً عن أجرة المثل هو الواقع حيث إن مؤشر الفائدة قد يتغير ولا تتغير أجور العقارات ونحوها والعكس صحيح فقد يبقى مؤشر الفائدة ثابتاً (في السنة الأولى والثانية) ومع ذلك نجد الأجور تغيرت كثيراً.

ومما يوضح ذلك تأثر أجرة المثل بعوامل الزمان والمكان فقد ترتفع أجرة العقارات في جانب من البلد دون غيره بل في شارع دون شارع مجاور فضلاً عما هو أكبر من ذلك.

وكذلك الشأن في الربط القياسي والذي هو قريب من معدل التضخم فإنما هو مؤشر عام لا يعتبر به في أجرة المثل لعقار معين؛ وإن كان الربط القياسي أقل غرراً من الربط بالمؤشر لكونه معياراً معبراً عن التغير العام في الأسعار بخلاف المؤشر فهو لسعر الفائدة فقط.

لهذا كله فالأصل هو الربط بأجرة المثل وهذا هو الذي يمكن التسامح فيه فيبقى ما عداه خروجاً عن الأصل، والخروج عن الأصل (والاستثناء) لا بد له من حجة وعلة مؤثرة مقبولة.

ولهذا قبلنا هذا الاستثناء في شأن البنوك والشركات لتأثرها المباشر بمثل تلك المؤشرات المشار إليها (كمؤشر الفائدة أو معدل التضخم ونحوها)، فلا نقبلها في الأفراد لزوال هذه العلة.

المبحث الخامس التحوط بوجود شرط التحكيم (بديل للعووض المتغير في الإجارة)

ثم صيغة يمكن اللجوء إليها في حالة تخوف الطرفين أو أحدهما من تذبذب الأسعار أو التضخم وذلك بإضافة شرط في العقد يقضي بالتحكيم في حال اختلفت الأسعار والأجور، وتكون صيغته على سبيل المثال:

اتفق الطرفان على أن الإجارة لمثل هذه العين أو هذه الخدمة (أو غيرها من المؤجرات) إذا تغيرت بزيادة أو نقص عن المتفق عليه في العقد (بنسبة تغير ١٠٪ مثلاً أو أي نسبة يتفقان عليها) فإن على كل طرف أن يرشح محكماً من قبله للتقييم ومن ثم الاتفاق على أجرة مستقبلية وفي حال اختلفا فإنهما يتفقان على محكم ثالث يكون تقييمه نافذاً.

كما يمكن أن يتضمن اتفاق التحكيم تحديد الجهة المحكمة ابتداءً، فتكون الصيغة كالتالي:

اتفق الطرفان على أن الإجارة لمثل هذه العين أو هذه الخدمة (أو غيرها من المؤجرات) إذا تغيرت بزيادة أو نقص عن المتفق عليه في العقد (بنسبة تغير ١٠٪ مثلاً أو أي نسبة يتفقان عليها) فإن المرجع في التقييم ومن ثم الاتفاق على أجرة مستقبلية هو الطرف الفلاني أو الجهة التحكيمية (.....).

فائدة هذا الشرط:

هذا البديل عن الإجارة بأجرة متغيرة هو مخرج يستفيد منه من لا يرى جواز الإجارة بأجرة متغيرة، ويستفيد منه من لا يراها عادلة وإن رآها مباحة، وكذلك

من يتحرّج منها لوجود شبهة الغرر فيها، وهذا البديل لا إشكال فيه من الناحية الشرعية.

يبقى النظر هل يمكن اعتباره بديلاً عن العوض المتغير في البيع (أو المربحة بربح متغير)؟

هذا محل نظر ولم يتبين لي فيه كثير شيء.
وبهذا تم البحث، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

الخاتمة

نتائج البحث:

● الأصل في البيع أن يكون بسعر محدد ولكن لجأت بعض المصارف لحماية لها من تذبذب الأسعار إلى ربط العقود الآجلة بمؤشر التغير (ومن أشهرها مؤشر سعر الفائدة)، ومن أشهر العقود الآجلة لدى المصارف الإسلامية عقد المربحة، ومن ثم نشأ منتج (المربحة بربح متغير).

● جماهير المعاصرين على منع المربحة بربح متغير، وهو الأقرب في نظر الباحث لمرجحات من أهمها الاستناد إلى الأصل في اشتراط العلم بالثمن وهو مما لا خلاف فيه، حيث اشترط الفقهاء العلم بالثمن علماً نافياً للجهالة سالماً من الغرر.

● ثم صور تذكر مشابهة لـ (المربحة بربح متغير) كالبيع بسعر المثل أو بما ينقطع به السعر (مثل بيع الاستجرار)، وكالسلم بسعر السوق وقت التسليم، والبيع مقابل النفقة، ولكن الفرق بينها وبين (المربحة بربح متغير) هو في تحديد رأس المال في المربحة بربح متغير وإحالة الزائد (الربح) على العرف (عبر آلية المؤشر أو غيرها) فخرج عن الصور المشابهة في كونه قد حمى رأس المال من أي تغير، وجعل التغير فقط في الربح، ولذا أصبح شبيهاً جداً بفائدة الدين المتغيرة التي تقوم بها المصارف التقليدية، أما الصور المشابهة فالثمن كله قابل للتغير، وهنا يتبين الفرق وعدم العدل بين طرفي العقد في (المربحة بربح متغير).

● الأصل في عقد الإجارة تحديد الأجرة، ولكن في العقود طويلة الأجل وتحوّطاً من تغير الأسعار نشأ ما يسمى بالعوّض المتغير في الإجارة أو الأجرة

المتغيرة، وذلك بربط الأجرة في السنوات اللاحقة على متغير (كمؤشر سعر الفائدة أو الربط القياسي).

● يرى الباحث كما هو رأي عامة المعاصرين أنه لا مانع شرعاً من عقد الإجارة بأجرة متغيرة إذا تم العقد بضوابط تضمن العدالة لطرفي العقد، وتمنع الغرر الفاحش.

● مع التأكيد بأنه لا خلاف بين أهل العلم في اشتراط العلم في الأجرة؛ إلا أن الباحث لا يرى معارضة العوض المتغير في الإجارة للعلم بالأجرة؛ ذلك أن الإجارة عقد مشتمل على الغرر بطبيعته بخلاف البيع، والغرر يكثُر في الإجارة أكثر منه في البيع؛ ولذا يغتفر فيها ما لا يغتفر في البيع، ويزيد ذلك بياناً ما ذكره الفقهاء المتقدمون من نظائر العوض المتغير في الإجارة، فمنها: استئجار الأجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر، واستئجار الحمال والخياط اعتباراً بالعرف، والأجرة المتغيرة بسبب الإجارة المتكررة، وتعليق إجارة الوقف بأجرة المثل، وتحديد الإجارة للحاجة بأجرة المثل.

● أبرز البحث فروقاً بين (المرابحة بربح متغير)، وبين الإجارة بأجرة المثل المتغيرة؛ حيث إن البيع عملية تتم في لحظة واحدة ينتقل فيها المبيع إلى المشتري والثلث إلى البائع، وحينئذ فالثلث يتحدد مرة واحدة ولا يتصور تغيره، كما أن الثلث قد فرغ الطرفان من تحديده أولاً، وحينئذ فأى اتفاق على زيادة مستقبلية مرتبطة بأي متغير (كثلث المثل أو المؤشر أو سعر الفائدة أو غير ذلك) هو اتفاق على الزيادة على الثلث الذي أصبح ديناً في ذمة المشتري وهذا هو الربا، وأن العين تنتقل انتقالاً باتاً في البيع بخلاف العين في الإجارة فتبقى ملكيتها للمؤجر ومن ثم لا ينتقل الضمان أيضاً، كما أن الثلث في المrabحة هو ثمن سلعة وهو متعلق بعين

السلعة دون الزمن، بخلاف الأجرة فلها تعلق بالزمن مع التمكن من المنفعة ولذا فتعلق الأجرة بتغير الزمن تعلق معتبر بخلاف تعلق الثمن في المبيع بالزمن.

● في معيار الأجرة المتغيرة يجب التفريق بين تعامل الأفراد، وتعامل البنوك والشركات ففي تعامل الأفراد مع بعضهم أو في تعاملهم مع البنوك والشركات، يجب أن يلتزموا بأجرة المثل والتي يتم تقييمها وفق العرض والطلب من لدن ذوي الاختصاص في كل بداية فترة من الفترات المتفق عليها (مثلاً كل سنة).

● أما في حال تعامل البنوك أو الشركات مع بعضها فلها أن تعلق الأجرة على أي متغير يتراضيان به مما يعد في عرفهم مؤثراً كمؤشر الفائدة أو الربط القياسي، ويعتبر في هذه الحال يشبه أجرة المثل بينهم نظراً لتأثر معاملاتهم بذلك.

● ثم صيغة يمكن اللجوء إليها في حالة تحوّل الطرفين أو أحدهما من تذبذب الأسعار أو التضخم وهي التحوّل بوجود شرط التحكيم (كبديل للعوض المتغير في الإجارة) وذلك بإضافة شرط في العقد يقضي بالتحكيم في حال اختلفت الأسعار والأجور، وتكون صيغته على سبيل المثال: «اتفق الطرفان على أن الإجارة لمثل هذه العين أو هذه الخدمة (أو غيرها من المؤجرات) إذا تغيرت بزيادة أو نقص عن المتفق عليه في العقد (بنسبة تغير ١٠٪ مثلاً أو أي نسبة يتفقان عليها) فإن على كل طرف أن يرشح محكماً من قبله للتقييم ومن ثم الاتفاق على أجرة مستقبلية وفي حال اختلفا فإنهما يتفقان على محكم ثالث يكون تقييمه نافذاً».

● هذا البديل عن الإجارة بأجرة متغيرة هو مخرج يستفيد منه من لا يرى جواز الإجارة بأجرة متغيرة، ومن لا يراها عادلة وإن رآها مباحة، أو من يتحرّج منها لوجود شبهة الغرر فيها، وهذا البديل لا إشكال فيه من الناحية الشرعية.

أبيض

المراجع

- ١- أحكام الأجرة المنغير، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية إعداد هشام بن صالح الذكر.
- ٢- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصل، دار الكتب العلمية.
- ٣- الاختيارات الفقهية للبعلي، دار المعرفة.
- ٤- الإسلام والنقود، د. رفيق المصري.
- ٥- الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الناشر: دار الكتب العلمية.
- ٦- إعلام الموقعين، لمحمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، مكتبة الرياض الحديثة.
- ٧- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، أبو النجا، موسى بن أحمد الحجاوي، دار المعرفة.
- ٨- آلية تحديد معدلات لبيور، وإمكانية الاستفادة منها لحساب مؤشرات مالية إسلامية د. محمد بن إبراهيم السحيباني.
- ٩- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن المرادوي، دار إحياء التراث العربي.
- ١٠- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة.
- ١١- جامع المسائل لابن تيمية، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد.
- ١٢- حاشية ابن عابدين، دار الفكر.
- ١٣- حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، لـأ.د نزيه كمال حماد، بحث منشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية في عددها الأربعين.
- ١٤- دراسة جدوى الاستثمار في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، كوثر الآبجي، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، العدد الثاني، المجلد الثاني، ١٣٠٥ هـ.

- ١٥- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الجليل.
- ١٦- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، وهو شرح البهوتي.
- ١٧- شرح الخرشي على مختصر خليل، لمحمد الخرشي المالكي، الناشر: دار الفكر.
- ١٨- الشرح الكبير (مطبوع مع المغني)، عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر: دار الكتاب العربي.
- ١٩- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب.
- ٢٠- عقود التمويل المستجدة في المصارف الإسلامية، د. حامد ميرة، دار الميكان.
- ٢١- الفتاوى الشرعية في الاقتصاد الصادرة عن ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، مجموعة دلة البركة.
- ٢٢- الفتاوى الفقهية الكبرى (فتاوى ابن حجر الهيتمي)، حمد بن محمد بن حجر الهيتمي، المكتبة الإسلامية.
- ٢٣- فتاوى بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية.
- ٢٤- الفروع لابن مفلح، مؤسسة الرسالة.
- ٢٥- الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني، لأحمد بن غنيم النفراوي، الناشر: دار الفكر.
- ٢٦- قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، إصدار المجموعة الشرعية لمصرف الراجحي.
- ٢٧- القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، الناشر: عالم الفكر.
- ٢٨- كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، دار الكتب العلمية.
- ٢٩- المبسوط، لمحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة، دار المعرفة.
- ٣٠- مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.
- ٣١- مجموع الفتاوى لابن تيمية، جمع ابن قاسم، مكتبة الرياض.
- ٣٢- المجموع شرح المذهب، لمحي الدين يحيى بن شرف النووي، الناشر: دار الفكر.

- ٣٣- المرباحة بربح متغير ل.د. يوسف الشبيلي
- ٣٤- المرباحة بربح متغير ل.د. سامي السويلم وهو عبارة عن مناقشة وتعقيب على بحث الشبيلي، نشر في ملتقى المرباحة بربح متغير الذي نشره بنك البلاد.
- ٣٥- مسائل الإمام أحمد لأبي داود، مكتبة ابن تيمية.
- ٣٦- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، نشر هيئة المحاسبة.
- ٣٧- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر.
- ٣٨- المغني لموفق الدين ابن قدامة المقدسي، دار الفكر.
- ٣٩- ملتقى المرباحة بربح متغير، ملتقى نظمه بنك البلاد، ونشره.
- ٤٠- ملتقى بنك الإنهاء حول تغير سعر السوق في التمويل طويل الأجل أو العائد الثابت والعائد المتغير.
- ٤١- ملتقى مصرف الراجحي بعنوان (السلم بسعر السوق يوم التسليم).
- ٤٢- المتقى شرح الموطأ للباجي، دار الفكر.
- ٤٣- الموسوعة الاقتصادية د. حسين عمر، دار الفكر العربي.
- ٤٤- نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الآجلة مع التطبيق على المصارف الإسلامية. د. حسين شحاته، مجلة دلة البركة، العدد ربيع الآخر ١٤٢٣ هـ.
- ٤٥- نحو نظام نقدي عادل، د. محمد عمر شابرا.
- ٤٦- ندوة الأسواق المالية الإسلامية، نحو مؤشرات مالية بديلة عن معدل الفائدة، الرياض - المملكة العربية السعودية ١- ٢ مايو ٢٠٠٧م تنظيم: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية.
- ٤٧- ندوة قضايا العملة، الربط القياسي للديون بعملة اعتبارية المنشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

- ٤٨ - نظرية العقد لشيخ الإسلام ابن تيمية، مركز الكتاب.
- ٤٩ - النقود والبنوك والأسواق المالية، محمد حافظ عبده الرهوان، ط القاهرة.
- ٥٠ - النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لابن مفلح، مكتبة المعارف.
- ٥١ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر.
- ٥٢ - برنامج الفتاوى الاقتصادية، من البرامج العلمية لشركة حرف.
- ٥٣ - الموقع الرسمي لدائرة الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية.
- ٥٤ - <http://ar.wikipedia.org/wiki>
- ٥٥ - [/http://sa.investing.com/central-banks](http://sa.investing.com/central-banks)
- ٥٦ - <http://www.yallaforex.net/world-interest-rates.htm>

التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر

إعداد

د. إيمان بنت محمد علي عادل عزّام

أستاذ مشارك في الفقه

كلية الآداب والعلوم الإنسانية - جامعة طيبة

أبيض

المقدمة

إِنَّ الحمد لله أحمده وأستعينه وأستغفره وأتوب إليه، وأعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله، أرسله شاهداً ومبشراً ونذيراً، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان وسلم تسليماً كثيراً. وبعد،،،

١ - مشكلة البحث وأهمية موضوعه:

إن الشارع الحكيم أولى عناية كبيرة بالمرأة والطفل فاقت بمراحل كثيرة ما أتت به القوانين الوضعية التي زعمت أنها أنصفت المرأة أو غيرها، ولا عدالة في الحقيقة إلا ما جاء به الإسلام لأنه من لطيف خبير، قال سبحانه وتعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ (الملك: ١٤).

وقد قال ﷺ مؤكداً ومحذراً من التعدي على حق المرأة والطفل: «اللهم إني أخرج حق الضعيفين: حق اليتيم، وحق المرأة»^(١).

ومع ذلك، فإن المرأة والطفل يتعرضان في عصرنا وفي مجتمعاتنا الإسلامية لأنواع عديدة من الظلم وضياع الحقوق.

وإن مما شاع في عصرنا من صور الظلم الذي تتعرض له المرأة والطفل هو التعسف في استعمال حق الحضانة؛ حتى لقد أصبحت قضايا الحضانة من الكثرة

(١) رواه النسائي وابن ماجه وغيرهما، وصحّح الكناي إسناده.

انظر: سنن النسائي الكبرى (٥ / ٣٦٣)، باب (حق المرأة على زوجها)، (٩١٥٠)، سنن ابن ماجه (٢ / ١٠٢)، باب حق اليتيم (٣٦٧٨)، مصباح الزجاجة (٤ / ١٠٣)، (٢٨٢١).

بحيث بتنا نقرأ عنها في الصحف بصورة يومية أحياناً، وبات المتخصصون النفسيون والاجتماعيون يحذرون من الآثار السلبية التي تنتج عن هذا التعسف. ولأن عصر اليوم هو عصر المستجدات والمتغيرات سلباً أو إيجاباً، كما يراه بوضوح القارئ لتاريخ البشرية الطويل، فقد استجدت فيه صور للتعسف تختلف عما عرفه الفقه الإسلامي في العصور السابقة، الأمر الذي يستوجب المبادرة إلى رفع الظلم بل دفعه، وذلك يبدأ من دراسات تعالج الواقع وتستند إلى أحكام الفقه الإسلامي التي أثبتت شمولها وقدرتها على حل كل القضايا التي تواجه الأمة الإسلامية في كل زمان ومكان سواء بما نصّت عليه من أحكام، أو بما يستخرج على أحكامها وفقاً للقواعد الأصولية.

ولم أقف على دراسة علمية ترصد الصور المستجدة للتعسف في استعمال حق الحضانة، وتؤصل لحكمها الشرعي، وهذا الأمر يظهر أهمية هذا البحث بإذن الله، أسأل الله تعالى فيه التوفيق والقبول.

٢ - خطة البحث:

يتكوّن هذا البحث بعد هذه المقدمة من ثلاثة مباحث ومطلبين وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

- المبحث الأول: التعسف (حقيقته وحكمه).
- المبحث الثاني: الحضانة (حقيقتها وحكمها).
- المبحث الثالث: صور التعسف في استعمال حق الحضانة في الفقه وفي المستجدات، وفيه مطلبان:
المطلب الأول: التعسف في استعمال حق الحضانة بشكل مباشر ضد المحضون.

المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الحضانة بشكل غير مباشر ضد المحضون.

■ الخاتمة، وفيها أهم التوصيات.

٣- منهج البحث:

لما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوّره، فقد اعتنيت في المبحث الأول بتحرير معنى التعسف، وماذا يراد به؟ وبيان الفرق بين السلوك الذي يصح وصفه بأنه تعسف في استعمال الحق، وبين مطلق التعدي والظلم، ثم تناولت حكمه الشرعي، وتكييفه الفقهي، وآثاره باختصار.

وفي المبحث الثاني؛ عنت بتحرير المقصود بالحضانة، وبيان الفرق بينها وبين الرضاعة والكفالة، وصولاً إلى اختيار البحث في حدود ما تشمله هذه الدراسة، كما عرضت في هذا المبحث إلى ذكر الحكم العام للحضانة، بعد إشارة مجملة إلى رؤوس المسائل التي ذكرها الفقهاء في الباب، حيث إن أحكام مسائل الحضانة مبسّطة في كتب الفقه وتناولتها أبحاث معاصرة كثيرة، ولا تسمح مساحة هذا البحث بذكرها، ثم تناولت الضابط المستنبط من كتابات الفقهاء حول تحديد صاحب الحق في الحضانة، وبه ختمت المبحث الثاني.

ثم كان المبحث الثالث - وهو صلب البحث - ونهجت فيه منهجاً استقرائياً تحليلياً تأصيلياً، حيث قمت باستقراء ما ذكره الفقهاء في كتب الفقه حول الحضانة، وتوثيق الأحكام التي لها صلة بالتعسف، وسواء كانت الأحكام المذكورة لمعالجة التعسف بعد وقوعه، أم كانت تدابير احترازية لمنع من وقوع التعسف وسدّ ذرائعه قبل وقوعه، وقد حاولت تتبع المسألة في كتب المذاهب الأربعة ما أمكن، ولا يخفى على المختصين وجود بعض الفروع والمسائل

المذكورة في بعض المذاهب دون بعض، وأن بعض الصور المذكورة في كتب المذهب قد لا تذكرها كتبه المعتمدة، وعليه، فحيث وجدت صورة للتعسف ذكرتها، وذكرت حكمها، وفقاً لما وقفت عليه مع البحث والتتبع قدر الإمكان. كما قمت باستقراء الوقائع والنوازل والمستجدات من صور التعسف في استعمال حق الحضانة في واقعنا وعصرنا الذي نعيش فيه، وتأصيل حكمها من كتب الفقه، وتوثيق ما ذكرته القوانين والتشريعات القضائية التي تحكم التعسف سواء كانت تدابير احترازية قبل وقوع التعسف أم كانت أحكاماً جزائية بعد الوقوع، لأن القوانين الوضعية جزء من الواقع الذي نعيش فيه، وأشير إلى أنه لم يكن تتبع القوانين الوضعية على نحو من الاستقراء الكلي لكون ذلك يتطلب رسالة كبيرة الحجم، وإنما كان على سبيل التمثيل بذكر مثال لكل حكم من أحد القوانين والتشريعات التي تطبقها الدول المحيطة، وذلك من قبيل: ما لا يدرك كله لا يترك جله.

ولم يكن مفرّ من طرق باب الشبكة الحاسوبية والصحف المحلية أثناء البحث عن الصور المستجدة للتعسف؛ لأن هذه الأوعية وإن كانت ليست مصادر للتوثيق العلمي، لكنها مصادر مقبولة لنقل الواقع والأحداث، والوقوف على المستجدات والواقع مقصود مهم للبحث، وقد حاولت الوقوف على القوانين الوضعية في المواقع الرسمية للوزارات ما أمكن حتى تكون أكثر ثقة وحداثة. هذا ما يتصل بمنهج الجمع و الكتابة.

أما العزو للآيات والتخريج للأحاديث والتوثيق في الحواشي والفهارس، فنهجت فيه المعروف عند المتخصصين.

أسأل الله التوفيق، ومنه العون، وعليه التكلان، وصل اللهم على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه وسلّم تسليماً كثيراً.

المبحث الأول التعسف (حقيقته وحكمه)

أولاً: تعريف التعسف:

(أ) التعسف في اللغة :

تشير المعاني التي ذكرها أهل اللغة إلى أن التعسف ميل و عدول وسير بغير هداية ولا رشد للراكب أو المسافر، ثم انتقل المعنى بالاستعمال إلى مطلق الظلم والجور، وفيما يلي بعض النقول التي تؤكد ذلك:

قال الزبيدي: «عسف عن الطريق يعسف عسفاً: مال وعدل وسار بغير هداية ولا توخي صوب، كاعتسف وتعسف.

وقال ابن الأثير: العسف في الأصل: أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم، فنقل إلى الظلم والجور»^(١).

وفي المصباح المنير: «عسفه عسفاً: من باب ضرب: أخذه بقوة، والفاعل: عسوف، وعسّاف مبالغة، وعسف في الأمر: فعله من غير روية، ومنه: عسفت الطريق إذا سلكته على غير قصد، و (التعسف) و (الاعتساف) مثله»^(٢).

وفي تهذيب الأسماء واللغات: «قال الأزهري: العسف ركوب الأمر بغير روية، وركوب الفلاة وقطعها على غير صوب»^(٣).

(ب) التعسف في اصطلاح الفقهاء:

لم أقف على تعريف التعسف عند الفقهاء القدامى، حيث استعملوا لفظ الإضرار أو قصد الإضرار في التعبير عن المعنى.

(١) تاج العروس (٢٤ / ١٥٧).

(٢) المصباح المنير (٢ / ٤٠٩).

(٣) تهذيب الاسماء (٣ / ٢٠٥).

وورد تعريف التعسف عند بعض الفقهاء المعاصرين، فعرفه د. فتحي الدريني في كتابه «نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي» بأنه: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»^(١).

(ج) التعسف عند علماء القانون:

«كل استعمال للسلطات التي يخولها الحق لصاحبه استعمالاً يؤدي إلى الإضرار بالغير أو بالمصلحة العامة»^(٢).

يقول الرويس والريس في كتابهما (المدخل لدراسة العلوم القانونية) حول نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة قانونية: «يقوم مضمون هذه النظرية على تجريد صاحب الحق من الحماية القانونية، ومنعه من استعمال حقه إذا كان هذا الاستعمال سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين، أو بالصالح العام، بل ومساءلته عن سوء الاستعمال بما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال المنحرف»^(٣).

وبحسب التقنيات الحديثة، فإن الأحوال أو الصور التي يصدق عليها وصف التعسف في استعمال الحق، ثلاثة أحوال:

الأول: أن يأتي الإنسان بعمل مشروع ويقصد به الإضرار بالغير من غير أن تكون له مصلحة فيه.

الثاني: أن يأتي بعمل مشروع للحصول على مصلحة ضئيلة له لا تتناسب مع الضرر العظيم الذي لحق الغير من جراء هذا العمل.

الثالث: أن يأتي بعمل مشروع يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة^(٤).

(١) ص (٥٤).

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد الرويس، د. رزق الريس ص ٣٤٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر، المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد الرويس، د. رزق الريس ص ٣٤٢، بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي / د. آدم دكم محمد هارون، مجلة التنوير / العدد الرابع.

(د) بيان الفرق بين التعسف وبين البغي والمجاوزة:

حتى ندرك الفرق بين التعسف في استعمال الحق، وبين البغي، علينا أن نعرف أولاً معنى الحق.

الحق في اللغة: نقيض الباطل^(١)، وفي الاصطلاح: «ما يثبت للإنسان استيفاءه، سواء أكان عاماً أم خاصاً، وسواء أكان حقاً متعلقاً بالمال، كحق الملك في الأعيان، وحق الانتفاع بالعين المستأجرة أم المستعارة، وحق الحبس في المرهون، أم كان حقاً غير مالي، كحق الولاية للشخص على أولاده، وحق الزوجية، ومنه: حق الطاعة لولي الأمر، وحق الشورى للأفراد الذين يتأهلون لذلك، وغيرهما من الحقوق السياسية»^(٢).

والفرق بين التعسف في استعمال الحق، وبين البغي: أن الأول: مزاولة الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة.

والثاني: مزاولته ما ليس من حقه من أول الأمر، فمن يركب سيارته ويفرط من السرعة: متعسف في استعمال الحق، فمن يركب سيارة غيره مغتصباً لها: مستعمل غير حقه.

ومن يستأجر داراً للسكن، فيتخذها مقهي مجاوز لحقه، ومن استعملها في السكن لكن أثقل سقفها بالأمتعة متعسف...

والحاصل أن الظلم والتعدي معنى أعم من التعسف ومن مجاوزة الحد، ف«التعدي والاعتداء: الإخلال بحق الغير بمجاوزة حقه وبالتعسف في استعماله، فكل من مجاوزه الحق والتعسف في استعمال الحق من التعدي»^(٣).

(١) مقاييس اللغة (٢/ ١٥)، وانظر: تاج العروس (٢٥ / ١٦٦)، مختار الصحاح (٦٢).

(٢) نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر، وانظر المزيد من تعريفات الحق عند الفقهاء المعاصرين في كتاب التعسف في استعمال حق الملكية / سعيد أجمد الزهاوي ص ١٦ - ١٧.

(٣) انظر: مجلة التنوير / العدد الرابع / بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي: د/ آدم دكم محمد هارون، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص (٤٥ - ٥٤).

والذي نصل إليه مما سبق: أنَّ التعديَّ أعمُّ من التعسّف، إذ التعديُّ مجاوزة الحقّ مطلقاً، والتعسّف استعمال الحقّ بقصد غير مشروع أو بما يُحدث الضرر للغير.

(هـ) الفرق بين التعسّف وبين الفعل الضار في نفسه:

الفرق بين التعسّف وبين الفعل الضار أو الامتناع الضار أن «الأخيرين أمر غير مشروع، أي: ممنوع ومحرم من أول الأمر، أما التعسّف فهو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع»^(١).

ثانياً: حكم التعسّف:

التعسّف في استعمال الحق فعل محرّم، فقد نهى الله - تعالى - في القرآن الكريم، ورسوله ﷺ في السنّة المطهّرة عن أفعال يستعمل فيها المرء حقّه بقصد الإضرار بغيره تعتاً، لا بقصد الانتفاع به، ومن ذلك، قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ (البقرة: ٢٣١).

روى الطبري بإسناده في سبب نزول الآية: «قال: نزلت في رجل من الأنصار يدعى ثابت بن بشار طلق امرأته حتى إذا انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثاً راجعها، ثم طلقها، ففعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر مضارة يضارّها، فأنزل الله تعالى ذكره: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾»^(٢).

وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ (البقرة: ٢٣٣).

(١) نظرية التعسّف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر.

(٢) تفسير الطبري (٢ / ٤٨١).

روى ابن جرير عن مجاهد في تأويل قوله تعالى: (لا تضارّ والدّة بولدها): «لا تأبى أن ترضعه؛ ليشق ذلك على أبيه، ولا يضارّ الوالد بولده، فيمنع أمه أن ترضعه ليحزنها»^(١).

ومن السنة النبوية: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» رواه الشافعي في المسند^(٢).

قال فهمي أبو سنة: «الحقوق الشخصية والعينية ليست مختصة بأصحابها في الإسلام اختصاصاً مطلقاً، وليسوا مستبدين في التمتع بمزاياها استبداداً، كما قد يتبادر من وصفها بالحقوق الخاصة، بل الواقع أن للجماعة حقاً عاماً مشتركاً بينهم»^(٣)، والمعنى: أن استعمال الفرد لحقه مقيّد بما لا يحدث ضرراً أكبر للجماعة.

ثالثاً: التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق :

التعسف مصطلح جديد، وعند النظر فيه لمحاولة إرجاعه إلى أقرب مصطلح شرعي عرفه الفقهاء القدامى نجد دخوله فيما سمّاه المتقدمون ضرراً أو إضراراً في القاعدة الفقهية المشهورة (لا ضرر ولا ضرار)، التي أصلها الحديث الشريف، وهو قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» الذي تقدّم.

وذلك أن العامل المشترك بين الأحوال الثلاثة للتعسف التي سبق ذكرها هو حصول الضرر، وهو واضح في الحالتين: الأولى والثانية، حيث قالوا في الحالة

(١) تفسير الطبري (٢/ ٤٩٧).

(٢) مسند الشافعي (١/ ٢٢٤).

قال ابن الملقن - رحمه الله - : «حديث (لا ضرر ولا ضرار) أشار إليه الرافي، وقد رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازني مرسلاً وابن ماجه مسنداً من رواية ابن عباس وعبد بن الصامت، والطبراني من رواية ثعلبة بن أبي مالك، والحاكم من رواية أبي سعيد الخدري، وقال: صحيح على شرط مسلم، وقال ابن الصلاح: حسن. قال أبو داود: وهو أحد الأحاديث التي يدور عليها الفقه، وصحّحه إمامنا في حرمة، وقال البيهقي: تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي. قلت: لا بل تابعه عليه عبد الملك بن معاذ النصيبي، فرواه عن الدراوردي كما أفاده ابن عبد البر في مرشده تمهيده واستذكاره، وأما ابن حزم، فخالف في محله فقال: هذا خبر لا يصح قط خلاصة البدر المنير (٢/ ٤٣٨)، ح (٢٨٩٧).

(٣) نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر.

الأولى: «أن يأتي الإنسان بعمل مشروع ويقصد به الإضرار بالغير من غير أن تكون له مصلحة فيه»، وقالوا في الحالة الثانية: «التي يأتي فيها بعمل مشروع للحصول على مصلحة ضئيلة له لا تتناسب مع الضرر العظيم الذي لحق الغير». والحالة الثالثة يقع فيها الضرر أيضاً - وإن لم يصرّح به، حيث قالوا فيها: «أن يأتي بعمل مشروع يقصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة»، وحصول الضرر مترتب على إتيان غير المشروع، باعتبار غير المشروع مفسدة، وكما قال ابن عبد السلام - رحمه الله -: «المصالح كلها خيور نافعات حسنات، والمفاسد بأسرها شرور مضرّات سيئات»^(١).

ولكن التعسّف مع ذلك فرد من أفراد قاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وليس اسماً مستجداً لها، إذ إن قاعدة لا ضرر ولا ضرار قاعدة عامة، وقد قال الآمدي في كلام له: «قوله عليه السلام (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)، وهو عام في كل حرج وضرار ضرورة كونه نكرة في سياق النفي»^(٢)، والفعل الضار أو الامتناع الضار محرّمان من أول الأمر كما تقدّم ذكره في التفريق بين التعسّف والفعل الضارّ، أما التعسّف فهو: استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع أو يترتب عليه ضرر، فتحريمه لما يترتب عليه من ضرر.

وقد جاء في شرح مجلة الأحكام قوله: «إن جواز إجراء الأفعال المباحة مشروط بعدم ترتب ضرر لأحد بإجرائها»^(٣)، و«كذلك تصرّف الإنسان في ملكه مقيد بعدم حصول ضرر بليغ لجيرانه. مثال: يجوز لصاحب الأرض أن ينشئ داراً ويفتح نوافذ، ولكن إذا كانت النوافذ المراد فتحها تكشف مقرّ نساء الجيران؛ يمنع صاحب الملك من فتح تلك النوافذ»^(٤).

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٤/١).

(٢) الإحكام (٤/٢٣٥).

(٣) درر الحكماء شرح مجلة الأحكام (١/٣٣).

(٤) المرجع السابق.

وعلى ذلك، فيخرج من التعسف التصرفات الضارة ابتداءً، فهي أذى وظلم وتعدّي، وهي داخلية في قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، لكن لا تسمّى تعسفاً بحسب تعريف التعسف الذي تقدّم في قولهم: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل؛ لأنّ الظلم والتعدّي ليس مأذوناً فيهما شرعاً بحسب الأصل.

هذا من حيث الإجمال، ويؤكدّه التفصيل الذي ذكره الفقهاء في شرح معنى الضرر والضرار الواردين في الحديث الشريف، وكلامهم حول لفظي: الضرر، والضرار. وهل هما مترادفان على سبيل التأكيد أو بينهما فرقاً؟ والذين ذهبوا إلى الفرق - وهو المشهور عند الفقهاء - ذكروا فيه أربعة أوجه^(١):

الوجه الأوّل: قال ابن عبد البر - رحمه الله - : «أنهما بمعنى القتل والقتال، كأنه قال: «لا يضر أحد أحداً ابتداءً، ولا يضره إن ضرّه، وليسبر»^(٢). وقال ابن رجب - رحمه الله - : «الضرر: أن يضر بمن لا يضره، والضرار: أن يضر بمن قد أضر به، على وجه غير جائز»^(٣).

وفي شرح ابن عابدين: قوله (لا ضرر ولا ضرار) أي: لا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا جزاءً؛ لأن الضرر بمعنى الضر، ويكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى: المضارة، وهو أن تضر من ضرّك... والضرر في الجزاء هو أن يتعدى المجازي عن قدر حقّه في القصاص وغيره^(٤).

ووفقاً لهذا التفسير؛ يكون التعسف هو أحد أنواع الضرر الناشئ عن تصرف مأذون فيه بحسب الأصل، وهو الضرار جزاءً، المذكور في الحديث، إذ الأصل

(١) الاستذكار (٧ / ١٩١)، شرح الأربعين النووية ص ٢٣٥.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار ص ٣.

(٤) حاشية ابن عابدين (٦ / ٥٩٣)، وانظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١ / ٣٣).

الإذن في أن يضر المرء بمن أضربه، ويكون بقدر المسموح به شرعاً، فيقابل المضارّ الأذى بمثله، قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (البقرة: ١٩٠)، وقال تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يُحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (المائدة: ٤٥)، فالمجازي صاحب حق ابتداء، ثم تعسف بالمجاوزة والتعدي، فمُنع.

وفي شرح مجلة الأحكام: «لا يجوز مقابلة الضرر بمثله وهو الضرر كما لو أضر شخص آخر في ذاته أو ماله لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص بضرر، بل يجب عليه أن يراجع الحاكم، ويطلب إزالة ضرره بالصورة المشروعة»^(١).

الوجه الثاني في الفرق بين الضرر والضرار: الضرر عند أهل العربية: الاسم، والضرار: الفعل.

قال: والمعنى: لا يدخل على أحد ضرراً لم يدخله على نفسه. ومعنى لا ضرار: لا يضار أحد بأحد، وإليه ذهب ابن حبيب^(٢).

والتفريق في هذا الوجه تفريق شكلي ليس له أثر على المعنى.

الوجه الثالث: الضرر: أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار: أن يدخل على غيره ضرراً بما لا ينتفع هو به، كمن منع ما لا يضره، ويتضرر به الممنوع. قاله الخشنى، ورّجحه ابن عبد البر، وقال: وهذا وجه حسن في الحديث، ورّجحه ابن الصلاح أيضاً^(٣).

(١) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (١ / ٣٣).

(٢) انظر: الاستذكار (٧ / ١٩١)، شرح الأربعين النووية ص ٢٣٥، القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار ص ٣.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

وهذا المعنى فيه استعمال الإنسان حقّه بما يسبب ضرراً لغيره سواء انتفع به هو أو لا، وهذا الوجه ينطبق أيضاً على التعسف انطباقاً كلياً.

ويمثله ما ذكره ابن رجب في أنواع إلحاق الضرر بالغير بغير حق، قال: وهذا على نوعين:

أحدهما: أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه...

وذكر من أنواعه: المضاربة في الوصية، والإرضاع والإيلاء.... الخ. والنوع الثاني: أن يكون له غرض آخر صحيح.

١ - مثل: أن يتصرف في ملكه، بما فيه مصلحة له، فيتعدّى ذلك إلى ضرر غيره...

٢ - أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً له، فيتضرر الممنوع بذلك... قال ابن رجب: «فأما الأول، وهو التصرف في ملكه بما يتعدّى ضرره إلى غيره.

(أ) فإن كان على غير الوجه المعتاد: مثل أن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف، فيحترق ما يليه، فإنه متعد بذلك، وعليه الضمان.

(ب) وإن كان على الوجه المعتاد، ففيه للعلماء قولان مشهوران:

أحدهما: لا يمنع من ذلك، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما.

والثاني: المنع، وهو قول أحمد، ووافقه مالك في بعض الصور....^(١)

وهذا النوع ينطبق تماماً على الحالة الثانية التي ذكرها القانونيون للتعسف في استعمال الحق، وهي التي يأتي فيها بعمل مشروع للحصول على مصلحة ضئيلة له لا تتناسب مع الضرر العظيم الذي لحق الغير.

قال ابن رجب - رحمه الله - : وأما الثاني، وهو منع الجار من الانتفاع بملكه والارتفاق به.

فإن كان ذلك يضر بمن انتفع بملكه، فله المنع، كمن له جدار واه، لا يحتمل أن يطرح عليه خشب.

وأما إن لم يضر به، فهل يجب عليه التمكين، ويحرم عليه الامتناع أم لا؟، فمن قال في القسم الأول: لا يمنع المالك من التصرف في ملكه وإن أضر بجاره، قال هنا: للجار المنع من التصرف في ملكه بغير إذنه.

ومن قال هناك بالمنع، فاختلفوا ههنا على قولين: أحدهما: المنع ههنا، وهو قول مالك.

والثاني: أنه لا يجوز المنع، وهو مذهب أحمد في طرح الخشب على جدار جاره، ووافقه الشافعي في القديم، وإسحاق وأبو ثور وداود وابن المنذر وعبد الملك بن حبيب المالكي، وحكاه مالك عن بعض قضاة المدينة^(١).

نخلص من هذا إلى أن: التعسف جزء من الضرر والإضرار المنهي عنه في الحديث الشريف والقاعدة الفقهية، وأن القاعدة بمختلف شروحيها وتفسيراتها تشملها، وأن الجزء الذي لا يسمى تعسفاً من أنواعها هو الضرر ابتداء بإتيان فعل غير مشروع في الأصل، فهو الظلم والأذى، والله تعالى أعلم.

(١) انظر: القاعدة الذهبية لا ضرر ولا ضرار ٤-٦.

المبحث الثاني الحضانة (حقيقتها وحكمها)

أولاً: تعريف الحضانة:

(أ) في اللغة:

قال الفيومي: «حُضِنَ الطائر بيضه حُضْنًا: من باب قتل، و حِضَانًا بالكسر أيضاً: ضمّه تحت جناحه... ورجل حاضن، وامرأة حاضنة؛ لأنه وصف مشترك...»

والحُضْن: ما دون الأبط إلى الكشح، واحتضنت الشيء: جعلته في حضني، والجمع: أحضان. مثل: حمل و أحمال^(١).

والحُضَانَة: مصدر الحاضن و الحاضنة.

والمحاضن: المواضع التي تحضن فيها الحماة على يبيضها.

و الحاضنة، وهي التي تربي الطفل. و الحضانة، بالفتح: فعلها^(٢).

(ب) الحضانة في الاصطلاح:

الجامع بين تعريفات الحضانة عند الفقهاء أن يكون المحضون عند الحاضن يقوم بحفظه وصيانته ومصالحه.

وقد ذكر الشافعية والحنابلة ذلك في حق من لا يستقلّ بأمره، وينطبق على الولد غير المميّز ومن في حكمه.

وغير المميّز هو الطفل قبل سن التمييز، وهو سن سبع سنوات؛ لأنه غالباً يستقل الطفل بعد هذه السن بخدمة نفسه بأن يأكل ويشرب ويلبس ويتنظّف وحده.

(١) انظر: المصباح المنير (١ / ١٤٠).

(٢) انظر: لسان العرب (١٣ / ١٢٣)، وانظر: المطلع على أبواب المقنع ص (٣٥٥).

ومن في حكمه هو: من لا يستقل بأمره بعد سن التمييز كمعتوه أو مجنون أو عاجز.

وفيما يلي نصوص الفقهاء:

عند الحنفية: قال الكاساني - رحمه الله -: «حضانة الأم ولدها هي: ضمّها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه»^(١).

وعند المالكية: قال ابن عرفة - رحمه الله -: «هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه»^(٢).

وعند الشافعية: قال النووي - رحمه الله -: «هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقلّ بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه»^(٣).

وعند الحنابلة: قال البهوتي - رحمه الله -: «حفظ صغير ومعتوه - وهو المختل العقل - ومجنون عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم من غسل بدنهم وثيابهم، ودهنهم وتكحيلهم، وربط طفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه»^(٤).

ونلاحظ أنه ليس المراد في القيام بمصالح المحضون اشتراط مباشرة ذلك، بل يتحقق القيام بمصالح المحضون بالنفس أو بالغير، وفي كلام الشافعية: «فإذا احتاج الولد إلى خدمة في الحضانة والكفالة ومثله من يخدم؛ قام الأب بمؤونة خدمته، إما باستئجار خادم أو ابتياعه على حسب عادة أهله، وعرف أمثاله، ولا

(١) بدائع الصنائع (٤ / ٤٠).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٤ / ٢١٤).

(٣) روضة الطالبين (٩ / ٩٨)، وانظر: معجم مقاليد العلوم للسيوطي ص (٥٨)، التعاريف ص (٢٨٣).

(٤) شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٤٨)، وانظر: المغني (٥ / ٢٨٨).

يلزم الأم مع استحقاقها لحضانتها أن تقوم بخدمته إذا كان مثلها لا يخدم، لأن الحضانة هي الحفظ والمراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحه، وذلك لا يوجب مباشرة الخدمة...^(١).

(ج) الفرق بين الحضانة وبين الرضاعة والكفالة عند الفقهاء:

بمعرفة معنى الرضّاع والكفالة عند الفقهاء يتضح الفرق بين الحضانة وبين هذه الإطلاقات، وفيما يلي بيان ذلك:

١ - الفرق بين الحضانة وبين الرضاعة :

الرضاعة في الجملة هي: مصّ اللبن من الثدي في وقت مخصوص^(٢). وعليه يمكن القول في الفرق بين الحضانة والرضاعة: أن بين الحضانة والرضاعة عموم وخصوص من وجه، فوجود الرضاعة يستلزم وجود الحضانة لا عكسه، ولذلك أطلق الشافعية على الحضانة من تربية وحفظ ونحوه الحضانة الكبرى، في حين أطلقوا على الرضاعة الحضانة الصغرى.

قال الرملي - رحمه الله - : «الحضانة الكبرى: حفظ صبي - أي: جنسه الصادق بالأنثى - وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه، ودهنه بفتح الدال وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها لاقتضاء اسم الحضانة عرفاً لذلك... والحضانة الصغرى: أن تلقمه بعد وضعه في حجرها مثلاً الثدي كما مرّ^(٣)، وبعبارة أخرى: «والإرضاع: وهو أن تلقمه ثديها بعد وضعه في حجرها، وتعصره عند الحاجة يسمى الحضانة الصغرى»^(٤).

(١) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧).

(٢) البحر الرائق (٣ / ٢٣٨)، الحاوي الكبير (١١ / ٣٥٥)، الروض المربع (٣ / ٣٥٥).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٥ / ٢٩٦).

(٤) السراج الوهاج ص (٢٩١ - ٢٩٢).

٢- الفرق بين الحضانة والكفالة:

«الكفالة : من الكفّ، وهو حياطة الشيء من جميع جهاته حتى يصدق عليه، كالفلك الدائر»^(١)، والأشهر عند الفقهاء استعمال الكفالة بمعنى: «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل....»^(٢).

واستعمال الفقهاء للكفالة في باب الحضانة يؤول إلى معنى الحياطة والكف، ومنه الإعالة والنفقة.

وعند النظر في نصوص الفقهاء واستعمالهم للفظي الحضانة والكفالة نجد اتجاهين:

الاتجاه الأول: الترادف، حيث يستعمل الفقيه لفظي الحضانة والكفالة كل منهما في موضع الآخر:

قال التسولي من المالكية في تعريف الحضانة: «هي في الشرع: الكفالة والتربية والقيام بأموال المحضون، وإليه يرجع قول ابن عرفة: هي محصول قول الباجي: حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه»^(٣).

وفي جواهر العقود: «والحضانة هي كفالة الطفل، والأصل فيها قوله تعالى: (وكفلها زكريا) والنبي ﷺ كفله أبو طالب، وحضنته حليلة مدة رضاعه ﷺ»^(٤).

وعند ابن قدامة - رحمه الله - : (الأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت)^(٥).

(١) التعاريف (٦٠٧).

(٢) دستور العلماء (٣ / ٩٠).

(٣) البهجة في شرح التحفة (١ / ٦٤٤ - ٦٤٥).

(٤) جواهر العقود (٢ / ١٨٩).

(٥) المغني (٨ / ١٩٠ - ١٩١).

الاتجاه الثاني : التفريق بين الحضانة والكفالة في زمن الرعاية مع اشتراكهما في المعنى الكلي للرعاية:

وإليه ذهب كثير من الشافعية، إذ تقصر بعض عبارات الشافعية الحضانة على ما دون التمييز، ثم يعبرون بالكفالة في المرحلة بعد سنّ التمييز وحتى البلوغ. ويشترك اللفظان في رعاية الصغير، وإن اختلف نوع الرعاية المقدّمة بحسب احتياجه، فاحتياج الصغير قبل سنّ التمييز إلى الخدمة، واحتياجه بعد سنّ التمييز إلى التأديب والتعليم، واحتياجه في الزمّنين إلى المؤنة والنفقة.

جاء في الإقناع: «وإذا كان الأبوان مجتمعين فالولد بينهما، تحضنه الأم إلى أن يدبّ، ثم تكفله إلى أن يشبّ، وينفق عليه الأب حتى يبلغ»^(١).

وقال الماوردي: قد فرقنا بين زمان الحضانة وزمان الكفالة، وأن الحضانة فيما دون السبع، وتكون الأم أحق فيها بالولد. والكفالة مستحقّة على الأب، سواء اختاره الولد أو اختار أمه، وكذلك ما احتاج إليه الولد من تعليم وتأديب، لأنه من مصالح الولد التي يجب عليه القيام بها^(٢).

قال الماوردي: «إذا ثبت تخيير الولد بين أبويه في زمان الكفالة، وبعد خروجه من حدّ الحضانة، فهو معتبر بشروط في الولد وشروط في الأبوين...»^(٣). إلى آخر كلامه.

وقال شهاب الدين بن سلامة في تعريف الحضانة: هي بفتح الحاء لغة، مأخوذة من الحضن بكسرها، وهو الجنب لضم الحاضنة المحضون إليه، ويتتهي بالبلوغ، وبعد التمييز تسمى كفالة أيضاً^(٤).

(١) الإقناع للماوردي (١ / ١٦١).

(٢) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧).

(٣) المرجع السابق.

(٤) حاشية قليوبي (٤ / ٨٩).

الترجيح:

الذي يظهر لي - والله أعلم - أن الحضانة والكفالة يترادفان حال الانفراد، فيستعمل أحدهما في محل الآخر إذا انفرد بالذكر، ويكون بينهما عموم وخصوص من وجه حال الاجتماع، حيث يفترقان في زمان كل منهما، ويشتركان في الحفظ والصيانة والرعاية بمعناها العام، وإن اختلف نوع الرعاية، فرعاية الصغير تتعلق بمأكله ومشربه وتحريك مهده إلى آخر ما ذكره الفقهاء، ورعاية المميز بتعليمه وتأديبه وحفظه مما يضره ومؤنة غذائه وسكنائه إلى آخر ما ذكره الفقهاء من مقتضيات الكفالة.

ويؤيد هذا الترجيح: أنه لما تكلم الماوردي من الشافعية عن شروط الحاضن استعمل الكفالة في موضع الحضانة بالرغم من تصريحه بالتفريق بين الحضانة والكفالة في نصوصه التي تقدم نقلها عنه.

قال الماوردي في شروط الحاضن: «والشرط الثاني: العقل الذي تصح به الولاية، وتقوم معه بالكفالة، فإن كان أحدهما مجنوناً أو معتوهاً أو مخبولاً، فلا كفالة له لأنه قد صار مكفولاً، فلم يجوز أن يكون كاملاً.... وأما المرض فإن كان طارئاً يرجى زواله؛ لم يمنع من استحقاق الكفالة، وإن كان ملازماً كالفالج والسل المتناول نظر فيه، فإن أثر في عقله أو تشاغل بشدة ألمه فلا كفالة له لقصوره عن مراعاة الولد وتربيته، وإن أثر في قصور حركته مع صحة عقله وقلة ألمه؛ روعيت حاله، فإن كان ممن يباشر كفالته بنفسه سقط حقه منها؛ لما يدخل على الولد من التقصير فيها، وإن كان ممن يراعى بنفسه التدبير، ويستنيب فيما تقتضيه المباشرة؛ كان على حقه من الكفالة، وسواء كان أباً أو أمّاً، فلو أفاق المجنون وبرأ المريض عاد إلى حقه من الكفالة»^(١).

(١) انظر: الحاوي الكبير (١١/٥٠٢).

اختيار البحث في الحدود التي يشملها موضوع التعسف في استعمال حق الحضانة :

يعتمد هذا البحث - بإذن الله - الحضانة بمفهومها الواسع الذي يشمل زمن الرضاعة وزمن الكفالة، إذ جميعها يدخل في زمن الطفولة بحسب العرف المعاصر، ولا مشاحة في الاصطلاح.

وعليه يُعنى البحث برصد صور التعسف سواء في زمن رضاعه، ويقدر شرعاً بحولين، أو زمن حضنته، وهو فيما دون سبع سنين، حين تكون الأم أحق به، وزمن كفالته من وقت تمييزه إلى بلوغه، وسواء في حال اجتماع الوالدين، أو حال افتراقهما .

ثانياً: الحكم العام للحضانة:

تمهيد:

إن قانون الحضانة في الإسلام - الذي استغرق في بعض كتب الفقه الصفحتين والثلاثة - من أظهر القوانين بياناً لعظمة التشريع الإسلامي الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، ومن أظهر الأدلة على دقة الفقهاء، ورجاحة عقلهم، حيث إن الفقه الإسلامي في باب الحضانة استغرق كافة التفاصيل، ووضع الأحكام الواضحة المستنبطة من الكتاب والسنة القاطعة للنزاع، وقد أولى الفقهاء عناية كبيرة بذكر شروط الحضانة^(١)، وبيان مراتب من يستحق الحضانة مبررين ومعللين التقديم والتأخير ومستوعبين كافة الأحوال في ذلك من حيث الانفراد والاجتماع بين المستحقين^(٢)، وحكموا أصناف المستحقين

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣١)، شرح مختصر خليل للخرشي (٤/ ٢١١-٢١٣)، روضة الطالبين (٩/ ٩٨- ١٠٠)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٢٥٠).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٤/ ٣٦٨ - ٣٧١)، الاستذكار (٧/ ٢٩٢)، الإقناع للهاوردي (١/ ١٦١)، روضة الطالبين (٩/ ١٠٨ - ١١٣)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٢٤٨).

حتى ذكروا الخنثى المشكل والرقيق^(١)، والحكم لو سقط حق الحضانة بموت أو انعدام شرط^(٢)، والحكم لو امتنعت الأم أو من له حق الحضانة عن الحضانة بعد استحقاقها^(٣)، وبيان أمد الحضانة ومدتها^(٤)، ومتى يثبت حق الطفل في المفارقة والاستقلال والعيش المنفرد للذكر والأنثى مفرقين بين البكر والثيب، والرشد وغيره، وعند الرية وبدونها^(٥)، واعتنوا ببيان مكان الحضانة^(٦)، والحكم في حال الانتقال، وإن كان الانتقال للإقامة أو للحاجة، وقد اهتم الفقهاء بالسفر لما فيه من ضرر يصيب غير الحاضن من أهل الطفل، ويضع الفقه الإسلامي ضوابط دقيقة يفرق فيها بين السفر لحاجة والسفر لنقلة، وبين الانتقال لبلد العقد أو غيره، أو لدار الحرب أو غيرها، وبين كون المتقل هو الأب أو الأم^(٧).

وهذه الأحكام مع أهميتها موجودة في كتب الفقه، وكُتِبَتْ فيها أبحاث بعينها تستوعب كافة مسائلها وفروعها، من اليسير مراجعتها.

وأكتفي هنا بذكر الحكم العام للحضانة، ثم الأحكام التي تتصل بالتعسف يأتي ذكرها في المبحث الثالث بإذن الله - تعالى :-

الحكم العام للحضانة (بمعناها الواسع):

رضاعة الطفل وحضانة من لا يستقلّ بأمره وكفالته حتى البلوغ، والقدرة على التكسب جميعاً واجبة في الجملة.

(١) انظر: روضة الطالبين (٩ / ١١٣ - ١١٤)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥٠).

(٢) انظر: الإقناع للباوردي (١ / ١٦١)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥٠).

(٣) انظر: المغني (٨ / ١٩٧).

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢ / ٤٥٧)، بدائع الصنائع (٤ / ٤٢ - ٤٣)، حاشية الدسوقي (٢ / ٥٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥١).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٩ / ١٠٢ - ١٠٣)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥١).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٤ / ٤٤ - ٤٥)، الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٥١).

(٧) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢ / ٤٦٠)، المبسوط للسخسي (٦ / ١٦٩ - ١٧٠)، التلحين (١ / ٣٥١)، الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٤)، المغني (٨ / ١٩٣).

فأما الرضاعة، فصّرّح بوجوبها الشافعية، قال الشيرازي - رحمه الله -: «وإن احتاج الطفل إلى الرضاع وجب إرضاعه»^(١).

والمالكية ذكروا تفصيلاً في الوجوب، فالرضاعة فرض كفاية في حق الجميع، وفرض عين في حق الأبوين بشرطه قالوا: «...هو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الثاني، لا يتعيّن إلا على الأب، والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال، أو كان ولا يقبل غيرها»^(٢).

والوجوب مفهوم ذهاب الحنفية والحنابلة إلى إجبار الأم عند عدم وجود من ترضعه غيرها وامتنعت.

قال الكاساني - رحمه الله -: «إذا كان لا يوجد من يرضعه، فحينئذ تجبر على إرضاعه، إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد»^(٣).

وقال البهوتي: «ويلزم حرّة إرضاع ولدها، ومع خوف تلفه، بأن لم يقبل ثدي غيرها ونحوه حفظاً عن الهلاك»^(٤).

وأما الحضانة، فذهب الحنفية في قول إلى وجوبها على الأم ونحوها من النساء.

قال ابن نجيم - رحمه الله - «واختلفوا في وجوب حضانتها على الأم ونحوها من النساء، وفي جبرها إذا امتنعت، فصّرّح في الهداية بأنها لا تجبر؛ لأنها عست أن تعجز عن الحضانة.... وذكر الفقهاء الثلاثة الليث والهندواني وخواهر زاده أنها تجبر على الحضانة، وتمسّك لهم في فتح القدير بما في كافي الحاكم الشهيد الذي هو

(١) التنبيه ص ٢١٠.

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٢١٤).

(٣) بدائع الصنائع (٤ / ٤٠).

(٤) شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٤٣).

جمع كلام محمد: لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز والشرط باطل؛ لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان محتاجاً إليها، زاد في المبسوط: فليس لها أن تبطله بالشرط^(١).

وصرح المالكية والحنابلة بوجوب الحضانة، قال النفراوي - رحمه الله -: «لم يصرح المصنّف بحكم الحضانة، وإن علم أنه حق للأُم ومن هو بمنزلتها، وهو الوجوب العيني إن لم يوجد إلا الحاضن، ولو أجنبياً من المحضون، والكفائي عند تعدده»^(٢).

وقال في المبدع: «وهي واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فوجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك»^(٣).

وأما الكفالة، فهي واجبة بحسب مفهوم كلام الحنفية والشافعية، وصريح كلام المالكية والحنابلة:

قال ابن الهمام - رحمه الله -: «ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم؛ لأن نفقته وصيانتها عليه بالإجماع»^(٤).

وقال الماوردي - رحمه الله -: «والكفالة مستحقة على الأب سواء اختاره الولد أو اختار أمه، وكذلك ما احتاج إليه الولد من تعليم وتأديب، لأنه من مصالح الولد التي يجب عليه القيام بها»^(٥).

وحكى المالكية الإجماع على الوجوب: «الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار؛ لأنه خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه فهو فرض كفاية

(١) البحر الرائق (٤ / ١٨٠).

(٢) الفواكه الدواني (٢ / ٦٦).

(٣) المبدع (٨ / ٢٣٠)، وانظر: المغني (٨ / ١٩٠).

(٤) شرح فتح القدير (٤ / ٣٦٨)، وانظر: حاشية ابن عابدين (٣ / ٥٦٦).

(٥) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧).

إن قام به قائم سقط عن الثاني، لا يتعيّن إلا على الأب، والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال، أو كان ولا يقبل غيرها»^(١).

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : «كفالة الطفل وحضنته واجبة»^(٢).

ثالثاً: ضابط الباب في صاحب الحق في رعاية الطفل عند الفقهاء:

إنّ المتأمل في الأحكام الفقهية في باب الحضانة يجد أن الضابط الذي يحدّد صاحب الحق في حضانة المحضون، هو تحقيق مصلحة المحضون، فيختار الفقهاء له الأصلح بحسب نوع الرعاية التي يحتاجها وزمنها.

فمتى احتاج المحضون إلى رعاية لصغر أو مرض أو عته؛ فالأم أرفق وأشفق فهي أحق، ومتى احتاج إلى التعليم والمهنة، فالأب هو الأحق، ومتى ميّز فرعاية رغبته وما يحقق له الراحة النفسية أولى عند كثيرين، فالمحضون هو قطب الرحي الذي تدور حول مصلحته الأحكام في باب الحضانة.

وفيما يلي بعض النصوص الفقهية التي تشهد لذلك:

قال الكاساني - رحمه الله - من الحنفية: «فالحضانة تكون للنساء في وقت، وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها النساء، لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر»^(٣).

وقال النووي - رحمه الله - من الشافعية عن الحضانة: «هي نوع من ولاية وسلطنة؛ لكنها بالإناث أليق لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال..»^(٤).

(١) مواهب الجليل (٢١٤/٤)، وانظر: البهجة في شرح التحفة (١/ ٦٤٥)، شرح فتح القدير (٣٦٨/٤)، وانظر: حاشية ابن عابدين (٥٦٦/٣)، شرح الزركشي (٥٧١/٢)، المغني (٨/ ١٩٠)، الكافي في فقه ابن حنبل (٣/ ٣٨١).

(٢) المغني (٨/ ١٩٠).

(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤١).

(٤) روضة الطالبين (٩/ ٩٨).

وقال ابن قدامة - رحمه الله - في تعليل انتقال الجارية إلى أبيها بعد البلوغ: «ولأنها إذا بلغت السبع؛ قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة، وهي ابنة سبع، وإنما تخطب الجارية من أبيها؛ لأنه وليها والمالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث»^(١).

وقال الماوردي في البنت إذا مرضت: «فلو مرضت البنت في منزل أبيها؛ كانت الأم أحق بتمريضها من الأب لأمرين: أحدهما: أن النساء بتعليل المرض أقوم من الرجال. والثاني: أنها تصير بضعف المرض كالعائدة إلى حال الصغر، والأم أحق بها في صغرها من الأب»^(٢).

وعند العته، فالأم أصبر وأشفق وأقدر على الرعاية، فالولد عندها، «قال الشافعي رضي الله عنه: (وإن كان الولد مخبولا فهو كالصغير، فالأم أحق به ولا يخير أبداً)»^(٣).

وفرق الحنفية بين حكم الغلام والجارية إذا بلغا سنّ التمييز جرياً لمراعاة ضابط مصلحة المحضون، فأبقوا الغلام في يد الأم إلى أن يستغني، ثم ينتقل إلى الأب، ولا يخير.

قال الكاساني: «ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى تأديب والتخلق بأخلاق الرجال، وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم، والأب على ذلك أقوم وأقدر، مع أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء، وتعود بشمائلهن، وفيه ضرر، وهذا المعنى لا يوجد في الجارية، فترك في يد الأم، بل تمس الحاجة إلى

(١) المغني (٨/ ١٩٣).

(٢) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٨ - ٥٠٩).

(٣) المرجع السابق.

الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلّم آداب النساء والتخلّق بأخلاقهن وخدمة البيت، ولا يحصل ذلك إلا أن تكون عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حدّ الشهوة؛ تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحماً على وضم، فلا بد ممن يذبّ عنها، والرجال على ذلك أقدر»^(١).

وعند المالكية: «تستمر الحضانة في الذكر إلى البلوغ على المشهور، وقيل: إلى الإثغار، وفي الأنثى إلى دخول الزوج بها»^(٢)، وهذا أيضاً رعاية لمصلحتها. والشافعية يسوّون بين الغلام والجارية في التخيير وسنّه^(٣) ولكنهم ينظرون إلى مصلحة الطفل في تحقيق ما يشتهي من التحوّل إلى أحدهما وإن تعدّد اختياره ما لم يدلّ على نقص في عقله واختياره.

قال أبو إسحاق الشيرازي - رحمه الله - «وإن اختار أحدهما، فسلم إليه، ثم اختار الآخر حوّل إليه، وإن عاد فاختر الأول أعيد إليه؛ لأن الاختيار إلى شهوته، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت، فاتبع ما يشتهي كما يتبع ما يشتهي من مأكول ومشروب»^(٤)، وإليه ذهب الحنابلة في الغلام^(٥) إذ عندهم الجارية إذا بلغت سبع سنين، فالأب أحقّ بها»^(٦).

وتحقيق اختيار الطفل لمصلحته ما لم يكن ناشئاً عن ضعف عقله - كما تقدّم - إذ المصلحة حينها بقاؤه في يد الحاضن، قال النووي - رحمه الله - : «فإن

(١) بدائع الصنائع (٤/٤٢ - ٤٣) وانظر: الهداية شرح البداية (٢/٣٨).

(٢) القوانين الفقهية ص ١٤٩.

(٣) روضة الطالبين (٩/١٠٣).

(٤) المهذب (٢/١٧١).

(٥) انظر: المغني (٨/١٩٢).

(٦) انظر: المغني (٨/١٩٢).

أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه؛ جعل عند الأم كما قبل التمييز، وكذا لو بلغ على نقصانه وخبله^(١).

ومن مجموع النقول السابقة حول مراعاة الفقهاء لأزمة ومراحل الطفولة، واحتياجات كل من الغلام والجارية يظهر أن مصلحة المحضون هي محل نظر الفقهاء أولاً، وأن حقه يغلب حق والديه، وهو الضابط الذي يحكم معظم أحكام الباب - والله تعالى أعلم -.

(١) روضة الطالبين (٩ / ١٠٤).

المبحث الثالث

صور التعسف في استعمال حق الحضانة في الفقه وفي مستجدات العصر

فيما يلي أذكر ما ذكره الفقهاء من الأحكام المتصلة بالتعسف في استعمال حق الحضانة، وسواء كانت مما كان يحصل قديماً في عصر الفقهاء كطلب المرأة الرضاعة بأجرة أكثر من أجرة المثل، أو كانت من الصور المتكررة في مختلف العصور، كالتعسف في انتقال أحد الوالدين من البلدة إضراراً بالآخر، أو مما يحصل في عصرنا، مثل العنف ضد الأطفال.

وفي كل ذلك، يكون البدء - بإذن الله - بذكر صورة الفعل المتعسف وتكييفه، ثم ذكر حكمه في الفقه والقانون متى وقفت عليه.

ونستطيع تصنيف صور التعسف في استعمال حق الحضانة إلى قسمين:

القسم الأول: التعسف في استعمال الحق بشكل مباشر ضد المحضون. وهذا القسم أكثر القسمين خطورة، وإن قلّ من حيث حصوله بالنسبة إلى القسم الثاني، وتتبع صورته يدلّ على حصوله في الحال التي يكون فيها الوالدان على الزوجية أو يكونان مفترقين على السواء.

القسم الثاني: التعسف في استعمال الحق بشكل غير مباشر ضد المحضون، وذلك بأن يأتي القريب غير الحاضن أفعالاً ضد الحاضن أو العكس، وينعكس بشكل مباشر على المحضون، وهذا القسم هو الغالب من حيث الحصول، وتتبع صورته يدلّ على حصوله في حال افتراق الوالدين.

وسوف أتناول توضيح ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق بشكل مباشر ضد المحضون :

المقصود في هذا القسم جمع صور التعسف التي يقع الفعل الضار فيها على المحضون مباشرة، وهي كما يلي:

١ - التعسف بترك الأم حضانة الولد رفضاً أو مقتاً:

الأم هي الأحق بحضانة الطفل إذا توفرت فيها الشروط، قال ابن هبيرة ت ٥٦٠ في كتابه اختلاف الأئمة العلماء «اتفقوا على أن الحضانة للأم ما لم تتزوج. واتفقوا على أن الأم إذا تزوجت، ودخل بها الزوج تسقط حضانتها....»^(١).

«وقال أبو عمر: لا أعلم خلافاً بين السلف من العلماء والخلف في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلاً صغيراً لا يميز شيئاً، إذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم يثبت منها فسق، ولم تتزوج»^(٢).

لكن قد تتعسف الأم، فتترك الحضانة مقتاً للطفل ورفضاً له، والطفل مخلوق ضعيف لم يرتكب ذنباً.

الحكم في الفقه:

ذكر المالكية أنه متى علم ترك الأم لحضانة الطفل مقتاً له، ثم رجعت الأم وطالبت بحضانتها؛ أنها لا تمكّن من أخذ الطفل.

قال ابن عبد البر - رحمه الله - : «وإذا تركت المرأة حضانة ولدها ولم ترد أخذه وهي فارغة غير مشغولة بزواج، ثم أرادت بعد ذلك أخذه؛ نظر، فإن كان

(١) اختلاف الأئمة العلماء (٢ / ٢١٣ - ٢١٥).

(٢) الاستذكار (٧ / ٢٩٠)، وانظر: التلقين (١ / ٣٥٠ - ٣٥١)، الإقناع للهاوردي (١ / ١٦١)، تحرير ألفاظ التنبيه (١ / ٢٩١)، المغني (٨ / ١٩٤).

تركها له من عذر؛ كان لها أخذه، وإن كانت تركته رفضاً أو مقتاً؛ لم يكن لها بعد ذلك أخذه؛ لأنها ربما ردّته بعد أيام، فلم يقبل غيرها^(١).

٢- التعسف بامتناع الأم عن الإرضاع مع عدم وجود غيرها حقيقة أو حكماً:
الأصل ألا تجبر الأم على إرضاع الولد، قال الله تعالى: ﴿وَأِنْ تَعَاَسَرْتُمُ
فَسُتْرُضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ (الطلاق: ٦).

لكن إذا تعسّفت الأم في استعمال هذا الحق، فامتنعت عن الرضاع، ولم توجد مرضعة، أو وجدت، لكن الطفل لم يقبل على ثديها، فالحكم عند عامة أهل الفقه إجبارها.

قال الكاساني: «لا تجبر الأم على إرضاعه إلا أن لا يوجد من ترضعه، فتجبر عليه، وهذا قول عامة العلماء، وقال مالك: إن كانت شريفة لم تجبر، وإن كانت دنية تُجبر»^(٢) وهذا الحكم في حال الاختيار لكن في حال الاضطرار، فتقدّم قول المالكية في حكم الرضاعة: «...هو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الثاني، لا يتعيّن إلا على الأب، والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال، أو كان ولا يقبل غيرها»^(٣).

الحكم في القانون:

من القوانين المعاصرة التي ترى إجبار الأم الحاضنة إذا تعسّفت في الامتناع عن الرضاعة القانون الأردني.

جاء في المادة (١٥٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١م):

(١) الكافي لابن عبد البر (١ / ٢٩٧).

(٢) بدائع الصنائع (٤ / ٤٠)، وانظر: شرح فتح القدير (٤ / ٣٦٨)، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٢٤٣).

(٣) مواهب الجليل (٤ / ٢١٤).

«تتعين الأم لإرضاع ولدها، وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة، ولم توجد متبرعة أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه، أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها»^(١).

٣- التعسف في التمسك بالحضانة مع التفريط والإهمال وتضييع حق المحضون :

قد يتمسك الحاضن بحقه في إبقاء الطفل في حضنته، مع الإهمال بترك القيام بحقوق المحضون، مثل التأديب والتنظيف والتعويد على الصلاة، وغيرها.

الحكم في الفقه:

أشار الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية أثناء ذكرهم شروط الحضنة إلى اشتراط كون الحضنة أهلاً للقيام بمتطلبات الحضانة، ولم أقف على ذكره عند الحنابلة - والله أعلم - :

قال ابن نجيم من الحنفية عن الحضانة: «ولا لمن تخرج في كل وقت وتترك البنت ضائعة»^(٢).

وقال المالكية: «إذا كان الحاضن لا يخاف منه على الطفل تضييع ولا دخول فساد؛ كان حاضناً له أبداً حتى يبلغ الغلام، وقد قيل حتى يثغر، وحتى تتزوج الجارية»^(٣).

وقال الشافعية: «إذا لم تكن أهلاً للحضانة، بأن كانت فاسقة، أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة»^(٤).

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١).

(٢) البحر الرائق (٤ / ١٨١ - ١٨٢).

(٣) الكافي لابن عبد البر (١ / ٢٩٧).

(٤) روضة الطالبين (٩ / ٣٦٧).

الحكم في القانون:

نصّت المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١م) على اشتراط أمانة الحاضنة:

يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمانة، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه، قادرة على تربيته وصيانتة، وأن لا تكون مرتدة، ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه^(١).

٤ - التعسف بأنواع العنف ضد الأطفال:

جاء في بعض الصحف المحلية في المملكة العربية السعودية أنّ: «الإحصائيات عن العنف الجسدي ضد الأطفال مخيفة، ويحصل العنف الجسدي بنسبة ٣٢ في المائة في الأطفال أقل من ٥ سنوات، بينما ٢٧ في المائة في الأطفال بين ٥-١٠ سنوات، و٢٧ في المائة في الأطفال بين ١٠-١٥ سنة، و١٥ في المائة في الأطفال بين ١٥-١٨ سنة، مبيناً أنه أثناء فحص الطفل المعتف في قسم الطوارئ قد يظهر عليه ما يلي: الخوف، الرعب، الانسحاب، تقلّب المزاج، العدوانية، الحزن والاكتئاب أو القلق، قلة الثقة بالنفس، التأخر في النمو، السلوك الإيذائي أو الانتحاري تجاه الذات، الصعوبة في بناء العلاقات مع الآخرين، المحاولة لتغطية الجروح، والخوف من الاعتراف بسبب الإيذاء»^(٢).

ونشرت صحيفة أخرى تصريحاً لرئيسة برنامج الأمان الأسري بالمملكة يفيد: «أنه تم استقبال ٦٠٠٠ مكالمة خلال العام الماضي على الرغم من أنه لم يتم الإعلان عن الخط بشكل رسمي»^(٣).

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١).

(٢) انظر: جريدة الاقتصادية، الأحد ٣٠ رجب ١٤٣٤ هـ. الموافق ٩ يونيو ٢٠١٣، العدد (٧١٨١).

(٣) جريدة الرياض، الجمعة ٩ ربيع الآخر ١٤٣٣، ٢ مارس ٢٠١٢م، العدد (١٥٩٥٧).

وهذه الأرقام ولو لم نأخذ بها كون الصحف ليست مصدراً لتوثيق الدراسات العلمية، لكنها تكفي في إعطائنا مؤشراً على صورة من الصور المستجدة للتعمّف في استعمال حق الحضانة في عصرنا.

والعنف ضد الأطفال ليس محصوراً في الإيذاء الجسدي بالضرب الشديد والتخويف، وإنما له صور متعددة، أشهرها ما ذكره المختصون من علماء النفس والتربية:

١ - الإساءة الجسدية: وهي أية إصابة للطفل لا تكون ناتجة عن حادث، كالكدمات، أو الخدوش، أو آثار ضربات أو لكّات بالجسم، أو الخنق والعض والدهس، والمسك بعنف، وشدّ الشعر، والقرص والبصق، أو كسور في العظام، أو الحرق، أو إصابة داخلية، أو حتى الإصابة المفضية إلى الموت.

٢ - الإساءة الجنسية: وهي حالة ما يعتمد شخص أكبر إلى استخدام الطفل لأجل أغراض جنسية، مثل: الاغتصاب، والتحرش الجسدي والجنسي...

٣ - الإساءة الانفعالية: استخدام مجموعة من صور الإيذاء النفسي الذي يظهر في الأشكال الآتية:

● الازدراء: وهو نوع من التصرف يجمع بين الرفض والذلّ، فمثلاً يرفض أحد الوالدين مساعدة الطفل، ويرفض الطفل نفسه، وقد ينادي الطفل بأسماء تحطّ من قدره، ووصفه بأنه وضيع.

● الإرهاب: ويتمثل بالتهديد والإيذاء الجسدي للطفل، أو التخلي عنه إذا لم يسلك سلوكاً معيناً، أو بتعريض الطفل للعنف أو التهديد من قبل أشخاص يجبههم، أو تركه بمفرده في حجرة مظلمة.

● العزلة: وهي عزل الطفل عمن يحبهم، أو أن يترك بمفرده لفترات طويلة، وربما يمنع من التفاعلات مع زملاء أو الكبار داخل وخارج العائلة.

● الاستغلال والفساد: ويتضمن تشجيع الطفل على الانحراف، مثل: تعليمه سلوكاً إجرامياً، أو تركه مع خادم، أو تشجيعه على الهروب من المدرسة، أو الاشتراك في أعمال جنسية.

● إهمال ردود الأفعال العاطفية: ويتضمن إهمالاً لمحاولات الطفل التفاعل مع الكبار، مثل: اللمس والكلام والقبلة، والوالدان هنا يشعران الطفل أنه غير مرغوب فيه عاطفياً.

٤ - الإهمال: وذلك بترك الطفل وحيداً لمدة طويلة، مما يتسبب عنه حدوث مشكلات انفعالية أو صحية للطفل.

٥ - الإساءة الصحية: ويتمثل في معاناة الطفل من الجوع والبنية الهزيلة والتقمّل والملابس غير المناسبة، ويشعر الطفل نتيجة لذلك بعدم وجود أحد يراعه^(١).

آثار التعسف في استعمال حق الحضانة بالعنف في معاملة المحضون:

ذكرت الدراسات الحديثة أن العنف - بمختلف صوره التي ذكرناها - يولد: ضعف الثقة في النفس، فالطفل الذي لم تنمُ لديه الثقة في نفسه وقدراته، ويخاف من المبادرة في القيام بأي عمل أو إنجاز، يخاف الفشل ويخاف التأنيب؛ لذا تراه متردداً في القيام بأي عمل، والشعور بالإحباط، والعدوان، وشعور الفرد بالقلق الدائم وعدم الاستقرار النفسي، والتوتر، والأزمات، والمتاعب،

(١) آثار العنف وإساءة معاملة الأطفال على الشخصية المستقبلية / سوسن شاكر حليبي / الحوار المتمدن / العدد

والصددمات النفسية، والشعور بالذنب، والخوف من العقاب، فضلاً عن الشعور بالعجز والنقص والصراع الداخلي، والمشكلات النفسية والسلوكية الطويلة الأمد، وهو اضطراب يظهر في كثير من الأعراض، مثل: (الخوف الشديد، والهلع، والسلوك المضطرب، أو غير المستقر، ووجود صور ذهنية أو أفكار أو إدراكات أو ذكريات متكررة وملحة عن الصدمة، والأحلام المزعجة (الكوابيس) أثناء النوم، والسلوك الانسحابي، والاستثارة الزائدة، وصعوبة التركيز، وصعوبات النوم، و سلوكات شاذة وغريبة، وتشمل عادات غريبة في الأكل والشرب والنوم والسلوك الاجتماعي، واضطراب في النمو الذهني، والعجز عن الاستجابة أو للمنبهات المؤلمة، كما يظهر لدى هؤلاء الأطفال أعراض انفعالية، تتضمن الغضب والإنكار والكبت والخوف ولوم الذات والشك والشعور بالعجز، وانخفاض تقدير الذات، والشعور بالذنب والبلادة^(١).

حكم العنف في الشريعة الإسلامية:

إن كل صور الإيذاء والازدراء والعنف محرمة في الشريعة الإسلامية، لأنها قسوة، قال تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْقَاسِيَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ (الزمر: ٢٢)، وقال رسول الله ﷺ: «لَا تُنَزَّعُ الرَّحْمَةُ إِلَّا مِنْ شَقِيٍّ» رواه الترمذي، وقال حديث حسن^(٢).

فدين الإسلام جاء بالرحمة للعالمين، قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ (الأنبياء: ١٠٧)، فما بالنابخلق ضعيف لا يستطيع الدفاع عن نفسه، فالرحمة تكون مؤكدة، وفي صحيح الإمام البخاري - رحمه الله - «عن النبي ﷺ قال:

(١) انظر: آثار العنف وإساءة معاملة الأطفال على الشخصية المستقبلية / سوسن شاكِر حليبي / الحوار المتمدن /

العدد (٨٣٩) / ١٩ / ٥ / ٢٠٠٤ م 18331 aid=show.art.asp?debat/www.ahewar.org/http

(٢) سنن الترمذي (٤ / ٣٢٣)، باب ما جاء في رحمة المسلمين، حديث رقم (١٩٢٣).

إني لأقومُ في الصلاة أريدُ أن أطوّل فيها، فأسمعُ بكاءَ الصّبيِّ فأَتَجَوّزُ في صلاتي، كراهية أن أشقَّ على أمِّه»^(١).

تشريعات المملكة العربية السعودية في مواجهة العنف ضد الأطفال:

الإجراءات والتشريعات التي قامت بها المملكة العربية السعودية في مواجهة العنف ضد الأطفال:

١ - أنشأت وزارة الشؤون الاجتماعية «الإدارة العامة للحماية الاجتماعية»:

تم إنشاء الإدارة العامة للحماية الاجتماعية بموجب القرار الوزاري رقم ١ / ١٠٧٧١ / ش وتاريخ ١ / ٣ / ١٤٢٥ هـ لخدمة حالات العنف الأسري، وهي الطفل دون سن الثامنة عشر والمرأة أياً كان عمرها، كما صدر قرار مجلس الوزراء الموقر رقم ٣٦٦ في ٣ / ١٢ / ١٤٢٩ هـ القاضي بعدد من الإجراءات الخاصة بالحماية الاجتماعية.

أهداف الإدارة:

١ - تقديم الحماية الاجتماعية للمرأة أياً كان عمرها والطفل دون سن الثامنة عشرة، وبعض الفئات المستضعفة من التعرض للإيذاء والعنف الأسري بشتى أنواعه.

٢ - إنشاء لجان للحماية الاجتماعية في المناطق والمحافظات تعمل مع الجهات ذات العلاقة بشكل مباشر مع الحالات المتعرضة للعنف بما يحقق لهم الأمن الاجتماعي ويراعي مصالحهم.

٣ - افتتاح وحدات للحماية الاجتماعية بالمناطق والمحافظات والتعاقد مع عدد من الجمعيات الخيرية لافتتاح أقسام للحماية الاجتماعية.

(١) صحيح البخاري (١ / ٢٥٠)، باب من أخفّ الصلاة عند بكاء الصبي، رقم (٦٧٥).

٤ - المساهمة والإعداد للدراسات العلمية المتنوعة عن مشكلة العنف الأسري، ووضع السبل الوقائية العلاجية لها بالتعاون مع الجهات ذات العلاقة.

٥ - نشر الوعي بين أفراد المجتمع حول ضرورة حماية أفراد الأسرة من الإيذاء والعنف.

٦ - التدخل السريع في حالات الإيذاء والتنسيق الفوري مع الجهات ذات العلاقة (الحكومية والأهلية) لخدمة ضحايا العنف الأسري في المجتمع السعودي.

٧ - وضع استراتيجية وطنية شاملة للحد من مشكلة العنف الأسري على جميع المستويات بالتعاون مع الجهات ذات العلاقة.

ومما قامت به هذه الإدارة: إنشاء مركز تلقي البلاغات على الرقم المجاني (١٩١٩): وقد تم إنشاء هذا المركز بوزارة الشؤون الاجتماعية لغرض تلقي البلاغات من ضحايا الإيذاء والعنف الأسري وهم الطفل دون سن الثامنة عشر والمرأة أيا كان عمرها، وذلك ليتسنى إرشادهم نحو أقرب جهة أو مكان يتلقوا فيه المساعدة اللازمة في أي منطقة من مناطق المملكة.^(١)

٢ - إقرار نظام الحماية من الإيذاء:

«أقر مجلس الوزراء السعودي، بتاريخ ٢٦ أغسطس ٢٠١٣ نظاماً خاصاً للحد من الإيذاء يصبح ساري المفعول بعد تسعين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. ورغم أنه اصطلح على تسميته بـ «قانون العنف الأسري»، يلحظ أنه لم يقتصر فقط على العنف المنزلي بل تعداه ليشمل مكان العمل، فالإيذاء هو «كل شكل من أشكال الاستغلال، أو إساءة المعاملة الجسدية أو النفسية أو

(١) موقع وزارة الشؤون الاجتماعية / <http://mosa.gov.sa/portal>

الجنسية، أو التهديد به، يرتكبه شخص تجاه شخص آخر، بما له عليه من ولاية أو سلطة أو مسؤولية، أو بسبب ما يربطهما من علاقة أسرية أو علاقة إعالة أو كفالة أو وصاية أو تبعية معيشية». وإلى جانب الإيذاء، يعاقب النظام أيضاً إساءة المعاملة التي «هي امتناع شخص أو تقصيره في الوفاء بواجباته أو التزاماته في توفير الحاجات الأساسية لشخص آخر من أفراد أسرته أو ممن يترتب عليه شرعاً أو نظاماً توفير تلك الحاجات لهم».

والهدف المعلن للقانون الجديد: هو توفير الحماية من الإيذاء بكافة أشكاله، وتقديم المساعدة والمعالجة، وتوفير الإيواء والرعاية النفسية والاجتماعية والصحية، كما يلزم كل من اطلع على حالة إيذاء بالتبليغ عنها فوراً، فضلاً عن نصّه على عقوبات بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة، وغرامة لا تقل عن ٥ آلاف ريال (١٣٠٠ دولار)، ولا تزيد عن ٥٠ ألف ريال (١٣ ألف دولار)^(١).

٥- التعسف في استعمال حق الحضانة عن طريق الاستغلال الاقتصادي:

إنّ من التعسف في استعمال حقّ الحضانة ما نراه في الطرقات وعند إشارات المرور، وفي زحمة السيارات من استخدام الأطفال تحت سن البلوغ وأحياناً تحت سنّ التمييز (السابعة) في ترويج بعض المبيعات للمارة حيث يتعرض الأطفال في مختلف دول العالم للاستغلال الاقتصادي، حيث تقوم المؤسسات الصناعية، ولا سيما الصناعات اليدوية والزراعية والخدمية باستخدام الأطفال في العديد من الأعمال بأجور منخفضة مستغلةً بذلك حالتهم المادية.

(١) <http://www.legal-agenda.com/newsarticle.php?id=462&lang=ar#UvX04P1DEaI> bbc الالكترونية الخميس،

وغالباً ما تدفعهم أسرهم للعمل في هذه الأعمال، ويتعرض الأطفال لمخاطر العمل، ويصابون بأمراض مهنية وصحية بسبب عدم معرفتهم بوقاية أنفسهم من مخاطر العمل، وكثيراً ما يتعرض الأطفال لمخاطر الآلات الصناعية، أو الأعمال اليدوية^(١).

الحكم في القانون:

أوجبت اتفاقية الطفل (المادة ٣٣) من اتفاقية حقوق الطفل المعقودة عام ١٩٨٩ م إلزام الدول بحماية الطفل من الاستغلال الاقتصادي، ومن أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيراً، أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضاراً بصحة الطفل، أو بنموه البدني، أو العقلي، أو الروحي، أو المعنوي، أو الاجتماعي.

وتتخذ الدول التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل لمنع الإضرار بالأطفال.

لهذا الغرض؛ تقوم الدول بوجه خاص بتحديد عمر أدنى أو أعمار دنيا للالتحاق بالعمل، ووضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه، وفرض عقوبات أو جزاءات أخرى مناسبة لضمان بغية إنفاذ هذه المادة بفعالية^(٢).

وفي القانون المصري المادة (٦٤) من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦: يحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم أربع عشرة سنة ميلادية كاملة، كما يحظر تدريبهم قبل بلوغهم اثنتي عشرة سنة ميلادية، ويجوز بقرار من المحافظ المختص - بعد موافقة وزير التعليم - الترخيص بتشغيل الأطفال من سن اثنتي عشرة الى أربع سنة في أعمال موسمية لا تضر بصحتهم، أو نموهم، ولا تخل بمواظبتهم على الدراسة^(٣).

(١) حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق / د. عروبة جبار الخزرجي ص ١٨٢.

(٢) حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق / د. عروبة جبار الخزرجي ص ١٨٢.

(٣) الهيئة العامة للاستعلامات / بوابتك إلى مصر.

ومن أحكام تشغيل الأطفال في قانون العمل المصري ما يلي:

مادة ٩٨: يعتبر طفلاً - في تطبيق أحكام القانون - كل من بلغ الرابعة عشرة سنة، أو تجاوز سن إتمام التعليم الأساسي، ولم يبلغ سبع عشرة سنة كاملة.
مادة ٩٩:

ويلتزم كل صاحب عمل يستخدم طفلاً دون سن السادسة عشرة بمنحه بطاقة تثبت أنه يعمل لديه، وتلصق عليها صورة الطفل، وتعتمد من مكتب القوى العاملة المختص.

مادة ١٠٠:

يصدر الوزير المختص قراراً بتحديد نظام تشغيل الأطفال، والظروف والشروط والأحوال التي يتم فيها التشغيل، وكذلك الأعمال والمهن والصناعات التي يحظر تشغيلهم فيها وفقاً لمراحل السن المختلفة.

مادة ١٠١:

يحظر تشغيل الطفل أكثر من ست ساعات يومياً، ويجب أن تخلل ساعات العمل فترة أو أكثر لتناول الطعام والراحة لا تقل في مجموعها عن ساعة واحدة، وتحدد هذه الفترة أو الفترات بحيث لا يشتغل الطفل أكثر من أربع ساعات متصلة، ويحظر تشغيل الطفل ساعات عمل إضافية أو تشغيله في أيام الراحة الأسبوعية، والعطلات الرسمية. وفي جميع الأحوال يحظر تشغيل الطفل فيما بين الساعة الثامنة مساءً والسابعة صباحاً.

مادة ١٠٢:

على صاحب العمل الذي يقوم بتشغيل طفل أو أكثر:

● أن يعلق في مكان ظاهر في محل العمل نسخة تحتوى على الأحكام التي يتضمنها هذا الفصل.

- أن يحرر كشفاً موضحاً به ساعات العمل وفترات الراحة.
- أن يبلغ الجهة الإدارية المختصة بأسماء الأطفال العاملين لديه والأعمال المكلفين بها وأسماء الأشخاص المنوط بهم مراقبة أعمالهم^(١).

المطلب الثاني: التعسف في استعمال الحق بشكل غير مباشر ضد المحضون:

هذا النوع من التعسف يقع الفعل فيه على القريب غير الحاضن من قبل الحاضن، أو على الحاضن من قبل القريب غير الحاضن بقصد الإساءة أو الإضرار به؛ لكن ينعكس ذلك على المحضون، وعادة ما يحدث ذلك في حال افتراق الوالدين.

ومن أسوأ ما يواجهه الطفل في حياته طلاق والديه، فالطلاق والفرقة من أسوأ ما يعترض الأسر التي هي لبنة المجتمع، يدل على ذلك ما رواه مسلم في صحيحه: «عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: إِنَّ إِبْلِيسَ يَضَعُ عَرْشَهُ عَلَى الْمَاءِ ثُمَّ يَبْعَثُ سَرَايَاهُ، فَأَدْنَاهُمْ مِنْهُ مَنَزَلَةً أَعْظَمُهُمْ فِتْنَةً، يَحْيِي أَحَدَهُمْ، فيقول: فَعَلْتُ كَذَا وَكَذَا. فيقول: مَا صَنَعْتَ شَيْئاً. قال: ثُمَّ يَحْيِي أَحَدَهُمْ فيقول: مَا تَرَكْتُهُ حَتَّى فَرَّقْتُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ. قال: فَيَدْنِيهِ مِنْهُ، وَيَقُولُ: نَعَمْ أَنْتَ. قال الْأَعْمَشُ: أَرَاهُ قَالَ: فَيَلْتَزِمُهُ»^(٢).

وهذا الحديث يدل على عظم خطورة تشتيت الأسرة المسلمة، فما بالناس إذا كان مع ذلك شقاق ونزاع وكيد وتصفية حسابات، والله تعالى يقول: ﴿أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: ٢٢٩)؛ فلا شك أن للنزاع بين الوالدين بعد الطلاق أسوأ الأثر على الطفل نفسياً واجتماعياً وعلمياً، بل يمتد ليورث العقوق والحقْد والكراهة، وكل ذلك يتنافى مع ما جاء به الإسلام من حسن الخلق وبر الوالدين.

(١) الهيئة العامة للاستعلامات / بوابتك إلى مصر.

<http://www.sis.gov.eg/Ar/Templates/Articles/tmpArticles.aspx?CatID=4534#.VUMqKD9DEaI>

(٢) صحيح مسلم (٤/ ٢١٦٧)، باب تحريش الشيطان وبعثه سراياه لفتنة الناس وأن مع كل إنسان قرينا (٢٨١٣).

ومن صور التعسف في استعمال الحق بشكل غير مباشر ضد المحضون ما يلي:

(١، ٢) تعسف الأب بدفع طفله لمرضعة مع رضاء أمّه بالإرضاع بأجرة

المثل، وتعسف الأم بطلب أجرة أكثر من أجرة المثل في الرضاع:

الأم أحق بالرضاع إن أرادته بأجرة مثلها، فإذا دفعه الأب إلى مرضعة غيرها مع رغبتها في الإرضاع بأجر المثل فقد تعسف، وإذا طلبت الأم إرضاعه بأكثر من أجر المثل فقد تعسفت.

الحكم في الفقه:

يرى الحنفية أن للأب الاسترضاع لولده إن وجد من ترضعه بأقل من أجر المثل، وكلام الشافعية يومئ إليه، وزاد الحنفية يأتي الأب بالظئر وترضعه عند أمّه حتى لا يبطل حقّها.

أما المالكية والحنابلة، فإن الضابط الذي يحكم أجر الرضاع هو أجر المثل، فلا تجبر الأم على أقلّ منه، ولو وجد الأب متبرعة، ولا يجبر الأب على أكثر منه إن طلبت الأم، فلو أتى الأب بالمتبرعة لترضعه عند أمّه، ففيه قولان، والراجح تقديم الأم أيضاً.

قال الحنفية: «إن كان يجد من يرضعه بأقل مما ترضعه المرأة، ولم تأخذه المرأة بذلك؛ استأجر الظئر لترضعه، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَ فَسَرُّضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ (الطلاق: ٦)، ولأنها قصدت الإضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة؛ إلا أن الظئر تأتي لترضعه عند أمّه، وليس للأب أن يأخذ الولد منها؛ لأن حق الحضانة لها، فلا يملك الأب إبطال حقّها، وإن أخذته الأم بمثل ذلك فهي أحقّ به؛ لأنها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له، والأب في هذا الموضوع

قاصد إلى الإضرار والتعنت حين رضي بدفع مقدار إلى الظئر، ولا يرضى بدفع مثل ذلك إلى الأم»^(١).

وعند الشافعية: «وإن رضيت بأجرة، ووجد الأب متبرعة، فالحكم على جواب الأكثرين أنه لا حضانة للأم حينئذ»^(٢).

وعند المالكية: «إن الأب إذا قال للأم التي لا يلزمها الإرضاع: عندي من ترضعه مجاناً، أو بأجرة أقل مما تأخذه، وقالت الأم المذكورة: أنا أرضعه وأخذ أجرة أمثالي؛ اتفقوا على أن القول قول الأم.

وأما إن قال الأب: عندي من ترضعه مجاناً عند أمه، وقالت أمه: أنا أرضعه، وأخذ أجرة مثلي، فقولان في المسئلة، فقيل: يجاب الأب، وقيل: لا يجاب، وإنما تجاب الأم، وهو الراجح»^(٣).

وقال البهوتي - رحمه الله -: «ولا يمنع الأب أم الرضيع من رضاعه إذا طلبت ذلك، وإن طلبت أجرة مثلها، ووجد الأب من يتبرع له برضاعه فهي - أي الأم - أحق، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة... فإن طلبت أكثر من أجرة مثلها ولو بيسير؛ لم تكن أحق به مع من يتبرع به أو يرضع بأجرة المثل، لقوله تعالى: (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) إلا أن لا يوجد من يرضعه إلا بمثل تلك الزيادة، فتكون الأم أحق من الأجنبية لشفقتها»^(٤).

ولعلّ مذهب الحنفية أقرب إلى التوسط في الإتيان بالظئر في محلّ حضانة الأم بدون انتزاع منها، فلا يتضرر الأب ولا الأم - والله أعلم -.

(١) المبسوط للسرخسي (٥ / ٢٠٨ - ٢٠٩)، وانظر: بدائع الصنائع (٤ / ٤١).

(٢) البجيرمي على الخطيب (٤ / ٤٨٨)، وانظر: التنبيه ص ٢١٠.

(٣) حاشية الدسوقي (٢ / ٥٢٦).

(٤) انظر: كشف القناع (٥ / ٤٨٧)، المغني (٨ / ٢٠٠).

هذا في الرضاعة، فإذا تعلّق الأجر بالحضانة لا الرضاعة، فذكر الحنفية إذا أبت الأم أن تربيته مجاناً، وكان الأب معسراً، والعمة تقبل تربيته مجاناً ولا تمنعه عن الأم: «قيل للأم: إما أن تمسكيه مجاناً أو تدفعيه للعمة»^(١).

الحكم في القانون:

القانون الأردني يرى تقديم غير الأم على الأم في الرضاعة إذا طلبت الأم أكثر من أجرة المثل:

نصّت المادة (١٥٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١) على أن الأم أحق بإرضاع ولدها ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته ما لم تطلب أجرة أكثر، ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة، وتفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يفطم قبل ذلك^(٢).

٣- التعسف بالتنازل عن حقّ الحضانة أو الكفالة في الخلع:

الأصل في الحقوق أنها تسقط بإسقاط صاحب الحق، لكن تكلم الفقهاء عن حق الحضانة والكفالة باعتبار الضرر الذي قد يصيب الطفل فيهما في حال تنازل الأم عن الحضانة أو كفالة الأب.

الحكم في الفقه:

في المسألة مذهبان وقفت عليهما:

الأول: بطلان الشرط، وإليه ذهب الحنفية:

قالوا: «إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز، والشرط باطل، لأن الأم إنما تكون أحق بالولد لحقّ الولد، فإن كون الولد

(١) الدر المختار (٣/ ٥٥٧).

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١).

عندها أنفع له،... وإذا ثبت أن هذا من حق الولد، فليس لها أن تبطله بالشرط»^(١).
وقالوا: «لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع، وبطل
الشرط لأنه حق الولد، فليس لها أن تبطله بالشرط، ولو لم يوجد غيرها؛ أجبرت
بلا خلاف..»^(٢).

الثاني: تعليق الحكم بضرر المحضون أو عدمه، وإليه ذهب المالكية:

جاء في المدونة: «(قلت): رأيت إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن يكون
الولد عند أبيهم أيكون ذلك للأب، أم لا يجوز هذا الشرط في قول مالك؟ (قال):
قال مالك: للأب ذلك والشرط جائز؛ إلا أن يكون ذلك مضرراً بالصبي، مثل أن
يكون يرضع وقد علق أمه فيخاف عليه إن نزع منها أن يكون ذلك مضرراً به،
فليس له ذلك.

(قال ابن القاسم): وأرى له أخذه إياه منها بشرطه إذا خرج من حد الإضرار
به والخوف عليه»^(٣).

وجاء معنى ذلك عند الشافعية في التنازل عن الكفالة:

في فتاوى ابن الصلاح - رحمه الله - : «إذا خالع على كفالة الولد، إنما يجوز إذا
كان الولد خارجاً، أما قبل الخروج لا يجوز»^(٤).

والحكم في هذه المسألة مبني على كلام الفقهاء في مسألة أخرى، وهي:
صاحب الحق في الحضانة؟

قال الحنفية: «اختلف في الحضانة، هل هي حق الحاضنة أو حق الولد؟ فقليل
بالأول، فلا تجبر إذا امتنعت، ورجحه غير واحد، وعليه الفتوى، وقيل بالثاني،

(١) انظر: المسبوط للسرخسي (٦/٧).

(٢) الدر المختار (٣/٥٥٩-٥٦٠).

(٣) المدونة الكبرى (٥/٣٤٣-٣٤٤)، وانظر: تهذيب المدونة (١/٤١٣).

(٤) فتاوى ابن الصلاح (٢/٦٧٦).

فتجبر، واختاره الفقهاء الثلاثة أبو الليث والهندواني وخواهر زاده... قال في البحر: فالترجيح قد اختلف، والأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاثة لكن قيده في الظهيرية بأن لا يكون للصغير ذو رحم محرم، فحينئذ تجبر الأم كي لا يضيع الولد^(١)..

والمالكية اختلفوا في صاحب الحق في الحضانة على أربعة أقوال:

القول الأول: أنها حق للحاضن، وعليه إذا أسقطها سقطت؛ لأن كل من له حق إذا أسقطه يسقط.

القول الثاني: أنها حق للمحضون، وعليه، فلا تسقط إن أسقطها.

القول الثالث: أنها حق للحاضن والمحضون معاً.

القول الرابع: أنها حق الله - سبحانه وتعالى -، وعليه، فلا تسقط أيضاً إن أسقطها الحاضن^(٢).

وقال الحنابلة: «هل الحضانة حق للحاضن أو عليه؟ فيه قولان، وهل لمن له الحضانة أن يسقطها وينزل عنها؟ فيه قولان، وأنه لا تجب عليه خدمة الولد أيام حضانتها إلا بأجرة؟ إن قلنا: الحق له، وإلا وجبت عليه خدمته مجاناً، وللفقير الأجرة على القولين»^(٣).

٤ - التعسف في منع القريب غير الحاضن من حق الرؤية والزيارة:

نشرت بعض الصحف المحلية بالمملكة العربية السعودية عن عضو برنامج الأمان الأسري الوطني: «أنه بعد نقل الولاية للأب يتم حرمان الأم من رؤية الأبناء، وتتعب المطلقة في المحاكم لكي تثبت حقّها في اللقاء بأبنائها...»^(٤).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٩-٥٦٠).

(٢) انظر: شرح ميارة (١/ ٤٣٤).

(٣) المبدع (٨/ ٢٣٦).

(٤) صحيفة المدينة / ١٤٣٥ / ٢٠ / ٢٠١٣ هـ - ٢٣ / ١٢ / ٢٠١٣ م / العدد: ١٨٥٠٦، مقال: نزاعات الحضانة.. عذاب

الأمهات وطريق الأطفال إلى الضياع <http://www.al-madina.com/node/494363>

وجاء في جريدة الأهرام المصرية: «أن في مصر نحو ٧ ملايين طفل يخضعون لأحكام قانون الرؤية، و٣ ملايين أب غير حاضن، محرومون من أبنائهم»^(١). ونشرت بعض الصحف في إحدى البلدان الشقيقة ما يلي: «أكد بعض المحامين خلال حديثهم حول القضايا الناجمة عن منع الزوجة طليقها من رؤية أولاده أنها باتت تعرف انتشاراً واضحاً، حيث تعمّد كثير من النساء إلى إخفاء الأطفال من خلال تغيير مكان الإقامة دون إطلاع الزوج، ما يجعل هذا الأخير يبدأ رحلة البحث عن مقرّ سكن أولاده قبل أن يقرر اللجوء إلى العدالة التي تستدعي الزوجة عن طريق برقية رسمية، ويمكن أن تعاقب قانونياً إذا ما تم إثبات حالة التهرب من تسليم الأولاد لوالدهم حسب عدد الزيارات التي يسمح بها، وهو ما حدث مع أحدهم، حيث أكد خلال مثوله أمام هيئة مجلس قضاء العاصمة أن زوجته عمدت إلى تغيير محل إقامتها لتحرمه من رؤية بناته لأكثر من ثمانية أشهر قبل أن يقرر مقاضاتها. رجال آخرون لم يجدوا من سبيل للاستفراد بأولادهم سوى اللجوء إلى خطفهم انتقاماً من الأم»^(٢).

الحكم في الفقه:

الأصل في الرؤية والزيارة ما ذكره الماوردي في شروط الحضنة، قال: «الشرط الخامس: اجتماع الأبوين في وطن واحد لا يختلف بهما بلد؛ ليتساويا في الولد، ويتساوا بهما حال الولد...»^(٣). والأحكام التي ذكرها الفقهاء تؤكد على حق الوالدين في رؤية وزيارة وتربية أبنائهم سواء منهما الحاضن أو غير الحاضن بحسب ضوابط وشروط ذكرها الفقهاء.

(١) جريدة الأهرام / بقلم عصام هاشم: <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=895044&eid=573>
(٢) مقال (مطلقات يمتنع عن تسليم الأطفال وأزواج يلجأون لخطفهم) / جريدة السلام اليوم / صبرينة. ب، ٢٠١٢/٥/١٩.
(٣) الحاوي الكبير (١١/ ٥٠٤).

قال الشافعي - رحمه الله -: «فإن اختار أباه؛ لم يكن له منعه من أن يأتي أمه، وتأتيه في الأيام، وإن كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها»^(١).

وفي بعض عبارات الشيرازي: «وإن كانت جارية، فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار، ولا يمنع الآخر من زيارتها من غير إطالة وتبسط؛ لأن الفرقة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما في دار الآخر»^(٢).

وقال المالكية: «ولا يمنع إن اختار الأم من إتيان الأب، ولا الأم من إتيان ابنتها، وتمريضها عند الأب»^(٣).

وإليه ذهب الحنابلة، يدل عليه قولهم: «فإن اختار الغلام أباه كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه، لما فيه من الإغراء بالعقوق وقطيعة الرحم، وإن مرض الغلام كانت أمه أحق بتمريضه في بيتها؛ لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة، وإن اختار الغلام أمه كان عندها ليلاً؛ لأنه وقت السكن، وانحياز الرجال إلى المنازل، ويكون عند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه؛ لأن ذلك هو القصد في حفظ الولد»^(٤).

وهو مفهوم مذهب الحنفية في السفر، فقد راعوا في الحكم عدة أمور، منها: النظر إلى مسافة السفر لما يقتضيه السفر البعيد من التفريق بين الابن وأبيه، وهذا قضيته الرؤية والزيارة.

جاء في الأم المبتوتة إذا أرادت السفر بولدها قولهم:

«فإن لم يقع عقد النكاح في بلدها، فليس لها أن تنقل ولدها إلى ذلك البلد؛ لأن فيه التفريق بين الأب وبين ولده الصغير، وفيه ضرر بالأب، ولم يلتزم الضرر

(١) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٧ - ٥٠٨) وانظر: روضة الطالبين (٩ / ١٠٤ - ١٠٥).

(٢) المهذب (٢ / ١٧١ - ١٧٢).

(٣) الاستذكار (٧ / ٢٩٣).

(٤) انظر: كشف القناع (٥ / ٥٠١)، المغني (٨ / ١٩٣).

حيث لم يتزوج ثمّ، وإذا أرادت أن تنقل الولد إلى البلد الذي وقع فيه النكاح، وليس ذلك بلدها، فليس لها ذلك؛ لأنه ليس بوطن لها، فهي دار غربة لها كما أن البلد الذي فيه الزوج دار غربة فتساويا، وليس لها أن تلحق الضرر بالأب. وأما إذا كان البلد قريبا، بحيث يقدر الأب أن يجيء إلى الولد ويراه ويعود إلى منزله قبل الليل، فلها ذلك ويكون ذلك بمنزلة أطراف المصر؛ لأنه ليس فيه كثير ضرر^(١).

الرؤية في بعض القوانين المعاصرة:

نظمت المادة ١٩٦ من الباب الخامس من قانون الأحوال الشخصية الكويتي حق الرؤية، فنصّت على ما يلي:

(أ) حق الرؤية للأبوين وللأجداد فقط.

(ب) وليس للحاضن أن يمنع أحد هؤلاء من رؤية المحضون.

(ج) وفي حالة المنع، وعدم الرغبة في الذهاب لرؤية الولد عند الآخر، يعيّن القاضي موعداً دورياً، ومكاناً مناسباً لرؤية الولد يتمكن فيه بقية أهله من رؤيته^(٢).

وقد توسّع القانون الأردني في المواد الضابطة لأحكام رؤية المحضون واستزارته واصطحابه والاتصال به المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية، فذكر ما يلي :

المادة (١٨١):

(أ) لكل من الأم والأب والجدّ لأب عند عدم الأب الحق في رؤية المحضون

(١) تحفة الفقهاء (٢ / ٢٣٢).

(٢) الموقع الرسمي لوزارة العدل - الكويت.

واستزارته واصطحابه مرة في الأسبوع، والاتصال به عبر وسائل الاتصال الحديثة المتوفرة عندما يكون في يد أحدهما أو غيرهما ممن له حق الحضانة، وللأجداد والجدات حق رؤية المحضون مرة في الشهر، وذلك كلّ إذا كان محل إقامة طرفي الدعوى والمحضون داخل المملكة.

(ب) إذا كان محل إقامة الولي الحاضن والمحضون خارج المملكة، فللمحكمة تحديد أو تعديل مكان وزمان وكيفية رؤية المحضون واستزارته واصطحابه مرة في السنة على الأقل، ثم يحدّد ذلك كله مع مراعاة سن المحضون وظروفه، وبما يحقق مصلحته ومصلحة طرفي الدعوى على أن لا يمنع الحكم الصادر في هذه الدعوى صاحب الحق في رؤية المحضون واستزارته واصطحابه من ذلك في محل إقامة المحضون.

(ج) إذا كان محل إقامة المحضون داخل المملكة، ومحل إقامة صاحب حق الرؤية والاستزارة والاصطحاب خارجها، فللمحكمة عند حضوره إلى المملكة تحديد أو تعديل مكان وزمان وكيفية رؤية المحضون واستزارته واصطحابه المدة التي تراها مناسبة مراعية سن المحضون وظروفه، وبما تراه محققاً لمصلحته ومصلحة طرفي الدعوى.

(د) في الأحوال المنصوص عليها في الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة، للمحكمة الإذن بمبيت المحضون عند صاحب الحق في الرؤية المدة التي تراها مناسبة، وبالضوابط المذكورة.

(هـ) لطالب الرؤية والاستزارة والاصطحاب والاتصال بالمحضون الاتفاق مع الحاضن على تحديد زمان ذلك ومكانه وكيفيته، فإذا لم يتفقاً يعرض القاضي

على الطرفين أو الطرف الحاضر منهما زماناً ومكاناً وكيفية لذلك، ويستمتع لأقوالهما أو الحاضر منهما بهذا الخصوص، ثم يحدّد ذلك كله مراعيّاً سن المحضون وظروفه، وبما يراه محققاً لمصلحته ومصلحة طرفي الدعوى.

(و) يتضمن حكم الرؤية والاستزارة والاصطحاب إلزام المحكوم له بإعادة المحضون إلى حاضنه بعد انتهاء المدة المقررة، وعلى المحكمة بناء على طلب الحاضن منع سفر المحضون ضماناً لحقه.

(ز) يلزم طالب الرؤية بدفع ما تقدره المحكمة من نفقات لتنفيذ الرؤية عند طلب الحاضن، ويستثنى من ذلك نفقات إحضار المحضون إلى المملكة.

المادة (١٨٢):

(أ) للقاضي تعديل زمان الرؤية والاستزارة والاصطحاب والاتصال بالمحضون ومكان ذلك وكيفيته إذا وجد ما يبرر ذلك عند الطلب وحسبما تقتضيه المصلحة.

(ب) يجوز لطرفي الحكم الاتفاق على تعديل زمان ومكان ومدة وكيفية الرؤية والاستزارة والاصطحاب والاتصال بالمحضون أمام رئيس التنفيذ المنفذ لديه الحكم.

المادة (١٨٣):

(أ) إذا امتنع الحاضن عن تمكين المحكوم له من الرؤية أو الاستزارة أو الاضطحاب أو الاتصال بالمحضون دون عذر وتكرر تخلفه أو امتناعه بعد إنذار قاضي التنفيذ له جاز لقاضي الموضوع بناءً على الطلب إسقاط الحضانة مؤقتاً ونقلها إلى من يليه من أصحاب حق الحضانة، ولمدة محدودة لا تزيد على ستة أشهر.

(ب) على من انتقل إليه حق الحضانة مؤقتاً تنفيذ حكم الرؤية أو الاستزارة أو الاصطحاب كأنه صادر بحقه.

(ج) إذا تكرّر تخلف المحكوم له عن الموعد المضروب لتنفيذ الحكم بالرؤية أو الاستزارة أو الاصطحاب دون عذر جاز لقاضي التنفيذ بناء على الطلب؛ وقف تنفيذ الحكم لمدة لا تزيد على ستة أشهر^(١).

٥- التعسف في سفر الأب للانتقال بقصد الإضرار:

في حال أراد الأب السفر بالولد للنقلة في زمن الحضانة، ولو لم يقصد الإضرار بالأم، فليس له ذلك عند الحنفية لأن الضرر حاصل بإبطال حقها، ولو لم يقصده، قال الحنفية: «وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء، لما فيه من إبطال حق الأم من الحضانة»^(٢).

ولكن المذاهب الثلاثة على أن للأب السفر للنقلة في الجملة، وهو أحقّ بالمحزون، فله أخذه.

قال المالكية: «وليس للأب أن يسافر بولده الصغير؛ إلا أن يكون خروج انتقال»^(٣).

وقال الشافعية: إن سافر الأب بحيث: «تكون مسافة ما بين البلدين بعيدة يقصر في مثلها الصلاة، فالأب أحق بكفالة ولده لحفظ نسبه من الأم»^(٤).

والمشهور عند الحنابلة أنه: متى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه، فالأب أحق، هذا هو المشهور سواء كان المقيم هو الأب أو المتقل؛ لأنه اختلف في مسكنهما، فكان الأب أحق.

(١) قانون الأحوال الشخصية - المملكة الأردنية الهاشمية
<http://www.justice-lawhome.com/vb/archive/index.php/t-14933.html>.

(٢) الاختيار تعليل المختار (١٦/٤)، وانظر: بدائع الصنائع (٤ / ٤٤).

(٣) التلقين (١ / ٣٥١).

(٤) الحاوي الكبير (١١ / ٥٠٤).

القول الثاني: وعنه الأم أحق، وقيدها في الترغيب والمستوعب بإقامتها؛ لأنها أتم شفقة أشبه ما لو لم يسافر واحد منهما.

القول الثالث: وقيل للمقيم منها^(١).

هذا من حيث حكم سفر الأب بالولد للنقلة في زمن الحضانة بإطلاق دون تعرّض لقصده.

لكن لو تعسّف الأب ففعل سفر النقلة إضراراً بالأم، وتحايلاً لإسقاط حقّها، فحكمه المنع على قول مرجوح عند الحنابلة: "قال في الهدي: إن أراد المنتقل مضارّة الآخر، وانتزاع الولد؛ لم يجب إليه، بل يعمل ما فيه مصلحة الولد وهو مراد الأصحاب؛ لكن الأوّل هو الصحيح؛ لأن الأب هو الذي يقوم بتأديب ولده وتخرجه وحفظ نسبه فإذا لم يكن في بلده ضاع"^(٢).

الحكم في القانون:

نصّت المادة (١٩٥) من الباب الخامس من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه:

(أ) ليس للولي أبا كان أو غيره أن يسافر بالمحضون سفر إقامة في مدّة حضانتهم إلا بإذن حاضنتهم^(٣).

٦- تعسّف الأم الحاضنة (الأجنبية المسلمة) في السفر بالمحضون سفر نقلة وإخفاؤه:

في العصر الذي نعيش فيه قسّم العالم الإسلامي إلى أوطان لكل وطن رعاياه، عليهم له واجبات، ولهم عليه حقوق، وقد يتزوّج المسلم مسلمة من غير وطنه،

(١) انظر: المبدع (٨ / ٢٣٦).

(٢) المبدع (٨ / ٢٣٦).

(٣) الموقع الرسمي لوزارة العدل - الكويت.

فتعيش معه، وترزق منه، ثم يقع الطلاق، وتحتال الأجنبية في السفر بأولادها متعسفة في استعمال حق الحضانة الذي يميز للأجنبية السفر بأولادها، على ألا يكون سفر انتقال، وعند الحنفية: أن يكون للبلد الذي حصل فيه النكاح خاصّة. حكم الفعل في الفقه الإسلامي:

قال ابن الهمام في سفر النقلة لبلد فيه بعد بين المصرين بحيث لا يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته: «إذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر، فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالأب؛ إلا أن تخرج به إلى وطنها، وقد كان الزوج تزوجها فيه؛ لأنه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً...»^(١). وقال المالكية: «وليس لها أن تنقل ولدها عن موضع سكنى الأب إلا فيما يقرب نحو المسافة التي لا تقصر الصلاة فيها»^(٢).

وهو مفهوم الحكم عند الشافعية والحنابلة الذين ذهبوا إلى أن الأب أحق في سفر النقلة، وقد تقدّم^(٣).

حكم الفعل في التشريعات القانونية:

نصّت المادة (١٩٥) من الباب الخامس من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه:

(أ) ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى دولة أخرى للإقامة إلا بإذن وليّه أو وصيّه.

ومن التشريعات التي وضعتها بعض البلدان، وهو بمثابة تدبير احترازي ما جاء في المادة ١٨٥ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ م، قال:

(١) الهداية شرح البداية (٢/ ٣٨ - ٣٩) وانظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٦٠)، المبسوط للسرخسي

(٦/ ١٦٩ - ١٧٠)، شرح فتح القدير (٤/ ٣٧٥ - ٣٧٦).

(٢) الكافي لابن عبد البر (١/ ٢٩٧).

(٣) البحث ص ٣٦.

وإذا كانت الحاضنة أجنبية وكان سفرها عرضياً لغير إقامة إلى وطنها، فللقاضي طلب كفيل إحضار يضمن عودتها بالمحضون... وإذا خشي ولي المحضون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحضون من سفرها مبيناً أسباباً معقولة لذلك، فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون، متى ترجحت لها صحة تلك الأسباب.

ولا يكون قرار السماح بالسفر بالمحضون نافذاً، إلا بعد انقضاء مهلة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره دون استئنافه، أو بعد استئنافه وتأنيده من محكمة الاستئناف^(١).

٧- التعسف بهروب غير المسلمة بالمحضون والسفر به سفر نقلة:

مذهب الحنابلة أنه لا حضانة لكافر، قالوا: «ولا حضانة لمن فيه رق، ولا لفاسق، ولا لكافر»^(٢).

ولكن يرى الحنفية والمالكية والشافعية أن الإسلام ليس شرطاً في ثبوت الحضانة؛ لأن شفقة الأم لا تتوقف على دينها، فتثبت حضانة الكتابية وغيرها، وقيدته نصوص الحنفية بالذمية، وذلك ما لم يعقل الولد الأديان:

قال الحنفية: «الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان، أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك، واحتمال الضرر بعده»^(٣).

وقال المالكية: «إن الحاضن لا يشترط فيه أن يكون مسلماً، بل يصح أن يكون كافراً»^(٤).

(١) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان)

<http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar>

(٢) زاد المستقنع ص ٢١٤.

(٣) الهداية شرح البداية (٢ / ٣٨).

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي (٤ / ٢١٢).

وقال النووي من الشافعية: «الأم أحق بالولد بالإجماع، فإن كانت كتابية أو مجوسية؛ لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين»^(١).

وقد ذهبت إلى ذلك بعض القوانين الوضعية:

جاء في المادة (المادة ١٩٢) من الباب الخامس من قانون الأحوال الشخصية الكويتي قول المشرع: الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير الإسلام، وإن لم يعقل الأديان، وفي جميع الأحوال لا يجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره^(٢).

وجاء نحوه في المادة ١٧٥ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦:

(تستحق الأم غير المسلمة - ما لم تكن مرتدة - الحضانة، حتى يعقل الصغير الأديان، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحضون معها بعد بلوغه السابعة من عمره)^(٣).

وبعض الأمهات تعسفن في استعمال هذا الحق الذي منحهن إياه الشريعة والقانون، فمن الصور المستجدة للتعسف في استعمال حق الحضانة ما نقرأ عنه في الصحف من حين لآخر من حوادث خطف الأجنبيات - غير المسلمات - لأطفالهن وسفرهن بهم إلى بلادهن، فالأم هنا تستغل حقها في الحضانة، وتتعسف بالسفر به إلى بلادها سفر إقامة.

(١) روضة الطالبين (٩ / ٣٦٧).

(٢) الموقع الرسمي لوزارة العدل - الكويت.

(٣) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان)

وهو مخالف للفقه الإسلامي الذي يحكم ببقاء الطفل في حضانة الأم الكتابية أو غير المسلمة ما دامت في بلد الأب، فأما السفر فله حكمه، وليس للأُم أن تسافر سفر نقلة، وقد تقدّم، بل إن كان الحكم هو المنع في الجملة في انتقال المسلمة بولدها إلى مصر بعيد، فغير المسلمة أولى، والانتقال إلى بلد الحرب أولى بالمنع أيضاً.

قال الحنفية: «وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب وإن كان قد تزوّجها هناك، وكانت حربية بعد أن يكون زوجها مسلماً أو ذمياً؛ لأن في ذلك إضراراً بالصبي؛ لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة، فيتضرر به»^(١).

رأي البحث:

الذي أقترحه - والله أعلم - كحلّ لهذه النازلة، وهي تعسف غير المسلمات في الهروب بأطفالهن إلى بلاد غير المسلمين - هو دراسة قانونية تضع شروطاً ابتدائية احترازية أثناء عقد الزواج بحيث تضمن صيانة أطفال المسلمين عن حضانة غير المسلمة في ظل سيطرة القوانين الدولية، وذلك بأن يشترط في العقد تنازل الأم عن حق الحضانة في حال الطلاق، والله أعلم، وأستند في ذلك على ما يلي:

● اختلاف واقع الكتابيات عما كان في عصر الفقهاء، فوجود الكتابيات في بلاد الإسلام كان وجود إقامة دائم غير مبني على الزواج الذي إذا انتهى؛ ينتهي معه سبب وجود الأم في بلد الأب، أما في عصرنا، فوجود غير المسلمة في بلد الأب مربوط غالباً بالزواج، وبالتالي، فإنه عند الطلاق، يفترض رجوع غير المسلمة إلى بلدها، وقد تقدّم حكمه عند الحنفية.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٥).

● اختلاف واقع أهل الكتاب في عصرنا فهم لا يلتزمون بأحكام دينهم، بل لا يكادون يعرفون من دينهم سوى ترانيم يرددونها في الكنيسة، ويفشو فيهم الزنا وأكل المحرمات، جاء في المدونة: «وللذمية إذا طلقت أو المجوسية يسلم زوجها وتأبى هي من الإسلام فيفرق بينهما من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز، وتؤمن أن تغذيهم بخمر أو خنزير»^(١).

● إن القوانين الدولية لا تخضع لسلطان الإسلام وأحكامه في عصرنا، فمهما طالب الأب المسلم بتطبيق أحكام الإسلام الخاصة بالحضانة، فمطالبته مسألة نظرية في خارج بلاد الإسلام، فأما لو اشترط ذلك في عقد بالتراضي، أصبح الشرط ملزماً للطرفين، ويمكن الاستناد عليه في الدعوى والمطالبة، والله أعلم.

٨- التعسف في منع الأم الحاضنة من السفر بالمحضون للحاجة :

حيث كان السفر قديماً مظنة خطر ومهلكة؛ فإن الشافعية والحنابلة يرون أن المقيم أحقّ بالولد في سفر الحاجة؛ لأنه لا حظ للولد في حمله وردّه. قال الشافعية: «إن كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم أحقّ بالولد؛ لأنه لا حظ للولد في حمله وردّه»^(٢).

وقال الحنابلة: «إذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم؛ فالمقيم أولى بالحضانة؛ لأن في المسافرة بالولد إضراراً به... وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمناً وطريقه آمناً، فالأب أحقّ به سواء كان هو المقيم أو المنتقل؛ إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه، فتكون الأم على حضانتها»^(٣).

(١) شرح مختصر خليل (٤ / ٢١٢).

(٢) المهذب (٢ / ١٧٢).

(٣) انظر: المغني (٨ / ١٩٣)، بدائع الصنائع (٤ / ٤٢).

كثير من الآباء يستندون إلى هذا الحكم الفقهي على سبيل التعسف والتعسف في استعمال الحق، ودون أن يوجد سبب معقول للمنع من سفر الحاجة، خاصة وأن السفر في عصرنا غير مخوف.

ومفهوم قول الشافعية في تعليلهم المنع (لأنه لا حظ للولد في حمله وردّه: أنه لو كان للمحضون حظ في سفر الحاجة؛ كأن يكون السفر لحظ الولد لتطبيب وعلاج، أو سياحة مباحة، أو تعليم، وكان السفر غير مخوف، والأم مأمونة، أنه لا مانع - والله أعلم -.

وعليه يكون منع الحاضنة من السفر بالمحضون إن كان للمحضون حظ في سفر الحاجة تعسف، والله أعلم.

وأرى أن تكون الفتوى فيه على مذهب المالكية، حيث قصروا كلامهم في سقوط الحضانة وعدمها على سفر النقلة، أما سفر الحاجة فلا تسقط به الحضانة، قالوا: «وشرط سفر كل منهما كونه سفر نقلة وانقطاع، لا تجارة أو زيارة ونحوها، فلا يأخذه ولا تسقط الحضانة بل تأخذه معها، ويتركه الولي عندها»^(١).

الحكم في القانون:

في المادة (١٧٦) من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ م:
(للولي الاحتفاظ بجواز سفر المحضون، إلا في حالة السفر فيسلم للحاضنة، وللقاضى أن يأمر بإبقاء جواز السفر في يد الحاضنة، إذا رأى تعتاً من الولي في تسليمه للحاضنة وقت الحاجة، وللحاضنة الاحتفاظ بأصل شهادة الميلاد، وأي وثائق أخرى ثبوتية تخص المحضون، أو بصورة منها مصدقة، ولها الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحضون)^(٢).

(١) الشرح الكبير (٢ / ٥٣١).

(٢) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان) /

وقد نصّت المادة (١٨٥) من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ م على ما يلي: «يجوز للأُم أن تسافر بالمحضون لسبب معقول إلى أي جهة، إن لم يكن في السفر ضرر بالمحضون، فإن منعها الولي من السفر، فيجوز للقاضي أن يمكنها من السفر، إذا تبين له أن من له حق الإذن قد تعسف في استعمال هذا الحق»^(١).

المادة (١٦٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١):
لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر^(٢).
المادة (١٦٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١):
لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته^(٣).

٩- التعسف بالمطالبة في تنفيذ حكم الحضانة وتسليم المحضون:
ورد عن رسول الله ﷺ نصّ عامّ في النهي عن مطل الحقوق.
ففي الصحيح: عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم»^(٤).

فالأصل فيمن وجب عليه حق أن يبادر إلى تنفيذه، ومن فروع ذلك ما قال ابن قدامة - رحمه الله -: «...إن كان الدين حالاً - وهو قادر على أدائه - فلا عذر له في التخلف؛ لأن مطل الغني ظلم»^(٥).

(١) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان)

<http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar>

(٢) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) صحيح البخاري (٢ / ٨٤٥)، باب مطل الغني ظلم، حديث رقم (٢٢٧٠).

(٥) الشرح الكبير لابن قدامة (٢ / ٨٣).

وقال القرافي - رحمه الله - في الذخيرة: «وإن طولب بحق وجب عليه على الفور كرد الغصوب وجب أدائه في الحال، ولا يحلّ له أن يقول: لا أدفعه إلا بالحاكم؛ لأن وقوف الناس عند الحاكم صعب»^(١).

وفيما يتصل بموضوع البحث فإن الأحقّ بالحضانة حال افتراق الأبوين هي الأم في الجملة، وحكى الزركشي - الإجماع عليه، قال الزركشي: «إذا افترق الزوجان وبينهما ولد، فالأم أحق به في الجملة، إن كان طفلاً، بلا خلاف نعلمه»^(٢)، وتقدّم ذلك^(٣).

ومع ذلك، أحياناً يتعسف الأب، فيمتنع عن تسليم الطفل للأم، وقد اهتمت بذلك بعض القوانين المعاصرة، ومن ذلك:

قانون تنفيذ العقوبات في قضايا الحضانة في المملكة العربية السعودية:

نصت المادة الرابعة والسبعون من نظام التنفيذ السعودي على ما يلي:

تنفذ الأحكام الصادرة بحضانة الصغير وحفظه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية جبراً ولو أدى ذلك إلى الاستعانة بالقوة المختصة (الشرطة)، ودخول المنازل، ويعاد تنفيذ الحكم كلما اقتضى الأمر ذلك.

وهذه المادة صريحة في أن تنفيذ الأحكام المتعلقة بحضانة الصغير أو تسليمه لوالدته وغيره من قضايا الحقوق الأسرية تنفذ ولو باستعمال القوة عن طريق الشرطة، وأن هذا التنفيذ لا يحتاج إلى صدور أمر قضائي آخر به، وإنما يجري التنفيذ بالقوة الجبرية كلما اقتضى الأمر ذلك، فعلى سبيل المثال: لو حكم للمرأة

(١) الذخيرة (١١/٤٠)، وانظر: الفروق مع هوامشه (٤/١٧٥).

(٢) شرح الزركشي (٢/٥٧١)، وانظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/٤٥٦ - ٤٥٧)، الحاوي الكبير (١١/٥٠٧)، المغني (٨/١٩٠ - ١٩١).

(٣) راجع: ص ١٨ من البحث.

بحضانة طفلها، وحكم لوالده بالزيارة وعند زيارة الطفل لوالده امتنع من إعادته لوالدته، فهنا لا تحتاج الوالدة إلى إقامة دعوى، بل يجري التنفيذ مباشرة من قبل الشرطة بتسليم الطفل لوالدته.

وقد حددت اللائحة التنفيذية لهذه المادة الطريق الأمثل في معالجة تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة حيث نصّت الفقرة ٧٤ / ١ على: يراعي القاضي في تنفيذ قضايا الحضانة والزيارة ما يأتي:

(أ) التدرج في التنفيذ بالنصح والتوجيه، ثم ترتيب مراحل تسليم المحضون بما لا يضر بالمنفذ له، والمنفذ ضده، والمحضون مع إفهام الممتنع بمقتضى المادة الثانية والتسعين.

(ب) إذا أصر المنفذ ضده على الامتناع بعد انقضاء مرحلة التدرج التي يقدرها القاضي المشار إليها في الفقرة (أ) ينفذ الحكم جبراً .

(ج) في حال امتناع المنفذ ضده عن التنفيذ أو حال امتناعه عن الحضور أو إخفائه للمحضون أو المزور؛ للقاضي اتخاذ أحد الإجراءات التالية أو كلها في حقه:

١- المنع من السفر.

٢- الأمر بالحبس.

٣- الأمر بإيقاف خدماته الحكومية.

٤- الأمر بإيقاف خدماته في المنشآت المالية.

ويتضح من هذه الفقرات في اللائحة التنفيذية الحزم في تسليم المحضون أو المزور في الوقت المحدد وتقرير العقوبة اللازمة للممتنع^(١).

(١) وزارة العدل / البوابة الالكترونية / حقوق المرأة في الأنظمة القضائية السعودية.

<http://www.moj.gov.sa/ar-sa/Pages/WomenRights.aspx>

وجاء في شرح مركز الدراسات القضائية التخصصي للمادة الرابعة والسبعين: كثيراً ما يتردد القائمون على الجهات التنفيذية أمام امتناع أحد الأبوين عن تنفيذ أحكام الحضانة أو الزيارة أو التفريق بين الزوجين باعتبار أن دافع الامتناع ما جبل عليه الإنسان من تعلق بالأولاد الصغار وصعوبة مفارقتهم، وما يصحب ذلك من صياح وعويل وربما مكابرة وعناد شديد، الأمر الذي يتردد معه القائمون على تنفيذ مثل تلك الأحكام، متناسين الآثار السلبية في ذلك التردد، وهو تعطيل الأحكام القضائية، وحرمان المحكوم له من حقه الذي لا يقل عن الطرف الممتنع، وربما يفوقه بمراحل كثيرة جاعلاً الحكم القضائي لصالحه. ولهذا جاءت هذه المادة للتأكيد على أن الامتناع عن تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة والتفريق بين الزوجين ليس بأقل من الامتناع عن تنفيذ ما سواها من الأحكام، وبالتالي فإن استخدام القوة الجبرية عن طريق الشرطة ودخول المنازل عنوة أمرٌ يصرار إليه عند الاقتضاء مراعاة لحق المحكوم عليه، وإنفاذاً لأحكام القضاء^(١).

نصت المادة السادسة والسبعون من نظام التنفيذ على:

يحدد قاضي التنفيذ طريقة تنفيذ الحكم الصادر بزيارة الصغير ما لم ينصّ الحكم عليها، ويجري التنفيذ بتسليم الصغير في مكان مهياً لذلك وفق ما تحدده اللائحة على ألا يكون في مراكز الشرطة ونحوها.

وهذه المادة فيها مراعاة لنفسية الصغير ووالدته وحفظ لكرامة المرأة بحيث تستلم أو تسلم الصغير في أماكن معدة لذلك، وليس في مراكز الشرطة التي هي محل للقبض على أصحاب الجنايات والجرائم.

(١) موقع: مركز الدراسات القضائية التخصصي <http://www.cojss.com/vb/archive/index.php>

وقد نصّت اللائحة التنفيذية على المكان الذي يتم فيه تسليم الصغير لوالدته، وأن ذلك يكون في مقر سكنها، إذا كان لها سكن في نفس البلد، أو في مقرّ سكن أحد أقاربها، أو في أحد الأماكن المناسبة على التفصيل الآتي:

٢/٧٦ يجري تنفيذ حكم الزيارة وتسليم الصغير في مقر سكن المzor أو سكن طالب التنفيذ إذا كان بلده بلد المzor أو في سكن أحد أقارب المzor في البلد نفسه، فإن تعذّر؛ ففي أحد الأماكن الآتية:

(أ) الجهات الاجتماعية الحكومية.

(ب) المؤسسات والجمعيات الخيرية المرخص لها بالقيام بهذا العمل.

(ج) ما يراه القاضي من الأماكن العامة وغيرها مما تتوافر فيها البيئة المناسبة.

نصت المادة الثانية والتسعون من نظام التنفيذ على:

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن ثلاث أشهر كل من امتنع من الوالدين، أو غيرهما عن تنفيذ حكم صادر بالحضانة، أو الولاية، أو الزيارة، أو قام بمقاومة التنفيذ أو تعطيله.

وهذه المادة تقضي على المماطلات والظلم الكثير الذي تتعرض له المرأة بمنعها من رؤية أطفالها المدد الطويلة، فتقرير العقوبة على الممتنع من تنفيذ أحكام الحضانة والولاية والزيارة يؤدي إلى منع هذا الظلم، ويسرع في أداء الحقوق^(١).

١٠ - التعسف بامتناع الأب عن إقباض نفقة المحضون للحاضنة، ومطالباتها

بإرساله إليه :

ذكر الفقه المالكي صورة من الممكن اعتبارها ضمن صور التعسف، وهي أن يرفض الأب دفع نفقة المحضون إلى الحاضنة، ويطلب بإرسال الطفل إليه ليطعمه أو يسقيه أو يكسوه عنده.

(١) وزارة العدل/ البوابة الالكترونية/ حقوق المرأة في الأنظمة القضائية السعودية

<http://www.moj.gov.sa/ar-sa/Pages/WomenRights.aspx>

قال الخرشي في شرحه على خليل: «إن الحاضنة أمّاً كانت أو غيرها لها أن تقبض نفقة المحضون، وجميع ما يحتاج إليه من أبيه، وهو المخاطب بذلك ابتداء بشرطه المتقدم وإن أبي، فإن قال الأب لمن لها الحضانة: تبعني إلى المحضون يأكل ويشرب عندي ثم يعود إليك؛ لم يجب لذلك؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى من هو في حضنته؛ لأن الأطفال لا ينضبط الوقت الذي يأكلون فيه، وأكلهم متفرق، وذلك يؤدي إلى الإخلال بصيانتهم»^(١).

وقال النفراوي في شرحه رسالة ابن أبي زيد القيرواني: «لم يتكلم المصنّف على من يقبض نفقة المحضون، والذي يقبضها الحاضن قهراً على أبيه، لأن الأطفال لم ينضبط لهم حال، ولكن قبضها موكول إلى اجتهاد الحاكم لاختلاف أحوال الناس بالسعة وعدمها، فتكون بالجمعة أو الشهر»^(٢).

١١ - المماطلة في القيام ببعض متعلّقات الكفالة عرفاً :

يتعنّت بعض الآباء في استعمال حق الولاية، فيعطّلون مصالح المحضون، فتشتكي المطلّقات من امتناع الآباء عن إصدار هوية المحضون، أو تقديم أوراقه لإلحاقه بالتعليم، ويتضرر الطفل من جراء تصفية حسابات قديمة بين الطليقين. والأصل ما قال النووي: «إذا اختار الأم، فليس للأب إهماله بمجرد ذلك، بل يلزمه القيام بتأديبه وتعليمه، إما بنفسه وإما بغيره، ويتحمل مؤنته»^(٣)، ولا خلاف على وجوب ذلك على الأب، وتقدّم ذكر ذلك أثناء الكلام على حكم الكفالة في أوّل البحث.

(١) شرح مختصر خليل (٤/ ٢١٨).

(٢) الفواكه الدواني (٢/ ٦٧).

(٣) روضة الطالبين (٩/ ١٠٥).

والذي أراه - والله أعلم - أنه وفقاً لاختصاصات الولاية المتعلقة شرعاً بالنسب والنظر في مال الصغير وإنكاحه؛ يكون استكمال الأوراق الثبوتية للمحضون بعد إقراره بنسبه حقاً محضاً للمحضون، ويكون الامتناع عن القيام بالواجب إذا تضرر به المحضون تعسفاً، وعلى القاضي أن يجبره أو أن ينيب عنه غيره على السواء.

١٢ - التعسف في تقدير ودفع النفقة للأولاد الذين في حضانة الأم:

نشرت بعض الصحف المحلية بالمملكة العربية السعودية عن عضو برنامج الأمان الأسري الوطني: «أنه في ظل الغلاء المعيشي الذي نواكبه الآن يقرر لكل واحد من الأبناء (من ٣٥٠ إلى ٥٠٠ ريال شهرياً) بحسب جنسه ذكراً أو أنثى دون مراعاة لظروف الحياة، ودون النظر في واقع الأب، فبعض الآباء يكون دخله عالياً، ويفرض عليه بذلك المبلغ الزهيد، أو تجبر المرأة على التنازل عن الحضانة إذا لم تقبل بهذا القدر»^(١).

وقد عانت الجهات الخيرية في المملكة العربية السعودية من تعسف الطليق في دفع إيجار المسكن والنفقة الشهرية مما تسبب في إرهاب ميزانيات الجمعيات الخيرية كما نشرته صحيفة عكاظ بالسعودية^(٢).

تقدير النفقة في الفقه:

عبر الفقهاء في كلامهم عن تقدير النفقة على الصغار بعبارات يفهم من بعضها رعاية حال الأب وسعته، ومن بعضها رعاية قدر الكفاية، فلا بد أن تكون النفقة كافية للصغار، وتؤمن لهم احتياجاتهم.

(١) صحيفة المدينة / ١٤٣٥ / ٢ / ٢٠ هـ - ٢٣ / ١٢ / ٢٠١٣ م / العدد: ١٨٥٠٦، مقال: نزاعات الحضانة.. عذاب

الأمهات وطريق الأطفال إلى الضياع <http://www.al-madina.com/node/494363>

(٢) انظر: ١١ ربيع الآخر ١٤٣٥ / ١١ فبراير ٢٠١٤، العدد ١٧٢٢٥.

قال الحنفية: «وتفرض على المعسر بقدر الكفاية، وعلى الموسر بقدر ما يراه الحاكم»^(١).

وعند المالكية: «والنفقة على قدر الجدة ما يعيش به الذي ينفق عليه من طعام وكسوة وغير ذلك مما لا غنى عنه من المؤونة، ولا حد في ذلك على الموسر قدره، وعلى المقتر قدره، ولا يقضي بالعالى في شيء من ذلك كله، وإنما يقضي بالوسط»^(٢).

وعند الحنابلة: «والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة والمسكن بقدر العادة؛ لأن الحاجة إنما تندفع بذلك»^(٣).

النفقة في بعض القوانين الوضعية:

«قد ذكرت المادة (١٨٩) من قانون الأحوال الشخصية في المملكة الأردنية الهاشمية لعام (٢٠١٠م) أنه يُراعى حال الأب يسراً وعسراً عند تقدير النفقة، على أن لا تقل عن حد الكفاية»^(٤)..

السنّ التي ينتهي إليها النفقة على الصغار في بعض القوانين الوضعية :
مضت الإشارة في أوّل البحث أن زمن الكفالة ينتهي في الغلام بالبلوغ عادة، وفي الجارية بالزواج.

وإذا كان مدار الحكم على بلوغ الغلام السنّ الذي يكون فيه قادراً على التكسب، فينبغي أن يعاد النظر في تطبيق هذا الحكم في هذا العصر الذي أصبحت الشهادة الجامعية فيه السبب الأوّل للتكسب غالباً .

(١) حاشية ابن عابدين (٣ / ٦١٢).

(٢) الكافي لابن عبد البر (١ / ٢٩٩).

(٣) كشاف القناع (٥ / ٤٨٦).

(٤) موقع دائرة الإفتاء العام - المملكة الأردنية الهاشمية.

وقد راعى قانون الأحوال الشخصية الأردني مستجدات العصر، حيث نصّت المادة (١٦٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١) على ما يلي: «...تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى التي ليست موسرة بعملها وكسبها، وإلى أن يصل الغلام إلى الحد الذي يتكسّب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم»^(١).

بهذا ينتهي ما وقفت عليه من صور التعسف، وحكمها في الفقه، وفي القوانين المعاصرة.

وصلّ الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(١) قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة (٢٠٠١).

أبيض

الخاتمة

تناولت في هذا البحث موضوع التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر، الذي بات موضوعاً مهماً يطرح نفسه على ساحات الدراسة، وقد تناولت فيه بإجمال توضيح معنى التعسف وحكمه، وتعريف الحضانة وحكمها، وذلك في المبحث الأول والثاني، ثم خصّصت المبحث الأخير للكلام على التعسف في استعمال حق الحضانة والمستجدات من ذلك، وأحكامها الفقهية، والقوانين المعاصرة المنظمة والجزائية، وقد نتجت عن الدراسة عدة توصيات، أهمّها:

- ١ - ضرورة تقديم المزيد من الدراسات حول المستجدات في أحكام الحضانة وموضوع البحث لما له من أهمية كبرى، وتأثير عظيم على فئة مهمة من المجتمع.
- ٢ - ضرورة تثقيف المجتمع بقوانين الحضانة والنفقة وحقوق الحاضن والمحضون وحقوق غير الحاضن، واختصاصات الولاية، وذلك بكل طرائق التثقيف المرئية والمسموعة والمقروءة وفي خطب الجمععات.
- ٣ - إصدار قانون يضمن تنفيذ أحكام الحضانة والولاية وانتقالهما وأحكام الرؤية بصورة تحمي الأطفال من تعريضهم لأي آثار نفسية، ويمكن الاستفادة من المادة ١٨٨ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦، وهي على النحو التالي: «يتم تنفيذ أحكام انتقال الحضانة بالتدرج مراعاةً لمصلحة المحضون، وفي حالة الحاجة لاستخدام القوة الجبرية لتنفيذ حكم من أحكام الحضانة، فلا تستخدم القوة في مواجهة المحضون»^(١).

(١) موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان) /

<http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId=2558&language=ar>

٤ - دراسة تخصيص محاكم للنظر في قضايا الحضانة، والقضاية المتعلقة بالأطفال، يحصل القضاة فيها على دبلوم تأهيلي للفصل في هذه المحاكم، وتزود بالأخصائيين النفسيين والاجتماعيين والتربويين للنظر فيما يصلح للمحضون، وتبصير القاضي به، ومساعدة الطفل على خوض تجربة المحكمة بأمان.

٥ - إصدار قانون يلزم الطليقين اللذين يتقدمان بدعوى حضانة بحضور دورة تبصر الأبوين بخطورة ما يتعرض له الطفل من معاناة نفسية إثر الطلاق، والعواقب المتوقعة من تجاهل هذه المعاناة أو مضاعفتها، وتوعيتهم بالاحتياجات النفسية للطفل في مرحلة الطلاق، وكيف يمكن مساعدة الطفل على عبور أزمة الطلاق، ويدرب الطليقان على ضبط النفس والسيطرة وعدم الانفعال، ويعتبر حضور الدورة شرطاً أساسياً للنظر في قضايا الحضانة.

٦ - إصدار قانون للنفقة بحسب حال الطفل في أهله وحال الأب، قياساً على الفقه الإسلامي الذي يقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوجة وحال الزوج، ولا يعطي حكماً عاماً يشمل جميع الحالات.

قال الماوردي - رحمه الله - من الشافعية: «فإذا احتاج الولد إلى خدمة في الحضانة والكفالة ومثله من يخدم؛ قام الأب بمؤونة خدمته، إما باستئجار خادم، أو ابتياعه على حسب عادة أهله، وعرف أمثاله»^(١).

المراجع

- ١- آثار العنف وإساءة معاملة الأطفال على الشخصية المستقبلية / سوسن شاكر حلبي / الحوار المتمدن / العدد (٨٣٩) - ١٩ / ٥ / ٢٠٠٤ م.
- ٢- الإحكام في أصول الأحكام / علي بن محمد الأمدي أبو الحسن (٦٣١) / تحقيق: د. سيد الجميلي دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٤، الطبعة: الأولى.
- ٣- اختلاف الأئمة العلماء / الوزير أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني (٥٦٠هـ)، / تحقيق: السيد يوسف أحمد / دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، الطبعة: الأولى.
- ٤- الاختيار لتعليل المختار / عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (٦٨٣هـ) / تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن / دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)، الطبعة: الثالثة.
- ٥- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار / أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (٤٦٣هـ) / تحقيق: سالم محمد عطا- محمد علي معوض / دار الكتب العلمية - بيروت (٢٠٠٠م)، الطبعة: الأولى.
- ٦- الإقناع في الفقه الشافعي / الماوردي (ت ٤٥٠هـ).
- ٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / علاء الدين الكاساني (ت ٥٨٧) / دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢م، الطبعة: الثانية.
- ٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق / زين الدين ابن نجيم الحنفي (٩٧٠هـ) / دار المعرفة - بيروت، الطبعة الثانية.
- ٩- البهجة في شرح التحفة / أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي (١٢٥٨هـ) / تحقيق: محمد عبد القادر شاهين / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، الطبعة: الأولى.

- ١٠- تاج العروس من جواهر القاموس / محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (١٢٠٥ هـ) / تحقيق: مجموعة من المحققين / دار الهداية.
- ١١- تحفة الحبيب على شرح الخطيب (البجيرمي على الخطيب) / سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي (١٢٢١ هـ) / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م) الطبعة: الأولى.
- ١٢- تحفة الفقهاء / علاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) / دار الكتب العلمية / بيروت (١٤٠٥ - ١٩٨٤) الطبعة: الأولى.
- ١٣- تحفة الفقهاء / علاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٥ - ١٩٨٤)، الطبعة: الأولى.
- ١٤- التعريفات / علي بن محمد بن علي الجرجاني (٨١٦ هـ) / تحقيق: إبراهيم الأبياري / دار الكتاب العربي - بيروت (١٤٠٥ هـ) الطبعة: الأولى.
- ١٥- التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة) / سعيد أجمد الزهاوي / دار الاتحاد العربي للطباعة / ط ١ (سنة ١٩٧٥ - ١٩٧٦ م).
- ١٦- التلقين في الفقه المالكي / عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد (ت ٣٦٢ هـ) / تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني / المكتبة التجارية - مكة المكرمة (١٤١٥ هـ)، الطبعة: الأولى.
- ١٧- التنبيه في الفقه الشافعي / إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق (ت ٤٧٦ هـ) / تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر / عالم الكتب - بيروت (١٤٠٣ هـ)، الطبعة: الأولى.
- ١٨- تهذيب المدونة / أبو سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني (ت ٣٧٢).
- ١٩- تهذيب الأسماء واللغات / محي الدين بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) / تحقيق: مكتب البحوث والدراسات / دار الفكر - بيروت (١٩٩٦ م)، الطبعة: الأولى.

٢٠- التوقيف على مهيات التعاريف / محمد عبد الرؤوف المناوي (ت ١٠٣١ هـ) / تحقيق:

د. محمد رضوان الداية / دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، دمشق (١٤١٠ هـ)،

الطبعة: الأولى.

٢١- جامع البيان عن تأويل آي القرآن / محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري (ت ٣١٠ هـ)

هـ) / دار الفكر - بيروت (١٤٠٥ هـ).

٢٢- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) / محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي

(٢٧٩ هـ) / تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون / دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٢٣- الجامع الصحيح المختصر / محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (٢٥٦ هـ) / تحقيق:

د. مصطفى ديب البغا / دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م)،

الطبعة: الثالثة.

٢٤- الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير / أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ) /

عالم الكتب - بيروت (١٤٠٦ هـ)، الطبعة: الأولى.

٢٥- جواهر العقود / شمس الدين الأسيوطي (٨٨٠ هـ) / دار الكتب العلمية - بيروت.

٢٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / محمد عرفه الدسوقي (ت ١٢٣٠ هـ) / محمد

عليش / دار الفكر - بيروت.

٢٧- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة / ابن

عابدين (١٢٥٢ هـ) / دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م).

٢٨- حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين / شهاب الدين أحمد

بن أحمد بن سلامة القليوبي (١٠٦٩ هـ) / مكتب البحوث والدراسات / دار الفكر -

بيروت (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) الطبعة: الأولى.

٢٩- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني / علي بن محمد بن

حبيب الماوردي البصري الشافعي (٤٥٠ هـ) / تحقيق: الشيخ علي محمد معوض -

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود / دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان (١٤١٩ هـ -

١٩٩٩ م) الطبعة: الأولى.

٣٠- الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة / زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى (ت ٩٢٦ هـ)، تحقيق: د. مازن المبارك / دار الفكر المعاصر - بيروت (١٤١١ هـ) الطبعة: الأولى.

٣١- حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق / د. عروبة جبار الخزرجي / دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الطبعة الثانية (٢٠١٣م - ١٤٣٤ هـ).

٣٢- الخرشبي على مختصر سيدي خليل (ت ١١٠٢ هـ) / دار الفكر للطباعة - بيروت.

٣٣- خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير للرافعي / عمر بن علي بن الملقن الأنصاري (٤ هـ) / تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي / مكتبة الرشد - الرياض (١٤١٠ هـ)، الطبعة: الأولى.

٣٤- الدر المختار / الحصكفي (١٠٨٨ هـ) / دار الفكر - بيروت (١٣٨٦ هـ)، الطبعة: الثانية

٣٥- الدر المنثور / عبد الرحمن بن جلال الدين السيوطي (٩١١ هـ) / دار الفكر - بيروت (١٩٩٣م).

٣٦- درر الحكام شرح مجلة الأحكام / علي حيدر (٩٩٩ هـ) / دار الكتب العلمية - بيروت / تعريب: المحامي فهمي الحسيني.

٣٧- دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون / القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري / تحقيق: حسن هاني فحص / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠م) الطبعة: الأولى.

٣٨- دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل / مرعي بن يوسف الحنبلي (ت ١٠٣٣ هـ)، / المكتب الإسلامي - بيروت (١٣٨٩ م)، الطبعة: الثانية.

٣٩- الذخيرة / شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني (٦٨٤ هـ) / تحقيق: محمد حجي / دار الغرب - بيروت (١٩٩٤م).

- ٤٠- روضة الطالبين وعمدة المفتين / النووي (ت ٦٧٦ هـ) / المكتب الإسلامي (بيروت ١٤٠٥ هـ)، الطبعة الثانية.
- ٤١- الروض المربع شرح زاد المستقنع / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ) / مكتبة الرياض الحديثة - الرياض (١٣٩٠ م).
- ٤٢- السراج الوهاج على متن المنهاج / العلامة محمد الزهري الغمراوي (٩٩٩ هـ) دار المعرفة / بيروت.
- ٤٣- سنن أبي داود / سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني (٢٧٥ هـ) / تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد / دار الفكر.
- ٤٤- السنن الكبرى / أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي (٣٠٣ هـ) / تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤١١ هـ - ١٩٩١ م) الطبعة: الأولى.
- ٤٥- سنن ابن ماجه / محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني (٢٧٥ هـ) / تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي / دار الفكر - بيروت.
- ٤٦- شرح الأربعين / أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ).
- ٤٧- شرح السنة / الحسين بن مسعود البغوي (٥١٦ هـ) / تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش / المكتب الإسلامي - دمشق - بيروت (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م)، الطبعة: الثانية.
- ٤٨- شرح الزركشي على مختصر الخرقى / شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (٧٧٢ هـ) / تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م). الطبعة: الأولى .
- ٤٩- الشرح الكبير لابن قدامة / ابن قدامة المقدسي (ت: ٦٨٢ هـ).
- ٥٠- الشرح الكبير / سيدي أحمد الدردير أبو البركات (١٢٠١ هـ) / محمد عlish / دار الفكر - بيروت

- ٥١- شرح ميارة الفاسي / أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي (١٠٧٢هـ) / تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)، الطبعة: الأولى.
- ٥٢- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١هـ) / عالم الكتب - بيروت (١٩٩٦م)، الطبعة: الثانية.
- ٥٣- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان / محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي (٣٥٤هـ) / تحقيق: شعيب الأرنؤوط / مؤسسة الرسالة - بيروت (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، الطبعة: الثانية.
- ٥٤- صحيح مسلم / مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (٢٦١هـ)، / تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٥٥- الطبقات الكبرى / محمد بن سعد بن منيع أبو عبد الله البصري الزهري (٢٣٠هـ) / دار صادر - بيروت.
- ٥٦- فتاوى ابن الصلاح / ابن الصلاح (٦٤٣هـ).
- ٥٧- فتح الباري شرح صحيح البخاري / أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (٨٥٢هـ) / تحقيق: محب الدين الخطيب / دار المعرفة - بيروت.
- ٥٨- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني / أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (١١٢٥هـ) / دار الفكر - بيروت (١٤١٥هـ).
- ٥٩- الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش) / أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤هـ) / تحقيق: خليل المنصور / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م) الطبعة: الأولى.
- ٦٠- القاعدة الذهبية في المعاملات الإسلامية لا ضرر ولا ضرار / زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) / تحقيق: إيهاب حمدي غيث / دار الكتاب العربي / الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

- ٦١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام / أبو محمد عز الدين السلمي (٦٦٠ هـ) / دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٦٢- قواعد الفقه / محمد عميم الإحسان المجددي البركتي (٩٩٩ هـ) / الصدف بيلشرز - كراتشي (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م)، الطبعة: الأولى.
- ٦٣- القوانين الفقهية / محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (٧٤١ هـ).
- ٦٤- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل / عبد الله بن قدامة المقدسي (٦٢٠ هـ) / المكتب الاسلامي - بيروت.
- ٦٥- الكافي في فقه أهل المدينة / أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (٤٦٣ هـ) - دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٧ هـ) الطبعة: الأولى.
- ٦٦- كشاف القناع عن متن الإقناع / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ) - تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال / دار الفكر - بيروت (١٤٠٢ هـ).
- ٦٧- لسان العرب / محمد بن مكرم بن منظور المصري (٧١١ هـ) / دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى.
- ٦٨- المبسوط / شمس الدين السرخسي (٤٨٣ هـ) / دار المعرفة - بيروت.
- ٦٩- النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية / د. فهمي أبو سنة / دار التأليف - القاهرة.
- (١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م).
- ٧٠- المبدع في شرح المقنع / إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق (٨٨٤ هـ) / المكتب الإسلامي - بيروت (١٤٠٠ هـ).
- ٧١- مجلة التنوير / العدد الرابع / بحث التعسف في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي / د/ آدم دكم محمد هارون.
- ٧٢- مختار الصحاح / محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (٧٢١ هـ) / تحقيق: محمود خاطر / مكتبة لبنان، (١٤١٥ - ١٩٩٥ هـ).

٧٣- مختصر اختلاف العلماء / الجصاص / أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (٣٢١ هـ) / تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد / دار البشائر الإسلامية - بيروت (١٤١٧ هـ)، الطبعة: الثانية.

٧٤- المدخل لدراسة العلوم القانونية / د. خالد بن عبد العزيز الرويس، د. رزق بن مقبول الرئيس / مكتبة الشقري (١٤٣٣ هـ).

٧٥- المدونة الكبرى / مالك بن أنس (ت ١٧٩ هـ) / دار صادر - بيروت.

٧٦- مسند الشافعي / محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي (٢٠٤ هـ) / دار الكتب العلمية - بيروت.

٧٧- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه / أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناني (٨٤٠ هـ) / تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي / دار العربية - بيروت (١٤٠٣ هـ)، الطبعة: الثانية.

٧٨- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي / أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي (٧٧٠ هـ) / المكتبة العلمية - بيروت.

٧٩- المطلع على أبواب الفقه / محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو عبد الله (ت ٧٠٩ هـ)، / تحقيق: محمد بشير الأدلبي / المكتب الإسلامي - بيروت (١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م).

٨٠- معجم مقالات العلوم / أبو الفضل عبد الرحمن جلال الدين السيوطي (ت ٩١١ هـ) / تحقيق: أ.د. محمد إبراهيم عبادة / مكتبة الآداب - القاهرة / مصر (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م)، الطبعة: الأولى.

٨١- معجم مقاييس اللغة / أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥ هـ) / تحقيق: عبد السلام محمد هارون / دار الجليل - بيروت - لبنان (١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)، الطبعة: الثانية.

٨٢- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني / عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠ هـ) / دار الفكر - بيروت (١٤٠٥ هـ)، الطبعة: الأولى.

٨٣- المهذب في فقه الإمام الشافعي / إبراهيم بن علي الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ) / دار الفكر - بيروت.

٨٤- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل / محمد بن عبد الرحمن المغربي (٩٥٤) / دار الفكر - بيروت (١٣٩٨)، الطبعة: الثانية.

٨٥- نظرية التعسف في استعمال الحق / أحمد فهمي أبو سنة / مجلة الأزهر.

٨٦- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي / د. فتحي الدريني / مؤسسة الرسالة.

٨٧- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج / شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد... الرملي الشهير بالشافعي الصغير (١٠٠٤هـ) / دار الفكر للطباعة - بيروت (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).

٨٨- الهداية شرح بداية المبتدي / أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني (٥٩٣هـ) / المكتبة الإسلامية.

مواقع الشبكة الحاسوبية:

٨٩- الهيئة العامة للاستعلامات / بوابتك إلى مصر /

<http://www.sis.gov.eg/Ar/Templates/Articles/tmpArticles.aspx?CatID=4534#.VUMqKD9DEaI>

٩٠- صحيفة إيلاف الخليج / ديسمبر ٢١، ٢٠١٣، ٨٦٦٨٦، <http://www.elaphgulf.com/?p=8668>

٩١- جريدة الاقتصادية، الأحد ٣٠ رجب ١٤٣٤ هـ الموافق ٠٩ يونيو ٢٠١٣، العدد (٧١٨١).

٩٢- جريدة الرياض، الجمعة ٩ ربيع الآخر ١٤٣٣ هـ، ٢ مارس ٢٠١٢ م، العدد (١٥٩٥٧).

٩٣- صحيفة المدينة / ٢٠ / ٢ / ١٤٣٥ هـ - ٢٣ / ١٢ / ٢٠١٣ م / العدد: ١٨٥٠٦.

<http://www.al-madina.com/node/494363>

٩٤- جريدة الأهرام / <http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=895044&eid=573>

٩٥- جريدة السلام اليوم / صبرينة. ب، ١٩ / ٠٥ / ٢٠١٢.

٩٦- وزارة العدل / البوابة الالكترونية / حقوق المرأة في الأنظمة القضائية السعودية.

<http://www.moj.gov.sa/ar-sa/Pages/WomenRights.aspx>

٩٧- موقع: البوابة القانونية القطرية (الميزان) /

<http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=8812&lawId558&language=ar>

٩٨- الموقع الرسمي لوزارة العدل - الكويت.

٩٩- موقع دائرة الإفتاء العام - المملكة الأردنية الهاشمية /

<http://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=2069#.VUZElj9DEaI>

١٠٠ - موقع: مركز الدراسات القضائية التخصصي <http://www.cojss.com/vb/archive/index.php>

١٠١ - موقع وزارة الشؤون الاجتماعية/

<http://www.legal-agenda.com/newsarticle.php?id=462&lang=ar#.UvX04P1DEaI> / <http://mosa.gov.sa/portal>

١٠٢ - bbc الالكترونية الخميس، ٢٩ أغسطس / آب، ٢٠١٣، ٢٢:٠٢ GMT.

مجالات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته وفقاً للقانون الفلسطيني في محاكم قطاع غزة

إعداد

د. سامي محمد نمر أبو عرجة
أستاذ الفقه المقارن المشارك
جامعة الأزهر - غزة

د. نعيم سمارة المصري
أستاذ الفقه المقارن المشارك
جامعة الأزهر - غزة

أبيض

ملخص البحث

القضاء على الغائب من المسائل المهمة التي نحتاجها في واقعنا المعاصر، لذلك كان بحثنا في هذه المسألة، وتوصلنا إلى أنه لا يجوز القضاء على الشخص إذا كان داخل البلد وقدر القاضي على إحضاره لمجلس القضاء، حتى يحضر أو يقيم وكيلًا، فإن امتنع عن الحضور أو كان خارج البلد الذي تقام فيه الدعوى فيقضى عليه في الحقوق المالية، وختمنا المباحث بنماذج تطبيقية من المحاكم الشرعية في قطاع غزة حُكِمَ فيها على الغائب عن مجلس القضاء.

Abstract

This paper deals with the issue of trial in absentia in Islam, as one of significant issues in our contemporary reality. Hence, the researchers concluded that, it's prohibited to judge a person who is already existing in the country, where the judge can bring him for trial in the judicial council, unless he attends or hires an agent. If he refuses to attend, or was even outside the country, where the lawsuit was filed, he can be judged on the financial rights. Eventually, the researchers ended the sessions with some empirical cases from the Islamic courts in the Gaza Strip, where trial in absentia repeatedly took place.

أبيض

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول العدل والإنصاف
والتحكيم، وعلى آله وأصحابه قضاء الحق ومن سار على دربهم وانتهج نهجهم
قضاء وعدلاً إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية بنيت على الحق ونصرة أهله، ومن مقاصدها
الأساسية التي بنيت عليها المحافظة على حقوق الناس، ولذا شرع القضاء الذي
هو أساس العدل وهو يضبط حياة الناس حتى يطمئنوا على أنفسهم وأموالهم، لما
يتضمنه من حفظ الحق وصيانته من الاعتداء حيث إنه لا غنى للإنسان عن
الاختلاط بغيره الأمر الذي يؤدي إلى التنازع والتخاصم، لذلك كله كان القضاء
هو السلطة الوحيدة التي تنصف المظلوم، وتحمي الضعيف في مجتمع تتفاوت فيه
الأهواء وتتجاذبه المصالح.

والمسألة التي نبحثها في هذا المجال الواسع هي القضاء على الغائب، حيث
إنه من المتبادر إلى الذهن وفقاً للقواعد العامة التي تحكم القضاء أن تكون فرص
العدل والتكافؤ بين المتخاصمين متساوية في أداء البينات والدفاع من قبل المتهم،
ولكن قد يطرأ أحوال وظروف يكون فيها المدعى عليه غائبا عن البلد أو متوارياً
ومتخفياً فيها، فما العمل في مثل هذه الأحوال؟.

هل يقضى عليه مع غيابه وحرمانه من حق الدفاع ودحض البينات؟ أم يمنع
الحكم وتضييع الحقوق وتفتح أبواب أكل أموال الناس بالباطل، ومما يزيد الحاجة

إلى هذه المسألة تغير الظروف والأحوال من غياب الناس عن بلادهم مع وجود الحقوق لهم أو عليهم، فما هو دور القضاء لإحقاق الحق وإقامة العدل؟.

للإجابة على هذا التساؤل جاء بحثنا حكم القضاء على الغائب، وتكون الفائدة أكبر عندما يتضمن البحث الجانب التطبيقي، فكانت الدراسة التطبيقية لما عليه العمل في المحاكم الشرعية الفلسطينية في قطاع غزة.

وقد قسمنا البحث إلى مقدمة بينا فيها أهمية الموضوع وثلاثة مباحث وخاتمة ضمناها أهم النتائج والتوصيات:

المبحث الأول: تعريف القضاء والغائب وضوابط الغيبة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الغائب وضوابط الغيبة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الغائب لغة واصطلاحاً.

الفرع الثاني: ضوابط الغيبة.

المبحث الثاني: القضاء على الغائب، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القضاء على الغائب الموجود في بلد المدعي ولم يحضر إلى مجلس القضاء.

المطلب الثاني: القضاء على الغائب خارج بلد المدعي.

المبحث الثالث: مجالات القضاء على الغائب ونماذج تطبيقية وفقاً للقانون

الفلسطيني من المحاكم الشرعية بقطاع غزة: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مجالات القضاء على الغائب.

المطلب الثاني: نماذج تطبيقية للقضاء على الغائب وفقاً للقانون الفلسطيني

من المحاكم الشرعية بقطاع غزة.

المبحث الأول تعريف القضاء والغائب وضوابط الخيبة

المطلب الأول: تعريف القضاء لغةً واصطلاحاً:

أولاً: تعريف القضاء لغةً: القضاء أصله القطع والفصل يقال قضى عليه يقضي قضاءً فهو قاضٍ إذا حكم وفصل، ومادة قضى تطلق في اللغة على الفصل في الحكم يقال: قضى القاضي بين الخصمين، قطع بينهما في الحكم، وتطلق على الإلزام والإحكام والإمضاء والفراغ من الشيء، وعلى الحتم والأمر، وتأتي بمعنى البيان، والإتقان، والأداء، والإتمام والإكمال، والصنع، وغيرها^(١).

قال ابن منظور^(٢): «الْقَضَاءُ فِي اللُّغَةِ عَلَى وُجُوهِ مَرَجِعِهَا إِلَى انْقِطَاعِ الشَّيْءِ وَتَمَامِهِ، وَكُلُّ مَا أَحْكَمَ عَمَلُهُ أَوْ أُتِمَّ أَوْ خُتِمَ أَوْ أُدِّيَ آدَاءً أَوْ أُوجِبَ أَوْ أُعْلِمَ أَوْ أُنفِذَ أَوْ أُمِضِيَ فَقَدْ قُضِيَ».

ثانياً: تعريف القضاء اصطلاحاً:

تعريفات الفقهاء للقضاء متغايرة ولعل السبب في ذلك راجع إلى اختلاف نظرهم إلى القضاء، فالناظر إليه باعتباره صفة حكمية قائمة بالقاضي عرفه بأنه صفة.

وأما من نظر إليه باعتباره عملاً يقوم به القاضي فقد عرفه بأنه عمل يتولى القيام به القاضي^(٣)، ولعل هذا المعنى له ارتباط بالمعنى اللغوي للقضاء، الذي من

(١) لسان العرب ١٥/١٨٦، والعين ٥/١٨٥، ومختار الصحاح ص ٢٥٦، والقاموس المحيط ص ١٣٢٥، كما أن للقضاء معاني أخرى منها إمضاء القدر، والوفاء، الإعلام، والموت، والخلق.

(٢) لسان العرب ١٥/١٨٦، وذكر القول نفسه ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث والأثر ٧٨/٧٨.

(٣) شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٣، ومواهب الجليل ٦/٨٦، وشرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٣٨.

معانيه في اللغة الحكم والفصل والإلزام، والذي يتولى ذلك هو القاضي فإذا نظر القاضي في الدعوى المقدمة إليه فإنه يكون حكماً لأنه يتولى إصدار الحكم في تلك القضية، كما أنه يتمتع بصفة الإلزام فهو - أي القاضي - حكماً ملزماً. وإذا نظرنا في هذين المعنيين فإننا نلاحظ الفرق واضحاً بينهما.

فعلى المعنى الأول باعتبار القضاء صفة حُكمية فإن هذا الوصف يبقى قائماً بالشخص وهو القاضي سواء مارس القضاء أم لم يمارسه، بمعنى أن هذا الوصف يبقى ملازماً للقاضي سواء عرضت عليه قضية أم لا فهو في كل الأحوال قاضياً، غير أن المعنى الثاني يضفي صفة الواقعية على القاضي فهو لا يوصف بأنه قاض إلا إذا مارس القضاء، بينما لا يوصف بتلك الصفة في حال عدم ممارسته للقضاء ولم يجلس للفصل في المنازعات^(١).

وعلى كل الأحوال فهناك علاقة بين كلا المعنيين وذلك لأن الفصل بين المتخاصمين بصورة ملزمة لهم لا يتحقق بصورة فعلية إلا إذا قام بذلك من اتصف بصفة القضاء بمعنى أنه لا يتأتى ذلك من أي شخص، ولا يمارس ذلك العمل من لم تتوافر فيه الشروط الشرعية للقاضي، كما أن القضاء كصفة للقاضي لا يمكن تحقق معناه بدون الفصل في الخصومات وذلك لأن الصفات معان مستمدة ومستفادة من أحوال موصوفاتها.

تعريف القضاء باعتباره صفة حكيمية:

القضاء بهذا الاعتبار هو «صفة حُكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين»^(٢).

(١) المراجع السابقة.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٣.

تعريف القضاء باعتباره عملاً يقوم القاضي به:

فقهاء المذاهب الأربعة نظروا إلى القضاء باعتباره عملاً يقوم به القاضي وعرفوه على النحو الآتي:

عرفه الحنفية بقولهم هو: فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص^(١).

وعرفه المالكية بأنه: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام^(٢).

وعرفه الشافعية بأنه: فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى^(٣).

وعرفه الحنابلة بقولهم هو: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات^(٤).

رأي الباحثين:

يتضح لنا بعد إيراد تعريف القضاء عند أصحاب المذاهب الأربعة بأنها تتفق في أن القضاء هو الفصل في الخصومة، وأن أساس الفصل بين المتخاصمين هو حكم الشارع، وأن الحكم الصادر من القاضي يكون على سبيل الإلزام. وبناءً على ذلك يمكن أن نخلص إلى أن القضاء هو: الفصل بين المتخاصمين ببيان حكم الشرع على سبيل الإلزام.

المطلب الثاني: تعريف الغائب وضوابط الغيبة:

الفرع الأول: تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً:

أولاً: الغائب لغةً^(٥): الْغَيْبُ: كل ما غاب عنك، وغاب عني الأمر غيباً،

(١) حاشية ابن عابدين ٣٥٢/٥، ولسان الحكام ص ٢١٨، والبنية شرح الهداية ٣/٩.

(٢) مواهب الجليل ٨٦/٦، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٣٣٨/٢، والثمر الداني ص ٦٠٤.

(٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٦١٢/٢، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج في شرح المنهاج ١٠١/١٠، والفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ١٧١/٨.

(٤) الروض المربع شرح زاد المستقنع ص ٧٠٤، ومطالب أولي النهى ٤٣٧/٦، والشرح المتمع على زاد المستقنع ٤٣٣/١٥.

(٥) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ١٩٦/١، ولسان العرب ٦٥٥/١، وتاج العروس ٤٩٧/٣.

وغياباً، وغيبةً، وغيوبةً، وغيوباً، ومغاباً، ومغيباً، وجمع الغائب غيب وغياب وغيب، وأغابت المرأة، إذا غاب عنها زوجها، فهي مُغيبة بالهاء، والغيب كل ما غاب عن العيون.

ثانياً: الغائب اصطلاحاً:

يراد به الشخص المدعى عليه وله حالتان^(١):
الأولى: أن يكون موجوداً في البلد الذي رفعت فيه الدعوى ولكنه مستنكف وممتنع عن الحضور إلى مجلس القضاء، أو أن القاضي غير قادر على إحضاره بسبب سلطته أو اختفائه.

الثانية: أن يكون المدعى عليه خارج البلد الذي رفعت فيه الدعوى.

الفرع الثاني: ضوابط الغيبة:

الغائب عن مجلس القضاء إما أن يكون في البلد لكنه مستتر أو صاحب سلطة، أو أن يكون خارجاً عنها.

ففي الحالة الأولى يطلب منه القاضي الحضور أو توكيل غيره عنه، فإن حضر أو وكل قام القاضي بإعلامه بموضوع الدعوى ويمهله مدة معينة، ولا يقوم القاضي بالنظر في القضية حتى يحضر الخصم المدعى عليه أو وكيله إلى مجلس القضاء فإن لم يحضر أبلغه القاضي مرة ثانية، فإن كان امتناعه عن الحضور لغير عذر يمنعه من ذلك فللقاضي أن يحضره جبراً عنه^(٢).

أما إذا كان المدعى عليه غائباً خارج البلد بعيداً عنها فإن الفقهاء قد وضعوا ضوابط لتحديد الغائب على النحو التالي:

(١) العناية شرح الهداية ٣٠٨/٧، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٦٦٧/٤، والقوانين الفقهية ص ١٩٧، والحاوي الكبير ٢٩٦/١٦، ومغني المحتاج ٣٠٨/٦، وجواهر العقود ٢٨٧/٢، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى ٢٨٩/٧، وكشاف القناع ٣٥٥/٦.

(٢) القوانين الفقهية ١٩٧/٢، وشرح مختصر خليل للخرشي ١٥٦/٧، وروضة الطالبين ١٩٤/١١، ومغني المحتاج ٣٢١/٦ وما بعدها، والغرر البهية ٢٦٦/٥، وشرح منتهى الإرادات ٥١٠/٣، ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٤٩٧/٦، ومجموع الفتاوى ٣٩٧/٣٥، والمغني ٩٧/١٠.

أولاً: ضابط الغيبة عند الحنفية: وضع الحنفية ضابطاً حددوا بموجبه الغياب حتى يقال عن الشخص أنه غائب عن مجلس القضاء وهو أن يكون الشخص غائباً عن البلد الذي رفعت فيه الدعوى، أو يكون غائباً عن المجلس بحيث لا يدرى موضعه ويكون مجهولاً، أو يدرى ولكن يعجز عن إحضاره للمجلس^(١).

ثانياً: ضابط الغيبة عند المالكية:

الغائب عند المالكية ثلاثة أقسام: غائبٌ غيبةً قريبةً، وغائبٌ غيبةً متوسطةً، وغائبٌ غيبةً بعيدةً.

فالغائب غيبةً قريبةً: هو المدعى عليه الغائب عن مجلس القضاء مسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة^(٢).

وأما الغائب غيبةً متوسطةً: فهو البعيد عن مجلس القضاء مسيرة عشرة أيام ونحوها.

والغائب غيبةً بعيدةً هو من كان بعيداً بعداً يفوق مسافة بعد الغائب غيبةً متوسطةً^(٣).

ثالثاً: ضابط الغيبة عند الشافعية:

للسافعية في تحديد من هو الغائب ثلاثة أقوال^(٤):

القول الأول: الغائب هو من كان بعيداً عن مجلس القضاء، بحيث يترتب على حضوره أن يعود متأخراً إلى بيته.

القول الثاني: أن يكون المدعى عليه خارج نطاق صلاحيات القاضي - أي خارج ولايته -.

(١) البحر الرائق ١٧/٧، وحاشية ابن عابدين ٤٠٩/٥.

(٢) تبصرة الحكام ٩٨/١ و ١٥٤، وحاشية الدسوقي ١٦٢/٤، ومنح الجليل ٣٧١/٨، والبيان والتحصيل ١٨٠/٩.

(٣) مثل لذلك المالكية بقولهم كأن تكون الدعوى في مكة والغائب في أفريقيا، أو أن تكون الدعوى في المدينة المنورة والغائب في الأندلس، أو خراسان، تبصرة الحكام ٩٨/١، والتاج والإكليل ١٥١/٨.

(٤) مغني المحتاج ٣٢١/٦، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج ١٨٦/١٠، وجواهر العقود ٢٨٧/٢.

القول الثالث: الغائب هو البعيد عن مجلس القضاء مسافة قصر الصلاة^(١).

رابعاً: ضابط الغيبة عند الحنابلة:

الغائب هو من كان بعيداً عن مجلس القضاء مسافة القصر أو أكثر^(٢).

الترجيح:

بالنظر إلى الضوابط التي وضعها الفقهاء لتحديد الغيبة عن مجلس القضاء فإن الباحثين يريان أن ما ذهب إليه الحنفية الذين قسموا الغيبة إلى قسمين هو الأقرب حيث إنه في قسمه الأول يتمشى مع واقعنا المعاصر، لأن ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة في تحديدهم لمفهوم الغيبة والبعد عن مجلس القضاء بالاعتماد على مسافة قصر الصلاة أو اليوم واليومين أو أكثر، أو التأخر في الوصول إلى البيت بعد جلسة القضاء، لا تعتبر ضوابط تتوافق مع الواقع المعاصر اليوم من سهولة التنقل والاتصال داخل الدولة الواحدة، ولم يعد اليوم واليومان أو مسافة القصر مقياساً للبعد في العرف المعاصر.

وأما القسم الثاني من الغيبة الذي اعتمده الحنفية ولم يشر إليه أي من المذاهب الفقهية الأخرى وهو أن يكون المدعى عليه مجهول الإقامة حتى ولو كان في نفس البلد فهو يدخل في حكم الغائب عن البلد، وبذلك يعتبر ضابط الحنفية للغيبة عن مجلس القضاء في وجهة نظر الباحثين هو أدق الضوابط وأنسبها للواقع المعاصر.

وهذا ما ألمح إليه الإمام الشوكاني^(٣) حيث قال: «وأما قدر مسافة الغيبة فينبغي تفويض النظر فيه إلى الحاكم المجتهد لاختلاف الأحوال باختلاف الأشخاص والأحوال».

(١) مسافة قصر الصلاة تقدر اليوم بحوالي ٨٩ كم، الفقه الإسلامي وأدلته ٣/ ١٦٩٥.

(٢) المغني ١٠/ ٩٦، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٧/ ٢٨٨ وما بعدها، والمبدع ٨/ ٢٠٨.

(٣) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ص ٨٢٨.

المبحث الثاني القضاء على الغائب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القضاء على الغائب الموجود في بلد المدعي ولم يحضر إلى مجلس القضاء:

إذا كان المدعى عليه الغائب عن مجلس القضاء موجوداً في نفس بلد المدعي فللفقهاء في ذلك مذهبان:

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى القول بعدم القضاء على الغائب في هذه الحالة مطلقاً بمعنى لا يقضى له أو عليه ويشترط للقضاء عليه أن يحضر أو يرسل عنه وكيلاً يقوم مقامه^(١).

المذهب الثاني: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأنه في حالة ألا يمتنع المدعى عليه الغائب عن الحضور فلا يجوز القضاء عليه قبل حضوره إلى مجلس القضاء وسماعه، فإن امتنع عن الحضور أو توارى أو اختفى فإنه يُقضى عليه^(٢).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لعلي - رضي الله عنه - حين أرسله إلى اليمن «فلا تقضينَّ حتى تسمعَ من الآخر، كما سمعتَ من الأول، فإنه أحرى أن يتبينَ لك القضاء»^(٣).

(١) البناية شرح الهداية ٥٢/٩، وفتح القدير ٣٠٨/٧.

(٢) الذخيرة ١١٣/١٠ وما بعدها، والمهذب ٤٠١/٢، ونهاية المطلب في دراية المذهب ٥٢٧/١٨، والإنصاف ٣٠١/١١، والمغني ٩٧/١٠، والنظام القضائي في الإسلام، ص ٦٩ وما بعدها.

(٣) الحديث أخرجه الإمام أبو داود في سننه في كتاب الأفضية باب كيف القضاء، والإمام الترمذي في سننه في كتاب =

وجه الدلالة من الحديث: يدل الحديث بمنطوقه الصريح على عدم جواز الحكم على الغائب والمنع منه لأن صيغة النهي في قوله «لا تقض» دالة على التحريم، فلا يجوز الحكم وأحد الخصمين غائب عن مجلس القضاء، ووجه المنع عدم سماع قوله.

ولأن العمل ببينة المدعي لقطع المنازعة، ولا منازعة دون إنكار، ولم يوجد. ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامه مختلفة^(١).

استدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

إن القضاء على الغائب في هذه الحالة لا يجوز لإمكانية سؤاله ويلحق بمن حضر مجلس الحكم فإن كلا الاثنين السؤال في حقهما ممكن، أما في حال امتنع عن الحضور أو توارى أو اختفى فإنه يقضى عليه لتعذر إمكانية سؤاله. ولحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢). ولأن الحقوق تضيع لو لم يحكم عليه حال امتناعه. ولأنه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه حتى ولو لم يمتنع عن الحضور^(٣).

جاء في المذهب: «وإن ادعى على حاضر في البلد يمكن إحضاره... تسمع الدعوى والبينة ويقضى بها بعدما يحلف المدعي لأنه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد والمستتر في البلد»^(٤).

= الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، وقال عنه حديث حسن، جامع الأصول ١٧٤/١٠.

(١) موسوعة القواعد الفقهية المسماة بالتجريد ١٢/٦٥٥٤، وفتح القدير ٧/٣٠٨.

(٢) الحديث أخرجه الإمام البيهقي في سننه في كتاب الدعوى والبيّنات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، السنن الكبرى ١٠/٤٢٧، قال الألباني صحيح، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ٦/٣٥٧.

(٣) موسوعة القواعد الفقهية المسماة بالتجريد ١٢/٦٥٥٤، وفتح القدير ٧/٣٠٨.

(٤) المذهب ٣/٤٠١.

جاء في المغني: «فأما الحاضر في البلد، أو قريب منه، إذا لم يمنع من الحضور، فلا يقضى عليه قبل حضوره... فإن امتنع من الحضور أو توارى، فظاهر كلام أحمد جواز القضاء عليه»^(١).

الترجيح:

بعد إيرادنا لمذاهب الفقهاء في هذه المسألة يترجح لدينا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة القائلين: بأنه ما دام أن المدعى عليه الغائب لم يمتنع عن الحضور إلى مجلس الحكم فلا يجوز القضاء عليه قبل حضوره إلى مجلس القضاء، لأنه يمكن سؤاله فلا يجوز الحكم عليه قبله، فإذا امتنع عن الحضور فإنه يقضى عليه لحفظ الحقوق لأهلها، وما استدلل به الحنفية من عدم جواز القضاء بين الخصمين حتى يسمع من الآخر عملاً بقول النبي ﷺ لعلي - رضي الله عنه - حين أرسله إلى اليمن «فلا تقضينَّ حتى تسمعَ من الآخر، كما سمعتَ من الأول، فإنه أحرى أن يتبينَ لك القضاء»^(٢)، لا يتعارض مع ما رجحناه وذلك يكون في حال حضور الخصمين، أما إذا امتنع المدعى عليه من الحضور وهو موجود في البلد واستتر أو احتوى بسلطة فإن عدم القضاء عليه يؤدي إلى فوات الحقوق وضياعها وهو ما لم يقصده الشارع.

المطلب الثاني: القضاء على الغائب خارج بلد المدعي:

وقع الخلاف بين الفقهاء في حكم القضاء على الغائب الموجود خارج بلد المدعي ولم ينب عنه أحداً بدلاً منه إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد ورواية للإمام أحمد وابن الماجشون من المالكية^(٣) إلى عدم جواز القضاء على الغائب مطلقاً.

(١) المغني ٩٧/١٠.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦، والبحر الرائق ١٧/٧، واللباب في شرح الكتاب ٨٨/٤، وبداية المجتهد ٢٥٥/٤، والقوانين الفقهية ص ١٩٧، والمحرر في الفقه ٢/٢١٠، المغني ٩٥/١٠.

المذهب الثاني: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف والمتأخرون من الحنفية والظاهرية^(١) إلى جواز القضاء على الغائب من حيث الجملة.

قال ابن عابدين^(٢): «قال في جامع الفصولين: قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب، وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع، ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازاً أو فساداً».

وقال أيضاً^(٣): «لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي أن يحكم على الغائب وللغائب وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه».

الأدلة:

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول القائلين بمنع القضاء على الغائب بالكتاب والسنة والآثار والمعقول.

أولاً: الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (ص: ٢٦).

(١) البحر الرائق ١٧/٧ وما بعدها، واللباب في شرح الكتاب ٨٨/٤، وبداية المجتهد ٤/٢٥٥، والقوانين الفقهية ص ١٩٧، وروضة الطالبين ١١/١٧٥، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج ١٠/١٦٣، وشرح الزركشي على مختصر الخرقى ٧/٢٨٧، والمحزر في الفقه ٢/٢١٠، والمحل ٨/٤٣٤ وما بعدها.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٤١٤.

(٣) حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ١٧/٧.

وجه الدلالة من الآية: تدل الآية في قوله عز وجل: ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ على وجوب القضاء بين الخصمين فيما يتعلق بالدعوى المرفوعة بين يدي القاضي بالحق، ولا يتأتى هذا الأمر إلا بحضور طرفي الدعوى وسماع حجة كل واحد منهما، وفي حالة القضاء على الغائب عن مجلس الحكم لا يكون القضاء إحقاقاً للحق الذي أمرت به الآية وفي هذا إشارة مستفادة من الآية تمنع القضاء على الغائب، ولعله في حالة الحكم غيابياً على أحد الخصمين فيه اتباع للهوى الذي أشارت إليه الآية والمؤدي إلى الضلال وضياع الحقوق^(١).

ثانياً: السنة:

١- عن أم سلمة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَلَا يَأْخُذْ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: دل منطوق الحديث الصريح في قوله ﷺ: «وأقضي له على نحو ما أسمع» على أن القاضي لا ينبغي له أن يحكم في الدعوى المرفوعة بين يديه إلا بسماعه حجة كل خصم من الخصوم، وهذا لا يكون متحققاً إلا بوجود طرفيها، والقضاء على الغائب عن مجلس القضاء دون سماع حجته فيه مخالفة لمنطوق الحديث الصريح^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٣، والعناية شرح الهداية ٧/ ٣٠٨.

(٢) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب الحيل، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت، صحيح البخاري ٩/ ٢٥، والإمام مسلم في صحيحه في كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة. صحيح مسلم ٣/ ١٣٣٧.

(٣) عمدة القاري ٢٤/ ٢٥٧.

وهذا الحديث عمدة من منع القضاء على الغائب، قال ابن رشد: «وعمدة من لم ير القضاء قوله ﷺ: «فإنما أقضي له بحسب ما أسمع»^(١).

٢- قول علي - ﷺ - : «بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تُرْسِلُنِي وَأَنَا حَدَّثُ السَّنِّ، وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟ فَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ، وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخَصْمَانِ، فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ، كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: يدل الحديث على وجوب القضاء على الخصمين وهما حاضران وذلك لقوله ﷺ (فإذا جلس بين يدك الخصمان) في معرض بيانه ﷺ لعلي - ﷺ - كيفية القضاء ومفهوم المخالفة من هذا النص أن القضاء لا يكون موافقاً لهذه الكيفية في حال غياب أحد الخصمين وكذلك يدل الحديث في نهيه ﷺ عن القضاء حتى يسمع كلام الآخر على عدم جواز القضاء على الغائب عن مجلس الحكم، والنهي يدل على التحريم، كما أن القضاء بالحق للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهياً عنه^(٣).

قال القدوري بعد أن ذكر هذا الحديث: «هذا نص في منع الحكم على الغائب لأنه لم يسمع قوله»^(٤).

قال الشوكاني: «فيه دليل على أنه يحرم على الحاكم أن يحكم قبل سماع حجة كل واحد من الخصمين واستفصال ما لديه والإحاطة بجميعه والنهي يدل على قبح المنهي عنه والقبح يستلزم الفساد فإذا قضى قبل السماع من أحد الخصمين كان حكمه باطلاً»^(٥).

(١) بداية المجتهد ٤/ ٢٥٥.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) المبسوط ١٧/ ٣٩، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٢٣، وفتح القدير لابن الهمام ٧/ ٣٠٨، وفتح الباري ١٣/ ١٧١.

(٤) التجريد ١٢/ ٦٥٥٤، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢.

(٥) نيل الأوطار ٨/ ٣١٧.

٣- عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا ابْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَلَا يَقْضِ وَهُوَ غَضْبَانٌ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمْ فِي النَّظَرِ وَالْمَجْلِسِ، وَالْإِشَارَةِ، وَلَا يَرْفَعُ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فَوْقَ الْآخَرِ»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن الأمر الوارد في هذا الحديث هو الذي يقتضي التسوية بين الخصمين في كل من النظر والمجلس، والإشارة فيه دلالة واضحة على وجوب حضور كل من الخصمين، لأنه لا تتأتى المساواة المطلوبة في الحديث مع غياب أحدهما، فالقول بجواز القضاء على الغائب فيه مخالفة للأمر بالتسوية بين الخصمين، كما أن النهي عن رفع الصوت الوارد في الحديث فيه دلالة واضحة على وجوب حضور الخصمين^(٢).

٤- عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ لِعَمْرٍو: «اقْضِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: أَقْضِي بَيْنَهُمَا وَأَنْتَ حَاضِرٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: نَعَمْ عَلَى أَنَّكَ إِنْ أَصَبْتَ فَلَكَ عَشْرُ أَجُورٍ وَإِنْ اجْتَهَدْتَ فَأَخْطَأْتَ فَلَكَ أَجْرٌ»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: يدل الحديث على أن النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يقضي بين الخصمين الحاضرين في مجلس القضاء وأمره أن يقضي بينهما بالحق، ويفهم من هذا الحديث أنه حال غياب أحد الخصمين عن مجلس القضاء يكون الحكم مخالفاً للوجه الذي وقع بحضرة النبي ﷺ^(٤).

٥- قال النبي ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(٥).

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده، مسند أم سلمة زوج النبي ﷺ ١٢/٣٥٦، وقال عنه الألباني: ضعيف جداً، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة ٢١٩/٥.

(٢) فتح الباري ١٣/١٧١.

(٣) الحديث أخرجه الحاكم في مستدركه، في كتاب الأحكام، وقال عنه: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة، المستدرک على الصحيحين ٤/٩٩.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٢٢٣.

(٥) الحديث سبق تخرجه.

وجه الدلالة من الحديث: قال القدوري: «فأثبت البينة من جهة المدعي ولا يكون مدعياً حتى يجحد خصمه، ونحن لا نعلم أن الغائب ينكر فلا يكون الحاضر مدعياً فلا تسمع بينة، ولأن البينة معنى يختص بالحاكم فغيبه الخصم تمنع الحكم بها ابتداءً»^(١).

ثالثاً: الآثار:

١- عن عمرو بن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - قال: أتى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - رجل قد فقئت عينه فقال له عمر: تحضر خصمك فقال له: يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معاً، فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء»^(٢).

وجه الدلالة من الأثر: أن قول عمر - رضي الله عنه - «تحضر خصمك» يدل على أن القضاء لا يكون متحققاً إلا بوجود الخصمين، ولذا امتنع عن الفصل في القضية بوجود أحدهما دون الآخر، ولو كان القضاء على الغائب مشروعاً وصحيحاً لنظر في القضية بدون حضوره.

٢- عن الشعبي قال سمعت شريحاً يقول «لا يُقضى على غائب»^(٣).

وجه الدلالة: يدل قول شريح وهو إمام في القضاء على النهي عن الحكم في دعوى أحد طرفيها غائب عن مجلس القضاء.

(١) التجريد ١٢/ ٦٥٥٥.

(٢) ذكره ابن حزم في المحلى ٤٣٦/ ٨، وقال في معرض رده: «لا يصح عنه لأنه من طريق محمد الغفاري عن ابن أبي ذئب الجهني، ولا يدرى من هما في خلق الله تعالى» المحلى ٤٣٧/ ٨.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب البيوع، باب لا يقضى على غائب، ولم أعثر على حكم له مصنف عبد الرزاق الصنعاني ٣٠٤/ ٨، وقال ابن حزم: «لا يصح عنه لأنه عن مجالد، ومجالد ضعيف» المحلى ٤٣٨/ ٨.

رابعاً: المعقول:

استدل المانعون من القضاء على الغائب على رأيهم من المعقول بالآتي:

١- لو جاز الحكم على الغائب لم يكن الحضور واجباً عليه^(١).

قال القدوري: «لو ساغ الحكم بالبينة لم يكن للإحضار وإلحاق الضرر بالخصم وقطعه عن أشغاله معنى»^(٢).

٢- إن المدعي إذا أقام بينة على دعواه فإنها لا يبنى عليها حكم، ولا تكون حجة إلا إذا لم يستطع المدعى عليه ردها، والطعن فيها، وهذا لا يكون مع غيابه عن مجلس القضاء^(٣).

٣- إن القاضي إذا قضى للمدعي بالحق الذي يدعيه في حال غياب خصمه عن مجلس القضاء، وقبل سماع حجته فإنه يخالف أصل القضاء الذي ينبغي أن يسمع فيه كلام الخصمين^(٤).

٤- القضاء في حال غيبة المدعي يفوت أحد الشرطين وهو الدعوى، وبغية المدعى عليه يفوت الشرط الآخر وهو الإنكار، وفوات شرط الشيء كفوات ركنه في امتناع العمل به^(٥).

أدلة المذهب الثاني القائلين بجواز القضاء على الغائب:

استدل جمهور الفقهاء القائلين بجواز القضاء على الغائب بالكتاب والسنة والإجماع والآثار والمعقول.

(١) فتح الباري ١٣/ ١٧١.

(٢) التجريد ١٢/ ٦٥٥٧. وفتح القدير لابن الهمام ٧/ ٣٠٨.

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٢/ ١٢١.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٣.

(٥) المبسوط ١٧/ ٤٠، وفتح القدير لابن الهمام ٧/ ٣٠٨.

أولاً: الكتاب:

١ - قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ (النساء: ١٣٥).

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَعِّظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (الطلاق: ٢).

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾ (النحل: ٩٠).

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾ (النساء: ٥٨).

وقوله تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ (ص: ٢٦).

وجه الدلالة من الآيات: عموم هذه الآيات يوجب إقامة العدل بين الناس واعتماد البيّنات الموصلة إلى الحق في الحكم بين المتخاصمين، وهي عامة لم تفصل بين حاضر أو غائب، فيشمل ذلك القضاء على الخصمين وهما حاضران أو غاب أحدهما^(١).

ثانياً: السنة:

١ - قال النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: هذا الحديث عام ولم يفصل في كون المدعى عليه حاضراً أو غائباً^(٣).

(١) الذخيرة ١٠/ ١١٣، والحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٨، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج ٤/ ٣٦٠، والمحلّى ٨/ ٤٣٨ وما بعدها.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) العناية شرح الهداية ٧/ ٣٠٩، والذخيرة ١٠/ ١١٣.

٢- عن عائشة رضي الله عنها: «أَنَّ هندا قالت للنبي ﷺ: «إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، فَأَحْتَاجُ أَنْ أَخْذَ مِنْ مَالِهِ، قَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»^(١).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ قضى على أبي سفيان وهو غائب عن مجلس القضاء، مما يدل على مشروعية القضاء على الغائب فلو لم يكن القضاء على الغائب مشروعاً لما قضى عليه النبي ﷺ^(٢)، وهذا ما فهمه الإمام البخاري من الحديث حيث عنون للباب بقوله: «باب القضاء على الغائب»^(٣).

ثالثاً: الإجماع:

نقل غير واحد من أهل العلم إجماع الصحابة رضوان الله عنهم^(٤) على جواز القضاء على الغائب وأنه لم ينتقل عن أحد منهم خلاف ذلك.

قال الماوردي: «القضاء على الغائب إجماع»^(٥)، وقال بعد أن أورد قضاء عمر - رضي الله عنه - : «وليس له مع انتشار قوله مخالفاً فكان ذلك إجماعاً»^(٦).

رابعاً: الآثار وعمل السلف:

نقل عن الصحابة رضوان الله عليهم القضاء على الغائب بموجب بينة مرفوعة فحكموا بها على من كان غائباً عن مجلس قضائهم ومن ذلك:

قضاء عمر - رضي الله عنه - على الأسيفع حيث قال على المنبر «فإن الأسيفع أُسِفِعَ جُهِينَةٌ قَدْ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ أَنْ يُقَالَ: سَبَقَ الْحَاجُّ إِلَّا أَنَّهُ قَدْ أَدَّانَ مُعْرِضاً فَأَصْبَحَ قَدْ دِينَ بِهِ، فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ نُقَسِّمَ مَالَهُ بَيْنَ غَرْمَائِهِ»^(٧).

(١) الحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في كتاب القضاء، باب القضاء على الغائب، صحيح البخاري ٧١/٩.

(٢) أسنى المطالب ٣١٥/٤، والغني ٩٦/١٠، وفتح الباري ٥١٠/٩، وسبل السلام ٣١٩/٢.

(٣) صحيح البخاري ٧١/٩.

(٤) الذخيرة ١٠٤/١٠، والحاوي الكبير ٢٩٨/١٦.

(٥) الحاوي الكبير ٢٩٨/١٦.

(٦) المرجع السابق.

(٧) أخرج الإمام البيهقي في سننه في كتاب جماع أبواب ما على القاضي في الخصوم والشهود، باب من أجاز القضاء =

وجه الدلالة يظهر لنا من خلال قضاء عمر - رضي الله عنه -، حيث إنه قضى على الغائب ولو لم يكن ذلك القضاء مشروعاً لما عمل به عمر - رضي الله عنه - فقد اشتهر قضاؤه بين الصحابة ولم يعلم له منكر فكان ذلك إجماعاً^(١)، وهذا ما فهمه الإمام البيهقي من هذا الأثر حيث وضعه تحت عنوان القضاء على الغائب.

ومن عمل السلف: ما روي عن سعيد بن المسيب في حكم الفقيد بين الصفيين تتربص امرأته سنة^(٢).

وما ورد عن جرير أنه قال: سمعت ابن شبرمة يقول: أحكم على الغائب كما أحكم على الحاضر^(٣).

خامساً: المعقول:

استدل الجمهور على قولهم بجواز القضاء على الغائب من المعقول بالآتي:
١ - بالقياس حيث قاسوا البيئة المقامة على الغائب عن مجلس القضاء على البيئة المقامة على الحاضر بجامع العلة المشتركة بينهما وهي أن كلا منهما بيئة مظهرة للحق ويبنى عليها القاضي حكماً فكما يجوز القضاء بالبيئة على الحاضر يجوز القضاء بها على الغائب^(٤).

٢ - كذلك قاسوا الحكم على الغائب عن مجلس القضاء على الحكم على من كان مفقوداً والذي لم تعلم حياته من موته بجامع العلة المشتركة بينهما وهي الغياب، فلما أجاز الحكم على المفقود أجاز الحكم على الغائب^(٥).

= على الغائب، السنن الكبرى ٢٣٨/١٠، قال الألباني: ضعيف، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ٢٦٢/٥.

(١) الحاوي الكبير ٢٩٨/١٦.

(٢) الأثر ذكره الإمام البخاري تعليقا في صحيحه في كتاب الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله ٥٠/٧، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح، باب ومن قال: تعتد وتزوج ولا تربص ٥٢١/٣ رقم ١٦٧١٩، وذكره ابن قدامة في المغني ١٣١/٨، ولم نقف على حكم عليه فيما توفر لدينا من مراجع غير أنه روي في صحيح البخاري بصيغة الجزم حيث قال البخاري: «وقال ابن المسيب».

(٣) الأثر ذكره وكيع في أخبار القضاة ٨٨/٣، ولم نقف على حكم عليه فيما توفر لدينا من مراجع.

(٤) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦، والذخيرة ١١٤/١٠، والمغني ٩٦/١٠.

(٥) الذخيرة ١١٤/١٠.

٣- الأصل في القضاء الحكم بالبينة التي يحضرها المدعي شاهدة له على إثبات حقه حتى ولو كان الخصم المدعى عليه غائباً عن مجلس القضاء، والقول بتأجيل القضاء إلى حضور الخصم الغائب فيه إطالة أمر بقاء الحق في يد من لا يستحقه، وهذا يتنافى مع العدل الذي يقضي بإرجاع الحقوق لأصحابها وخاصة التي يؤيدها بينة عادلة.

قال العز بن عبد السلام: «يجب القضاء على الغائب لما في تأخيرته إلى حضوره من استمرار المفسدة»^(١).

قال ابن حزم: «صح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر وما ندرى في الضلال أعظم من فعل حاكم شهد عنده العدول بأن فلاناً الغائب قتل زيداً عمداً أو خطأ، أو أنه غصب هذه الحرة أو تملكها... فلا يلتفت إلى كل ذلك»^(٢).

المناقشة والترحيح:

أولاً: ناقش الجمهور الذين أجازوا القضاء على الغائب أدلة المانعين بما يلي:

١ - إن ما استدلوا به من القرآن الكريم يجاب عنه بأن الآية عامة لم تبق على عمومها حيث جاءت الأدلة التي أوردناها بتخصيصها والتي فيها جواز القضاء على الغائب.

٢ - إن القضاء على الغائب بينة عادلة يقيمها المدعي هو قضاءً بالحق وهو مأمورٌ به، وإنما نهى الشارع في هذه الآية ونحوها عن القضاء على الحاضر بدعوى خصمه دون أن يسمع القاضي حجته، أو القضاء على الغائب بلا بينة من خصمه^(٣).

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأناس ٤٣/٢.

(٢) المحلى ٤٣٨/٨.

(٣) بدائع الصنائع ٢٢٢/٦.

٣- لا نسلم لكم بأن حديث أم سلمة رضي الله عنها فيه دلالة على المنع من القضاء على الغائب حيث إن الخصمين وإن حضرا معاً عند النبي ﷺ وصدر قضاؤه بحسب البيئة التي سمعها منها، فإن كون السماع هنا في هذا الحديث طريقاً للحكم لا ينفي أن يثبت الحكم بطريق آخر غيره، ومن تلك الطرق التي يثبت بها الحكم القضاء على الغائب، والحديث ليس فيه دلالة صريحة على منع القضاء على الغائب.

قال الشوكاني: «التنصيص على السماع لا ينفي كون غيره طريقاً للحكم»^(١). وقد أورد ابن حزم في معرض مناقشته للمانعين من القضاء على الغائب والمستدلين بهذا الحديث تناقضهم لهذا الأصل من منع الحكم على الغائب من وجه وجواز الحكم بالنفقة عليه من وجه وقولهم يحكم بها القاضي لمن ادعى استحقاقها لزوجته وأولاده الصغار، وكذلك حكمهم على المرتد إذا لحق بدار الحرب أنه ميت وهو حي غائب وبقسمة ماله على ورثته^(٢).

٤- إن استدلالهم بحديث علي - رضي الله عنه - لا يصح فهو حديث ضعيف. قال ابن حزم: «لو صحت الأخبار التي قدمنا لما كان لهم بها متعلق أصلاً؛ لأنه ليس فيها أن لا يقضى على غائب، بل فيها أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه دون سماع حجته وهذا شيء لا نخالفهم فيه»^(٣).

٥- حديث أم سلمة رضي الله عنها الذي فيه قوله ﷺ «إذا ابتلى أحدكم...» فهو حديث ضعيف^(٤).

(١) نيل الأوطار ٨/ ٣٣٢.

(٢) المحلى ٨/ ٤٣٥.

(٣) المرجع السابق ٨/ ٤٣٧.

(٤) سبق تخريجه وبيان حكمه.

٦- حديث عمرو بن العاص - رضي الله عنه - يعترض عليه أن الحاكم الذي أخرج الحديث لم يذكر لفظة الحق، ومع التسليم بثبوتها وصحتها فإننا لا نسلم بقولهم إن الحكم بالبيينة ليس حكماً لاحتمال الكذب فيها غير أن الضرورة هي التي دعت الفصل بها بين الخصمين حيث يرد عليه من وجهين:

(أ) إن احتمال الكذب في الإقرار على النفس بحق للغير أمر قائم كقيامه في البيينة كما قلتم، ولذا يلزم أن تقولوا في الإقرار قولكم بالبيينة، وهو ما لا تقولون به فضلاً عن ذلك فإن احتمال الكذب في البيينة المسموعة ضد الغائب أمر متوهم كما هو عند سماعها في حق الحاضر، فكما يحكم بموجبها عند الحاضر يحكم بها على الغائب.

(ب) البيينة إحدى وسائل الإثبات في القضاء وإذا كان الأمر كذلك فإن القضاء بالبيينة العادلة إقامة للعدل وتنفيذ للحق، لا كما تقولون، وبالتالي يصح الحكم على الغائب كالحاضر.

٧- نوقش استدلالهم بقصة عمر - رضي الله عنه - في حق الرجل الذي فقأت عينه بأنها قصة ضعيفة وسبب ذلك وجود راويين مجهولين في سندها فضلاً عن انقطاع السند في موضع آخر^(١).

٨- ما ورد من الاستدلال بقول شريح لا يقضى على الغائب لا نسلم لكم بهذا الاستدلال، لأن قول شريح في سنده راوٍ ضعيف^(٢)، ولو سلمنا بصحة الخبر فإنه لا يترك قول النبي ﷺ لأجل قول غيره.

٩- إن جميع ما ذكر من وجوه المعقول لا يؤخذ بها وذلك لمعارضتها الصريحة لما صح عن النبي ﷺ وأصحابه رضوان الله عليهم من جواز القضاء على الغائب.

(١) المحلى ٤٣٧/٨.

(٢) المرجع السابق ٤٣٨/٨.

ثانياً: ناقش المانعون للقضاء على الغائب أدلة الجمهور المجيزين له بما يلي:

١ - الآيات التي استدلت بها المجيزون للقضاء على الغائب هي عامة، وقد ورد من نصوص السنة ما يخصها، حيث إنه من المقرر أصولياً أنه ما من عام إلا وخصص^(١)، وقد أوردنا هذه الأدلة المخصصة في معرض استدلالنا للمذهب.

٢ - حديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» لا نسلم لكم بأن هذا الحديث فيه دلالة على جواز القضاء على الغائب، حيث إن البينة تطلب من المدعي لإثبات الحق الذي يدعيه، وبالتالي فإن البيان يكون حاصلاً في حقه أي المدعي، وإنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاحد الذي ينبغي عليه أن يبين ما يدفع به ما يدعيه عليه المدعي، وهذا لا يتأتى ولا يتحقق إلا بحضوره.

يرد عليه: إن الحديث عام يشمل الحاضر والغائب ولم يرد في نصوص أخرى ما يبين أن المراد بما ورد في الحديث الحاضر دون الغائب.

٣ - الاستدلال بقصة هند زوجة أبي سفيان مع النبي ﷺ فيرد عليها من وجوه:

(أ) إن أبا سفيان كان حاضراً وموجوداً في مكة حال حكم النبي ﷺ. قال النووي: «إن هذه القضية كانت بمكة وكان أبو سفيان حاضراً بها»^(٢). يرد عليه: إن أبا سفيان لم يكن موجوداً في مجلس القضاء، وإنما كان موجوداً بمكة.

(ب) حديث هند دائر بين الفتيا والقضاء، وقصره على القضاء تحكم بلا دليل، وعندنا تحمل على الإفتاء.

(١) علم أصول الفقه لخلاف، ص ١٨٣.

(٢) شرح صحيح مسلم ٨/١٢.

قال الصنعاني: «والحاصل أن القصة مترددة بين كونه فتياً وبين كونه حكماً،
وكونه فتياً أقرب»^(١).

ويجاب عن ذلك أن هذا الذي ورد عن النبي ﷺ يعد قضاء على الغائب،
وقولكم بأن هذا يعتبر فتياً وليس بحكم قضائي غير مسلم به، لأنه لو كان على
سبيل الإفتاء لصرح النبي ﷺ بما يدل على ذلك ولقال لها يجوز لك أن تأخذي، أو
لا حرج عليك إذا أخذت غير أنه ورد في الحديث ما يدل على القضاء بقوله ﷺ:
«خذي» فهو على سبيل الحكم لا الفتوى^(٢).

جاء في الحاوي «فإن قيل فهذا منه فتياً وليس بحكم، قيل بل حكم لأنه قال
لها: «خذي» ولو كان فتياً، لقال: يجوز أن تأخذي»^(٣).

٤ - دعوى الإجماع التي اعتمدتم عليها غير ناهضة لوجود الخلاف في هذه
المسألة، ومن المعلوم أن الإجماع هو اتفاق العلماء على مسألة ما، وقد وقع الخلاف
في مسألتنا وهي القضاء على الغائب مما ينفي وقوع الإجماع.

٥ - ما أورد أصحاب المذهب الثاني من أدلة عقلية للاستدلال بها على جواز
القضاء على الغائب تتعارض مع الأدلة الصريحة التي تدل على منع القضاء على
الغائب ووجوب القضاء بين المتخاصمين الحاضرين فقط.

الترجيح:

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في مسألة القضاء على الغائب وأدلتهم
التي استدلووا بها، ومناقشتها، فإننا نرى أن المذهب القائل بجواز القضاء على
الغائب هو الراجح وذلك للآتي:

(١) سبل السلام ٢/ ٣٢٠.

(٢) فتح الباري ٩/ ٥١١.

(٣) الحاوي الكبير ١٦/ ٢٩٨.

١ - قوة أدلة المجيزين ووجاهتها بالرغم من مناقشة المانعين لها إلا أن هذه المناقشات والاعتراضات لم تقوَ على إضعاف تلك الأدلة فبقيت بالإجمال هي الأقوى، وخاصة الأدلة العقلية.

٢ - إن قول المجيزين للقضاء على الغائب يوافق ويلائم المقاصد العامة للشريعة الإسلامية والتي منها حفظ أموال الناس وحقوقهم وسد كل الأبواب الموصلة إلى أكلها بالباطل، ولا يتحقق ذلك إلا بالقول بالقضاء على الغائب إذا كان للمدعي بيئة عادلة، وبذلك تحفظ الحقوق والأموال ويسد باب التحايل على غصبها وضياعها على أصحابها.

٣ - ما ذهب إليه القائلون بمنع القضاء على الغائب قد وقع تعارض وتناقض فيما ذهبوا إليه فنجد أنهم يمنعون القضاء على الغائب أصلاً وساقوا الأدلة التي تؤكد مذهبهم وفي نفس السياق نجد أن هناك أحكاماً صدرت منهم في حق من هو غائب في بعض الصور^(١).

٤ - إن القائلين بعدم القضاء على الغائب قد اضطربت آراؤهم في ذلك من مانع ومن مجيز وهذا يضعف قولهم ويقوي القول القائل بالجواز^(٢).

(١) من هذه الصور ما ذكره السرخسي في القضاء بالنفقة على الغائب، جاء في المبسوط: «وإن كان الرجل غائباً وله مال حاضر فطلبت المرأة النفقة، فإن كان القاضي يعلم بالنكاح بينها فرض لها النفقة في ذلك المال لعلمه بوجود السبب الموجب له، ألا ترى أن من أقر بدين، ثم غاب قضي القاضي عليه بذلك لعلمه به، فكذلك النفقة ولكن يشترط أن ينظر للغائب، وذلك في أن يحلف أنه لم يعطها النفقة لجواز أن يكون أعطاها النفقة قبل أن يغيب وهي تلبس على القاضي لتأخذ ثانياً، وإذا حلفت فأعطاها النفقة أخذ منها كفيلاً لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البيئة أنه قد كان أوفى نفقتها، وهذا؛ لأن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه» ١٩٦/٥، وذكر بعضاً من هذه الصور ابن الشحنة في لسان الحكام منها القضاء على الميت ص ٢٢٨.

(٢) من ذلك ما قاله ابن عابدين: «قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب، وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع، ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازاً أو فساداً»، حاشية ابن عابدين ٤١٤/٥، وذكر مثله في حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ١٧/٧.

٥- إن القول بجواز القضاء على الغائب لا يتعارض مع مبدأ العدل الذي جاءت به الشريعة الإسلامية وإن كان الظاهر أن ذلك يحكم على الشخص وهو غائب عن مجلس القضاء، إلا أنه تحقيق للعدل أعطت الشريعة الإسلامية هذا الغائب حق الطعن في الحكم وإبطاله بما لديه من بينات وهو يتمشى مع قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء: ٥٨)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (النحل: ٩).

٦- إن القول بالجواز يتماشى مع الواقع المعاصر، إذ إن معظم البلاد الإسلامية تعمل به في محاكمها النظامية أو الشرعية، وما ذلك إلا لأخذهم بمذهب الجمهور لما فيه من حفظ الحقوق لأهلها، وعدم التحايل في أكلها^(١).

(١) العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ص ٢٠٩.

أبيض

المبحث الثالث

مجالات القضاء على الغائب ونماذج تطبيقية وفقاً للقانون الفلسطيني في المحاكم الشرعية بقطاع غزة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مجالات القضاء على الغائب:

سبق وأن ذكرنا في المبحث السابق آراء الفقهاء في حكم القضاء على الغائب، وتبين أن هناك قولاً يقول بعدم جواز القضاء على الغائب مطلقاً^(١)، وبذلك يكون أصحاب هذا القول ليس وارداً عندهم مجالات للقضاء على الغائب.

وأما القول القائل بجواز القضاء على الغائب وهو الذي رجحناه^(٢) فهؤلاء اختلفوا فيما بينهم في مجالات القضاء عليه وبالرجوع إلى أمهات الكتب لدى أصحاب هذا القول وجدنا أنهم دمجوا المجالات مجملة مع بيانهم لحكم القضاء على الغائب، وبتناولنا لما توفر لدينا من أبحاث معاصرة^(٣) تناولت القضاء على الغائب وجدنا أن منهجهم لا يخرج عن منهج الأئمة أصحاب المذاهب في عرضهم للمجالات التي يقضى بها على الغائب، ولكي يسهل بيان ذلك قمنا بتقسيم الحقوق إلى أربعة أقسام هي:

(١) وهو قول الإمام أبي حنيفة ومحمد بن الحسن، شرح السير الكبير للرخسي ٢٠٠٨/١، وانظر تفصيل ذلك ص ١٠ وما بعدها من البحث.

(٢) وهو قول أبي يوسف من الحنفية وقول متأخريهم، ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، انظر ص ١٠ وما بعدها من البحث.

(٣) منها: كتاب القضاء والحكم على الغائب في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد العزيز علي الحاطي طبعة دار الفتح، الأردن، سنة ٢٠١١م، وبحث الحكم غيابياً - معناه - مشروعيته - مجالاته - إجراءاته، للأستاذ الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة، موقع الملتقى الفقهي، <http://fiqh.islammessage.com>. وبحث القضاء على الغائب دراسة مقارنة مع القوانين السورية، للدكتور محمد الحسن مصطفى البغا، موقع.

١ - حقوق تتعلق بالآدميين، كالحق المالي بين العباد.

٢ - حقوق تتعلق بالله تعالى، كالحق في حد الزنا.

٣ - حقوق مشتركة بين الله تعالى وبين الآدميين، كالحق في السرقة.

٤ - حقوق مالية متعلقة بالله تعالى، كحق الزكاة.

وستتناول بنوع من التفصيل هذه الحقوق:

أولاً: الحقوق التي تتعلق بالآدميين:

فيما يتعلق بالقضاء على الغائب في حقوق العباد: ذهب أبو يوسف ومتأخرو الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١) إلى القول بجواز القضاء على الغائب فيما يتعلق بحقوق العباد مطلقاً، سواء كانت مالية كالعقار، وعروض التجارة، والحيوان، والدين، أو في الأحوال الشخصية مثل النكاح، والطلاق والرضاع والنسب، أو الحقوق البدنية كالقصاص، والقذف، والتعزير المتعلق بحق آدمي^(٢). غير أن الإمام مالك^(٣) اشترط في العقار والرِّباع أن تكون الغيبة طويلة ويلحق الضرر بالخصم، فإن كانت غير ذلك فلا يقضى عنده فيها لعدم تحقق وقوع الضرر.

دليلهم:

أولاً: عموم الأدلة التي استدلووا بها على جواز القضاء على الغائب^(٤).

(١) المحيط البرهاني ٢٨١/٨، وحاشية ابن عابدين ٤١٤/٥، وحاشية منحة الخالق على البحر الرائق ١٧/٧، وتبصرة الحكام ٩٨/١، وحاشية الدسوقي ١٦٢/٤، والحاوي الكبير ٣٠٠/١٦، وروضة الطالبين ١٩٦/١١، ومغني المحتاج ٣٢١/٦، والمغني ٩٦/١٠، وكشاف القناع ٣٥٤/٦، والمحل ٤٣٤/٨، والفقہ الإسلامي وأدلتہ ٥٩٥٥/٨، والنظام القضائي في الفقه الإسلامي ص ٢٣٣، والقضاء في الإسلام ص ١٦٠ وما بعدها.

(٢) وللشافعية قولان آخران فيما يتعلق بالعقوبات هما: المنع من القضاء عليه مطلقاً فيها، والثاني جواز القضاء فيها مطلقاً. روضة الطالبين ١٩٦/١١، ومغني المحتاج ٣٢١/٦.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة ٩٣١/٢.

(٤) انظر ص ١٤ وما بعدها من البحث.

ثانياً: المعقول^(١):

- ١ - لأنَّ حقوق الأدميين مبناها على المشاحة.
- ٢ - ولأنَّ الامتناع عن القضاء بها على الغائب يؤدي إلى تعطيل الحقوق، وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة في حفظها، فضلاً على أن القول به يدفع الضرورة ويرفع الحرج المتمثلين في ضياع حقوق العباد فيكون القضاء على الغائب في هذا المجال حافظاً لها.

ثانياً: الحقوق التي تتعلق بالله تعالى:

مثل حد الزنا، أو شرب الخمر، أو تعزيراً متعلقاً بحق الله تعالى كالإفطار في نهار رمضان من غير عذر.

وقع الخلاف بين القائلين بجواز الحكم على الغائب

في هذا النوع من الحقوق على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومتأخرو الحنفية^(٢) إلى عدم جواز القضاء فيها على الغائب.

دليلهم:

من المعقول^(٣):

- ١ - إنَّ حقوق الله مبنية على المسامحة.

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٨٠/٨، ومغني المحتاج ٣٢١/٦، والفروع وتصحيح الفروع ٣٤٤/٨.
(٢) المحيط البرهاني ٢٨١/٨، وحاشية ابن عابدين ٤١٤/٥، وتبصرة الحكام ٩٨/١، وحاشية الدسوقي ١٦٢/٤، والبيان في مذهب الإمام الشافعي ١٠٨/١٣، وجواهر العقود ٣٩٤/٢، والمغني ٩٦/١٠، وكشاف القناع ٣٥٤/٦، والمحلى ٤٣٤/٨، والفقه الإسلامي وأدلته ٥٩٥٥/٨. والنظام القضائي في الفقه الإسلامي ص ٢٣٣، ونظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، ص ٢٢١.
(٣) الحاوي الكبير ٣٠٠/١٦، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج ١٨٨/١٠، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٨٠/٨، والمغني ٩٦/١٠.

٢- وإن هذه الحقوق مما تدرأ بالشبهات لاستغنائه سبحانه وتعالى.

٣- ولا تساع حكمها بالمهلة لأنها مما يسعى لدفعها فلا يوسع بابها.

القول الثاني: مذهب الظاهرية، وقول للشافعية^(١) قالوا يقضى فيها على الغائب مطلقاً.

دليلهم:

استدلوا على قولهم بما استدلوا به على جواز القضاء على الغائب دون تمييز بين حقوق العباد وحقوق الله تعالى^(٢).

الراجح:

بعد ذكر قولي الفقهاء في هذه المسألة فإننا نرجح القول الأول القائل بمنعه في جمع العقوبات البدنية سواء المتعلقة بحقوق الله تعالى أم بحقوق العباد مثل القصاص وحد الزنا والتعزيرات البدنية.

وذلك لأن أمر الدماء خطير، والحدود يسعى في درئها ما أمكن، ولا يوسع بابها لقوله ﷺ: «ادْرَأُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِمُسْلِمٍ مَخْرَجًا فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُحْطَى فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُحْطَى بِالْعُقُوبَةِ»^(٣)، وفي غياب المدعى عليه شبهة تدرأ الحد حيث لا يتيقن القاضي من ثبوت الحق حتى لو كان هذا الحق لآدمي كالقصاص فإنه لا يخلو من حق فيه لله تعالى، وحق الله مبناه على المسامحة والدرء ما أمكن لاستغنائه سبحانه وتعالى، وكذلك لأن الحق البدني لا يستوفي إلا من بدن المدعى عليه فكان لابد من حضوره لتنفيذ

(١) روضة الطالبين ١١/١٩٦، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٨/٢٨٠، والمحلى ٨/٤٣٤.

(٢) أنظر ص ١٤ وما بعدها من البحث.

(٣) الحديث أخرجه الإمام الحاكم في مستدركه، في كتاب الحدود ٤/٤٢٦، وقال عنه: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

مجالات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته وفقاً للقانون الفلسطيني في محاكم قطاع غزة ٢٥٣
إعداد الدكتور نعيم سمارة المصري والدكتور سامي محمد نمر أبو عرجة - أستاذي الفقه المقارن المشاركين - جامعة الأزهر - غزة

القضاء عليه فليس في القضاء عليه حال غيابه فائدة بخلاف الحق المالي فإنه يؤخذ من ماله الموجود أو من عقاره ونحوه، بل ذهب بعض الفقهاء إلى عدم القضاء على الغائب إلا إذا كان متمكناً من تسليم الحق للمدعي، وإلا لا يقضي لعدم الفائدة^(١).

قال البهوتي^(٢): «قال في الاختيارات: ولو قيل إنما يحكم على الغائب إذا كان المحكوم به حاضراً لأن فيه فائدة وهي تسليمه وأما إذا كان المحكوم به غائباً فينبغي أن يكتب الحاكم بما ثبت عنده من شهادة الشهود حتى يكون الحكم في بلد التسليم لكان متوجهاً».

ثالثاً: الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وبين الأدميين: وهي التي تجمع بين حق الله تعالى وحق للعبد كحد السرقة.

فقد وقع الخلاف بين القائلين بجواز القضاء على الغائب في هذا النوع من الحقوق على قولين:

القول الأول: مذهب المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة^(٣) إلى أنه يقضى فيها على الغائب بحق الأدمي فقط فيحكم عليه بالمال، وذلك لأن هذه الحقوق مبناها على المشاحة، ولكي لا تضيع الحقوق على أهلها، ولا يقضى عليه فيما يتعلق بحق الله من قطع اليد. لأنها من الحقوق المبنية على المساحة فلا يقضى فيها على الغائب.

دليلهم:

عموم الأدلة التي استدلو بها في جواز القضاء على الغائب.

(١) القضاء على الغائب، رسالة ماجستير، ص ٢٤٥ وما بعدها.

(٢) كشف القناع عن متن الإقناع ٦/٣٦٢.

(٣) تبصرة الحكام ١/١٥٥، وحاشية الدسوقي ٤/١٦٢، وروضة الطالبين ١١/١٩٦، والحاوي الكبير ١٦/٣٠٠، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٨/٢٨٠، والمغني ١٠/٩٦، ومطالب أولي النهى ٦/٥٢٨، والفقه الإسلامي وأدلته ٨/٥٩٥٥، والنظام القضائي في الفقه الإسلامي ص ٢٣٣.

القول الثاني: مذهب الظاهرية^(١) يجوز القضاء على الغائب في هذا النوع من الحقوق مطلقاً.

دليلهم: ما سبق ذكره من أدلة جواز القضاء على الغائب عندهم مطلقاً.
الراجع:

بعد ذكر قولي الفقهاء في هذه المسألة فإننا نرجح قول الجمهور القائلين بأنه يقضى على الغائب في حال ثبوت السرقة عليه فيما يتعلق بحق الأدمي من مال، أما ما يتعلق بحق الله تعالى فلا يقضى على الغائب به، وذلك لأن حقوق العباد مبنية على التضييق وحق الله مبني على التساهل.

رابعاً: الحقوق المالية المتعلقة بالله تعالى كالزكاة والكفارة:

وفيما يتعلق بهذا النوع من الحقوق فقد انفرد الشافعية^(٢) بالقول بجواز القضاء فيها على الغائب.

دليلهم: لأنها أشبه بحق الأدمي.
الراجع:

بالنظر إلى الأقوال السابقة في مجالات الحكم على الغائب عند الفقهاء فإننا نرى ترجيح القول بجواز القضاء على الغائب في الحقوق المالية المتعلقة بالأدميين فقط وهو قول الجمهور، وعدم القضاء عليه فيما سواه من الحقوق، وذلك لأن هذه الحقوق مبناهها على المشاحة وغيرها من الحقوق مبني على المسامحة، ولكي لا تضيع الحقوق على أهلها مما يتنافى مع مقصد الشريعة في حفظها

(١) المحل ٨/ ٤٣٤.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٨/ ٢٨٠، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٠/ ١٨٨، ومغني المحتاج ٦/ ٣٢١، ولم أرى لغيرهم من القائلين بالقضاء على الغائب في هذه المسألة قولاً، إلا ما يستفاد من عموم قولهم بجواز القضاء عليه في سائر الحقوق المالية، وهو قول المالكية والحنابلة، وأما الظاهرية فيرون القضاء على الغائب مطلقاً، فيدخل حق الله المالي ضمن هذا القول، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٩٣١، والمغني ١٠/ ٩٦، والمحل ٨/ ٤٣٤.

المطلب الثاني: نماذج تطبيقية للقضاء على الغائب وفقاً للقانون الفلسطيني من المحاكم الشرعية بقطاع غزة

بناء على ما توصلنا إليه من خلال هذا البحث من ترجيح الرأي القائل بجواز القضاء على الغائب في حقوق الأدميين، فإننا في هذا المطلب نورد بعض النماذج التطبيقية في المحاكم الشرعية بقطاع غزة والتي حكمت فيها على الغائب بموجب نصوص قانون أصول المحاكمات الشرعية، وقانون الأحوال الشخصية، وقانون حقوق العائلة، وقد اخترنا ستة نماذج لقضايا مختلفة من محاكم قطاع غزة الشرعية وهي على النحو الآتي:

النموذج الأول: الحكم بالنفقة للزوجة على زوجها الغائب:

نص المواد القانونية من القانون الفلسطيني.

المادة ١٥٩ من أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله بعد اعلانه في الميعاد الذي حدد له تسمع الدعوى وأدلتها، ويحكم في غيبته بدون إعدار ولا نصب وكيل».

المادة ١٠٣ من أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «إذا لم يتفق الطرفان في الخصومات المحتاجة إلى إخبار أهل الخبرة كتعيين مقدار النفقة، وأجر المثل، أو كان المدعي غائباً تعين المحكمة أهل الخبرة من قبلها رأساً».

المادة ٦٢ من قانون حقوق العائلة ونصها: «إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة أو سافر إلى محل بعيد أو قريب أو فقد يقدر القاضي نفقة اعتباراً من يوم الطلب بناء على البيئة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما، وبعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها الآن ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها».

المادة ١٨٩ من قانون الأحوال الشخصية ونصها: «تفرض النفقة لزوجة الغائب في ماله إن كان له مال حاضر في منزله من جنس النفقة كالغلال ونحوها من أصناف المأكولات والذهب والفضة المضرويين وغير المضرويين أو كان له مال من لك مودع عند أحد أو دين عليه وأقر المودع أو المديون بالمال وبالزوجة أو لم يقر أو كان الحاكم يعلم بهما أو أقامت المرأة بينة على الوديسة أو الدين وعلى النكاح، وإن كان لا يقضى به لها على الغائب ويبدأ الحاكم في فرض النفقة بهال الوديسة ثم بالدين فلو كان للغائب مال حاضر في بيته من جنسها فرضها فيه، ويأخذ الحاكم عليها كفيلاً بالمال الذي تقبضه ويحلفها أن زوجها الغائب لم يترك لها نفقة وأنها لم تكن ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها».

استناداً إلى النصوص القانونية السابق ذكرها أصدرت محكمة خانيونس الشرعية حكمها الغيابي بحق المدعى عليه (س) وجاهياً بحق المدعية (ص) في القضية أساس ١٤٦٥/٢٠١٣م بفرض نفقة للزوجة المدعية على زوجها حال غيابه وقدرها سبعون ديناراً أردنياً شهرياً وأمرت المدعى عليه بدفع ذلك للمدعية وأذنتها بالاستدانة والصرف والرجوع عليه بما يتراكم من النفقة وضمنته الرسوم القانونية، وحرر بتاريخ ٣٠/١٢/٢٠١٣م.

قاضي محكمة خانيونس الشرعية

النموذج الثاني: الحكم بالتفريق لعدم الانفاق حال غياب الزوج:

نص المواد القانونية

المادة ١٥٩ من أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله بعد إعلان في الميعاد الذي حدد له تسمع الدعوى وأدلتها، ويحكم في غيبته بدون إعدار ولا نصب وكيل».

المادة ١٠٣ من أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «إذا لم يتفق الطرفان في الخصومات المحتاجة إلى إخبار أهل الخبرة كتعيين مقدار النفقة، وأجر المثل، أو كان المدعي غائباً تعين المحكمة أهل الخبرة من قبلها رأساً».

المادة ٩٣ من قانون حقوق العائلة ونصها: «إذا كان الزوج غائباً غيبةً قريبةً، فإن كان له مالٌ ظاهرٌ نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مالٌ ظاهرٌ أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ولم يحضر للإِنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي».

المادة ٩٤ من قانون حقوق العائلة ونصها: «إذا غاب الزوج سنةً فأكثر بلا عذرٍ مقبولٍ جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإِنفاق منه».

استناداً إلى النصوص السابق ذكرها وبناء على الدعوى المقدمة بالبينة الرسمية والشرعية من المدعية (ص) على المدعى عليه (س) بالتفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه بسبب عدم النفقة ولغيابه البعيد وامتناعه عن دفع النفقة بلا سببٍ شرعي ولا عذرٍ، حكمت محكمة خانيونس الشرعية للمدعية (ص) على زوجها المدعى عليه (س) بتطليقها منه طلقةً رجعيةً واحدةً وعليها العدة حكماً وجاهياً بحضور المدعية غيابياً بحق زوجها المدعى عليه وذلك في القضية أساس ٢٠١٣/٥٦٢ م، حرر بتاريخ ٢٠١٣/٩/٤ م.

قاضي محكمة خانيونس الشرعية

النموذج الثالث: الحكم بالتفريق للضرر من الغياب:

نص المواد القانونية

المادة ١٥٩ من أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله بعد إعلانه في الميعاد الذي حدد له تسمع الدعوى وأدلتها، ويحكم في غيبته بدون إعدار ولا نصب وكيل».

المادة ٩٤ من قانون حقوق العائلة ونصها: «إذا غاب الزوج سنةً فأكثر بلا عذرٍ مقبولٍ جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

استناداً إلى النصوص القانونية السابقة أصدرت محكمة الوسطى الشرعية حكمها الغيابي بحق المدعى عليه (س) بناء على الدعوى المقدمة من المدعية (ص) والطلب والبيئة الرسمية والشرعية التفريق بينها وبين زوجها الغائب للضرر الحاصل لها بهذا الغياب وقد حكمت للمدعية في القضية المذكورة أساس ٢٧/٢٠١٢م بتطليقها منه طلاقاً واحداً بائنةً بينونةً صغرى وفرقت بينهما بهذه الطلقة للضرر الحاصل لها من غيابها عنها مدة أكثر من سنة وكان هذا الحكم وجاهياً بالنسبة للمدعية غيابياً في حق المدعى عليه قابلاً للاعتراض والاستئناف وحرر بتاريخ ١٤/١/٢٠١٣م.

قاضي المحكمة الوسطى الشرعية

النموذج الرابع: الحكم بالتفريق للضرر من الهجر والتطليق حال غياب الزوج:

نص المواد القانونية

المادة ١٥٩ من أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله بعد إعلانه في الميعاد الذي حدد له تسمع الدعوى وأدلتها، ويحكم في غيبته بدون إعدارٍ ولا نصب وكيل».

المادة ٩٣ من قانون حقوق العائلة ونصها: «إذا كان الزوج غائباً غيبةً قريبةً، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ولم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي».

استناداً إلى النصوص القانونية السابقة أصدرت محكمة دير البلح الشرعية حكمها الغيابي بحق المدعى عليه (س) بناء على الدعوى المقدمة من المدعية (ص) والطلب والبيئة الخطية والشخصية واليمين الشرعية تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها الغائب وهو من سكان مصر مجهول محل الإقامة فيها، وحيث إن المذكور غائبٌ غيبةً بعيدةً لا يسهل الوصول إليه ومجهول محل الإقامة فقد حكمت المحكمة للمدعية بتطليقها من زوجها المدعى عليه طلاقاً واحداً بئنةً بينونةً صغرى، وذلك في القضية أساس ٢٠١٢/٤٠٥ م حكماً وجاهياً بحق المدعية وغيباً بحق المدعى عليه قابلاً للاعتراض والاستئناف وحرر بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٣ م.

قاضي محكمة دير البلح الشرعية

النموذج الخامس: الحكم بإثبات صحة سند عطاء وهبة حال غياب المدعى عليه:

نص المواد القانونية

المادة ٥٠١ من قانون الأحوال الشخصية ونصها: «يشترط في صحة الهبة أن يكون الواهب حراً عاقلاً بالغاً مالكا للعين التي يتبرع بها».

المادة ٥٠٢ من قانون الأحوال الشخصية ونصها: «لا يثبت ملك العين الموهوبة إلا بقبضها قبضاً كاملاً كما هو مبين في المادة ٥٠٧، وإن كانت في يد الموهوب له ملكها بمجرد العقد بدون قبضٍ جديد بشرط القبول».

المادة ٥٠٣ من قانون الأحوال الشخصية ونصها: «يجوز لكل مالك إذا كان أهلاً للتبرع أن يهب في حالة صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلاً له أو فرعاً أو قريباً أو أجنبياً منه ولو مخالفاً لدينه بشروطه».

بناء على الدعوى والطلب والبيئة الشخصية والمواد القانونية المشار إليها أعلاه حكمت محكمة خانيونس الشرعية في القضية أساس ٢٧٠/٢٠١٣م للمدعية (ص) على المدعى عليه (س) بإثبات صحة سند العطاء والهبة المنظم بين جد المتداعيين لأبيهما وشقيقته والفريق الثاني أولاد الحاج (ع) وأولاد المرحوم (غ) والمؤرخ بينهما بتاريخ ١٦/٣/١٩٦٥م وذلك بحسب الحصص المذكورة فيه دون زيادة أو نقص وكان هذا الحكم وجاهياً بحق المدعى قابلاً للاستئناف غيابياً بحق المدعى عليها قابلاً للاستئناف والاعتراض وحرر بتاريخ ٢٩/٤/٢٠١٣م.

قاضي محكمة خانيونس الشرعية

النموذج السادس: الحكم بالمهر على تركة ميت:

نص المواد القانونية

المادة ٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة».

المادة ٣٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «يشترط لصحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه ولا يشترط شيء من ذلك في المقر له ويقبل إقرار المحجور عليه للسفه في كل ما لا يعد محجور عليه شرعاً فيه كالطلاق ونحوه».

المادة ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «كل سند شرعي صادر من المحاكم الشرعية مطابق لما في سجله مستوفي شروطه الشرعية يعد حجة فيما تحرر به على من كان شاهداً عليه أو على من تلقى الحق عنه».

المادة ٤٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونصها: «الأوراق الرسمية تكون كافية للحكم بدون احتياج إلى إثبات آخر معها».

المادة ٤٨ من قانون حقوق العائلة ونصها: «إذا عينت مدة المهر المؤجل فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل، وإذا لم يكن الأجل معيناً، عد مؤجلاً إلى وقوع الطلاق أو وفاة أحد الزوجين».

المادة ٤٩ من قانون حقوق العائلة ونصها: «إذا سُمي مهر في العقد الصحيح لزم أدائه كاملاً بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة، أما إذا وقع الطلاق قبل الخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى، وإذا وقع الافتراق من قبل الزوجة كما لو طلب الولي التفريق بسبب عدة الكفاءة يسقط المهر كله».

بناء على المواد السابقة والدعوى والطلب والبيئة الخطية واليمين الشرعية والإقرار حكمت محكمة خانيونس للمدعية (ص) بتابع مهرها المعجل (قيمة عفش البيت) وقدره ألفا ديناراً أردني، ومهرها المؤجل وقدره ألفا ديناراً أردني على تركة زوجها المتوفي حكماً وجاهياً بحق المدعية قابلاً للاستئناف غيائياً بحق المدعى عليه قابلاً للاعتراض في القضية أساس ١١٢٥ / ٢٠١٣ م، وحرر بتاريخ ١٠ / ١٠ / ٢٠١٣ م.

قاضي محكمة خانيونس الشرعية

الخاتمة

أولاً: النتائج:

بعد أن منَّ الله علينا بإتمام هذا البحث خلصنا إلى النتائج التالية:

- ١ - القضاء هو: الفصل بين المتخاصمين ببيان حكم الشرع على سبيل الإلزام.
- ٢ - الغائب هو: الشخص الغائب عن البلد الذي رفعت فيه الدعوى، أو الغائب عن مجلس القضاء.
- ٣ - ما ذهب إليه الحنفية من تحديد ضابط الغيبة هو الأقرب للواقع المعاصر.
- ٤ - الغائب الموجود في بلد المدعي ولم يمتنع عن الحضور إلى مجلس القضاء لا يجوز الحكم عليه غيابياً، فإن امتنع عن الحضور أو توارى يقضى عليه لحفظ الحقوق لأهلها.
- ٥ - المدعى عليه الغائب عن البلد يحكم عليه، لأن ذلك يوافق المقاصد الشرعية من حفظ حقوق العباد، وفيه سد لكل الأبواب التي تؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل.
- ٦ - مجال القضاء على الغائب يقتصر على ما يتعلق بحقوق الآدميين.
- ٧ - على الرغم من أن القانون الفلسطيني اعتمد على مذهب الإمام أبي حنيفة إلا أنه أخذ برأي الجمهور في القضاء على الغائب في حقوق الآدميين، وهو ما ظهر جلياً من نماذج التطبيقات التي أوردناها لقضايا حُكم فيها غيابياً على المدعى عليه في المحاكم الشرعية بقطاع غزة.

ثانياً: التوصيات:

- ١- نوصي ولاية الأمر من أهل الحل والعقد على تقنين قوانين تعمل على إجبار الظالم على رد المظالم لأهلها.
- ٢- نوصي أهل الرأي والفقه في المجتمعات الإسلامية إلى نشر ثقافة رد الحقوق إلى أهلها ومراقبة الله تعالى في معاملاتهم مع الآخرين.
- ٣- نوصي بالتعاون بين الدول الإسلامية الشقيقة، وغيرها من الدول الصديقة على إبرام معاهدات تعاون فيما بينها للقبض على الهارب من العدالة وإلزامه بالمثل أمام القضاء في الدعوى المرفوعة ضده.

المراجع والمصادر

- ١- أخبار القضاة، لمحمد بن خلف البغدادي الملقب بوكيع، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى، بمصر، سنة ١٩٤٧م، صورتها عالم الكتب، بيروت، ومكتبة المدائن، الرياض.
- ٢- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني، طبعة المكتب الإسلامي بيروت سنة ١٩٨٥م.
- ٣- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لذكرياء بن محمد الأنصاري، طبعة دار الكتاب الإسلامي، بدون.
- ٤- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، طبعة دار الفكر بيروت بدون.
- ٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلي بن سليمان المرادوي الصالحي الحنبلي طبعة دار إحياء التراث العربي بدون.
- ٦- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم المصري طبعة دار الكتاب الإسلامي بدون.
- ٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد دار الحديث القاهرة، سنة ٢٠٠٤م.
- ٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر بن مسعود الكاساني طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٨٦م.
- ٩- البناءة شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ٢٠٠٠م.
- ١٠- البيان في مذهب الإمام الشافعي، ليحيى بن أبي الخير العمراني، دار المنهاج، جدة، ٢٠٠٠م.
- ١١- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة ١٩٨٨م.

١٢- التاج والإكليل لمختصر خليل، لمحمد بن يوسف العبدري المواق طبعة دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٤م.

١٣- تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد الحسيني الزبيدي، الناشر دار الهداية، بدون.

١٤- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، بن فرحون، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، سنة ١٩٨٦م

١٥- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي فخر الدين الزيلعي الحنفي طبعة المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة سنة ١٣١٣هـ، صورتها دار الكتاب الإسلامي.

١٦- التجريد، لأبي الحسين أحمد بن محمد البغدادي القدوري، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٤م.

١٧- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، ومعه حاشية عبد الحميد الشرواني، وحاشية أحمد بن قاسم العبادي طبعة المكتبة التجارية الكبرى بمصر، سنة ١٩٨٣م، صورتها دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون.

١٨- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، لابن الملقن عمر بن علي بن أحمد، دار حراء، مكة المكرمة، سنة ١٤٠٦هـ.

١٩- الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح بن عبد السميع الآبي الأزهرى، الناشر المكتبة الثقافية بيروت بدون.

٢٠- جامع الأصول في أحاديث الرسول، لمجد الدين المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، الناشر مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، بدون.

٢١- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لمحمد بن أحمد الأسيوطي، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، سنة ١٩٩٦م.

٢٢- حاشية ابن عابدين على الدر المختار، لمحمد أمين بن عابدين، طبعة دار الفكر بيروت سنة ١٩٩٢م.

- مجالات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته وفقاً للقانون الفلسطيني في محاكم قطاع غزة ٢٦٧
إعداد الدكتور نعيم سمارة المصري والدكتور سامي محمد نمر أبو عرجة - أستاذي الفقه المقارن المشاركون - جامعة الأزهر - غزة
- ٢٣- حاشية البجيرمي على شرح المنهج، لسليمان بن محمد البجيرمي، مطبعة الحلبي،
سنة ١٩٥٠م
- ٢٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، طبعة دار
الفكر، بدون.
- ٢٥- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، لعلي بن أحمد العدوي طبعة دار الفكر
بيروت، سنة ١٩٩٤م.
- ٢٦- حاشية منحة الخالق على البحر الرائق، لمحمد أمين بن عابدين، طبعة دار الكتاب
الإسلامي، بدون.
- ٢٧- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب
الشهير بالمواردي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٩٩٩م.
- ٢٨- درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني،
دار الجليل، سنة ١٩٩١م.
- ٢٩- الذخيرة، لأحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي، طبعة دار الغرب الإسلامي،
بيروت، سنة ١٩٩٤.
- ٣٠- الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي، دار المؤيد، مؤسسة
الرسالة، بدون.
- ٣١- روضة الطالبين وعمدة المفتين ليحيى بن شرف النووي، الناشر: المكتب الإسلامي،
بيروت، سنة ١٩٩١م.
- ٣٢- سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، طبعة دار الحديث، بدون.
- ٣٣- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، لمحمد ناصر الدين
الألباني، دار المعارف، الرياض، سنة ١٩٩٢م.
- ٣٤- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث، طبعة المكتبة العصرية، بيروت، بدون.
- ٣٥- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت
سنة ٢٠٠٣م.

- ٣٦- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي الشوكاني، دار ابن حزم، بدون.
- ٣٧- شرح حدود ابن عرفة، المسماة الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، لمحمد بن قاسم الأنصاري، الرصاع المالكي، طبعة المكتبة العلمية، سنة ١٣٥٠هـ.
- ٣٨- شرح الزركشي على مختصر الخرقي، لمحمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، طبعة دار العبيكان، سنة ١٩٩٣م.
- ٣٩- شرح السير الكبير، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، الناشر الشركة الشرقية للإعلانات، سنة ١٩٧١م.
- ٤٠- شرح صحيح مسلم، ليحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة ١٣٩٢هـ.
- ٤١- الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين، طبعة دار ابن الجوزي، طبعة سنة ١٤٢٨هـ.
- ٤٢- شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشي، طبعة دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون.
- ٤٣- شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس إدريس البهوتي، طبعة عالم الكتب، سنة ١٩٩٣م.
- ٤٤- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري، طبعة دار العلم للملايين، بيروت، سنة ١٩٨٧م.
- ٤٥- صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل البخاري، طبعة دار طوق النجاة، سنة ١٤٢٢هـ.
- ٤٦- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج النيسابوري، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون.
- ٤٧- العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، للدكتور حسن تيسير شموط، طبعة دار النفائس، سنة ٢٠٠٦م.

- مجالات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته وفقاً للقانون الفلسطيني في محاكم قطاع غزة ٢٦٩ إعداد الدكتور نعيم سماره المصري والدكتور سامي محمد نمر أبو عرجة - أستاذي الفقه المقارن المشاركين - جامعة الأزهر - غزة
- ٤٨ - علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، الناشر مكتبة الدعوة، شباب الأزهر، عن طبعة دار القلم، بدون.
- ٤٩ - عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لمحمود بن أحمد العيني، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون.
- ٥٠ - العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد البابري، طبعة دار الفكر، بدون.
- ٥١ - العين، للخليل بن أحمد البصري، طبعة دار ومكتبة الهلال، بدون.
- ٥٢ - الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، لذكري بن محمد الأنصاري، طبعة المطبعة الميمنية، بدون.
- ٥٣ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، طبعة دار المعرفة، بيروت، سنة ١٣٧٩ هـ.
- ٥٤ - فتح القدير، للكمال ابن الهمام محمد بن عبد الواحد السيواسي، طبعة دار الفكر، بدون.
- ٥٥ - الفروع ومعه صحيح الفروع، لمحمد بن مفلح الحنبلي، الناشر مؤسسة الرسالة، سنة ٢٠٠٣ م.
- ٥٦ - الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، طبعة دار الفكر، دمشق، بدون.
- ٥٧ - الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، لمصطفى الحنّ، وآخرين، طبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سنة ١٩٩٢ م.
- ٥٨ - القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي، طبعة مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، سنة ٢٠٠٥ م.
- ٥٩ - القضاء على الغائب، رسالة ماجستير، إعداد عبد الله مصلح الثمالي، إشراف الدكتور حسين حامد حسان، جامعة الملك عبد العزيز سنة ١٩٧٩.
- ٦٠ - القضاء في الإسلام، للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس، دار الفرقان، الأردن، سنة ٢٠٠٩ م.
- ٦١ - قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، الملقب بسلطان العلماء، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، صورتها دار الكتب العلمية، بيروت، وغيرها، سنة ١٩٩١ م.

- ٦٢- القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن محمد بن جزي، بدون.
- ٦٣- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، طبعة دار الكتب العلمية، بدون.
- ٦٤- اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني بن طالب الغنيمي الحنفي، المكتبة العلمية، بيروت، بدون.
- ٦٥- لسان الحكام في معرفة الأحكام، لأحمد بن محمد بن محمد بن الشحنة، طبعة البابي الحلبي، القاهرة، سنة ١٩٧٣م.
- ٦٦- لسان العرب، لمحمد بن مكرم جمال الدين ابن منظور، طبعة دار صادر، بيروت، سنة ١٤١٤هـ.
- ٦٧- المبدع في شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن مفلح، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٩٩٧م.
- ٦٨- المبسوط، لمحمد بن أحمد السرخسي، طبعة دار المعرفة، بيروت، سنة ١٩٩٣م.
- ٦٩- مجموع الفتاوى، لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، سنة ١٩٩٥م.
- ٧٠- المحرر في الفقه، لعبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحراني، طبعة مكتبة المعارف، الرياض، سنة ١٩٨٤م.
- ٧١- المحلى بالآثار، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، دار الفكر، بيروت، بدون.
- ٧٢- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، لمحمود بن أحمد بن مازة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤م.
- ٧٣- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، الناشر المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، سنة ١٩٩٩م.
- ٧٤- المستدرک على الصحيحين، لمحمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٩٩٠م.

- ٢٧١ مجالات القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وتطبيقاته وفقاً للقانون الفلسطيني في محاكم قطاع غزة إعداد الدكتور نعيم سماره المصري والدكتور سامي محمد نمر أبو عرجة - أستاذي الفقه المقارن المشاركين - جامعة الأزهر - غزة
- ٧٥- مسند أبي يعلى، لأبي يعلى أحمد بن المثنى الموصل، طبعة دار المأمون للتراث، دمشق سنة ١٩٨٤ م.
- ٧٦- المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، الناشر مكتبة الرشد، الرياض، سنة ١٤٠٩ هـ.
- ٧٧- مصنف عبد الرزاق الصنعاني، لعبد الرزاق الصنعاني، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، سنة ١٤٠٣ هـ.
- ٧٨- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد الرحياني الحنبلي، طبعة المكتب الإسلامي، سنة ١٩٩٤ م.
- ٧٩- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني، طبعة دار الكتب العلمية، سنة ١٩٩٤ م.
- ٨٠- المغني، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، طبعة مكتبة القاهرة، بدون.
- ٨١- منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عlish، طبعة دار الفكر، بيروت، سنة ١٩٨٩ م.
- ٨٢- المذهب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي الشيرازي، طبعة دار الكتب العلمية، بدون.
- ٨٣- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد المغربي، المعروف بالخطاب، طبعة دار الفكر، سنة ١٩٩٢ م.
- ٨٤- موطأ الإمام مالك، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة ١٩٨٥ م.
- ٨٥- النظام القضائي في الإسلام، للدكتور أحمد علي جرادات، طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٢ م.
- ٨٦- النظام القضائي في الفقه الإسلامي، لمحمد رأفت عثمان، الناشر دار البيان سنة ١٩٩٤ م.
- ٨٧- نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، للدكتور عبد الناصر موسى أبو البصل، طبعة دار النفائس، الأردن، بدون.

- ٨٨- النهاية في غريب الحديث والأثر، للمبارك بن محمد بن الأثير، طبعة المكتبة العلمية، بيروت ١٩٧٩م.
- ٨٩- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أبي العباس أحمد شهاب الدين الرملي، طبعة دار الفكر، بيروت، سنة ١٩٨٤م.
- ٩٠- نهاية المطلب في دراية المذهب، لعبد الملك بن عبد الله الجويني، الملقب بإمام الحرمين، طبعة دار المنهاج، سنة ٢٠٠٧م.
- ٩١- نيل الأوطار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، طبعة دار الحديث، مصر، سنة ١٩٩٣م.

بيان
المجمع الفقهي الإسلامي
بشأن تنفيذ الإعدام بحق سبعة وأربعين من الفئة
الضالة المدانين في قضايا إرهابية

أيض



الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده نبينا وسيدنا محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

فإن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة قد تابع الحكم بتنفيذ الإعدام بحق سبعة وأربعين من الفئة الضالة المدانين في قضايا إرهابية، حيث قاموا بقتل الأبرياء من مواطنين ورجال أمن ومقيمين، وتفجير المباني الحكومية وعدد من المرافق والمجمعات السكنية، وتنفيذ العديد من عمليات الخطف وإطلاق النار وأعمال التخريب المسلح في الطرقات والأماكن العامة وقاموا بالدعم والتمويل والتشجيع والتخطيط للأعمال الإرهابية، وبعد أن ثبت شرعاً قيامهم بذلك أصبح واجباً على الدولة تنفيذ شرع الله، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (البقرة: ١٧٨).

وإن المجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي ليؤيد هذه الأحكام ويعدها أمراً واجباً استجابة لأمر الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (المائدة: ٣٣). بل إنه أمر ضروري لحفظ الأمن وحماية البلاد والعباد من شرور هذه الفئة ذات الفكر التكفيري المنحرف، التي تعتمد إثارة الفتنة والفرقة والاضطراب في كيان المجتمع المسلم.

وفي الوقت الذي تحارب فيه معظم دول العالم العمليات الإرهابية فإن المجمع يعرب عن أسفه واستنكاره وشجبه لما صدر عن مسؤولين في الجمهورية الإسلامية الإيرانية من تصريحات تصادم شرع الله، وتقف موقفاً سلبياً تجاه الأحكام الشرعية التي صدرت بحق هؤلاء المفسدين متجاهلة ما تقوم به الفئة الضالة من أعمال القتل والتخريب والدمار التي لم تخل منها حتى أقدس بقاع الأرض، قال تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ (المائدة: ٥٠)، ويؤكد أن ما صدر بحق هذه الفئة المنحرفة هي أحكام شرعية تستند إلى الكتاب والسنة اللذين هما مصدر التشريع في النظام القائم في المملكة العربية السعودية التي يجب التسليم بها، وعدم الخوض والتشكيك فيها، لأن ذلك من المحظورات الشرعية ومن التساهل في إقامة حدود الله التي هي قوام الحياة وحذر من عدم الرضا به قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (النساء: ٦٥)، وإقامة حدود الله سبب لردع المجرمين وانحسار الجريمة قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة: ١٧٩).

وإذ يؤكد المجمع الفقهي عبر أعضائه الذين يمثلون الشعوب والأقليات المسلمة يسأل الله أن يحمي بلاد المسلمين من مكر الماكرين وحقد الحاقدين، ويعزز الحق وأهله ويذل الباطل وأهله، إنه سبحانه خير مسؤول، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

صدر بمكة المكرمة في الثالث والعشرين من شهر ربيع الأول عام ١٤٣٧ هـ

**بيان
المجمع الفقهي الإسلامي
بشأن أحداث الفلوجة بالعراق**

أبيض



الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده نبينا وسيدنا محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

فإن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة انطلاقاً من اهتمامه بأمور المسلمين كافة فالمسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله قد تابع بقلق بالغ ما ألم بأهالي مدينة الفلوجة في أرض العراق من قتل وحصار وتدمير وتشريد وارتكاب لأبشع المآسي: حيث يواجه الآلاف من النساء والأطفال والشيوخ القتل والاضطهاد ويفتقدون لأبسط مقومات الحياة من الغذاء والدواء. نتيجة للحصار الخانق الذي يفرضه الحشد الشعبي على المدينة والمناطق المجاورة لها. ومن تمكن من الخروج منهم فإن مصيره القتل أو الاختطاف على أيدي هذه المليشيات، ويبين أن الله سبحانه وتعالى توعد الذين يتعمدون حصار المسلمين وقتلهم باللعن والغضب والخلود في نار جهنم قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ (النساء: ٩٣) وهو من أكبر الكبائر ومن أفظع أنواع الظلم الذي حرّمه الله على نفسه وجعله بين خلقه محرماً. قال تعالى في الحديث القدسي: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا». كما أنه سعيٌّ للإفساد في الأرض. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا...﴾ (الأعراف: ٥٦).

والمجمع الفقهي الإسلامي الذي يمثل علماء المسلمين مع تأكيده على وجوب القضاء على ما يسمى (داعش). فإنه يناشد الأمة العربية والإسلامية ودول العالم أجمع ومنظمات حقوق الإنسان إلى بذل الجهد لإيقاف جرائم القتل

والتشريد والتجويع وفك الحصار عن أهالي الفلوجة وما حولها، كما يهيب بالمنظمات الخيرية إلى المسارعة في بذل المساعدات الإنسانية بجميع أنواعها لهم «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»، نسأل الله الفرج العاجل لأهالي الفلوجة وكشف كرباتهم وأن يرد كيد المجرمين إلى نحورهم، وأن يوحد كلمة المسلمين على الحق، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

صدر بمكة المكرمة في الخامس والعشرين من شهر جمادى الأولى عام ١٤٣٧ هـ



قسمة الاشتراك

في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي الدورية المحكمة

- داخل المملكة العربية السعودية
- عشرة ريالاً للأفراد
 - خمسة عشر ريالاً للمؤسسات والدوائر
 - خارج المملكة العربية السعودية
 - خمسة دولارات للأفراد
 - ستة دولارات للمؤسسات والدوائر

عدد النسخ

■ لمدة عام

■ لمدة عامين

■ لمدة ثلاثة أعوام

عدد النسخ

■ أرغب في الحصول على قرارات المجمع الفقهي

الجد أو اللقب

الأب

الأول

الاسم

العنوان

ص.ب.

المدينة

الدولة والرمز البريدي

- ترسل المراسلات باسم إدارة التوزيع والاشتراكات - هاتف: ٥٦٠١١٤٠ - فاكس: ٥٦٠١١٨٦.
- ترسل قيمة الاشتراك بشيك لأمر رابطة العالم الإسلامي - مكة المكرمة - ص.ب. ٥٣٨.

Muslim World League

Secretariat General
Makkah al-Mukarramah



رابطة العالم الإسلامي

الأمانة العامة - مكة المكرمة
الأمانة العامة للمجمع الفقهي الإسلامي

Subscription Order

Islamic Fiqh Council Journal

Subscription Rate for the Issue

- * SR 10 for individuals
- * SR 15 for organizations

Outside the Kingdom

- * \$ 5 for individuals
- * \$ 6 for organizations

For Year Copies

I want to receive the resolutions of the Islamic Fiqh Council

First Name	Father's Name	Family Name

Address :

P.O. Box:	City	Country	Postal Code

- * Address for Correspondence: Distribution and Subscription Dept:
Tel : 5601140 Fax : 5601186
P.O. Box 538 - Makkah - Saudi Arabia
- * Subscription in Cheque in Favour of The Muslim World League